

Versión anonimizada

Traducción

C-130/24 – 1

Asunto C-130/24

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

16 de febrero de 2024

Órgano jurisdiccional remitente:

Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Düsseldorf, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

16 de enero de 2024

Parte demandante:

YC

Parte demandada:

Stadt Wuppertal (Ayuntamiento de Wuppertal)

8 K 8657/22

RESOLUCIÓN

En el litigio contencioso-administrativo entre
la Sra. YC, [omissis]

parte demandante

[omissis]:

y

Stadt Wuppertal (Ayuntamiento de Wuppertal), [omissis]

parte demandada

sobre Derecho de extranjería (residencia con fines familiares)
(en el presente asunto: derecho de residencia basado en
el artículo 20 TFUE),

el 16 de enero de 2024, la Sala Octava del
Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal de lo
Contencioso-Administrativo de Düsseldorf) [*omissis*]

ha resuelto:

Suspender el procedimiento.

Plantear una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con arreglo al artículo 267 TFUE, sobre las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Depende el derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE de que un procedimiento de visado, exigido por la ley para la concesión de una autorización nacional de residencia, pueda razonablemente tramitarse *a posteriori* en un período breve que pueda acotarse de forma fiable?**
- 2) ¿Nace el derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE en virtud del Derecho de la Unión, de modo que las autoridades nacionales solo deben certificar su existencia, o han de conceder las autoridades nacionales tal derecho de residencia con carácter constitutivo?**
- 3) En caso de que el derecho de residencia nazca automáticamente en virtud del Derecho de la Unión, ¿en qué momento nace tal derecho?**
- 4) En caso de que el derecho de residencia deba ser concedido por las autoridades nacionales, ¿en qué momento debe concederse retroactivamente tal derecho?**

Fundamentos

I.

- 1 La demandante, nacida el 6 de febrero de 1988, es nacional de la República de Camerún. Es titular de un pasaporte válido hasta el 23 de marzo de 2028.
- 2 El 25 de septiembre de 2019, la oficina consular polaca le concedió un visado nacional de estudio, válido hasta el 23 de septiembre de 2020 (visado para estancia de larga duración). Con este visado entró en el espacio Schengen el 28 de septiembre de 2019 y comenzó a cursar estudios universitarios en Polonia.

- 3 Posteriormente, la demandante se trasladó de Polonia al territorio de la República Federal de Alemania y, el 1 de agosto de 2020, se registró en la demarcación de la demandada (autoridad de extranjería). Tenía el propósito de empezar a trabajar como voluntaria, el 1 de octubre de 2020, en el marco del Bundesfreiwilligendienst (Servicio Federal de Voluntariado) y se informó, en conversación telefónica con la demandada, sobre las posibilidades de hacerlo.
- 4 La demandada instó a la demandante a salir del territorio alemán y le expidió un certificado de cruce de frontera una vez que la demandante hubo declarado que tenía el propósito de salir voluntariamente del territorio. El 6 de noviembre de 2020, se instó por escrito a la demandante a abandonar de inmediato el país.
- 5 La demandante no abandonó el territorio de la República Federal de Alemania. Además, las autoridades tampoco pudieron localizarla en el domicilio que había indicado. La demandante no estableció de nuevo contacto con la demandada hasta el 23 de junio de 2021.
- 6 El 24 de septiembre de 2021, nació la hija de la demandante. La niña posee la nacionalidad alemana, derivada de la de su padre.
- 7 La demandante vive con su hija en la misma vivienda. El padre tiene poco contacto con la hija. La visita únicamente los fines de semana y paga una pensión alimenticia por un importe mensual de 200 euros. Además, debido a su situación laboral, el padre no está en condiciones de ocuparse de la hija durante varias semanas. La demandante tiene el derecho de custodia en exclusiva.
- 8 El 12 de abril de 2022, la demandante solicitó que se le concediera una autorización de residencia con el fin de poder ejercer la custodia de la menor.
- 9 La demandada denegó esta solicitud. En consecuencia, el 13 de diciembre de 2022, la demandante interpuso recurso contencioso-administrativo.
- 10 En el procedimiento jurisdiccional, la demandada alega que está descartada la concesión de una autorización de residencia. Señala que la demandante desapareció entre diciembre de 2020 y finales de junio de 2021. Por tanto, incurre en el delito tipificado en el artículo 95, apartado 1, punto 2, de la Aufenthaltsgesetz (Ley sobre Residencia, Trabajo e Integración de los Extranjeros en el Territorio Federal; en lo sucesivo, «Ley de Residencia»). De ello se sigue un interés en su expulsión, conforme al artículo 5, apartado 1, punto 2, de la Ley de Residencia, lo cual impide que se le conceda una autorización de residencia y no permite la aplicación de excepciones. Asimismo, la concesión de una autorización de residencia presupone que se ha entrado en el país con el visado requerido. Este requisito, a juicio de la demandada, no se cumple. A su parecer, es exigible a la demandante que inicie *a posteriori* el procedimiento de visado, el cual dura menos de un mes. Puede salir del territorio con su hija alemana e iniciar el procedimiento de visado en Camerún. En opinión de la demandada, ello no pone en riesgo el bienestar de la menor. Además, no se cumplen los requisitos de un derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE. En el caso de la salida conjunta del país

para iniciar *a posteriori* el procedimiento de visado, la nacional alemana, que no está sujeta a escolarización obligatoria, debe abandonar el territorio de la Unión solo por un breve período de tiempo, de modo que no se ve menoscabada la esencia de tal derecho. Es asumible —concluye la demandada— que se interrumpa el contacto con el padre durante un período inferior a un mes.

- 11 Mediante sentencia parcial (no firme) de 23 de noviembre de 2023, se condenó a la demandada a conceder a la demandante una autorización de residencia de conformidad con el artículo 28, apartado 1, primera frase, punto 3, de la Ley de Residencia a partir de la fecha de la sentencia.
- 12 En consecuencia, el litigio sigue pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, al cual la demandante solicita que declare que también tiene un derecho de residencia para el período anterior al 23 de noviembre de 2023. De conformidad con el Derecho nacional, no puede concederse una autorización de residencia para el período anterior al 23 de noviembre de 2023.

II.

1.

- 13 El marco jurídico pertinente del litigio lo constituyen las disposiciones siguientes:

Derecho de la Unión

Artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

«1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.

2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho:

- a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;
- b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;
- c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;
- d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.

Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de estos.»

Derecho nacional

Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Ley sobre Residencia, Trabajo e Integración de los Extranjeros en el Territorio Federal), que puede consultarse en la página https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/AufenthG.pdf/ y, en versión inglesa, en la página https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aufenthg/englisch_aufenthg.pdf.

Artículo 5 de la Ley de Residencia — Requisitos generales de concesión

«(1) Para la concesión de la autorización de residencia han de concurrir, como regla general, los siguientes requisitos:

1. que esté asegurada la manutención,
 - 1a. que estén aclaradas la identidad y, en caso de que no esté autorizado a retornar a otro Estado, la nacionalidad del extranjero,
2. que no exista un interés en la expulsión del extranjero,
3. en caso de que no se tenga derecho a la concesión de una autorización de residencia, que la residencia del extranjero no menoscabe ni ponga en riesgo por ningún otro motivo los intereses de la República Federal de Alemania, y
4. que se cumpla la obligación de tener pasaporte, contemplada en el artículo 3.

(2) Además, la concesión de un permiso de residencia de duración limitada, de una tarjeta azul de la UE, de una tarjeta para personas que sean objeto de un traslado temporal entre sociedades de un mismo grupo (ICT), de una tarjeta de residencia permanente o de un permiso de residencia de larga duración — UE presupone que el extranjero

1. ha entrado en el país con el visado requerido, y
2. ya ha proporcionado los datos necesarios para la concesión en la solicitud de visado.

Podrán establecerse excepciones a cuanto antecede si se cumplen los requisitos del derecho de concesión o si, en virtud de las circunstancias específicas del caso concreto, no resulta exigible iniciar *a posteriori* el procedimiento de visado. [...]»

Artículo 27 de la Ley de Residencia — Principio de la reagrupación familiar

«(1) El permiso de residencia de duración limitada para miembros extranjeros de la familia, destinado a establecer y mantener la convivencia familiar en el

territorio federal (reagrupación familiar), se expedirá y renovará en aras de la protección del matrimonio y de la familia conforme al artículo 6 de la Grundgesetz (Ley Fundamental).

[...]

(3) Podrá denegarse la concesión de un permiso de residencia de duración limitada con fines de reagrupación familiar si la persona reagrupante depende de las prestaciones contempladas en los Libros Segundo o Duodécimo del Sozialgesetzbuch (Código de Seguridad Social) para el mantenimiento de otros miembros de la familia o de otros miembros del hogar. Podrá renunciarse a la aplicación del artículo 5, apartado 1, punto 2.»

Artículo 25 de la Ley de Residencia — Residencia por razones humanitarias

«[...]

(5) Podrá concederse un permiso de residencia de duración limitada al nacional extranjero que esté obligado a salir del territorio en virtud de un acto ejecutivo cuando su salida sea imposible por razones de Derecho o de hecho y no quepa esperar que los obstáculos a su salida desaparezcan en un plazo previsible. [...]

Artículo 28 de la Ley de Residencia — Reagrupación familiar con nacionales alemanes

«(1) El permiso de residencia de duración limitada deberá concederse

1. al cónyuge extranjero de un nacional alemán,
2. al hijo extranjero menor y soltero de un nacional alemán,
3. al progenitor extranjero de un nacional alemán menor y soltero, para el ejercicio de la custodia,

siempre y cuando el lugar de residencia habitual del nacional alemán se halle en el territorio federal. No obstante lo dispuesto en el artículo 5, apartado 1, punto 1, deberá concederse el permiso en los casos previstos en la primera frase, puntos 2 y 3, del presente apartado. No obstante lo dispuesto que en el artículo 5, apartado 1, punto 1, ha de concederse por regla general, en los supuestos contemplados en la primera frase, punto 1, del presente apartado.»

Artículo 54 de la Ley de Residencia — Interés en la expulsión del extranjero

«[...]

(2) El interés en la expulsión del extranjero en el sentido del artículo 53, apartado 1, reviste importancia:

[...]

9. si aquel ha incurrido en una infracción no aislada o no de escasa importancia de disposiciones legales o bien de decisiones o resoluciones judiciales o administrativas o ha cometido fuera del territorio federal hechos que en este territorio tengan la consideración de delito grave doloso.»

Artículo 95 de la Ley de Residencia — Disposiciones penales

«(1) Será castigado con una pena de privación de libertad de un año como máximo o con una multa todo aquel que:

[...]

2. permanezca en el territorio federal sin disponer de la autorización de residencia contemplada en el artículo 4, apartado 1, primera frase, si
- a) se encuentra sometido a una obligación firme de abandonar el territorio,
 - b) no se le ha concedido plazo alguno para su salida o si dicho plazo ha expirado y
 - c) no se ha adoptado la decisión de suspender su expulsión,

[...].»

2.

- 14 Procede suspender el procedimiento. Debe plantearse una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia»), con arreglo al artículo 267 TFUE, sobre las cuestiones formuladas en la parte dispositiva de la presente resolución. Estas cuestiones versan sobre la interpretación del artículo 20 TFUE. Dado que se trata de interpretar el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es competente.
- 15 Las cuestiones prejudiciales son pertinentes para la resolución del litigio y es necesario que el Tribunal de Justicia las elucide.
- 16 Para realizar una apreciación jurídica del objeto litigioso todavía pendiente, que consiste en saber si asiste a la demandante un derecho de residencia también respecto del período anterior al 23 de noviembre de 2023 (fecha de la sentencia parcial), resulta fundamental saber si ha nacido un derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE, si este derecho nace automáticamente en virtud del Derecho de la Unión y en qué fecha ha nacido.
- 17 Según la convicción de este órgano jurisdiccional, el Derecho nacional se opone a la concesión de una autorización de residencia con arreglo a la Ley de Residencia antes del 23 de noviembre de 2023. Hasta tal fecha, en virtud de la comisión de los hechos tipificados en el artículo 95, apartado 1, punto 2, de la Ley de Residencia, existía un interés en la expulsión de la demandante en el sentido del

artículo 54, apartado 2, punto 9, de la Ley de Residencia. El interés persistía aún a 23 de noviembre de 2023, de modo que no se cumplía el requisito general de concesión con arreglo al artículo 5, apartado 1, punto 2, de la Ley de Residencia. Según la convicción de este tribunal, solo a partir del 23 de noviembre de 2023 cabía establecer una excepción a cuanto antecede. Por tal motivo, quedaba igualmente descartada la concesión de una autorización de residencia por razones humanitarias al amparo del artículo 25, apartado 5, de la Ley de Residencia.

Sobre la primera cuestión prejudicial:

- 18 En parte de la jurisprudencia nacional se afirma que los requisitos del derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE solo concurren si no es razonable que pueda iniciarse *a posteriori* un procedimiento de visado en un período breve que pueda acotarse de forma fiable,

sentencia del Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2018 —1 C 16.17—, ECLI:DE:BVerwG:2018:120718U1C16.17.0 (= juris, apartado 35); en el mismo sentido, por ejemplo, resolución del Oberverwaltungsgericht Magdeburg (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Magdeburgo) de 21 de septiembre de 2022 —3 M 68/22—, ECLI:DE:OVGST:2022:0921.2M68.22.00 (= juris, apartado 12): se descarta la existencia de un derecho de residencia con arreglo al Derecho de la Unión basado en el artículo 20 TFUE si el extranjero solo tiene que abandonar el territorio de la Unión durante un período breve que pueda acotarse de forma fiable, con el fin de tramitar el procedimiento de visado.

- 19 Para fundamentar esta afirmación se hace una remisión al asunto K. A. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que resultaría contrario al objetivo que persigue el artículo 20 TFUE obligar al nacional de un tercer país a abandonar el territorio de la Unión durante un tiempo indeterminado,

sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2018, K. A. (C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308) (= curia.eu, apartado 57).

- 20 De ello se deduce *a contrario sensu* —como también hace la demandada— que abandonar el territorio de la Unión durante un período breve que pueda acotarse de forma fiable no menoscaba el derecho basado en el artículo 20 TFUE y no afecta a la esencia de tal derecho.

- 21 El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas al respecto. Estas dudas se deben, por un lado, a que el Tribunal de Justicia, en la sentencia K. A., antes citada, no respondió a la cuarta cuestión prejudicial [cuestión 4, letra d)], por lo que la conclusión *a contrario sensu* formulada por la autoridad de extranjería y recogida en parte en la jurisprudencia nacional no es vinculante. En dicho asunto se preguntaba expresamente si era relevante el hecho de que la obligación de presentar en el país de origen una solicitud tuviera como consecuencia que el ciudadano de la Unión debiera abandonar, en su caso, únicamente por tiempo

limitado el territorio de la Unión en su totalidad. Además, la citada sentencia se dictó en relación con un supuesto relativo a una prohibición vigente de entrada, de conformidad con el artículo 11 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

- 22 Por contra, en el asunto XU, el Tribunal de Justicia parece subrayar que, para que exista un derecho de residencia derivado, al amparo del artículo 20 TFUE, basta con determinar únicamente que no puede concederse ningún derecho de residencia en virtud del Derecho nacional o del Derecho secundario de la Unión al nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, siempre que a ello se le añada la circunstancia de que entre aquel nacional de un tercer país y este ciudadano de la Unión exista una relación de dependencia que llevaría a que este último se viera obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto en el supuesto de que se expulsara de él al miembro de su familia, nacional de un tercer país,

sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, XU y QP (C-451/19 y C-532/19, ECLI:EU:C:2022:354) (= curia.eu, apartado 48).

- 23 La concesión de una autorización de residencia con arreglo al artículo 28, apartado 1, primera frase, punto 3, de la Ley de Residencia con fines de reagrupación familiar presupone forzosamente, a la vista del artículo 5, apartado 2, primera frase, punto 1, de dicha Ley, que el nacional de un tercer país ha entrado previamente en el territorio federal con el visado necesario, esto es, un visado con fines de reagrupación familiar. Se aplica la excepción contemplada en el artículo 5, apartado 2, segunda frase, de la Ley de Residencia cuando, en virtud de las circunstancias específicas del caso concreto, no resulte exigible iniciar *a posteriori* el procedimiento de visado. En consecuencia, si la autoridad llega a la conclusión de que cabe exigir que se inicie *a posteriori* el procedimiento de visado, en particular porque puede tramitarse de forma fiable en un período breve, está excluida la concesión de una autorización de residencia en virtud del Derecho nacional. De este modo, queda abierto en principio el ámbito de aplicación del artículo 20 TFUE.

- 24 En este contexto, ha de hacerse constar además que el artículo 20 TFUE, tomando como referencia el estatuto de ciudadanía de la Unión, concede un derecho fundamental y personal a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sin perjuicio de las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y de las medidas de aplicación de estas. Este derecho carecería de valor si no viniera acompañado del derecho a entrar en el territorio de la Unión,

sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2023, M. D. (C-528/21, ECLI:EU:C:2023:341) (= curia.eu, apartado 59), y de 22 de junio de 2023, X (C-459/20, ECLI:EU:C:2023:499) (= curia.eu, apartado 30).

- 25 Además, en virtud de un principio de Derecho internacional, que el Derecho de la Unión no debe vulnerar, un Estado miembro no puede denegar a sus propios nacionales el derecho a entrar en su territorio y a residir en él; estos nacionales disfrutan, pues, en dicho Estado de un derecho de residencia incondicionado,

sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2023, X (C-459/20, ECLI:EU:C:2023:499) (= curia.eu, apartado 41).

Sobre la segunda cuestión prejudicial:

- 26 En la jurisprudencia nacional es predominante la tesis de que el derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE nace directamente en virtud del Derecho de la Unión, por lo que las autoridades nacionales no pueden más que certificar su existencia,

sentencia del Bundesverwaltungsgericht de 12 de julio de 2018 — 1 C 16.17—, ECLI:DE:BVerwG:2018:120718U1C16.17.0 (= juris, apartado 34): derecho de residencia «sui generis»; resoluciones del Oberverwaltungsgericht Koblenz (Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Coblenza) de 13 de enero de 2021 —7 D 11208/20—, ECLI:DE:OVGRLP:2021:0113.7D11208.20.00 (= juris, apartado 24), y de 23 de septiembre de 2021 —7 A 10337/21—, ECLI:DE:OVGRLP:2021:0923.7A10337.21.00 (= juris, apartado 9); sentencia del Verwaltungsgericht Bremen (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Bremen) de 30 de mayo de 2022 —4 K 2202/19—, ECLI:DE:VGHB:2022:0530.4K2202.19.00 (= juris, apartado 36); Fleuß: «Unionsbürgerschaft und Freizügigkeit», *VerwArch* 2022, p. 201 (en particular p. 243); asimismo, en relación con Austria, véanse las sentencias del Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) de 13 de septiembre de 2017 —10 ObS 64/17k—, y de 21 de enero de 2020 —10 ObS 178/19k—, que pueden consultarse en ris.bka.gv.at.

- 27 El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas a este respecto. Se decanta por la tesis de que el derecho basado en el artículo 20 TFUE no nace directamente en virtud del Derecho de la Unión, sino que ha de ser conferido o, en su caso, concedido con carácter constitutivo por las autoridades nacionales,

sentencia del Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Düsseldorf) de 29 de octubre de 2020 —8 K 5234/19—, ECLI:DE:VGD:2020:1029.8K5234.19.00 (= juris, apartado 85); en términos similares, la sentencia del Verwaltungsgericht München (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Múnich) de 12 de octubre de 2021 —M 4 K 20.2386—, ECLI:DE:VGMUENC:2021:1012.M4K20.2386.00 (= juris, apartado 102).

- 28 A este respecto, el órgano jurisdiccional cree haber detectado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia diferencias en el modo en que nacen los derechos de residencia con arreglo al Derecho de la Unión.

- 29 En relación con los Acuerdos de Asociación y los derechos derivados de los artículos 6 y 7 de la Decisión n.º 1/80 del Consejo de Asociación, el Tribunal de Justicia subraya que se reconoce al trabajador turco «al menos en dicho momento [...] un derecho de residencia» y que los derechos sociales concedidos «implican» necesariamente tal derecho de residencia,

sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1990, Sevince (C-192/89, ECLI:EU:C:1990:322) (= curia.eu, apartado 29), en relación con el artículo 6 de la Decisión n.º 1/80 del Consejo de Asociación: en lengua inglesa, «the existence [...] of a right of residence», y en lengua francesa, «l'existence [...] d'un droit de séjour»;

- 30 En este sentido, existe también tal derecho en el artículo 7 de la Decisión n.º 1/80 del Consejo de Asociación en virtud del Derecho de la Unión. Así se afirma, por ejemplo, en la sentencia Bekleyen: «implican necesariamente el reconocimiento de un derecho de residencia correlativo del interesado»,

sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2010, Bekleyen (C-462/08, ECLI:EU:C:2010:30) (= curia.eu, apartado 17): en lengua francesa, «l'existence d'un droit correlative de séjour», y en lengua inglesa, «necessarily imply the existence of a concomitant right of residence».

- 31 Asimismo, en la sentencia Baumbast, que versaba sobre derechos de residencia basados en el artículo 12 del anterior Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 12 del Reglamento n.º 1612/68 «permite al progenitor que tenga efectivamente la custodia de [los] hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos»,

sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, ECLI:EU:C:2002:493) (= curia.eu, apartado 75).

- 32 Otro tanto ocurre en el asunto Chen, que versaba sobre derechos con conexión transfronteriza. En relación con el antiguo artículo 18 CE y con la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, el Tribunal de Justicia declaró que, cuando el Derecho de la Unión confiere un derecho de residencia a un menor de edad, «estas mismas disposiciones permiten que el progenitor [...] resida con él en el Estado miembro de acogida»,

sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639) (= curia.eu, apartado 46): en lengua francesa, «ces mêmes dispositions permettent au parent», y en lengua inglesa, «those same provisions allow a parent».

- 33 Por contra, en su sentencia Zambrano, el Tribunal de Justicia formula, en un primer momento, un criterio negativo. En el citado asunto, se «prohíbe» a los Estados miembros denegar el permiso de residencia y un permiso de trabajo. A

juicio del órgano jurisdiccional remitente, ello tiene un carácter distinto frente a los derechos de residencia derivados del Derecho de la Unión antes mencionados, como los basados en los artículos 6 y 7 de la Decisión n.º 1/80 del Consejo de Asociación. Es evidente que este derecho no nace de forma automática, no es implícito y no autoriza directamente la residencia, puesto que los Estados miembros podrían tener derecho a denegar la residencia,

sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124) (= curia.eu, apartado 45).

- 34 Asimismo, en la sentencia Chávez-Vílchez, el Tribunal de Justicia también parte de la denegación del reconocimiento del derecho de residencia,

sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez (C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354) (= curia.eu, apartado 72): en lengua inglesa, «a deny of a right of residence», y en lengua francesa, «dans le cas d'un tel refus».

- 35 Al mismo tiempo, se formula una expresión positiva en relación con la competencia de los Estados miembros («se opone a que un Estado miembro»): «la concesión de un derecho de residencia»,

sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez (C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354) (= curia.eu, apartados 73 y 78); en términos similares se expresa el Tribunal de Justicia en su sentencia de 5 de mayo de 2022, XU y QP (C-451/19, ECLI:EU:C:2022:354) (= curia.eu, apartado 48): el artículo 20 TFUE obliga, en principio, al Estado miembro de que se trate a reconocer un derecho de residencia derivado al nacional de un tercer país.

- 36 *Mutatis mutandis*, la segunda cuestión prejudicial hace referencia a si queda comprendida en el ámbito de competencia de los Estados miembros la obligación de «conceder» un derecho de residencia basado en el artículo 20 TFUE, es decir, que este derecho no ha nacido ya en virtud del Derecho de la Unión.

Sobre las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta:

- 37 Si se considera que el derecho de residencia nace en virtud del Derecho de la Unión, al órgano jurisdiccional remitente se le plantea la cuestión del momento en que nace tal derecho.

- 38 A este respecto, se pregunta, por un lado, si el nacimiento del derecho presupone la presentación de una solicitud. A tal solicitud parece hacer referencia el Tribunal de Justicia en el asunto K. A.,

sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2018, K. A. (C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308) (= curia.eu, apartado 57): «[a la autoridad nacional competente] corresponde, en cambio, examinar la referida solicitud y valorar

si, entre ese nacional de un tercer país y el ciudadano de la Unión en cuestión, existe una relación de dependencia».

- 39 Cabe pensar también que el derecho de residencia de la demandante haya surgido ya con el nacimiento de la hija. Parece igualmente posible que el derecho no nazca hasta que se haya determinado que no puede concederse ningún derecho de residencia en virtud del Derecho nacional o del Derecho secundario de la Unión, por ejemplo, en virtud de una decisión anterior de las autoridades nacionales o de una decisión que, en su caso, deba adoptarse forzosamente en un momento anterior.
- 40 Finalmente, estas cuestiones también se plantean cuando el derecho no nace en virtud del Derecho de la Unión, sino únicamente en virtud de una decisión nacional relativa al nacimiento del derecho basado en el artículo 20 TFUE. También en tal caso ha de responderse a la cuestión de la fecha a partir de la cual ha de concederse con carácter retroactivo el derecho.
- 41 La presente resolución no es recurrible.

[omissis] [consignación de firmas]

DOCUMENTO DE TRABAJO