

# Versión anonimizada

Traducción

C-397/23 - 1

Asunto C-397/23

## Petición de decisión prejudicial

### Fecha de presentación:

29 de junio de 2023

### Órgano jurisdiccional remitente:

Sozialgericht Detmold (Tribunal de lo Social de Detmold, Alemania)

### Fecha de la resolución de remisión:

22 de junio de 2023

### Parte demandante:

FL

### Parte demandada:

Jobcenter Arbeitplus Bielefeld

---

**Sozialgericht Detmold (Tribunal de lo Social de Detmold)**

[*omissis*]

### Resolución

En el litigio entre

FL, [*omissis*] con domicilio en Bielefeld,

**demandante**

[*omissis*]

y

Jobcenter Arbeitplus Bielefeld, [*omissis*]

**demandado;**

Stadt Bielefeld Amt für soziale Leistungen —Sozialamt— (Ayuntamiento de Bielefeld, Oficina de Servicios Sociales —Oficina de lo Social—) [*omissis*]

**coadyuvante,**

el 22 de junio de 2023, la Sala Trigésimoquinta del Sozialgericht Detmold ha resuelto [*omissis*]:

**I. Suspender el procedimiento.**

**II. Plantear la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») al amparo del artículo 267, párrafos primero y segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»):**

¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual se concederá al progenitor extranjero de un hijo, menor de edad, nacional y soltero un permiso de residencia para el ejercicio de la patria potestad únicamente si dicho hijo tiene su residencia habitual en el territorio nacional, de modo que los ciudadanos de la Unión de un Estado miembro no tendrán tal derecho a que se les conceda un permiso de residencia para el ejercicio de la patria potestad respecto a un ciudadano de la Unión menor de edad nacional de un Estado miembro distinto del Estado de que se trata?

**Fundamentos:**

[*omissis*]

**A. Objeto y hechos del procedimiento principal**

**I. Objeto del procedimiento principal**

Se debate entre las partes si el demandante tiene derecho a percibir prestaciones sociales de conformidad con el Zweites Buch Sozialgesetzbuch (Libro II del Código Social; en lo sucesivo, «SGB II») o, en su caso, del Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (Libro XII del Código Social; en lo sucesivo, «SGB XII») en el período comprendido entre el 30 de mayo de 2020 y el 28 de febrero de 2021. A tal fin, de conformidad con las disposiciones nacionales recogidas en el artículo 7, apartado 1, párrafo segundo, punto 2, letra b), del SGB II y del artículo 23, apartado 3, párrafo primero, punto 2, del SGB XII en las versiones pertinentes, es necesario que disponga de un derecho de residencia que no derive del mero objetivo de la búsqueda de empleo.

## II. Hechos del procedimiento principal

El demandante, nacido el 21 de mayo de 1979, es nacional polaco. El 30 de mayo de 2020, entró con su pareja en la República Federal de Alemania desde los Países Bajos [omissis]. Anteriormente, el 30 de agosto de 2015, ella había entrado en Alemania desde Polonia y se alojó en la casa de una amiga en los Países Bajos durante un breve período de tiempo —de resultas de una discusión con su cónyuge, que falleció el 25 de marzo de 2020—. También [la pareja del demandante] es nacional polaca. El 27 de noviembre de 2020, nació en Bielefeld el hijo común no matrimonial [omissis]. El hijo tiene también la nacionalidad polaca.

El demandante y [su pareja de hecho y su hijo común] solicitaron al demandado la concesión de prestaciones al amparo del SGB II. Mediante decisiones de 3 de diciembre de 2020 y de 21 de diciembre de 2020, el demandado concedió [a la pareja] prestaciones al amparo del SGB II para el período que se inició con su entrada en el país el 30 de mayo de 2020. El demandado concedió [al hijo] prestaciones para el período que comenzó con su nacimiento, el 27 de noviembre de 2020. [omissis] Mediante decisión de 21 de abril de 2021, el demandado denegó la solicitud del demandante [omissis] respecto al período controvertido, comprendido entre el 30 de mayo de 2020 y el 28 de febrero de 2021. Fundamentó su decisión señalando que el demandante no tiene derecho a prestaciones conforme al SGB II, porque solo es titular de un derecho de residencia para la búsqueda de trabajo. A su juicio, no existe ningún otro derecho de residencia distinto del dirigido a la búsqueda de empleo del cual puede inferirse un derecho a prestaciones conforme al SGB II. [omissis] [Se desarrolla en el párrafo siguiente]

El demandante interpuso dentro de plazo recurso administrativo contra esta decisión denegatoria. Mediante decisión de 19 de julio de 2021, el demandado desestimó el recurso por infundado. En los fundamentos de su decisión afirmó que no se infiere un derecho de residencia del artículo 28, apartado 1, párrafo primero, punto 3, de la 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; en lo sucesivo, «AufenthG»). [La pareja] lleva ya en la República Federal de Alemania más de cinco años y goza de un permiso de residencia permanente. El demandante entró por vez primera en la República Federal de Alemania el 30 de mayo de 2020. [omissis] [A juicio del demandado, de conformidad con el Derecho nacional, el demandante no goza de un derecho de residencia en su condición de miembro de la familia de su pareja o de persona allegada a la misma.] Tampoco se deduce un derecho de residencia del artículo 11, apartado 14, párrafo primero, de la Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern [Ley sobre la Libertad de Circulación General de los Ciudadanos de la Unión; en lo sucesivo, «FreizügG/EU», que en la disposición citada remite a la AufenthG], en relación con el artículo 28, apartado 1, párrafo primero, punto 3, de la AufenthG, pues el derecho se refiere únicamente al nacional alemán menor de edad y el hijo del demandante solo tiene la nacionalidad polaca. Tampoco se deriva un derecho de residencia de la sentencia

del Tribunal de Justicia dictada en el asunto C-181/19 ni del Reglamento (UE) n.º 492/2011, porque el hijo del demandante no está sujeto a la obligación de escolarización. El demandado sostiene que el artículo 28 de la AufenthG debe interpretarse conforme al Derecho de la Unión, a la vista del artículo 4 del Reglamento (CE) 883/2004, en el sentido de que el padre soltero de un ciudadano de la Unión no sujeto a la obligación de escolarización debe poseer un derecho de residencia. No se impide efectivamente a la pareja el ejercicio del derecho a la libertad de circulación y de residencia por la circunstancia de que el padre soltero no perciba prestaciones sociales al amparo del SGB II.

El 12 de agosto de 2021, el demandante interpuso recurso.

En el procedimiento de recurso, alega en esencia que se deriva un derecho de residencia del artículo 28, apartado 1, párrafo primero, punto 3, de la AufenthG, en relación con el artículo 6 de la Grundgesetz (Ley Fundamental; en lo sucesivo, «GG») y el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»). Sostiene que limitar el derecho a la reagrupación familiar con el fin de ejercer la patria potestad a los «alemanes» es contrario al Derecho de la Unión y constituye un perjuicio desproporcionado y una restricción de la libre de circulación. Sostiene que del artículo 11, apartado 14, párrafo primero, de la FreizügG/EU, en relación con el artículo 28, apartado 1, párrafo primero, punto 3, de la AufenthG, en relación con el artículo 6 de la GG y el artículo 8 del CEDH, se deriva un derecho a la igualdad de trato.

El demandado y la coadyuvante alegan en el procedimiento de recurso que no puede deducirse un derecho de residencia de la citada disposición del artículo 28, apartado 1, párrafo primero, punto 3, de la AufenthG, porque dicho artículo, a la vista de su tenor, solo es aplicable a los «alemanes» y no a los «ciudadanos de la Unión». El hecho de establecer una distinción entre «alemanes» y «extranjeros» es inherente a la normativa nacional sobre inmigración y residencia. La disposición de que se trata no vulnera el Derecho de la Unión. Sostienen que en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores resulta controvertida la cuestión, aquí suscitada, de si la no concesión de un permiso de residencia a un ciudadano de la Unión con derecho a ejercer la custodia de su hijo menor de edad, el cual disfruta del derecho a la libre circulación, es nacional de un Estado miembro y reside en el territorio federal, constituye una discriminación. A la vista de la falta de uniformidad de la jurisprudencia de estos órganos jurisdiccionales superiores y a falta de una resolución de los órganos jurisdiccionales supremos, no existe posibilidad alguna de modificar la decisión anterior y emitir una declaración de reconocimiento parcial.

### III. Marco jurídico nacional

Las disposiciones pertinentes de Derecho nacional tienen el tenor siguiente:

Artículo 28 de la AufenthG, en la versión de la Ley de 27 de julio de 2015 (BGBl. I, p. 1386)

1. <sup>1</sup>El permiso de residencia deberá otorgarse
  - 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, con objeto de que pueda ejercer la patria potestad en relación con él,

siempre y cuando el lugar de residencia habitual del nacional alemán se halle en el territorio federal. [*omissis*]

[*omissis*]

[*omissis*] [Regulación de pormenores]

Artículo 11 de la FreizügG/EU, en la versión de la Ley de 24 de noviembre de 2020 (BGBl. I, p. 2416); modificado por el artículo 1 de la Ley de 12 de noviembre de 2020

[...]

14. <sup>1</sup>La [AufenthG] también se aplicará cuando proporcione una posición jurídica más favorable que la otorgada por la presente Ley. [*omissis*]

Artículo 7 del SGB II, en la versión de la Ley de 30 de noviembre de 2019 (BGBl. I, p. 1948), válida hasta el 31 de diciembre de 2020

1. <sup>1</sup>Las prestaciones previstas en el presente Libro se destinarán a quienes:
  - 1) hayan cumplido los 15 años de edad y no hayan alcanzado aún el límite de edad mencionado en el artículo 7a,
  - 2) sean aptos para trabajar,
  - 3) necesiten asistencia y
  - 4) residan habitualmente en la República Federal de Alemania (beneficiarios aptos para trabajar).

<sup>2</sup>Quedarán excluidos:

1. las extranjeras y los extranjeros que no sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en la República Federal de Alemania y que no disfruten del derecho a la libre circulación en virtud del artículo 2, apartado 3, de la

[FreizügG/EU] y los miembros de sus familias durante los tres primeros meses de su estancia,

2. los nacionales extranjeros,

a) que no tengan derecho de residencia,

b) cuyo derecho de residencia únicamente se justifique por la búsqueda de empleo o

c) cuyo derecho de residencia —eventualmente añadido al derecho de residencia mencionado en la letra b)— se derive del artículo 10 del Reglamento n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO L 141, p. 1, de 27 de mayo de 2011), modificado por el Reglamento (UE) 2016/589 (DO L 107, p. 1, de 22 de abril de 2016),

así como los miembros de su familia,

[omissis]

[omissis] <sup>4</sup>No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo, punto 2, las extranjeras y los extranjeros y los miembros de sus familias percibirán las prestaciones contempladas en el presente Libro si llevan residiendo de manera habitual en el territorio federal al menos cinco años; [omissis]

[...]

Artículo 7 del SGB II, en la versión de la Ley de 9 de diciembre de 2020 (BGBl. I, p. 2855) en vigor desde el 1 de enero de 2021

Beneficiarios de las prestaciones

1. [omissis]

[omissis]

[omissis] [Se corresponde con la versión en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020]

<sup>2</sup>Quedarán excluidos:

1. las extranjeras y los extranjeros que no sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en la República Federal de Alemania y que no disfruten del derecho a la libre circulación en virtud del artículo 2, apartado 3, de la [FreizügG/EU], así como los miembros de sus familias durante los tres primeros meses de su estancia,

2. los nacionales extranjeros,

- a) que no tengan derecho de residencia,
  - b) cuyo derecho de residencia únicamente se justifique por la búsqueda de empleo,
- así como los miembros de su familia,

[omissis]

[omissis] [Se corresponde con la versión en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020]

[...]

Artículo 23 del SGB XII, en la versión de la Ley de 22 de diciembre de 2016 (BGBl. I, p. 3155) en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020

1. <sup>1</sup>La ayuda a la subsistencia, las ayudas por enfermedad, por embarazo y por maternidad, así como la ayuda para acceder a la atención médica con arreglo al presente Libro deberán garantizarse a los extranjeros que residan efectivamente en el territorio nacional. <sup>2</sup>Las disposiciones del Capítulo Cuarto no se verán afectadas. <sup>3</sup>Por lo demás, se podrá conceder la ayuda social cuando las circunstancias individuales lo justifiquen. <sup>4</sup>Las restricciones de la primera frase no se aplicarán a los extranjeros que posean un permiso de residencia permanente o un permiso de residencia temporal y que tengan intención de residir de forma permanente en el territorio federal. <sup>5</sup>Las disposiciones en virtud de las cuales deben o deberían abonarse prestaciones de ayuda social distintas de las mencionadas en la primera frase no se verán afectadas

2. [omissis]

3. <sup>1</sup>Ni los extranjeros y ni los miembros de sus familias percibirán prestaciones conforme al apartado 1 o al Capítulo Cuarto si

1) no son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en virtud del artículo 2, apartado 3, de la [FreizügG/EU] con derecho a circular libremente en la República Federal de Alemania, durante los tres primeros meses de su residencia,

2) no tienen derecho de residencia o bien su derecho de residencia se deriva del mero objetivo de la búsqueda de empleo, o

3) su derecho de residencia —eventualmente añadido al derecho de residencia mencionado en el punto 2— se deriva del artículo 10 del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO L 141, p. 1, de 27 de mayo de 2011), modificado por el Reglamento (UE) 2016/589 (DO L 107, p. 1, de 22 de abril de 2016), o

4) han entrado en el país para recibir ayuda social.

[*omissis*]

[*omissis*] [Ayudas restringidas hasta la salida, por regla general por un período máximo de un mes]

<sup>7</sup>No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, puntos 2 y 3, los extranjeros y los miembros de sus familias percibirán prestaciones conforme al apartado 1, párrafos primero y segundo, si llevan residiendo cuando menos cinco años sin interrupciones sustanciales en el territorio federal; [*omissis*]

[...]

Artículo 23 del SGB XII, en la versión de la Ley de 9 de diciembre de 2020 (BGBl. I, p. 2855) en vigor a partir del 1 de enero de 2021

[*omissis*]

[*omissis*] [Se corresponde con la versión en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020]

3. <sup>1</sup>Ni los extranjeros y ni los miembros de sus familias percibirán prestaciones conforme al apartado 1 o al Capítulo Cuarto si

1) no son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en virtud del artículo 2, apartado 3, de la [FreizügG/EU] con derecho a circular libremente en la República Federal de Alemania, durante los tres primeros meses de su residencia,

2) no tienen derecho de residencia o bien su derecho de residencia se deriva del mero objetivo de la búsqueda de empleo, o

3) han entrado en el país para recibir ayuda social.

[*omissis*]

[*omissis*] [Ayudas restringidas hasta la salida, por regla general por un período máximo de un mes] <sup>7</sup>No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, punto 2, los extranjeros y los miembros de sus familias percibirán prestaciones conforme al apartado 1, párrafos primero y segundo, si llevan residiendo cuando menos cinco años sin interrupciones sustanciales en el territorio federal; [*omissis*]

[...]

Artículo 8 del CEDH [*omissis*]

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [*omissis*]

[*omissis*]

Artículo 6 de la GG [*omissis*]

[*omissis*]

[*omissis*] [Protección del matrimonio y de la familia, iguales condiciones para hijos matrimoniales y no matrimoniales]

#### B. Remisión prejudicial y pertinencia para la resolución del litigio de las cuestiones prejudiciales

Ciertamente, esta Sala, en su condición de tribunal de lo social de primera instancia, no está obligada a tramitar un procedimiento prejudicial, puesto que cabe interponer recurso contra las decisiones de los tribunales de lo social ante el Landessozialgericht (Tribunal Regional de lo Social) y el Bundessozialgericht (Tribunal Supremo de lo Social). Ahora bien, con el fin de acelerar el procedimiento y elucidar la cuestión de Derecho que ha recibido respuestas distintas en la jurisprudencia de los Tribunales Regionales de lo Social, esta Sala considera necesario, ya en el marco del procedimiento de primera instancia, plantear la petición de decisión prejudicial para que pueda aclararse, de conformidad con el Derecho de la Unión, si tal disposición nacional vulnera el artículo 18 TFUE, los artículos 20, 21, apartado 2, y 33, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), el Reglamento (CE) n.º 987/2009, la Directiva 2004/38/CE u otras disposiciones de Derecho de la Unión tenidas en cuenta por el Tribunal de Justicia.

Esta Sala señala que la interpretación de esta cuestión de Derecho depara resultados dispares en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores nacionales. [*omissis*] [Remisiones a jurisprudencia de los tribunales de lo social en la que se ha afirmado o rechazado la existencia de una discriminación ilícita en el sentido del artículo 18 TFUE; véanse también las remisiones recogidas en la resolución del Bundesverfassungsgericht —Tribunal Constitucional—]. También el Bundesverfassungsgericht observa que en la jurisprudencia de los tribunales regionales de lo social y en la doctrina se discute si el artículo 11, apartado 1, párrafo 11, de la FreizügG/EU, en la versión en vigor hasta el 23 de noviembre de 2020 (desde el 24 de noviembre de 2020: artículo 11, apartado 14, párrafo primero, de la FreizügG/EU), en relación con el artículo 28, apartado 1, párrafo primero, punto 3, de la AufenthG y el artículo 18 TFUE, apartado 1, puede conferir un derecho de residencia al progenitor, facultado para ejercer la patria potestad, de un ciudadano de la Unión menor de edad con derecho a ejercer la libertad de circulación, en la medida en que acompaña al otro progenitor, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la FreizügG/EU [resolución del Bundesverfassungsgericht de 4 de octubre de 2019 — 1 BvR 1710/18, ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2019/10/rk20191004\\_1bvr171018.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2019/10/rk20191004_1bvr171018.html)) 2019, 27335, apartado 12].

#### I. Marco jurídico de la Unión

A juicio de esta Sala, las disposiciones de Derecho de la Unión pertinentes en el presente litigio son: el artículo 18 TFUE, los artículos 20, 21, apartado 2, y 33, apartado 1, de la Carta, el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En la medida en que el Tribunal de Justicia considere que resultan pertinentes otras disposiciones de Derecho de la Unión, estas deberán formar parte también del objeto de la petición de decisión prejudicial.

## II. Pertinencia de la interpretación del Derecho de la Unión Europea para la resolución del procedimiento principal

Las cuestiones prejudiciales planteadas resultan pertinentes para la resolución del procedimiento. En caso de respuesta afirmativa, el demandante [*omissis*] tendría derecho a percibir una prestación, cuyo importe se determinaría en un proceso posterior —en cualquier caso, respecto al período que comienza con el nacimiento del hijo común, el 27 de noviembre de 2020—. Del artículo 28, apartado 1, párrafo primero, punto 3, de la AufenthG se deduciría un derecho material de residencia, que constituye un derecho de residencia en el sentido del artículo 7, apartado 1, párrafo segundo, punto 2, letra b), del SGB II y del artículo 23, apartado 3, párrafo primero, punto 2, del SGB XII, que no derivará del mero objetivo de la búsqueda de empleo. De este modo, a la vista del estado de los hechos y del litigio hasta la fecha, la demanda podría prosperar parcialmente en el procedimiento de primera instancia. En caso de darse una respuesta negativa, procedería desestimar la demanda conforme al estado de los hechos y del litigio hasta la fecha. El litigio reviste la conexión necesaria con el Derecho de la Unión para que se plantee la petición de decisión prejudicial, pues se trata de elucidar los requisitos de la percepción de prestaciones sociales de un ciudadano de la Unión que, tras trasladarse a la República Federal de Alemania, invocando el ejercicio de la patria potestad, solicita que se le equipare con los nacionales del Estado miembro y alega que la normativa nacional es contraria al Derecho de la Unión.

### **Información sobre las vías de recursos:**

[*omissis*]