

Roj: **STS 9/2017 - ECLI:ES:TS:2017:9**Id Cendoj: **28079130032017100006**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **10/01/2017**Nº de Recurso: **961/2013**Nº de Resolución: **15/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1385/2012,**
ATS 2169/2014,
GTJUE 4/2016,
PTJUE 172/2016,
STS 9/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de enero de 2017

Esta Sala ha visto , constituida en su **Sección Tercera** por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 961/2013, interpuesto por D. Fructuoso , representado por el procurador D. José Carlos Romero García y bajo la dirección letrada de D.ª Isabel Aránzazu Triguero Hernández, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 21 de marzo de 2012 en el recurso contencioso-administrativo número 439/2010 . Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Espin Templado**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 21 de marzo de 2012 , desestimatoria del recurso promovido por D. Fructuoso contra la resolución del Director General de Inmigración de fecha 13 de julio de 2010, por la que se le denegaba la autorización de residencia por circunstancias excepcionales que había solicitado.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 12 de marzo de 2013, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de D. Fructuoso ha comparecido en forma en fecha 17 de abril de 2013, mediante escrito por el que interpone su recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando un único motivo por infracción de la jurisprudencia y del artículo 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, ya que de haberse aplicado la normativa y jurisprudencia citadas el resultado hubiera sido el reconocimiento del derecho el



recurrente a que le sea concedida la autorización de trabajo y residencia por concurrencia de circunstancias excepcionales.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 29 de mayo de 2013.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia desestimándolo, por ser conforme a derecho la resolución judicial impugnada, con expresa imposición de costas a la parte contraria.

QUINTO .- Por providencia de fecha 5 de noviembre de 2013 se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 4 de febrero de 2014. En esta última fecha se dictó resolución acordando oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre el posible planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, tras lo que se dictó auto de 20 de marzo de 2014 suspendiendo la tramitación del procedimiento hasta la resolución por este Tribunal de la siguiente cuestión:

"¿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 2004 (asunto C-200/02) y 8 de marzo de 2011 (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?"

Tras recibirse copia de la sentencia de 13 de septiembre de 2016 dictada por la Gran Sala en el asunto C-165/14 , se ha dado traslado de la misma a las partes y al Ministerio Fiscal para formular alegaciones, que han realizado mediante los correspondientes escritos.

SEXTO .- Por providencia de fecha 17 de octubre de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 20 de diciembre de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

SÉPTIMO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

Don Fructuoso impugna en casación la Sentencia de 21 de marzo de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional en materia de extranjería. Dicha Sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo entablado previamente contra la resolución del Director General de Inmigración del Ministerio del Trabajo e Inmigración de 13 de julio de 2010, por la que se le denegaba la autorización de residencia por circunstancias excepcionales que había solicitado.

El recurso se formula mediante un único motivo, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. El motivo se basa en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias en asuntos C-200/02 , de 19 de octubre de 2004, y C-256/11 , de 28 de enero de 2012), así como del artículo 31.7 de la Ley Orgánica de Extranjería y de la Sentencia de este Tribunal de 26 de enero de 2005 , todo ello consecuencia de la referida denegación de la autorización de residencia, que originaría la salida del territorio comunitario a sus hijos, ciudadanos de la Unión Europea.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la Sentencia recurrida.

La Sentencia de instancia desestima el recurso contencioso administrativo con base en las siguientes razones:

" **SEGUNDO**.- Como motivos de impugnación de fondo, la parte actora sostiene que es ascendiente de un menor de edad, nacido en DIRECCION000 , el NUM000 /2002, de nacionalidad española, sobre el que ostenta la patria potestad, Anibal . Se invoca que ser ascendiente de español es circunstancia suficiente, tal como se deduce del art.49.2 del RD 864/2001 , además de que el recurrente ha establecido vínculos familiares, sociales y económicos estables en el país, lo que constituyen circunstancias de arraigo en territorio español, dado que, que son los que pueden resultar perjudicados en el caso de que tenga que subsistir sin documentación o tuviera que llegar a abandonarlo.

De la documentación adjuntada con la solicitud de autorización de residencia temporal de que se trata, se desprende que el solicitante, nacido en Colombia el NUM001 /1968 , constanding antecedentes en Colombia, pero sin que sea requerido por autoridad judicial o policial, pero sí antecedentes penales en España, según se deduce de la hoja histórico-penal, habiendo sido condenado por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 10 de



Málaga de 9 de septiembre de 2.005, firme desde el 6 de marzo de 2.006, a la pena de 9 meses de prisión por delito de violencia doméstica y lesiones, condena que fue suspendida por dos años, empezándose a cumplir desde el 13 de febrero de 2.009.

El actor en fecha 27 de mayo de 2.011, durante el presente pleito, interesó la cancelación de dichos antecedentes penales, sin que se conozca el resultado de la petición formulada.

TERCERO.- El marco normativo de aplicación a los hechos puestos de manifiesto a través de tales documentos, viene constituido por las siguientes normas:

a) La Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre.

[...]

b) El Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

[...]

Dicho lo cual, la Administración ha denegado la autorización solicitada, sustancialmente por considerar que el hecho de ser ascendiente de un menor de edad de nacionalidad española no es suficiente, "por sí mismo", para dar por acreditada la concurrencia de circunstancias excepcionales, a falta de otras que, adicionalmente a la esgrimida, permitieran otorgar dicha autorización. Y además de ello, por la existencia de antecedentes penales en España, lo que ha quedado suficientemente acreditado en autos, sin que a la fecha de la resolución impugnada el actor haya conseguido la cancelación de antecedentes penales habidas en España, únicos a tener en cuenta, toda vez que los de Colombia no tiene relevancia porque de los mismos no se deduce que el actor haya sido condenado por algún delito.

La doctrina de esta Sala ha sido proclive a admitir dichas autorizaciones de residencia como supuesto de concurrencia "circunstancias excepcionales", y ello conforme a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 6, de 1 de diciembre de 2003, recurso de Casación 5479/1999, que tras reseñar las circunstancias del caso indica:

« La sentencia impugnada, cuidadosamente redactada, analiza con detalle el problema y después de abordar el problema de hasta qué punto vincula al Poder judicial la taxativa relación de supuestos que esa Orden ministerial contiene, y tras hacer un concienzudo análisis de la legislación aplicable y de la jurisprudencia que la complementa, llega a la conclusión -que nuestra Sala comparte- de que el acto denegatorio impugnado debe ser anulado por ser contrario al grupo normativo cuando éste se interpreta desde los parámetros de la protección a la familia y a la buena fe procesal. No es del caso reproducir aquí la densa argumentación jurídica que hace la Sala de instancia, cuyo buen hacer en el caso aquí debatido, merece ser destacado. Bástenos con reproducir lo que este Tribunal Supremo tiene dicho reiteradamente en casos análogos, por ejemplo en la STS, sala 3ª, sección 6ª, de 14 de enero de 1997, citada en la sentencia que impugna el Abogado del Estado. Porque, efectivamente es doctrina de nuestra Sala y sección, expresada en ésa y otras sentencias relativas a casos análogos al que nos ocupa que: «los hechos probados obligan a dispensar del visado en beneficio de una legítima reagrupación familiar, al encontrarse todos los miembros de la familia en territorio español y disfrutar el marido del derecho a trabajar y residir en España junto con sus hijos menores, lo que exige a la mujer por esta razón trascendental, de salir de nuestro territorio con el fin de obtener visado para residencia, cuya dispensa, en contra de lo establecido por la norma, se ha denegado injustificadamente. Si el propio reglamento, al que nos venimos refiriendo establece en su artículo 7.2 la posibilidad de que se pueda solicitar el visado, por causa de reagrupación familiar, por el cónyuge de extranjero residente en España, no es razonable ni justificable que si dicho cónyuge se encuentra también en España, como sucede en este caso, se le obligue a salir fuera de España para proveerse del visado con el fin de solicitar el permiso de residencia. Éste, sin duda, es uno de los supuestos contemplados por los citados artículos 5.4 y 22.3 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, de exención de visado para residencia por existir razones excepcionales, como acertadamente ha considerado la Sala de Primera Instancia, cuya sentencia debe, en consecuencia, confirmarse, con desestimación total del recurso de apelación deducido contra la misma por el abogado del Estado ».

Ya con referencia al art. 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre ["4. Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente"], la Sentencia Tribunal Supremo [Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 5], de 5 de julio de 2007 [Recurso de Casación núm. 1345/2004], apunta que tales expresiones constituyen " Verdaderos conceptos jurídicos indeterminados que vedan todo pretendido ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración si bien, por otra parte, va de suyo que por la parte que alegue su procedencia deberá probarse hallarse en el ámbito propio de su aplicación justificando debidamente la concurrencia de sus elementos ".



Y con referencia al art. 45, así como a la disposición adicional primera, número 4, del Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo [Sección 4ª] del Tribunal Supremo, de fecha 08/01/2007, dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 38/2005, interpuesto contra el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, la cual, vino a exponer que:

« Desde luego respecto a este precepto no puede acogerse la alegación de que se incurre en una ilegalidad omisiva por no incorporar supuestos previstos en el Reglamento anterior, pues el Gobierno es libre para no regularlos. Además sucede respecto al extremo que estamos estudiando lo mismo que respecto a la autorización por razones humanitarias. La regulación del precepto no es exhaustiva y, aparte de que puede aplicarse directamente el mandato del artículo 31.3 de la Ley Orgánica, en otros preceptos se contemplan autorizaciones de este tipo, como sucede en el artículo 94.2 respecto a los menores, y en la Disposición Adicional primera, número 4. De todas formas no puede acogerse la impugnación ya que se trata de desarrollo de la Ley, el texto literal de los preceptos no es contrario a derecho, e incluso los supuestos no contemplados pueden resolverse aplicando directamente la Ley Orgánica o bien otros preceptos reglamentarios. »

Sin embargo, en el presente caso, no por ello ha de reconocerse la procedencia del acto impugnado, y consiguiente desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, pues la concurrencia de antecedentes penales en España, determina la aplicación de lo dispuesto en el art.31.4 de la LO 4/2000 al que anteriormente nos hemos referido, cuya literalidad no admite dudas, lo que excluye en el presente caso, la aplicación de lo que hasta la fecha ha sido doctrina de esta Sala (v.g. sentencias de fecha 13 de mayo de 2.009 y 19 de mayo de 2.010, dictadas en los recursos 262/2008 y 185/2009 respectivamente), pero que sin embargo, hemos aplicado en caso de existencia de antecedentes penales (sentencia de 30 de junio de 2.010, recurso 309/2009, o de 24 de noviembre de 2.010, recurso 361/2009), sin que pueda aplicarse lo dispuesto en el art.31.7 de la LO 4/2000, pues la valoración de la remisión condicional de la pena o suspensión de la pena privativa de libertad, juega para los supuestos de renovación de las autorizaciones de residencia temporal, pero no para el supuesto ahora examinado de solicitud inicial de autorización de residencia temporal, como lo revela su inclusión en apartados distintos.

En cuanto a las demás circunstancias, como son las basadas en el arraigo del actor y la tenencia de una oferta de trabajo han de ser valoradas como otras circunstancias que pueden justificar una autorización de residencia por otros motivos recogidos en la legislación de extranjería, de lo que es ajeno la autorización comprendida en la DA 1ª.4 del RD 2293/2004.

Lo expuesto constituye motivación suficiente para desvirtuar los fundamentos que invoca la actora, así como la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, que se invoca de forma genérica, como son los art.8.1 del Convenio europeo de Derechos Humanos, art.16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art.4, 5, 18 y 27, de la Convención de Derechos del Niño, art.24 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, art.39 de la CE, 11.2 de la LO 1/1996, de protección del menor, o el principio de igualdad, toda vez que la exigencia de carencia de antecedentes penales al progenitor no español es una exigencia proporcionada, que basada en la legislación vigente, trata de evitar el asentamiento en España de aquellos extranjeros que no han respetado las leyes penales españolas, al margen de que el cumplimiento de la condena, o la posibilidad de ello pueda hacer difícilmente el ejercicio de la patria potestad de un menor español sobre el que se tiene la guardia y custodia, sin perjuicio de los efectos que pueda conllevar la cancelación de antecedentes penales, que deberá hacerse valer antes de que la Administración resuelva cualquier petición de obtención de residencia temporal en España." (fundamentos de derecho segundo y tercero)

TERCERO .- Sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia dictada en la cuestión prejudicial planteada en el presente asunto.

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. Fructuoso 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. Fructuoso 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. Fructuoso, 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. Fructuoso 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, Alopka 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 Fructuoso 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 Fructuoso , 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.

Lo dicho supone que hemos de estimar el motivo de casación y casar y anular la Sentencia de instancia, así como estimar el recurso contencioso administrativo previo.

QUINTO .- Conclusión y costas.

De acuerdo con las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de derecho, ha lugar al recurso de casación, por lo que casamos y anulamos la Sentencia de 21 de marzo de 2012 dictada por la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional. Por las mismas razones estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por don Fructuoso contra la resolución del Director General de Inmigración de 13 de julio de 2010, resolución que anulamos y reconocemos el derecho a la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales solicitada por don Fructuoso el 18 de febrero de 2010, según lo dispuesto en la disposición adicional primera, apartado 4 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 , aprobado por Real Decreto 2393/2004, en relación con el artículo 31.3 de la citada Ley Orgánica.

No procede la imposición de costas ni en la instancia ni en la casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por D. Fructuoso contra la sentencia de 21 de marzo de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 439/2010 .
2. Casar y anular la sentencia objeto del recurso.
3. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Fructuoso contra la resolución del Director General de Inmigración de 13 de julio de 2010, por la que se le denegaba la autorización de residencia por circunstancias excepcionales y anular dicha resolución.
4. Reconocer el derecho a que le sea concedida la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que había solicitado el 18 de febrero de 2010.
5. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil.-**Eduardo Espin Templado**.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Diego Cordoba Castroverde.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. **Eduardo Espin Templado**, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-