

Versión anonimizada

C-503/19 - 1

Asunto C-503/19

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

2 de julio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona
(España)

Fecha de la resolución de remisión:

7 de junio de 2019

Parte recurrente:

UQ

Parte recurrida:

Subdelegación del Gobierno en Barcelona

| |
|--|
| Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>1120755</u> |
| Luxemburgo, el <u>03-07-2019</u> |
| Fax/E-mail: <i>p.o. Leticia Carrasco Marco</i> |
| Presentado el: <u>2/7/19</u> |
| El Secretario, por orden Leticia Carrasco Marco Administradora |

Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 17 de Barcelona

[OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [OMISSIS] [dirección y otros datos del Tribunal Remitente]

Parte recurrente/Solicitante/Ejecutante:

UQ

[OMISSIS] [datos de los representantes
de la parte recurrente]

Parte demandada/Ejecutado:

SUBDELEGACIÓ DE GOVERN A

BARCELONA

[OMISSIS] [datos de los representantes
de la parte recurrida]

AUTO [OMISSIS]

[OMISSIS] [identificación del juez] [OMISSIS] Barcelona, 7 de junio de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - [OMISSIS] [identificación de la parte recurrente y sus representantes].

El procedimiento se dirige contra la resolución de 27/03/18 de la Subdelegación del Gobierno en. Barcelona que desestima la solicitud de concesión de residencia de larga duración y la resolución de 06/07/18 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

El juicio de dicho asunto tuvo lugar el día 11 de marzo de 2018, y en el mismo la defensa de la administración, representada por el Abogado del Estado se opuso a la demanda y solicitó su desestimación.

SEGUNDO.- Antes de sentencia el Juzgado dictó un Auto en el que ponía de manifiesto la posibilidad de interponer una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y expuso en forma sucinta el fundamento de la misma.

[OR 2]

La parte actora manifestó su conformidad y la conveniencia de ello. La Abogacía del Estado manifestó su oposición alegando que se trataba de un «acto claro».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antecedentes

El fundamento fáctico del presente asunto consiste en que UQ formuló el 2 de febrero de 2018 ante la Oficina de Extranjeros de Barcelona, dependiente de la Subdelegación del Gobierno de Barcelona, una solicitud para disponer de la concesión de su residencia de larga duración.

La administración, mediante resolución de 27/03/18 denegó la solicitud por la existencia de antecedentes penales.

UQ presentó recurso de reposición que fue desestimado el 06/07/18.

Contra esta desestimación presentó el recurso contencioso administrativo que da origen a esta cuestión prejudicial.

Conviene poner en conocimiento del Tribunal que [OMISSIS] nuestro sistema de extranjería, se compone por un sistema de situaciones de residencia escalonad[a]s, de tal forma que normalmente se inicia con la obtención de una autorización de residencia temporal, que puede tener una duración máxima de cinco años y tras ello se puede alcanzar la residencia de larga duración, la cual debe renovarse cada cinco años. [OMISSIS]

[OMISSIS] [E]s importante tener en cuenta que al pedir la concesión de la residencia de larga duración UQ ya estuvo residiendo legalmente, como mínimo, por un período de cinco años con autorización de residencia temporal, aunque muy posiblemente el periodo sea superior puesto que estas situaciones acostumbran a venir precedidas por un período de residencia ilegal que puede ser más o menos largo.

SEGUNDO.- Normativa nacional.

La Ley Orgánica 4/2000, en su artículo 32, describe la situación de residencia larga duración de la siguiente forma:

[OR 3]

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. A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE. Se considerará que la residencia ha sido [OMISSIS] [error en la transcripción del artículo] continuada aunque por periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.

3. Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. No obstante, en el supuesto de que los extranjeros residentes de larga duración en otro estado miembro de la Unión Europea deseen conservar el estatuto de residente de larga duración adquirido en el primer estado miembro, podrán solicitar y obtener una autorización de residencia temporal en España.

[OMISSIS] [apartados relativos a la situación de los extranjeros a quienes se ha reconocido la protección internacional]

La normativa nacional sobre esta residencia se sigue desarrollando en el Real Decreto 557/2011, el artículo 149.2.f) señala que:

«La solicitud deberá acompañarse de la siguiente documentación: [...] 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».

[OR 4]

TERCERO.- Interpretaciones jurisprudenciales. Doctrina casacional del Tribunal Supremo

Esta normativa ha dado lugar a interpretaciones contradictorias y diversas por parte de los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia Españoles y así algunos entendían que la mera existencia de antecedentes penales imposibilitaba el acceso a la residencia de larga duración, y a su renovación, otros, que si existían antecedentes penales, consideraban factores distintos como la existencia de razones de orden público o seguridad pública; valoraban si la conducta personal del extranjero constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave que afectase a un interés fundamental de la sociedad, o tenían en cuenta la conducta personal del extranjero para determinar si procedía o no la concesión. Es decir, se daban posturas contrapuestas, una de carácter mecánico que consistía en denegar pura y simplemente la autorización si concurrían antecedentes penales; otra de carácter valorativo que implicaba un examen personalizado de la situación del interesado, lo que implicaba efectuar una valoración sobre los hechos y condenas que le afectaban con la finalidad de determinar si aquellos hechos y condenas por los que fue condenado en su día, en el momento de obtener la autorización, constituían una amenaza real, actual y suficientemente grave del extranjero que afectara a un interés fundamental de la sociedad, o hasta incluso algunos otros Juzgados o Tribunales consideraban innecesario examinar los antecedentes penales de los solicitantes por considerar que no era un requisito de autorización, ni de renovación por lo cual no tenían en cuenta este dato en el momento de resolver sobre la cuestión, y finalmente, otros acudían directamente a la normativa de la Directiva 2003/109/CE para resolver los litigios que se planteaban sobre la cuestión, ignorando o haciendo caso omiso a la legislación nacional.

Este panorama, ciertamente un tanto confuso, pero confuso debido a la falta de claridad y concisión de la normativa aplicable, quedó resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, [OMISSIS] 1150/2018 de 5 Jul. 2018, Rec. 3700/2017, dictada en un recurso de casación.

Conviene hacer un inciso al objeto de aclarar al Tribunal que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en recursos de casación, implican el ejercicio de una función nomofiláctica y unificadora de la jurisprudencia con la finalidad de tutela, protección y salvaguarda del ordenamiento jurídico, mediante una interpretación unívoca de la ley que determina la predictibilidad y seguridad jurídica merced a la ejemplaridad de la doctrina que emana del Tribunal Supremo, por lo cual si bien las sentencias dictadas en recurso de casación por el Tribunal Supremo no son de seguimiento obligado e imperativo en todos los casos, sí que es cierto que la inmensa mayoría de jueces y magistrados nos sentimos obligados a seguir el criterio que fija nuestro Alto Tribunal.

Pues bien, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo resuelve la controversia en el sentido de fijar la siguiente doctrina [OMISSIS]:

[OR 5]

[«]DÉCIMO: [OMISSIS] [D]ebemos proceder a dar respuesta a la cuestión que presentaba interés casacional objetivo concretada en: «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 larga duración o si, por el contrario, procede considerar y ponderar las circunstancias concurrentes en la persona del extranjero concernido, a los efectos de concluir en su caso que no constituye una amenaza suficientemente grave y de otorgar en su consecuencia la indicada autorización», declarando que la sola existencia de algún antecedente penal determina sin más la denegación de la solicitud de autorización de larga duración.[»]

La doctrina del Tribunal Supremo es de una claridad y concisión, que no admite la más mínima duda: un solo antecedente penal implica la denegación de la solicitud.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo sigue el siguiente razonamiento

[«]CUARTO: [OMISSIS] [OR 6]

[OMISSIS] [Cita por el Tribunal Supremo de los artículos de la normativa nacional que se han reproducido en el apartado relativo a la normativa nacional] [OMISSIS] [cita del artículo 6 de la Directiva 2003/109 que se reproduce más adelante]

SEXTO: La cuestión controvertida consiste en determinar si en presencia de antecedentes penales deberá denegarse la autorización de residencia de larga duración o si, con carácter previo a dicha decisión estimatoria o denegatoria de la solicitud, deberán considerarse las circunstancias concurrentes.

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.

Tal interpretación, por lo demás no contradice el espíritu y finalidad de lo dispuesto en la Directiva 2003/109/CE [OMISSIS], 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.

[OR 7]

SÉPTIMO: Somos conscientes de que existen decisiones de las salas territoriales que sostienen una interpretación diferente, [OMISSIS] [sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia citadas a título de ejemplo] en las que se coincide en exigir, para que la Administración pueda limitar el estatuto de Residencia de Larga Duración, que concurren las siguientes premisas:

- a) Existencia de razones de orden público o seguridad pública.*
- b) Existencia de motivos suficientes, razonables y razonados de que la conducta personal del extranjero constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.*
- c) Que se tenga en cuenta, única y exclusivamente la conducta personal del extranjero, sin que pueda alegarse razones que no tengan relación directa con el caso concreto o basadas en motivos de prevención general.*
- d) Tener en cuenta de manera expresa que la existencia de condenas penales no constituye, per se, y de manera automática razón suficiente para denegar una Autorización de Residencia de Larga Duración.*

Sin embargo, esta Sala considera, de conformidad con lo anteriormente razonado, que la última conclusión no se deriva de la literalidad del precepto.

OCTAVO: A tal conclusión tampoco se opone el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional 201/2016, de 28 de noviembre de 2016, cuando establece que [OMISSIS]

[«]En el caso que ahora nos ocupa, ninguna de las resoluciones impugnadas, pese a reconocer la condición del recurrente de residente de larga duración en España, aborda la necesaria ponderación de sus circunstancias personales y familiares. Las resoluciones administrativas se limitan, por una parte, a despachar con fórmulas estereotipadas las alegaciones del actor relativas a su arraigo, lo que [OMISSIS] [OMISSIS] pone de manifiesto «una patente renuencia

de la Administración a valorar la circunstancias alegadas», mientras que las resoluciones judiciales consideran, de otro lado, que la naturaleza jurídica no sancionadora de la medida impuesta exime del deber de ponderar las circunstancias personales y familiares del extranjero, ya que la expulsión del art. 57.2 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) constituye, según se razona, una [OR 8] consecuencia legalmente tasada que procede imperativamente ante una circunstancia —la comisión de un delito castigado con pena superior a un año de prisión— que evidencia el incumplimiento sobrevenido de las circunstancias en las que se asienta la autorización para residir en España».

Continúa la sentencia señalando que «En las resoluciones judiciales impugnadas se sostiene, en efecto, que la Administración, al adoptar la decisión de expulsión al amparo del art. 57.2 LOEx, no tenía por qué realizar ponderación alguna relativa a las circunstancias personales y familiares del ahora demandante de amparo, pues le bastaba, de acuerdo con el tenor del aludido precepto, la simple constatación de la existencia de una condena no cancelada por delito doloso castigado con pena de prisión superior a un año. Solo si la medida impuesta por la Administración hubiera tenido naturaleza sancionadora habría sido precisa, desde esta óptica, una motivación adicional relativa a la proporcionalidad de la «sanción de expulsión» en relación con las circunstancias personales y familiares del individuo sancionado, tal y como expresamente contempla el art. 57.5 LOEx.

Pues bien, el argumento expuesto no puede ser aceptado, ya que, dejando de lado su dudosa compatibilidad con lo que, en el ámbito de la legalidad ordinaria, se dispone en la Directiva 2003/109/CE [OMISSIS] —cuyo art. 12 obliga a ponderar las circunstancias familiares en toda decisión de expulsión (también, por tanto, en la que no tiene naturaleza sancionadora)—, la medida de expulsión impuesta por la Administración estaba sujeta en todo caso, por el grado de gravamen que representa en intereses constitucionalmente salvaguardados, a especiales exigencias de motivación, y esto aun cuando no pudiera atribuírsele una naturaleza jurídica sancionadora».

NOVENO: La referida sentencia, hace referencia al contenido del art. 57.5. LOEX, precepto que establece que «La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado».

De acuerdo con tal precepto, para los supuestos de expulsión de residentes de larga duración, si resulta exigirse valorar una serie de circunstancias, valoración que no aparece expresamente recogida en el caso de la concesión de la autorización.

En definitiva, de acuerdo con el tenor literal de la Ley y con los razonamientos de la citada sentencia, para el caso de la expulsión de los residentes de larga [OR 9] duración, ha de mantenerse la tesis contraria a hacer derivar de los meros antecedentes penales consecuencias dotadas de automatismo, siendo pertinente una valoración del resto de las circunstancias concurrentes, sin embargo tal valoración no alcanza a aquellos extranjeros que tratan de lograr su condición de residentes de larga duración, resultando proporcionado un mayor rigor en las exigencias y requisitos necesarios para obtener tal condición que para la expulsión del extranjero que ya ostentaba la misma.[»]

CUARTO.- Directiva 2003/109/ CE

La Directiva 2003/109/CE, ya en su exposición de motivos, apartado sexto, nos indica que el criterio principal para la adquisición del estatuto de residente de larga duración debe ser la duración de residencia en el territorio de un Estado miembro.

Y el apartado octavo expone 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. El concepto de orden público podrá incluir una condena por la comisión de un delito grave.

Los objetivos y fines que delimita la Directiva 2003/109 quedan convenientemente descritos en sus «considerandos», y a los efectos de lo que aquí importa los más relevantes son los que siguen:

(4) La integración de los nacionales de terceros países que estén instalados permanentemente en los Estados miembros es un elemento clave para promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal y como se declara en el Tratado.

(6) El criterio principal para la adquisición del estatuto de residente de larga duración debe ser la duración de residencia en el territorio de un Estado miembro. Esta residencia debe ser legal e ininterrumpida, testimoniando con ello el enraizamiento de la persona en el país. Hay que contemplar la posibilidad de una cierta flexibilidad en función de las circunstancias que puedan impulsar a una persona a salir temporalmente del territorio.

(8) Además, 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. El concepto de orden público podrá incluir una condena por la comisión de un delito grave.

(10) Es importante establecer un conjunto de normas de procedimiento que regulen las solicitudes de obtención del estatuto de residente de larga duración. Dichas normas deben ser eficaces y aplicables en relación con la carga normal de trabajo de las administraciones de los Estados miembros, así como transparentes y equitativas, con objeto de ofrecer a las [OR 10] personas interesadas un nivel adecuado de seguridad jurídica. No deben constituir un medio para impedir el ejercicio del derecho de residencia.

(16) Los residentes de larga duración deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión. Esta protección se inspira en los criterios fijados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La protección contra la expulsión implica que los Estados miembros deben establecer la posibilidad de interponer recursos efectivos ante las instancias jurisdiccionales.

(21) El Estado miembro en el que el residente de larga duración vaya a ejercer su derecho de residencia tendrá la facultad de comprobar que la persona en cuestión reúne las condiciones previstas para residir en su territorio. También estará facultado para comprobar que el interesado no representa una amenaza actual para el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

Se advierte así, por expresa indicación de la Directiva, que el principio que inspira la normativa es la importancia de conceder un estatuto reforzado a los que acrediten arraigo en el territorio del Estado miembro, que el criterio principal es la residencia durante cinco años, y que a la hora de valorar razones de orden público o seguridad pública no solamente se debe partir del principio general de integración de las personas que acrediten ese arraigo social sino también del criterio principal de los años de residencia, debiendo limitarse esa valoración a considerar si los mismos suponen una amenaza actual al orden público y seguridad pública.

En consonancia con lo anterior, el artículo 4.1 de la Directiva establece que:

Los Estados miembros concederán el estatuto de residente de larga duración a los nacionales de terceros países que hayan residido legal e ininterrumpidamente en su territorio durante los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente.

El artículo 6.1 de la Directiva contempla asimismo la consecuencia que pudiera tener la concurrencia, no de cualquier antecedente penal, sino solamente los antecedentes penales relativos a infracciones del orden público y la seguridad pública:

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.

Finalmente, el artículo 7.3 de la Directiva concluye que:

[OR 11]

Si se cumplen las condiciones previstas en los artículos 4 y 5, y la persona no representa una amenaza a tenor del artículo 6, el Estado miembro de que se trate deberá otorgar al nacional de un tercer país interesado el estatuto de residente de larga duración.

Y el artículo 17:

Orden público y seguridad pública

1. Los Estados miembros podrán denegar la residencia del residente de larga duración, o de los miembros de su familia, cuando el interesado representare una amenaza para el orden público o la seguridad pública.

Para adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro considerará la gravedad o el tipo de infracción contra el orden público o la seguridad pública cometida por el residente de larga duración o los miembros de su familia, o el peligro que implique la persona en cuestión.

Como antecedentes jurisprudenciales conviene citar las siguientes sentencias de este Tribunal:

Sentencia Comisión/Países Bajos, C-508/10, EU:C:2012:243, apartado 65): *La facultad de apreciación atribuida a los estados miembros no es ilimitada y estos no pueden aplicar una normativa nacional que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva y como consecuencia su efecto útil.*

Sentencia Comisión/Países Bajos, C-508/10, EU:C:2012:243, apartado 75): *Conforme al principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, los medios puestos en práctica para la aplicación de la Directiva 2003/109 deben ser aptos para lograr los objetivos previstos por esa normativa y no deben exceder de lo necesario para alcanzarlos.*

Sentencia TJUE de 18 octubre 2012

44. *Conviene recordar al respecto que la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse, en especial, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte (véanse, en particular, las*

sentencias de 10 de marzo de 2005, easyCar, C-336/03 , Rec. p. 1-1947, apartado 21; de 22 de diciembre de 2008, Wallentin-Hermann, C-549/07, Rec. p. 1-11061, apartado 17; de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, C-151/09, Rec. p. 1-7591, apartado 39, y de 18 de octubre de 2011, Brüstle, C-34/10), Rec. p. 1-0000, apartado 31).

45. Como resulta de los considerandos 4, 6 y 12 de la Directiva 2003/109, el objetivo principal de ésta es la integración de los nacionales de terceros países [OR 12] que se han instalado permanentemente en los Estados miembros (véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Comisión/Países Bajos, C-508/10 , Rec. p. 1-0000, apartado 66). De igual modo, según resulta también del segundo considerando de la misma Directiva, ésta pretende, mediante la concesión del estatuto de residente de larga duración a los nacionales de terceros países, aproximar el estatuto jurídico de éstos al de los nacionales de los Estados miembros.

QUINTO.- Opinión del Magistrado que suscribe

A mi criterio, existe una manifiesta fricción entre la mencionada Directiva y la normativa española que se ha puesto de relieve, en la interpretación que efectúa [de] la misma el Tribunal Supremo en su Sentencia 1150/2018 de 5 Jul. 2018.

Considero que la Directiva quiere establecer un sistema de protección reforzada de las situaciones de arraigo consolidado y acreditado por medio de la estancia continuada durante cinco años de los nacionales de terceros países.

Y a tal fin contempla la Directiva los supuestos en los cuales se podrá denegar el estatuto de residente de larga duración a la luz del artículo 6, si bien lo hace por medio de dos conceptos jurídicos indeterminados: orden público y seguridad pública, y atendiendo a la gravedad o el tipo de delito contra esos bienes jurídicos.

La Directiva no concede margen a los Estados miembros para apartarse de los anteriores criterios a la hora de transponer —como sí lo hace en cambio en otros aspectos, como puede ser el plazo de duración del procedimiento, las consecuencias anudadas a los silencios administrativos, o la valoración de medios de vida, vivienda, etc.—

Así por tanto una primera problemática derivada de la norma española y la interpretación que de la misma realiza el Tribunal Supremo es si las nociones de orden público y seguridad pública consolidadas a lo largo de los años en la jurisprudencia de los Tribunales españoles son lo suficientemente restrictivas como para habilitar la preceptiva valoración que impone el artículo 6 de la Directiva [OMISSIS].

Resolviendo la segunda de estas cuestiones no cabe duda de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es consolidada y pacífica a la hora de declarar la insuficiencia de la mera invocación de razones de Orden público, pues este concepto por su carácter de concepto jurídico indeterminado supone la necesidad

de que se acrediten las circunstancias que justifiquen su realidad. (Sentencias de 19 de noviembre de 1984, 17 de octubre de 1983 y 14 de junio de 1984).

También el Tribunal Constitucional ha usado siempre un concepto restringido de la noción de orden público, estableciendo que:

[OR 13]

...el orden público, en su vertiente de seguridad pública, comprende la actividad administrativa dirigida a hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas (STC 33/1982, de 8 de junio, STC 6/1983, 19/1985 y 59/1990.

imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias» (STC 46/2001. [OMISSIS]).

Es por lo anterior que llama la atención que a pesar de la noción restrictiva por limitación de orden público que se ha consolidado en la jurisprudencia española, la STS 1150/2018 de 5 Jul. 2018, aprecie que en el marco del artículo 148 y 149 RD 557/2011 que transpuso la Directiva 2003/109, la misma noción pueda ahora ser sinónimo de tal amplitud que impida el acceso a toda conducta penada por el Código Penal.

Si la Directiva nos dice con toda claridad que el criterio principal para la obtención de este estatus es el temporal, es decir la duración de la residencia en el Estado en que se trate; y si también nos dice que puede negarse por motivos de orden público o de seguridad pública, siempre teniendo en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública y el peligro que implique el interesado para estos factores, y además, resulta de la exposición de motivos que el concepto de “orden público”, puede incluir una condena por comisión de delito grave; todo ello lleva a la conclusión de que lo que lo que nos está pidiendo la Directiva es que se realice una valoración personalizada de las circunstancias concurrentes en [el] solicitante, y a través de esta valoración se llegue a una conclusión concreta sobre si el solicitante constituye no una amenaza para la sociedad. Esta valoración personalizada debe considerar diversos elementos, a saber: la gravedad o el tipo de infracción cometida; el peligro que ello represente; la duración de la residencia y los vínculos que tenga con el país.

Sólo tras este análisis de circunstancias personales se podrá llegar a una conclusión válida.

Sin embargo, si aplicamos el criterio automático que promueve el Tribunal Supremo, podemos constatar un sólo hecho: si existen antecedentes penales deberá denegarse y si no existen deberá examinarse el resto de condicionantes.

A estos efectos, es [preciso] tener en cuenta que nuestro Código Penal, como sucede sin duda en la totalidad de códigos europeos, distingue los delitos y las penas en función de su gravedad. El artículo 13 del Código Penal divide los delitos en graves, menos graves y leves y lo hace en función de la duración de la pena que corresponda. El artículo 33 del mismo Código divide las penas en graves, menos graves y leves, en función de la naturaleza y duración de las penas que [OR 14] se impongan. Y en tal orden de cosas, desde la reforma operada por la LO 1/2015, han quedado incluidos dentro de la caracterización como delitos, y por tanto tributarios de su anotación en un Registro Central de Penados y Rebeldes, constitutivos de antecedentes penales, conductas de muy escasa gravedad como son delitos contra el patrimonio de menos de 400 euros (vgr. Art.234.2 CP penado con multa de 1 a 3 meses), maltratos de obra sin lesión (vgr. art.147.3 CP multa de uno a dos meses), entrar o mantenerse en domicilio público (vgr. Art.203.2 CP: multa de uno a tres meses), abandono de animales (vgr. 337 bis CP) etc. Todos ellos suponen que el reo queda registrado con antecedentes penales cuanto menos durante seis meses desde el cumplimiento definitivo de la condena.

Resulta extraño pues, que en vía administrativa se prescinda de la clasificación penal y se trate por igual a supuestos que son esencialmente distintos, no sólo por la clasificación anteriormente indicada de los delitos y las penas, sino también porque las circunstancias personales y período de permanencia en nuestro país del extranjero pueden ser radicalmente distintas, y por lo tanto merecedores de una valoración diversa.

Es cierto que el concepto de «orden y seguridad pública» no es un concepto cerrado y en consecuencia se permite que cada Estado lo regule en la forma más o menos amplia, que estime oportuno.

Sin embargo, el contenido del artículo 149.2 f del Real Decreto 557/2011, en la interpretación del Tribunal Supremo que se ha indicado podría no ser concordante con el contenido de los artículos 6.1 y 17 de la Directiva, puesto que impide valorar la gravedad del delito y si a pesar de este, el interesado representa una amenaza para el orden público o seguridad pública, puesto que parece una actitud excesivamente formalista y radical el entender de forma automática que un sólo antecedente penal implica, por si mismo, la existencia de tal amenaza para el orden público o seguridad pública.

Considero que tiene especial interés sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 25 de febrero de 2010 que dice:

«[OMISSIS] [E]n coherencia con la configuración de acceso a la situación de residencia permanente, la apreciación de tales circunstancias, de manera distinta,

debe resolverse partiendo de la denotación de que la expresión “antecedentes penales” incluida en la noción de “motivos de orden público o seguridad pública” en el acceso a la situación de residencia permanente, responde a la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados. Como elemento relevante para la aplicación del concepto jurídico indeterminado en el acceso a la situación de residencia permanente, cabe afirmar que el ámbito de la zona de certeza positiva integra el factor ausencia de antecedentes penales como reflejo de una conducta personal que no afecta al orden público ni a la seguridad pública. Y ello en razón de que la ausencia de antecedentes penales expresan una situación de Integración social a la que el régimen de extranjería dota de neta prevalencia en relación con otras circunstancias personales, como son las referidas a la existencia de condenas penales. Sin embargo esta consideración valorativa no impide la entrada de otros factores en la noción [OR 15] jurídica indeterminada que, en su caso, habrán de situar el supuesto contemplado en la zona de incertidumbre del concepto jurídico. Debiéndose situar en la zona de certeza negativa exclusivamente los supuestos en los que las condenas penales acreditadas reflejen datos que menoscaben los conceptos de orden público y seguridad pública. De acuerdo con las anteriores premisas, no puede afirmarse apriorísticamente que la existencia de antecedentes penales excluyan la concesión de la autorización de residencia permanente si en el solicitante no concurren otras circunstancias que afecten al orden público o a la seguridad pública.»

Esta Sentencia refleja, a mi criterio, un ajuste perfecto entre la situación de residencia de larga duración y la existencia de antecedentes penales y de acomodación a la finalidad y efecto útil de la Directiva 2003/109/CE.

Una segunda problemática derivada de la norma española y la interpretación que de la misma realizan los tribunales españoles, es esclarecer lo que sigue: de conformidad con el artículo 13 de la Directiva los Estados miembros pueden establecer situaciones más favorables siempre que las mismas no den derecho a obtener la residencia en otros Estados miembros; sin embargo ¿permite la Directiva que los Estados miembros establezcan situaciones menos favorables, paralelas a las del residente de larga duración, sin los beneficios del estatuto de residente de larga duración, por la vía de exigir más al solicitante de larga duración que al solicitante de autorización de residencia temporal?

En este orden de cosas merece destacar lo que es uno de los fundamentos de la razón de decidir en la Sentencia del Tribunal Supremo 1150/2018 de 5 Jul. 2018.: para el alto tribunal el acceso al estatuto de residente de larga duración requiere un mayor rigor en las exigencias y requisitos necesarios para obtener tal condición que para la expulsión del extranjero que ya ostentaba la misma.

Debe advertirse no obstante cuáles son las consecuencias de ese mayor rigor exigido por la doctrina del Tribunal Supremo. En primer lugar, recordando que el autorizado a residir temporalmente en España puede tener acceso a la renovación de su autorización de residencia temporal y conseguir una nueva autorización de

residencia temporal a pesar de contar con antecedentes penales. Así lo establece el artículo 31.7 de la LO 4/2000 en su redacción dada por la LO 2/2009 para la cual:

Artículo 31. Situación de residencia temporal.

(...)

7. Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, 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.

b) El incumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social.

A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la [OR 16] asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta Ley.

Debe contrastarse este redactado con el redactado anterior a la LO 2/2009, vigente desde el 1 de febrero de 2000:

Artículo 31. Situación de residencia temporal.

(...)

5. 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 el permiso 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.

Advertimos así que no solo se relaja el acceso a la renovación, sino que en lo esencial la mera constancia de antecedentes penales ya no será causa de denegación de la renovación a autorización de residencia temporal, que en el nuevo marco legal «se valorarán» cuando en la redacción anterior era «preciso que carezca de antecedentes penales».

Resultado de lo anterior y de la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, es que el residente temporal que acredita cinco años ininterrumpidos de residencia

en España, y que cuente con cualquier tipo de antecedente penal, tiene más facilidades para acceder a una nueva residencia temporal por otros dos años que para acceder al estatuto de residente de larga duración.

Desde este punto de vista la normativa española que regula el acceso al estatuto de residente de larga duración, tal como viene siendo interpretada por el Tribunal Supremo supone un verdadero obstáculo al ejercicio de los derechos atribuidos por la Directiva 2003/109. Lo que está en juego por tanto es que tal como viene siendo interpretada, la normativa española pueda poner en peligro los objetivos de la Directiva —Considerando 1), 2), 4) y 6)— y como consecuencia privarla de su efecto útil (véase en ese sentido la Sentencia de 28 de abril de 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, Rec. p. 13015, apartado 55) promoviendo bolsas de temporalidad entre los residentes extracomunitarios, dificultando su efectiva integración y por tanto propiciando desafección respecto a los principios y valores europeos, privándoles de la equiparación de derechos que dispone la Directiva 2003/109, etc.

La normativa española, cuanto menos en la interpretación a que viene siendo sujeta por el Tribunal Supremo, ha convertido el estatuto de residente de larga duración en una suerte de premio que exige a los solicitantes un plus de bonhomía, haciendo caso omiso al Considerando cuarto y sexto de la Directiva que dispone el referido estatuto más como un mecanismo de garantía y [OR 17] protección del enraizamiento testimoniado (Considerando sexto) que como un umbral de especiales y distintos requisitos.

El resultado de la interpretación del Tribunal Supremo impone por un lado una suerte de mecanismo de prevención general dirigido a los futuros aspirantes al estatuto de residente de larga duración, y por el otro actúa como disuasión para esos aspirantes contar con cualquier tipo de antecedente penal deberán seguir en situación de residencia temporal.

La tercera de las problemáticas es quizá derivada de las anteriores o incluso el origen y causa de todas ellas, y se trata de la deficiente transposición de la Directiva 2003/109 al ordenamiento español. Esa transposición a lo que viene referido al acceso al estatuto de residente de larga duración se concentra en el ya citado artículo 32 de la LO 4/2000, en su redacción dada por la LO 2/2009 y que afirmaba de forma expresa transponer la Directiva. Más desarrollo dispuso el RD 557/2011 por medio de sus artículos 147, 148 y 149. Ninguno de estos preceptos establece con claridad, transparencia e inteligibilidad cuál habría de ser el régimen aplicable a los solicitantes de residencia de larga duración cuando tienen antecedentes penales.

Para clarificar esta cuestión es importante detenerse en la constancia por la cual el art.6.1 Directiva da la posibilidad —no lo impone como preceptivo— a los estados miembro[s] de denegar la solicitud de larga duración por motivos de orden público.

El Reino de España no ejerció esta posibilidad y no recogió en su normativa la denegación por motivo de penales. Ni en el artículo 31.2 LO 4/2000, ni en el artículo 148 RD 557/2011 nada se dice al respecto. Por el contrario, las distintas sentencias que han desarrollado la materia han querido ver en el artículo 149.2 f) una velada mención a que los motivos de orden público y seguridad pública son causa de denegación del estatuto.

Si no fue transpuesta la posibilidad de denegar por este motivo, máxime en materia que era potestativa, no puede el estado incumplidor o incorrecto transponedor aplicarla directamente en perjuicio del particular; tampoco puede sin arriesgar una interpretación *contra legem* alegar el principio de interpretación conforme, toda vez que el art.6.1 de la Directiva no obliga a denegar por motivo de orden público, sólo habilita la posibilidad de hacerlo.

De conformidad con [el] principio de lealtad comunitaria, y seguridad jurídica, tanto la norma comunitaria como la que transponga una directiva deben ser: claras, inteligibles y transparentes. Este requisito de la actividad legislativa también viene recogid[o] en nuestro ordenamiento [OMISSIS]: el legislador debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas.

La lectura del art.149.2 f) RD 557/2011 en ningún caso permite interpretar que el requisito de «no tener delitos previstos en el ordenamiento español» sea de aplicación al solicitante que ha reunido cinco años de residencia en España:

[OR 18]

Primero, porque ese concreto apartado no lo recoge, sino que establece un cajón de sastre para el resto de situaciones al principiar con la fórmula «en su caso», esto es, refiriéndose a aquellos de los solicitantes que no han estado viviendo los últimos cinco años en España;

Segundo, porque los que acceden por la vía del art.148.1 —han vivido los últimos cinco años en España— no tienen que aportar este certificado, al ser España en el país donde han «vivido los últimos cinco años», se presume que la actuante tendrá una potestad —que no está recogida en norma alguna— de acceder al registro de penales del solicitante, obtener una certificación, incorporarla al expediente y luego además valorarla.

Tercero, porque entra dentro de las posibilidades del Estado miembro, en este caso el Reino de España, exigir más a los solicitantes que no han reunido esos cinco años de residencia previos en España [148.3 a), b), c), d), f) y g)], entre muchos posibles y legítimos motivos porque tienen menor vínculo con España que los del art.148.1. Pero lo anterior no permite presumir que a los solicitantes que llevan cinco años en España también se les pueda exigir, tal como ha sido transpuesta la Directiva, no tener penales en España.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, considero que la normativa española que transpuso las vías de acceso al estatuto de residente de larga duración podría no

cumplir con los requisitos establecidos en el considerando décimo de la Directiva -normas eficaces, aplicables, transparentes y equitativas [OMISSIS]

[OMISSIS] [cita del considerando 10, reproducido anteriormente].

SEXTO.- Aplicación al caso

Entiendo que [OMISSIS] la cuestión prejudicial que se formula tiene una incidencia directa en los supuestos de hecho que se plantea[n] en el presente procedimiento.

UQ tiene efectivamente una condena por Sentencia de fecha 10/11/14 por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, por un hecho que tuvo lugar el 02/11/2014.

Fue condenado a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad, pena que fue extinguida en 18/04/18, y fue condenado igualmente a la pena de ocho meses y dos días de privación del derecho a conducir vehículos de motor y promotores, pena que fue cumplida y se extinguió el 10/11/2015. **[OR 19]**

Como ya se dijo anteriormente UQ tenía una residencia mínima de 5 años, y consta que durante este período trabajó de forma legal y cumplió con sus obligaciones para con la Seguridad Social y otros organismos estatales.

A pesar de ello, sus antecedentes penales siguen vigentes. Si aplicamos la interpretación del Tribunal Supremo se le debe denegar la autorización de residencia o su renovación.

Si aplicamos directamente la Directiva debemos valorar la gravedad del tipo de delito, considerar el peligro que puede implicar el interesado y tener en cuenta igualmente la duración de su residencia previa y vínculos con el país, y en este caso, teniendo en cuenta estos factores la valoración podría ser positiva.

SEPTIMO.- [OMISSIS]

Por ello,

PARTE DISPOSITIVA

Procede presentar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formulando las siguientes preguntas:

1º.- Si resulta conforme con el artículo 6.1 y 17 de la Directiva 2003/109 una interpretación por parte de los tribunales nacionales por la cual un antecedente penal, de cualquier naturaleza, es causa suficiente para denegar el acceso al estatuto de residente de larga duración.

2º.- Si el Juez Nacional debe tener en cuenta, a más de la existencia de antecedentes penales, otros factores como la gravedad y duración de la pena, el

peligro que representa el solicitante para la sociedad, la duración de su residencia legal previa y los vínculos que tengo constituido con el país, procediendo a una valoración conjunta de todos estos elementos.

3º.- Si debe interpretarse el artículo 6.1 de la Directiva en el sentido que se opone a que una normativa nacional permita denegar por motivos de orden público o seguridad pública el estatuto de residente de larga duración al amparo del artículo 4 sin establecer los criterios de valoración que se contiene en el artículo 6.1 y art 17.

[OR 20]

4º.- Si deben interpretarse los artículos 6.1 y 17 de la Directiva 2003/109 en el sentido que de conformidad con la doctrina de este Tribunal del efecto vertical descendente de las directivas, el juez nacional está habilitado y puede aplicar directamente lo dispuesto en el artículo 6.1 y 17 a los efectos de valorar la existencia de antecedentes penales a la luz de su gravedad, duración de la pena, y peligro que representa el solicitante.

5º.- Si debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el derecho de acceso al estatuto de residente de larga duración, así como los principios de claridad, transparencia, e inteligibilidad, en el sentido de que se opone a una interpretación de los Tribunales españoles de los artículos 147 a 149 RD 557/2011 y artículo 32 LO 4/2000 por la cual podrán ser causa de denegación del estatuto de residente de larga duración los motivos de orden público y seguridad pública, a pesar de no establecer esas normas con claridad y transparencia que serán causa de denegación.

6º.- Si resulta conforme con el principio de efecto útil de la Directiva 2003/109, y en particular con su artículo 6.1 una norma nacional y la interpretación que de las mismas realizan los tribunales por la cual se dificulte el acceso al estatuto de residente de larga duración y se facilite el del residente temporal.

Contra este auto no cabe recurso.

[OMISSIS] [Fórmulas finales y firma del juez]