



Roj: **STSJ AR 12/2018 - ECLI:ES:TSJAR:2018:12**

Id Cendoj: **50297330012018100009**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2018**

Nº de Recurso: **189/2017**

Nº de Resolución: **14/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JESUS MARIA ARIAS JUANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ARAGON CON/AD SEC.1ZARAGOZA 00014/2018**

50297 45 3 2016 0001376AP RECURSO DE APELACION 0000189 /2017EXTRANJERIA

Donato ANA BEGOÑA VIÑUALES MARCOS

DELEGACION DEL GOBIERNO EN ARAGON

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Sección Primera).

-Recurso de apelación núm. 189 del año 2017-

**SENTENCIA: 00014/2018**

**SENTENCIA NÚM. 14 de 2018**

**ILMOS. SEÑORES**

PRESIDENTE

Don Juan Carlos Zapata Híjar

MAGISTRADOS

Don Jesús María Arias Juana

Doña Isabel Zarzuela Ballester

-----  
En Zaragoza, a dieciocho de enero de dos mil dieciocho.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección Primera), el recurso de apelación número 189 de 2017, interpuesto por D. Donato , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Ana Begoña Viñuales Marcos y asistido por la Letrada Dña. Virginia Muñoz Chueca, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Zaragoza de fecha 8 de mayo de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 258 de 2016 ; siendo parte recurrida, la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO** , representada y asistida por el Abogado del Estado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En el recurso contencioso-administrativo antes referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 8 de mayo de 2017 , desestimatoria del recurso y confirmatoria de la actuación recurrida, sin hacer expresa imposición de costas.



**SEGUNDO** .- Contra la anterior sentencia, por la parte actora se interpuso recurso de apelación solicitando de esta Sala su revocación y la estimación del recurso promovido; siendo admitido dicho recurso y dándose traslado a la representación de la Administración demandada para que pudiera formalizar su oposición al mismo, lo que así hizo; y tras elevarse las actuaciones a la Sala, se celebró la votación y fallo el día señalado, 17 de enero de 2018.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Arias Juana.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La sentencia apelada, con desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente, vino a confirmar la resolución administrativa recurrida, de la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza de fecha 6 de junio de 2016, por la que se le denegó la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que había solicitado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 124.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y ello al tener antecedentes penales y tener decretada una expulsión del territorio nacional.

Concluyendo la sentencia recurrida que, encontrándonos ante una solicitud de autorización de residencia inicial, aún cuando lo sea por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, era requisito para su concesión la carencia de antecedentes penales, que no se cumplía, al haber sido condenado el recurrente por un delito de tráfico de drogas a la pena de cuatro años y seis meses de prisión; sin que fuera valorable que la salida del país del recurrente conllevaría la de su pareja e hija, no obstante lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE, al no encontrarnos en un supuesto de retorno o expulsión; además de que, en todo caso -dice el Juzgado-, consta orden de expulsión contra el interesado sin que conste su revocación.

**SEGUNDO** .- Frente a la conclusión a la que se llega en la sentencia recurrida, insiste el recurrente en su apelación en que, no obstante la condena penal de la que fue objeto, resultaba improcedente la expulsión en atención a las concretas circunstancias que en él concurren, que ampliamente detalla, no valoradas por el Juzgado, con cita de sentencias de esta Sala en situaciones análogas, así como del Tribunal Supremo y la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid.

Determinante para la resolución de la apelación, dada la conclusión a la que llega el Juzgado, resulta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2016, en el asunto C165/14 - ya tenida en cuenta por esta Sala en anteriores ocasiones desde la sentencia de 30 de septiembre de 2016, apelación 101/2016 - que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, precisamente en un supuesto de un nacional de un tercer Estado, el Sr. Leoncio, padre de unos ciudadanos de la Unión menores de edad cuya guarda tenía en exclusiva y que residían en España desde su nacimiento, y en el que la Administración le había denegado la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a causa de unos antecedentes penales.

Declarando el Tribunal en dicha sentencia que el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 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 Europea.

Como recuerda el Tribunal en su fundamentación jurídica, "*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, C40/11, EU:C:2012:691, apartados 67 y 68, y de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C87/12, EU:C:2013:291, apartado 35)*". Añadiendo que "*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, C34/09, EU:C:2011:124, apartados 43 y 44; de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros, C256/11,*



*EU:C:2011:734 , apartados 66 y 67; de 8 de noviembre de 2012, lida, C40/11, EU:C:2012:691 , apartado 71; de 8 de mayo de 2013, Ymeraga y otros, C87/12, EU:C:2013:291 , apartado 36, y de 10 de octubre de 2013, Alopka y Moudoulou, C86/12, EU:C:2013:645 , apartado 32) "*

En los mismos términos cabe citar la más reciente sentencia de dicho Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2017, en el asunto C 133/15 . Sentencia ésta que recuerda que " *en la sentencia de 6 de diciembre de 2012, O. y otros (C 356/11 y C 357/11, EU:C:2012:776 ) , apartados 51 y 56, el Tribunal de Justicia consideró elementos pertinentes, a efectos de determinar si la negativa a reconocer un derecho de residencia al progenitor, nacional de un país tercero, de un menor, ciudadano de la Unión , provoca, para éste, la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere su estatuto, la cuestión de la guarda y custodia del menor y la cuestión de si la carga legal, económica o afectiva de dicho menor es asumida por el progenitor nacional de un país tercero*". Y que " *por lo que atañe a esta última circunstancia, el Tribunal de Justicia ha señalado que es la relación de dependencia entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia la que puede desvirtuar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, dado que es esta dependencia la que llevaría a que el ciudadano de la Unión se viese obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria*". Respondiendo a las cuestiones prejudiciales primera y segunda suscitadas que " *el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un menor, ciudadano de la Unión , se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, privándosele de este modo del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere dicho artículo si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le denegase el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado miembro de que se trate, el hecho de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello es un elemento pertinente pero no suficiente para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión en caso de que se produjese esa denegación. Tal apreciación debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y del riesgo que separarlo de éste último entrañaría para el equilibrio del niño*".

En el presente caso, como resulta de lo actuado, el recurrente en el momento de la solicitud de autorización de residencia -27 de mayo de 2016- era padre de una menor -nacida el NUM000 de 1999- de nacionalidad española -a la que había optado, al amparo del artículo 20 del Código Civil , el 14 de marzo de 2016-, conviviendo con ella y con su madre, también de nacionalidad española -adquirida por residencia el 3 de marzo de 2016-. Estando los tres inscritos en el Padrón Municipal de Zaragoza desde el 1 de octubre de 2008. La menor cursó estudios de ESO en el Instituto de Educación Secundaria DIRECCION000 de esta ciudad y al tiempo de la solicitud de residencia se encontraba cursando primero de bachiller en el mismo Instituto. El recurrente tiene un trabajo por tiempo indefinido desde diciembre de 2014, por el que venía percibiendo un líquido mensual de entre unos 1.200 y 1.400 euros. No constando que la madre de la menor disponga de ingresos propios.

De lo que ha de concluirse, dada la relación de dependencia acreditada de la menor respecto del recurrente, que la denegación de la autorización de residencia, con la consiguiente obligación de salir del territorio nacional, podría llevar como consecuencia que la menor se viera igualmente obligada a abandonarlo; de manera que, en efecto, le podría acarrear la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere el estatuto de ciudadano de la Unión.

Ciertamente, no cabe desconocer que la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2016, también afirma 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*". " *Sin embargo -continúa -, 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*". Concluyendo que " *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*".



Pues bien, en el presente caso consta, como ha quedado expuesto, una única condena por el referido delito de tráfico de drogas, sin que resulte de las actuaciones los hechos determinantes de la misma, aunque sí que tuvieron lugar el 12 de octubre de 2011; sin que desde entonces conste ningún otro antecedente desfavorable, ni tan siquiera policial. Habiéndose acreditado que por auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Aragón número 2 de 18 de agosto de 2014 se acordó su progresión al tercer grado penitenciario, y en tal condición obtuvo autorización para trabajar por resoluciones de 10 de noviembre de 2014 y 16 de junio de 2015, iniciando la relación laboral con el contrato indefinido antes aludido; siendo la fecha de cumplimiento definitivo de la pena el 5 de junio de 2016. También ha quedado acreditado que ya en el año 2007 le fue concedida autorización de residencia y trabajo inicial, que mantuvo, mediante las oportunas renovaciones, hasta el 20 de septiembre de 2013, fecha en la que se acordó su expulsión del territorio nacional, en aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, por la citada condena penal, y la consiguiente extinción de la autorización de residencia y trabajo de que disponía -segunda renovación-.

De modo que la condena penal por hechos ocurridos en 2011, resulta insuficiente en el presente caso para justificar la denegación autorización pretendida, atendido el principio de proporcionalidad y el interés superior de la menor española, junto con las demás circunstancias concurrentes, como la edad de aquella, la convivencia con ésta y con su madre, también española, la progresión al tercer grado penitenciario ya en agosto de 2014, la ausencia de ningún otro antecedente penal, el tiempo que lleva el recurrente en España y su actividad laboral durante este tiempo.

Como resulta, así mismo, insuficiente la expulsión acordada en 2013, que lo fue en aplicación del citado artículo 57.2, sin que fueran valoradas entonces las referidas circunstancias personales y familiares, al no tener entonces la menor la nacionalidad española, que obtuvo, como se ha dicho, en marzo de 2016; y es que, la concesión de la autorización en cuestión conlleva la revocación de la expulsión anteriormente acordada.

Todo lo cual determina, con estimación del recurso de apelación, que deba anularse la resolución administrativa recurrida y reconocerse al recurrente el derecho a la obtención de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales solicitada.

**TERCERO** .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas de la primera instancia a la Administración demandada, y sin que proceda hacer expresa imposición de las del presente recurso de apelación; si bien al amparo de la facultad prevista en el apartado cuarto de dicho artículo, se determina que el importe de las mismas no podrá rebasar la cantidad de 300 euros.

## FALLO

**PRIMERO**.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Donato contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 5 de Zaragoza de fecha 8 de mayo de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 258 de 2016, y con revocación de la misma y estimación del recurso, anulamos por no ser conforme a derecho la resolución administrativa recurrida, y reconocemos al recurrente el derecho a la obtención de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales solicitada.

**SEGUNDO**.- Imponemos las costas de la primera instancia a la Administración demandada, con el límite establecido en el último fundamento de esta resolución, y **no** hacemos expresa imposición de las de esta apelación.

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