



Roj: **STS 3300/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3300**

Id Cendoj: **28079130052019100255**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **03/10/2019**

Nº de Recurso: **7163/2018**

Nº de Resolución: **1305/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER BORREGO BORREGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AR 1169/2018,**
ATS 1595/2019,
STS 3300/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.305/2019

Fecha de sentencia: 03/10/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7163/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Procedencia: T.S.J.ARAGON CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: lga

Nota:

R. CASACION núm.: 7163/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1305/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde



D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 3 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número 7163/2018 que ha sido interpuesto por el Abogado del Estado, en el nombre y representación de la Administración General del Estado contra la sentencia de fecha 18/07/2018 dictada por la Sección 1^a de la Sala Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Aragón, que estima el recurso de Apelación contra la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Huesca que desestimaba el recurso contencioso administrativo 145/2017 contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Huesca que denegó la autorización de residencia de larga duración a D. Hugo , habiendo comparecido como parte recurrida la procuradora doña Imelda Marco López de Zubiria en representación de D. Hugo , y defendido por el letrado D. Juan Piñeira de Campos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el recurso de apelación nº 315/2017 dictó, Sentencia de fecha 18 de julio de 2018, cuyo Fallo era del siguiente tenor literal: "Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Hugo contra la Sentencia del Juzgado Contencioso administrativo nº 1 de Huesca de fecha 20 de septiembre de 2017, la cual revocamos, y en su lugar con estimación del recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 145 de 2017, anulamos por no ser conforme a derecho las resoluciones administrativas recurridas, y reconocemos el derecho del recurrente a la obtención de la autorización solicitada".

SEGUNDO: Notificada a los interesados, el Abogado del Estado presentó recurso, que dio lugar al Auto de 8 de octubre de 2018, en el que se tenía por preparado el mismo y se emplazaba a las partes para ante este Tribunal de Casación.

Recibidas las actuaciones, y personadas las recurridas, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal dictó Auto de 22 de enero de 2019, que acuerda:

"1º) Admitir el recurso de casación nº 7163/2017 preparado por el Sr. Abogado del Estado, en la representación que le es propia, contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección Primera), de fecha 18 de julio de 2018, dictada en el recurso de apelación núm. 315/2017, sobre resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno de Huesca que denegó la autorización de residencia de larga duración pedida por el demandante en consideración a sus antecedentes penales.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia radica en determinar: "si conforme al régimen jurídico que resulta de aplicación, la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de residencia larga duración o si, por el contrario, procede considerar las circunstancias personales, en el caso de nacional de un tercer Estado, que tiene la guarda y custodia de menor de edad, ciudadano de la UE, a la luz del artículo 20 del TFUE y las STJUE de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-165/14 y STJUE de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15 en relación con el artículo 6 de la Directiva 2003/109CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países, residentes de larga duración, y si procede valorar la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, a los efectos de otorgar en su consecuencia la indicada autorización".

Y las normas jurídicas que serán objeto de interpretación en sentencia son:

"los artículos 32 LO 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social y 149 y 153 RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica citada y artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y artículo 6 de la Directiva 2003/109/CE y las STJUE de 13 de septiembre de 2016, Asunto C-165/14 y STJUE de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15".

3º) Para la sustanciación del recurso, comuníquese esta resolución a la Sala de instancia y remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos, dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 90.6 y 92.1 de nuestra Ley jurisdiccional".



TERCERO: El Abogado del Estado dentro del plazo prevenido en la Ley, presentó escrito en el que alega los hechos y fundamentos que estima oportunos y solicita de esta Sala:

"[...] tenga por formulado escrito de interposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia estimatoria del mismo y anulatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de este escrito".

CUARTO: La parte recurrida se opuso a lo interesado de contrario y, tramitado este asunto, se dictó providencia señalando para su deliberación, votación y fallo el 25 de septiembre de 2019, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por resolución del 27 de febrero de 2017, la Subdelegada del Gobierno en Aragón desestimó el recurso de reposición interpuesto por D. Hugo contra su previa resolución de 15 del mismo mes, y confirmó la denegación de la residencia de larga duración en España del solicitante citado, de nacionalidad marroquí. En dicha resolución constan como hechos segundo a quinto lo siguiente:

"PRIMERO.- Hugo solicitó con fecha 17/01/2017, en la Oficina de Extranjeros de Huesca, la RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN EN ESPAÑA.

SEGUNDO.- De conformidad con los datos obrantes en el Registro Central de Penados y Rebeldes, le figuran tres antecedentes penales. En el primero fue condenado en sentencia de fecha 25/03/2015, en la causa diligencias urgentes juicio rápido 12/2015, seguida y dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no de DIRECCION000 (Huesca), por un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar (artículo 153 código penal), como autor, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, situación cumplida, fecha extinción 14/12/2015, a la pena de 8 meses de privación del derecho a tenencia y porte de armas, situación cumplida, fecha extinción 19/11/2015, a la pena de 16 meses de prohibición de aproximarse a la víctima o a determinadas personas, situación cumplida, fecha extinción 16/07/2016, a la pena de 16 meses de prohibición de comunicarse con la víctima o con determinadas personas, situación cumplida, fecha extinción 16/07/2016.

Por el segundo fue condenado por un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar (artículo 468 código penal), como autor, grado consumación, fecha comisión 20/03/2015, a la pena de 4 meses de prisión, situación suspensión, fecha suspensión 25/03/2015, plazo 2 años, a la pena de 4 meses de inhabilitación especial derecho sufragio pasivo.

Y por el tercero fue condenado en sentencia de fecha 26/03/2015, firme 09/06/2015, en la causa procedimiento abreviado 74/2015, seguida, dictada y ejecutada por el Juzgado de lo Penal no 2 de Huesca, ejecutoria 263/2015, por un delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar (artículo 153 código penal), como autor, grado consumación, fecha comisión 06/02/2015, a la pena de 70 días, de trabajos en beneficio de la comunidad, situación cumplida, fecha extinción 24/02/2016, a la pena de 2 años 6 meses de privación del derecho a tenencia y porte de armas.

Así pues, el interesado aun llevando cinco años de residencia legal y continuada en España, no cumple los requisitos para obtener una autorización de residencia de larga duración por contar con los citados antecedentes penales.

Según se desprende de la vida laboral del interesado, le figura una actividad laboral de 26 días en el período de dos años de vigencia de su autorización de residencia y trabajo, comprendido entre el 26/12/2014 y el 25/12/2016, habiendo trabajado 7 días en el primer año y 19 días en el segundo año. Actualmente tiene contrato de trabajo temporal hasta fin de obra.

TERCERO.- Esta Subdelegación del Gobierno con fecha 15/02/2017 dicta resolución por la que se acuerda denegar la RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN EN ESPAÑA solicitada por Hugo , ya que no reúne los requisitos establecidos en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, ni para la concesión de la autorización de RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN EN ESPAÑA, ya que le constan antecedentes penales en España, ni de la RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO CUENTA AJENA RENOVADA DE CARÁCTER EXTRAORDINARIO, ya que en la actualidad no cumple los requisitos mínimos exigidos en el artículo 71.2 del mencionado Real Decreto 557/2011, de actividad laboral, de 90 días por año, ni se encuentra en ninguna de las situaciones del artículo 38.6 b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, ni acredita que su cónyuge cumpla los requisitos económicos para reagrupar al interesado, ni aporta el informe de integración. Asimismo, le constan antecedentes penales con penas no cumplidas, por lo que no se puede entrar a valorar la posibilidad



de conceder la renovación de su autorización, y aun en el supuesto que las tuviera cumplidas, se valoraría negativamente el hecho de que la reiteración de los delitos y la gravedad de los hechos cometidos.

Actualmente se encuentra cumpliendo condena del tercero de sus antecedentes penales, al tener impuesta una pena de 2 años y 6 meses de privación del derecho a tenencia y porte de armas que finaliza en el año 2018, y en el segundo delito de quebrantamiento de condena, al estar suspendida la pena de 4 meses de prisión, con fecha de suspensión 25/03/2015, por un plazo 2 años. Dicha resolución fue notificada el 21/02/2017 quedando constancia de la identidad de la persona receptora de la misma".

Y como Fundamento Jurídico Séptimo:

"SÉPTIMO.- La Directiva 2003/109/CE DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, en su artículo 6.1 establece que los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública, Al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia".

Por ello resuelve la Subdelegada de Gobierno "denegar la residencia de larga duración en España a favor de Hugo".

SEGUNDO.- Recurrida en vía contencioso administrativa dicha denegación de residencia de larga duración por D. Hugo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Único de Huesca dictó sentencia el 20 de septiembre de 2017, en la que tras reflejar las condenas penales impuestas al recurrente, y en base al artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, desestimó dicho recurso contencioso.

TERCERO.- D. Hugo recurre en apelación dicha sentencia ante el TSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, cuya Sección nº 1 dictó sentencia el 18 de julio de 2018 estimando dicho recurso. En dicha sentencia, expone y analiza el derecho interno y la normativa comunitaria, expresando que:

"Expresado en otros términos, la existencia de antecedentes penales no determina inexorablemente la denegación de la autorización de residencia de larga duración sino que, por el contrario, en unión de las demás circunstancias concurrentes, "Y se tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión", para resolver en consecuencia y según proceda".[...]

"A lo que se une que la denegación de la autorización acordada en la resolución impugnada lleva consigo la salida obligatoria del territorio nacional del recurrente, lo que determinaría, de quedar aquí madre e hijos, que éstos quedaran privados del derecho a estar con su padre y a la atención que en todos los órdenes está obligado a dispensarles, con la consiguiente desmembración de la familia; o, para evitarlo, vendrían obligados los cuatro a salir del país.

En definitiva, y atendido el principio de proporcionalidad y el interés superior de los hijos menores del recurrente -una, se insiste, española y el otro en trámite de adquirir la nacionalidad al tiempo de tramitarse el expediente, en la actualidad de 7 y 3 años, respectivamente-, determina la improcedencia de la denegación de la autorización acordada en la resolución administrativa recurrida, la que, en consecuencia, debe ser anulada, con la consiguiente estimación del recurso de apelación".

Tras recoger parcialmente la sentencia de 10 de mayo de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T.J.U.E.), afirma la sentencia: "no consta (de los extremos expuestos), que el apelante represente un peligro para la seguridad o el orden público suficientemente grave".

CUARTO.- La Abogacía del Estado prepara recurso de casación contra la sentencia del T.S.J. de Aragón más arriba mencionada, invocando como interés casacional los artículos 88.3.a (normas sobre las que no exista jurisprudencia); 88.2.a (sentencias contradictorias); 88.2.b, (grave daño para los intereses generales); y 88.2.c, (trasciende del caso objeto del proceso), todos ellos de la L.J.C.A..

QUINTO.- Por auto de la Sección de Admisión de fecha 19 de febrero de 2019, se admite dicho recurso en cuanto a los supuestos previstos en los artículos 88.2.a y 88.3.a, acordando lo que se ha reflejado antes en el Antecedente de Hecho Segundo.

En su escrito de recurso, el Abogado del Estado, tras exponer lo que estima pertinente y citar las sentencias de esta Sala de 5 de julio de 2018 (rec. 3700/2017), del T.C. 186/2013 y las del T.J.U.E. de 13 de septiembre de 2016, y de 10 de mayo de 2017, Asunto C-133/15, y transcribirlas en parte, concluye solicitando la estimación del recurso, alegando que:



"Pese a que no con la contundencia y claridad que establecen como requisito para la obtención de la autorización de residencia temporal, en el art. 31.5 de la L.O. 4/2000 o en el art. 64.2.b) del R.D. 557/2011 en lo relativo a la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, también el art. 149, viene a establecer similar exigencia de carencia de antecedentes penales, cuando entre la documentación que acompaña a la solicitud de residencia de larga duración, incorpora la necesidad de aportar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español, esto es, no deben constar antecedentes penales, sin que pueda sostenerse que tal referencia sólo se refiera a su aportación documental, pero no a las consecuencias derivadas de su eventual contenido.

Por otra parte, no parece coherente que para "la concesión de la residencia temporal se exija carecer de antecedentes, penales y sin embargo para obtener una posición más beneficiosa tal requisito no sea determinante.

Tal interpretación, por lo demás no contradice el espíritu y finalidad de lo dispuesto en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, por lo que podemos concluir que la denegación del estatuto de residente de larga duración únicamente cabe cuando concurren motivos de orden público o de seguridad pública (artículo 6.1) y que los nacionales de terceros países que deseen adquirir y conservar el estatuto de residente de larga duración no deben constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública, supuestos en los que puede incluirse la existencia de antecedentes penales".

En su oposición al recurso, la representación procesal de D. Hugo , alega que no hay norma legal ni reglamentaria que imponga carecer de antecedentes penales para la concesión de la residencia de larga duración, al contrario de lo exigido para la residencia temporal. En cuanto a la valoración de las circunstancias del caso, invoca la sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2018, rec. 5255/2017; la sentencia del T.S.J. de las Islas Canarias, de 13 de febrero de 2015, rec. 79/2014; del T.S.J. de Murcia de 19 de diciembre de 2016, rec. 174/2016, que afirman la toma en consideración de la gravedad o el tipo del delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también presente el tiempo de residencia y demás circunstancias concurrentes en el interesado, suplicando la desestimación del recurso.

SEXTO.- Debe esta Sala, en primer lugar, rechazar la alegación sobre la inexistencia de norma legal o reglamentaria que imponga la carencia de antecedentes penales para la concesión de la residencia de larga duración.

Ya se ha dicho en la sentencia de 5 de julio de 2018, antes citada: "El régimen jurídico para la concesión de la autorización de residente de "larga duración", se regula en los artículos 32 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y en los artículos 147 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Establece el Artículo 32 (" Residencia de larga duración ") LOEX:

"1. La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

2. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente [...]"

Por su parte el Artículo 148 ("Supuestos") del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril señala que:

"1. Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia de larga duración los extranjeros que hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años....

Y con arreglo al artículo 149-2 ("Procedimiento") del mismo Reglamento: 2. La solicitud deberá acompañarse de la siguiente documentación:

a) Copia del pasaporte [...]

f) En su caso, certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español".

[...]

"Pese a que no con la contundencia y claridad que establecen como requisito para la obtención de la autorización de residencia temporal, en el art. 31.5 de la L.O. 4/2000 o en el art. 64.2.b) del R.D. 557/2011 en lo



relativo a la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, también el art. 149, viene a establecer similar exigencia de carencia de antecedentes penales, cuando entre la documentación a acompañar a la solicitud de residencia de larga duración, incorpora la necesidad de aportar certificado de antecedentes penales o documento equivalente expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español, esto es, no deben constar antecedentes penales, sin que pueda sostenerse que tal referencia sólo se refiera a su aportación documental, pero no a las consecuencias derivadas de su eventual contenido.

Por otra parte no parece coherente que para la concesión de la residencia temporal se exija carecer de antecedentes penales y sin embargo para obtener una posición más beneficiosa tal requisito no sea determinante.

Por tanto, la existencia o no de antecedentes penales es un requisito indiscutible para la autorización de la residencia de larga duración".

SÉPTIMO.- En cuanto a la reiteración en su conducta del Sr. Hugo , y por tanto las sucesivas reacciones penales, procede recordar:

1.- En fecha 9 de febrero de 2015 se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 (Huesca), en la tramitación del juicio rápido 3/2015, por el que se prohibía a D. Hugo aproximarse a menos de 100 metros de Carlota , de nacionalidad marroquí, su domicilio o lugar de trabajo, así como también la prohibición de comunicarse con ésta, mediante cualquier medio o procedimiento.

En fecha 20 de marzo de 2015, en la CALLE000 de DIRECCION000 , D. Hugo "se acercó a Carlota y comenzó a zarandearla violentamente, cayendo la compra al suelo". Y por ello fue condenado por un delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468.2 Código Penal, en sentencia Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 de 25 de marzo de 2015 (Folios 24 a 27 del rollo de apelación).

2.- En la anterior sentencia fue igualmente condenado por un delito de maltrato de obra del artículo 153.1 del Código Penal

y 3.- El 26 de marzo de 2015 fue condenado por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huesca por hechos cometidos el 6 de febrero de 2015, calificados como delito de malos tratos de obra, del art. 153,1 del Código Penal. Los hechos probados según se detalla en dicha sentencia (folios 18 a 21 del recurso ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Huesca), consistieron en empujar a Doña Carlota de la casa familiar, dirigiéndole expresiones como "mala mujer", "estás mal de la cabeza". Doña Carlota "se agarró a la puerta, hasta que finalmente cayó al suelo dados los empujones que le propinaba D. Hugo".

En cuanto a la gravedad de los delitos por maltrato en el hogar, (en dos ocasiones), y por quebrantamiento de condena por incumplir la medida cautelar de prohibición de acercarse a Doña Carlota , basta recordar el rechazo que dichas conductas genera en la sociedad española, y que refleja en su Exposición de Motivos la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Así, ya no es un "delito invisible, sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social". Y afirma también dicha Exposición de motivos de la L.O. 1/2004 citada: "los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, pues constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución". Y así "la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas (las agresiones) en tipos penales específicos". Entre ellos, dando nueva redacción a los artículos 153 y 468 del Código Penal, por los que ha sido condenado D. Hugo .

OCTAVO.- La sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea (T.J.U.E), de 13 de septiembre de 2016, asunto c-165/14, decide una cuestión prejudicial planteada por esta Sala del Tribunal Supremo, en la que se pregunta: "si es conforme con la Jurisprudencia Tribunal de Justicia relativa al artículo 20 TFUE, invocada en el caso de autos, la regulación nacional, que prohíbe, sin posibilidad de excepción, la concesión de una autorización de residencia en caso de antecedentes penales en el país en que ésta se solicita, aunque ello implique como consecuencia ineludible privar a un menor, nacional de la Unión y dependiente del solicitante de la autorización, de su derecho a residir en la Unión".

En los párrafos 84 y 85 de dicha sentencia, el TJUE (Gran Sala) afirma:

"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".

Y declara (falla): "El artículo 21 TFUE y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo 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 64/221/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".

NOVENO.- Conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la cuestión prejudicial que planteó este Tribunal Supremo y decidió la sentencia del TJUE (Gran Sala) antes citada, es una cuestión interpretativa, por la que el juez nacional solicita al TJUE que precise un punto de interpretación del Derecho Europeo para poder utilizarlo de forma correcta. Y las sentencias interpretativas vinculan con fuerza de cosa juzgada al juez (aquí, el Tribunal Supremo), que planteó la cuestión y a todos los órganos judiciales nacionales llamados a conocer del mismo litigio (Sentencia del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas, de 16 de julio de 1992, caso AEBP, asunto 67/1991).

Y así actuó esta Sala en su sentencia de 20 de diciembre de 2016, en el recurso 961/2013, en el que planteó la entonces Sección Tercera la cuestión de prejudicialidad al TJUE. En su Fundamento de Derecho Tercero, transcribe la cuestión planteada y parcialmente la sentencia de Luxemburgo de 13 de septiembre de 2016, asunto c-165/14.

Y en el siguiente Fundamento de Derecho, el Cuarto, declara: "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 artículo 31,4 de la Ley de Extranjería que prohíbe otorgar la residencia de forma incondicionada a quienes tengan antecedentes penales".

DÉCIMO.- Por lo expuesto hasta ahora, procede contestar aquí a la cuestión de Interés Casacional planteada por la Sección Primera, de Admisión, en el sentido siguiente:

En los supuestos de solicitud de autorización de residencia de larga duración, y también temporal de residencia y trabajo, procede considerar la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública o el peligro que representa la persona en cuestión, además de las circunstancias personales del solicitante, nacional de un tercer Estado, si tiene el solicitante la guarda y custodia del menor de edad, ciudadano español y por tanto ciudadano de la U.E..

Por ello, los artículos 32 L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, y 149, 153 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento, han de interpretarse de conformidad con los artículos 20 TFUE, 6 de la Directiva 2003/109/CE, y la sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2016, asunto C-165/14. Así como de conformidad con la sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 2016, mentada en el anterior Fundamento de Derecho.

UNDÉCIMO.- Razonada en nuestro Fundamento de Derecho Séptimo la gravedad de las reiteradas acciones ilícitas sancionadas penalmente, cometidas por D. Hugo , procede seguidamente, conforme a lo expuesto, apreciar las circunstancias personales y familiares del solicitante de la autorización de la residencia de larga duración, para decidir si debe confirmarse o no la resolución administrativa de denegación, confirmada en primera instancia y anulada en apelación por la sentencia del TSJ de Aragón objeto de este recurso.

En cuanto a las circunstancias familiares de D. Hugo , se señala: Al folio 1 del expediente administrativo, en su solicitud de autorización de larga duración, reseña su estado civil como S (soltero).



A los folios 96-98 del recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Huesca, D. Hugo aportó con su recurso Libro de Familia, en el que el apartado "contraído matrimonio" no figura relleno. Y en la sentencia de 25 de marzo de 2015 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de DIRECCION000, (folios 24 a 26 del rollo de apelación ante el TSJ de Aragón), se afirma que "en fechas anteriores a los hechos que se narran (9 de febrero de 2015) formaban un matrimonio y convivían juntos". Y en la misma sentencia se afirma "maltrato de obra realizado a mujer que ha sido esposa del agresor" reiterando esta afirmación en el Fundamento de Derecho Primero.

A la vista de lo expuesto, no está clara la actual situación matrimonial de D. Hugo. Lo que sí está claro es que D. Hugo es padre junto con Doña Carlota de dos hijos nacidos en España, una de nacionalidad española, nacida en 2010, y otro nacido en 2014, "en trámites para la concesión de la nacionalidad española", según escrito de oposición al recurso de casación de fecha 22 de mayo de 2019, folio 13. Es decir, cinco años después del nacimiento del hijo nacido en 2014, aún "está en trámite para la concesión de la nacionalidad española".

En relación a las circunstancias laborales y de ingresos económicos de D. Hugo, en el Fundamento de Derecho Primero se transcribe la resolución denegatoria de la autorización de residencia de larga duración, en la que consta que, durante los años de vigencia de su prórroga de autorización de residencia y trabajo, entre el 26 de diciembre de 2014 y el 25 de diciembre de 2016, trabajó 7 días en el primer año y 19 días en el segundo año. Aportó el recurrente un contrato de trabajo temporal como peón agrícola desde el 11 de enero de 2017 hasta fin de campaña (folio 31 del recurso ante el juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Huesca). En el escrito de oposición al recurso de casación de fecha 22 de mayo de 2019, se afirma (folio 14), "consta en las actuaciones el contrato de trabajo de mi representado".

Al folio 54 del recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, figura D. Hugo como demandante de empleo el 4 de abril de 2017. Se señala que en el periodo de residencia temporal, entre el 26 de noviembre de 2010 y 25 de noviembre de 2012, de la primera renovación de la autorización temporal de residencia y trabajo, D. Hugo trabajó 57 días en el primer año y 3 días en el segundo año. (Folio 32 vuelto del expediente administrativo, sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo único de Huesca de 7 de octubre de 2013).

Sobre la guarda y custodia de la menor de edad española, y del otro hijo, al folio 44 del recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca consta en la sentencia de 26 de marzo de 2015, Hecho Probado Único, que "[...] el propio acusado (D. Hugo) indicó que la denunciante (Doña Carlota) mantiene a la familia y la casa familiar está a nombre de ella".

En cuanto a los ingresos económicos de Doña Carlota, en el mismo folio, se afirma que "tiene contrato de trabajo vigente iniciado el 4 de enero de 2010, percibiendo 1061 euros mensuales".

DUODÉCIMO.- Las circunstancias personales, en cuanto a trabajo e ingresos, y familiares de D. Hugo, antes expuestas, evidencian respecto de la hija menor de edad de nacionalidad española, y por tanto ciudadana de la U.E., que el solicitante D. Hugo no tiene de hecho las características que permitan afirmar que posee la "guarda exclusiva de la menor", (ver el párrafo 84 y decisión de la sentencia de 13 de septiembre de 2016, transcritos en nuestro anterior Fundamento de Derecho Octavo), y que la denegación de la solicitud de residencia de larga duración a D. Hugo, podría conllevar necesariamente, a la vista de lo expuesto, que la menor y su madre, (y el otro hijo) tuvieran que abandonar España.

Esta apreciación, fundada en las circunstancias expuestas, mas el carácter grave de las condenas impuestas, reiteradas, a D. Hugo, por violencias domésticas, conduce a la Sala a estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, y a casar y anular la Sentencia del TSJ de Aragón de 18 de julio de 2018.

DECIMOTERCERO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, por no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 93. 4º de la Ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

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

Estimar el Recurso de Casación 7163/2018, interpuesto por la Administración del Estado contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Secc. 1ª, de fecha 18 de julio de 2018, que estima el recurso de Apelación contra la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Huesca que desestimaba el recurso contencioso administrativo 145/2017 contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Huesca que denegó la autorización de residencia de larga duración a D. Hugo.

No imponer las costas del recurso en los términos establecidos en el último Fundamento de Derecho.



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

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Rafael Fernandez Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina

Dª Ines Huerta Garicano D. Cesar Tolosa Tribiño D. Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Magistrado Ponente Sr. D. **Francisco Javier Borrego Borrego**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ