



Roj: **ATS 2169/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2169A**

Id Cendoj: **28079130032014200018**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/03/2014**

Nº de Recurso: **961/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Auto**

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

AUTO

En la Villa de Madrid, a veinte de marzo de dos mil catorce.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO .- Promovido por D. Pedro Jesús recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional contra la resolución del Director General de Inmigración de fecha 13 de julio de 2.010, por la que se le denegaba la autorización de residencia por circunstancias excepcionales que había solicitado, finalizó por sentencia de fecha 21 de marzo de 2.012 , desestimatoria del recurso.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación, que ha sido tramitado en esta Sala, siendo señalado el día 4 de febrero de 2.014 para su deliberación y fallo. Ese mismo día se dictó providencia acordando oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre el posible planteamiento de una cuestión prejudicial en relación con el no otorgamiento del permiso de residencia a un nacional de un Estado tercero, progenitor de un ciudadano menor de edad de un Estado miembro que está a cargo del mismo y sobre quien ostenta la patria potestad en exclusiva, por tener dicho progenitor antecedentes penales, que podría oponerse al artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

La representación procesal del recurrente ha presentado un escrito en el que expresa que considera innecesario dicho planteamiento, por considerar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha consolidado su criterio interpretativo con respecto a la cuestión controvertida, por lo que este Tribunal tiene ya todos los elementos necesarios para decidir. El Abogado del Estado también ha presentado escrito formulando alegaciones acerca de dicho planteamiento. El Fiscal en su escrito razona que es pertinente plantear la cuestión prejudicial.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

II. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.



Don Pedro Jesús ha impugnado en casación la Sentencia dictada el 21 de marzo de 2.012 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional. La Sentencia recurrida había desestimado el recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución del Director General de Inmigración del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 13 de julio de 2.010, la cual denegó la autorización de residencia por circunstancias excepcionales que había solicitado.

El recurso de casación se articula mediante un único motivo, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. En él se aduce la infracción de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2.004 (asunto C-200/02, caso Chen) y C-34/09 (asunto C-34/09, caso Ruiz Zambrano), cuya doctrina hubiera llevado, afirma el recurrente, a conceder la autorización solicitada; asimismo se considera vulnerado el artículo 31.3 y 7 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (Ley 4/2000, de 11 de enero).

Mediante providencia de 4 de febrero de 2.014 se suspendió el señalamiento y se dio plazo a las partes y al Ministerio Fiscal para que se pronunciasen sobre la conveniencia de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre si, a la luz de la jurisprudencia sentada en las Sentencias de 19 de octubre de 2.004 (caso Zhu-Chen, asunto C-200/02) y de 8 de marzo de 2.011 (caso Ruiz Zambrano, asunto C-34/09), se opone al artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea una medida que impide otorgar el permiso de residencia a un nacional de un Estado tercero, progenitor de un ciudadano menor de edad de un Estado miembro que está a cargo del mismo y sobre quien ostenta la patria potestad en exclusiva, por tener dicho progenitor antecedentes penales.

El Abogado del Estado ha manifestado su criterio de que el supuesto del recurso presente es esencialmente diferente al de las citadas Sentencias del Tribunal de Justicia, dado el hecho de la tenencia de antecedentes penales por el progenitor del menor; añade que el recurrente no ha solicitado el planteamiento de la cuestión prejudicial.

El recurrente entiende innecesario el planteamiento puesto que considera que la doctrina sentada en las Sentencias invocada podría ser aplicada directamente por esta Sala dada la identidad de supuestos en relación con el derecho del menor a permanecer en territorio de la Unión Europea.

El Fiscal, tras examinar las particularidades de caso planteado considera que, "cualquiera que sea la situación actual del Sr. Pedro Jesús, el fallo cuyo sentido condiciona la interpretación del Derecho que está llamada a efectuar esa Excm. Sala se refiere a la legalidad de la resolución adoptada por la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, que fue recurrida en vía contencioso-administrativa y que, por imperativo del artículo 24 CE, exige una respuesta fundada en Derecho. En la medida en que esa respuesta sólo puede producirse sobre la base de la interpretación y aplicación de la norma aquí cuestionada (el artículo 31 LOEX) este Ministerio entiende que la aclaración previa de si esta norma es o no compatible con el Derecho de la Unión Europea -y por ello, con las condiciones de interpretación y aplicación de la ley que impone la propia Constitución española- resulta insoslayable." En consecuencia, afirma, no se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial.

SEGUNDO .- La resolución administrativa impugnada en la instancia basa la denegación de la autorización excepcional de residencia en España, solicitada al amparo de lo previsto en el apartado 4 *in fine* de la disposición adicional primera de la Ley de **Extranjería**, en la aplicación de lo dispuesto en el artículo 31.5 de la citada Ley, que exige de manera literal que "para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España". La Sentencia que se impugna en el recurso de casación avala la legalidad de dicha interpretación y desestima el recurso contencioso administrativo formulado por el solicitante de la autorización de residencia.

Son circunstancias de hecho que deben reseñarse las siguientes. El solicitante es padre de dos hijos de los que tiene la guardia y custodia en exclusiva al estar ilocalizable la madre; de ellos, uno es nacional español y la hija de nacionalidad polaca. De conformidad a la documentación obrante en el expediente administrativo, los hijos se hallan adecuadamente escolarizados y atendidos. En cuanto a los antecedentes penales, el solicitante fue condenado a pena de 9 meses de prisión por delito de violencia doméstica y lesiones, siendo concedida la suspensión provisional de la misma a partir del 13 de septiembre de 2.009; el recurrente tiene pendiente de resolver una solicitud de cancelación de antecedentes penales.

Lo que origina la duda que se plantea en relación con la jurisprudencia comunitaria invocada es la mencionada circunstancia de que el solicitante con antecedentes penales es progenitor de un menor a su cargo que es nacional español. Como tal, dicho menor es ciudadano de la Unión Europea y tiene derecho, de acuerdo con el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a residir en territorio de la Unión. Ahora bien, la denegación de la autorización de residencia al padre traería como consecuencia ineludible el abandono



forzoso del territorio de la Unión del menor, al tener que seguir el destino del progenitor, privándole *de facto* de su derecho a residir en dicho territorio.

La Sentencia impugnada ha entendido que la resolución administrativa impugnada es conforme a derecho puesto que la previsión del artículo 31.5 de la Ley de **Extranjería** impide en todo caso la concesión inicial de la autorización de residencia en España. De las consideraciones presentes en la Sentencia se deriva con claridad que el órgano judicial de instancia entiende que dicha prohibición hace irrelevante que el peticionario estuviera o no amparado por la previsión del apartado 4 *in fine* de la disposición adicional primera de la citada Ley sobre autorización de residencia por razones extraordinarias, pues en virtud del citado artículo 31.5 de dicha Ley en ningún caso se le podría autorizar la residencia en España al tener antecedentes penales.

TERCERO .- Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La parte recurrente invoca dos Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la de 19 de octubre de 2.004 (asunto C- 200/02 , caso Zhu-Chen) y la de 8 de marzo de 2.011 (asunto C-34/09 , caso Ruiz Zambrano). De ellas se deduce que el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 18 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en la primera de dichas sentencias) en tanto que garantiza el derecho de los ciudadanos de la Unión a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros, impide que se deniegue el permiso de residencia a un nacional de un Estado tercero y progenitor de un menor ciudadano de la Unión, cuando ello implique que el menor dependiente se verá privado de su derecho a residir en un Estado miembro de la Unión como consecuencia ineludible del hecho de que el menor tendría que abandonar forzosamente el territorio de la Unión al seguir al progenitor al que se le impide la permanencia en dicho territorio.

Con independencia de las circunstancias concretas que se dan en cada caso, en el presente asunto y al igual que en los supuestos de las Sentencias citadas, la denegación de la autorización de residencia en España al recurrente supondría su salida forzosa del territorio nacional y, por tanto, de la Unión Europea, lo que llevaría aparejada asimismo la salida del territorio de la Unión Europea de sus dos hijos, uno de los cuales es un menor nacional español dependiente de su progenitor, al estar la madre en paradero desconocido.

Sin embargo, en el caso presente y como ya se ha indicado, concurre una circunstancia peculiar frente a los supuestos contemplados en las Sentencias invocadas del Tribunal de Justicia, circunstancia que es la que en definitiva ha determinado la denegación administrativa de la autorización de residencia y la confirmación judicial de la misma: la prohibición legal de otorgar dicha autorización cuando el solicitante posee antecedentes penales en España. Dicha previsión legal no está presente en los casos invocados, y lleva a este Tribunal sentenciador en última instancia a dudar de la compatibilidad de la regulación nacional con la jurisprudencia citada.

Resulta de interés dejar constancia que, como la Sentencia recurrida pone de relieve, en los casos de renovación de la autorización, la Ley flexibiliza notablemente la relevancia de los antecedentes penales, pues en dicho supuesto pasa de ser una circunstancia impeditiva a una circunstancia a valorar y teniendo en cuenta la concreta situación penal del solicitante ("se valorará en su caso: a) los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad", art. 31.7 de la Ley de **Extranjería**).

En el caso de autorización inicial no resulta posible, en cambio, tomar en consideración tales elementos. Y, en el caso de autos, las ya mencionadas circunstancias concurrentes en relación con la condena penal (pena de 9 meses de prisión suspendida por dos años a partir del 13 de febrero de 2.009 y solicitud de cancelación de antecedentes penales en curso), hace más llamativa la diferencia de tratamiento entre la solicitud inicial de autorización de residencia y la renovación. A ello se suman las circunstancias personales concurrentes, también mencionadas previamente, que parecen abundar a favor de una consideración favorable de la concesión (guarda y custodia en exclusiva de sus hijos, madre en paradero desconocido, hijos menores -el de nacionalidad española, nacido en España, y una hija de nacionalidad polaca- correctamente escolarizados y atendidos, oferta de trabajo).

En consecuencia, la cuestión que debe plantear este Tribunal es si resulta conforme a la jurisprudencia comunitaria invocada, en interpretación del artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , la regulación nacional que impide en todo caso y sin posibilidad de modulación en el caso concreto, la concesión de la autorización de residencia en caso de antecedentes penales en el país en el que se solicita, aunque ello implique como consecuencia ineludible la privación a un menor dependiente del solicitante y ciudadano de la Unión Europea de su derecho a residir en el territorio de la Unión Europea.

LA SALA ACUERDA:



Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , una cuestión prejudicial en los siguientes términos:

¿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?

Se suspende el curso del procedimiento hasta la resolución de dicha cuestión incidental.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ