

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

*Sentencia de 10 de julio de 2014*

*Sala Segunda*

*Asunto n.º C 244/13*

**SUMARIO:**

**Derecho de residencia permanente.** Como la Directiva 2004/38/CE supedita la adquisición del derecho de residencia permanente por parte de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión al requisito de que estos hayan residido legalmente con el ciudadano de la Unión durante un período continuado de cinco años, se plantea la cuestión de si la separación de los cónyuges en el período de que se trata impide considerar cumplido este requisito, en razón de la inexistencia, no solo de cohabitación, sino, sobre todo, de una comunidad de vida conyugal efectiva. El vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que así lo declare la autoridad competente, y no es ese el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente, de modo que no es necesario que el cónyuge viva permanentemente con el ciudadano de la Unión para que pueda ser titular de un derecho derivado de residencia. Por tanto, a efectos de la adquisición de un derecho de residencia permanente con arreglo a la Directiva 2004/38/CE, carece de pertinencia el hecho de que, en un determinado período, los cónyuges no sólo cesaran de vivir juntos, sino que además vivieran con otras parejas. El artículo 156.2 de la Directiva 2004/38/CE debe interpretarse en el sentido de que procede considerar que ha adquirido el derecho de residencia permanente contemplado en esa disposición un nacional de un tercer país que ha residido en un Estado miembro, durante un período continuado de cinco años anterior a la fecha de transposición de la Directiva, como cónyuge de un ciudadano de la Unión que trabajaba en ese Estado miembro, aunque en el transcurso de dicho período los esposos hayan decidido separarse y comenzado a vivir con otras parejas y el cónyuge ciudadano de la Unión haya dejado de facilitar u ofrecer al nacional del tercer país el alojamiento ocupado por este último.

**PRECEPTOS:**

Directiva 2004/38/CE (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), art. 16.2.

Reglamento (CEE) núm. 1612/68 (Libre circulación de trabajadores) art. 10.

**PONENTE:**

*Doña R. Silva de Lapuerta.*

En el asunto C-244/13,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court (Irlanda), mediante resolución de 19 de abril de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 30 de abril de 2013, en el procedimiento entre

**Ewaen Fred Ogieriakhi**

y

**Minister for Justice and Equality,**

**Irlanda,**

**Attorney General,**

**An Post,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por la Sra. R. Silva de Lapuerta (Ponente), Presidenta de Sala, y los Sres. J.L. da Cruz Vilaça, G. Arestis, J.-C. Bonichot y A. Arabadjiev, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretario: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 6 de marzo de 2014;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Sr. Ogieriakhi, por él mismo;
- en nombre del Minister for Justice and Equality, Irlanda, el Attorney General y An Post, por las Sras. E. Creedon y B. Lydon, en calidad de agentes, asistidas por el Sr. R. Barron, SC, la Sra. E. Brennan, BL, y el Sr. R. Barrett, adviser;
- en nombre del Gobierno helénico, por la Sra. T. Papadopoulou, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. B. Majczyna, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. J. Enegren, la Sra. C. Tufvesson y el Sr. M. Wilderspin, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de mayo de 2014;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto, por una parte, la interpretación del artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158, p. 7, con corrección de errores en DO L 229, p. 35), y del artículo 10, apartado 3, del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77), y, por otra parte, la determinación de los efectos de la presentación por un tribunal nacional de una petición de decisión prejudicial sobre la cuestión de fondo del derecho de residencia permanente, en relación con la apreciación por dicho tribunal de la existencia de una violación manifiesta del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro de que se trata, en el contexto de un recurso de indemnización por violación del Derecho de la Unión.

2. Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre el Sr. Ogieriakhi, por una parte, y el Minister for Justice and Equality, Irlanda, el Attorney General y An Post, por otra, sobre una demanda de indemnización de daños y perjuicios presentada por aquél contra ese Estado miembro, basada en la jurisprudencia nacida de la sentencia Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428) y en la que se invoca un pretendido incumplimiento de sus obligaciones por parte de Irlanda en lo que respecta a la transposición de la Directiva 2004/38.

### **Marco jurídico**

#### *Derecho de la Unión*

Directiva 2004/38

3. Con arreglo al considerando 17 de la Directiva 2004/38:

«El disfrute de una residencia permanente para los ciudadanos de la Unión que hayan decidido instalarse de forma duradera en un Estado miembro de acogida refuerza el sentimiento de pertenencia a una ciudadanía de la Unión y es un elemento clave para promover la cohesión social, que figura entre los objetivos fundamentales de la Unión. Conviene por lo tanto establecer un derecho de residencia permanente para todos los ciudadanos de la Unión que hayan residido en el Estado miembro de acogida de conformidad con las condiciones establecidas en la presente Directiva, durante un período ininterrumpido de cinco años de duración y sin haber sido objeto de una medida de expulsión.»

4. Bajo el título «Definiciones», el artículo 2 de la Directiva 2004/38 dispone lo siguiente:

«A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- 1) “Ciudadano de la Unión”: toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro.
- 2) “Miembro de la familia”:

a) el cónyuge;

[...]

3) “Estado miembro de acogida”: el Estado miembro al que se traslada el ciudadano de la Unión para ejercer su derecho de libre circulación y residencia.»

5. El artículo 3 de esta Directiva, titulado «Beneficiarios», dispone lo siguiente en su apartado 1:

«La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él.»

6. Bajo el título «Derecho de residencia por más de tres meses», el artículo 7 de la misma Directiva establece lo siguiente en sus apartados 1 y 2:

«1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si:

a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida [...]

[...]

2. El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del apartado 1.»

7 El artículo 13, apartado 2, de esta Directiva está redactado así:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo, el divorcio, la anulación del matrimonio o el fin de la unión registrada mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2 no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro:

a) cuando el matrimonio o la unión registrada haya durado, hasta iniciarse el procedimiento judicial de divorcio o de anulación o finalizar la unión registrada mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2, al menos tres años, de los cuales uno al menos en el Estado miembro de acogida, o

b) cuando la custodia de los hijos del ciudadano de la Unión hubiere sido confiada al cónyuge o a la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro por mutuo acuerdo entre los cónyuges o la pareja mencionada en la letra b) del punto 2 del artículo 2 o por decisión judicial, o

c) cuando así lo exigieran circunstancias especialmente difíciles, como por ejemplo, haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o la unión registrada,

d) cuando, por mutuo acuerdo entre los cónyuges o las parejas mencionadas en la letra b) del punto 2 del artículo 2 o por decisión judicial, el cónyuge o la pareja que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro tenga derecho a visitar al menor, siempre que el órgano judicial haya dispuesto que dicha visita tenga lugar en el Estado miembro de acogida, y por el período de tiempo que sea necesario.

Antes de adquirir el derecho de residencia permanente, el derecho de residencia de los interesados seguirá estando sujeto al requisito de poder demostrar que son trabajadores por cuenta ajena o propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse durante su período de residencia en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o bien ser miembros de la

familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos. Los "recursos suficientes" serán los definidos en el apartado 4 del artículo 8.

Dichos miembros de la familia seguirán conservando su derecho de residencia exclusivamente a título personal.»

**8.** En el capítulo IV de la Directiva 2004/38, titulado «Derecho de residencia permanente», el artículo 16 de ésta, titulado a su vez «Norma general para los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia», está formulado así:

«1. Los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida tendrán un derecho de residencia permanente en éste. Dicho derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III.

2. El apartado 1 será asimismo aplicable a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años consecutivos con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida.

3. La continuidad de la residencia no se verá afectada por ausencias temporales no superiores a un total de seis meses al año, ni por ausencias de mayor duración para el cumplimiento de obligaciones militares, ni por ausencias no superiores a doce meses consecutivos por motivos importantes como el embarazo y el parto, una enfermedad grave, la realización de estudios o una formación profesional, o el traslado por razones de trabajo a otro Estado miembro o a un tercer país.

4. Una vez adquirido, el derecho de residencia permanente sólo se perderá por ausencia del Estado miembro de acogida durante más de dos años consecutivos.»

**9.** Con arreglo al artículo 18 de esta misma Directiva:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión contemplados en el apartado 2 del artículo 12 y en el apartado 2 del artículo 13, que cumplan las condiciones en ellos previstas, adquirirán el derecho de residencia permanente tras haber residido legalmente, durante cinco años consecutivos, en el Estado miembro de acogida.»

Reglamento nº 1612/68

**10.** El artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 dispone lo siguiente:

«1. Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro:

- a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo;
- b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo.

2. Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado.

3. A los efectos de los apartados 1 y 2, el trabajador deberá disponer de una vivienda para su familia, considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado, sin que esta disposición pueda ocasionar discriminación entre los trabajadores nacionales y los trabajadores provenientes de otros Estados miembros.»

*Derecho irlandés*

**11.** El Reglamento relativo a las Comunidades Europeas (Libre circulación de personas) de 2006 [European Communities (Free Movement of Persons) Regulations 2006, SI 2006, nº 656; en lo sucesivo, «Reglamento de 2006») introduce en el Derecho irlandés las disposiciones de la Directiva 2004/38.

**12.** El artículo 12 de este Reglamento transpone el artículo 16 de esa Directiva.

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

**13.** El Sr. Ogieriakhi, de nacionalidad nigeriana, llegó a Irlanda en mayo de 1998, fecha en la que solicitó asilo político. En mayo de 1999 contrajo matrimonio con una ciudadana francesa, la Sra. Georges. Tras el

matrimonio retiró su solicitud de asilo y obtuvo un permiso de residencia para el período comprendido entre el 11 de octubre de 1999 y el 11 de octubre de 2000. Al finalizar este período solicitó la renovación de su permiso de residencia, que le fue concedida para el período comprendido entre el 11 de octubre de 2000 y el 11 de octubre de 2004.

**14.** Entre 1999 y 2001 el Sr. Ogieriakhi y su esposa vivieron juntos en Dublín (Irlanda) en diferentes viviendas alquiladas.

**15.** Poco después de agosto de 2001, la Sra. Georges abandonó el domicilio conyugal para instalarse en el domicilio de otro hombre. A continuación, el Sr. Ogieriakhi abandonó a su vez el domicilio conyugal para irse a vivir con una ciudadana irlandesa, la Sra. Madden, con la que tuvo un hijo, que nació en diciembre de 2003. Ha quedado acreditado que, a partir de 2002, la Sra. Georges no intervino en absoluto en lo que respecta a facilitar u ofrecer alojamiento al Sr. Ogieriakhi.

**16.** En el período comprendido entre octubre de 1999 y octubre de 2004, exceptuando un mes, la Sra. Georges trabajó o percibió prestaciones de la seguridad social supeditadas al requisito de búsqueda de trabajo. En diciembre de 2004 abandonó Irlanda y volvió con carácter definitivo a Francia.

**17.** El divorcio entre el Sr. Ogieriakhi y la Sra. Georges se pronunció en enero de 2009. En julio de ese mismo año, el Sr. Ogieriakhi contrajo matrimonio con la Sra. Madden. Posteriormente, en 2012, el Sr. Ogieriakhi obtuvo la nacionalidad irlandesa por naturalización.

**18.** En septiembre de 2004, el Sr. Ogieriakhi había solicitado la renovación de su permiso de residencia. Sin embargo, su solicitud fue desestimada, basándose en que el Sr. Ogieriakhi no había podido demostrar que la Sra. Georges ejerciera en ese período los derechos que le confería el Tratado UE trabajando o residiendo en ese Estado, puesto que las pruebas de que disponía el Minister for Justice and Equality indicaban que ella había vuelto a París (Francia) en diciembre de 2004, para ocupar allí un puesto de trabajo.

**19.** Tras expirar el plazo de transposición de la Directiva 2004/38, el Sr. Ogieriakhi presentó a mediados de 2007 una solicitud para la obtención de un permiso de residencia permanente en Irlanda, alegando haber residido allí legalmente durante un período continuado de cinco años, es decir, del año 1999 al año 2004, en razón de su matrimonio con la Sra. Georges durante ese período.

**20.** Esta solicitud fue desestimada en septiembre de 2007 por el Minister for Justice and Equality, que consideró que el Sr. Ogieriakhi no era titular de un derecho de residencia en Irlanda con arreglo a las disposiciones del Reglamento de 2006, dada la falta de pruebas que acreditaran que su esposa ejercía aún en ese momento, en ese Estado miembro, los derechos que le confería el Tratado.

**21.** En octubre de 2007, el Sr. Ogieriakhi fue despedido de su puesto en el servicio de clasificación de las cartas de An Post (Sociedad de Correos del Estado) por carecer de derecho de residencia alguno en Irlanda.

**22.** El Sr. Ogieriakhi, considerando que había obtenido un derecho de residencia permanente en ese Estado, interpuso un recurso contra la decisión del Minister for Justice and Equality. Este recurso fue desestimado en enero de 2008 por la High Court, que consideró que el Reglamento de 2006 no era aplicable a los períodos de residencia anteriores a su fecha de entrada en vigor.

**23.** El Sr. Ogieriakhi no interpuso de inmediato recurso de apelación contra esta última resolución. Sin embargo, a raíz de la sentencia Lassal (C-162/09, EU:C:2010:592), de la que se desprende que, en principio, cabe considerar que un período de residencia anterior a 2006 satisface el criterio del período de residencia continuado de cinco años, solicitó a la Supreme Court una ampliación del plazo de recurso, a fin de interponer recurso de apelación ante ella. Mediante resolución de 18 de febrero de 2011, la Supreme Court desestimó esa petición, pero indicó que el Minister for Justice and Equality había aceptado replantearse su decisión anterior y que el Sr. Ogieriakhi disponía la posibilidad de ejercer todas las acciones que estimase oportunas, incluyendo las basadas en el Derecho de la Unión.

**24.** Tras replantearse su decisión de septiembre de 2007, el Minister for Justice and Equality concedió al Sr. Ogieriakhi, el 7 de noviembre de 2011, un derecho de residencia permanente, estimando que cumplía todos los requisitos pertinentes exigidos por el Reglamento de 2006.

**25.** Invocando la jurisprudencia nacida de la sentencia Francovich y otros (EU:C:1991:428), el Sr. Ogieriakhi interpuso entonces un recurso de indemnización ante la High Court para obtener reparación de los perjuicios sufridos por él a causa, en su opinión, de la falta de transposición correcta de las disposiciones de la Directiva 2004/38 al Derecho nacional. En particular, la pretensión de indemnización del Sr. Ogieriakhi se basaba en las pérdidas que éste sufrió por la resolución de su contrato de trabajo el 24 de octubre de 2007, motivada por el hecho de que ya no era titular de un derecho de residencia en Irlanda.

**26.** Al instruir este asunto, el tribunal remitente ha considerado que el recurso interpuesto por el Sr. Ogieriakhi tomando como base la jurisprudencia nacida de la sentencia Francovich y otros (EU:C:1991:428), en el que se invoca una transposición errónea de Derecho de la Unión (e igualmente la aplicación errónea de dicho Derecho), está supeditado al requisito de que el Sr. Ogieriakhi demuestre que había disfrutado de un derecho de residencia durante un período continuado de cinco años (independientemente de que fuera, en su totalidad o en parte, anterior o posterior a 2006) en la fecha en que se produjo su despido de An Post en octubre de 2007 y, además, que ese derecho de residencia se derivaba del Derecho de la Unión.

**27.** En estas circunstancias, la High Court decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se puede afirmar que el cónyuge de una nacional de la UE que en ese momento no era, él mismo, nacional de ningún Estado miembro ha “residido legalmente durante un período continuado de cinco años con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida”, a los efectos del artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38 [...], en una situación en la que los cónyuges contrajeron matrimonio en mayo de 1999, el derecho de residencia se concedió en octubre de 1999 y, a comienzos de 2002, como muy tarde, los cónyuges acordaron vivir separados y ambos comenzaron a vivir con parejas diferentes a finales de 2002?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, y teniendo en cuenta que el nacional de un tercer país que reclama el derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16, apartado 2, por su residencia continuada durante cinco años antes de abril de 2006, debe demostrar también que su residencia fue conforme, entre otros requisitos, con los que impone el artículo 10, apartado 3, del Reglamento [...] nº 1612/68, ¿debe considerarse que no se cumplen los requisitos del artículo 10, apartado 3, del Reglamento nº 1612/68 por el hecho de que, durante el presunto período de cinco años, el nacional de la UE abandonase el hogar familiar y el nacional de un tercer país comenzase a residir con otra persona en un nuevo hogar familiar no facilitado ni puesto a su disposición por el (anterior) cónyuge nacional de la Unión?

3) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión y de respuesta negativa a la segunda, a fin de valorar si un Estado miembro ha transpuesto incorrectamente la Directiva 2004/38 o ha aplicado indebidamente de otra forma los requisitos de su artículo 16, apartado 2, ¿es el hecho de que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda por daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Unión haya estimado necesario plantear una cuestión prejudicial sobre la cuestión de fondo del derecho de residencia permanente del demandante un aspecto que ese tribunal puede tener en cuenta para determinar si se trata de una infracción manifiesta del Derecho de la Unión?»

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

#### *Sobre las cuestiones primera y segunda*

**28.** En sus dos primeras cuestiones, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar que ha adquirido el derecho de residencia permanente contemplado en esa disposición un nacional de un tercer país que ha residido en un Estado miembro, durante un período continuado de cinco años anterior a la fecha de transposición de esa Directiva, como cónyuge de un ciudadano de la Unión que trabajaba en ese Estado miembro, aunque en el transcurso de dicho período los esposos hayan decidido separarse y comenzado a vivir con otras parejas, y el cónyuge ciudadano de la Unión haya dejado de facilitar u ofrecer al nacional del tercer país el alojamiento ocupado por este último.

**29.** Con carácter preliminar, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que, a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente previsto en el artículo 16 de la Directiva 2004/38, deben tomarse en consideración los períodos de residencia continuada de cinco años, cubiertos antes de la fecha límite de adaptación del Derecho interno a esa Directiva, a saber, el 30 de abril de 2006, conforme a instrumentos del Derecho de la Unión anteriores a esa fecha (sentencia Lassal, EU:C:2010:592, apartado 40).

**30.** A este respecto es preciso señalar que la expresión «instrumentos del Derecho de la Unión anteriores» a la Directiva 2004/38, empleada en el apartado 40 la sentencia Lassal (EU:C:2010:592), debe entenderse referida a los instrumentos que esta Directiva ha codificado, revisado y derogado (sentencia Alarape y Tijani, C-529/11, EU:C:2013:290, apartado 47).

**31.** Además, el Tribunal de Justicia ha declarado igualmente que, a efectos de adquisición del derecho de residencia permanente en el sentido de la Directiva 2004/38 por los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, sólo podrán computarse los períodos de residencia que cumplan las condiciones previstas por esta Directiva (sentencia Alarape y Tijani, EU:C:2013:290, apartado 42).

**32.** De ello se deduce que, cuando el período de residencia continuada de cinco años se haya cubierto en su totalidad o en parte antes de la fecha límite de transposición de la Directiva 2004/38, para poder invocar el derecho de residencia permanente contemplado en el artículo 16, apartado 2, de esta Directiva, será preciso que dicho período cumpla tanto los requisitos establecidos por dicha Directiva como los establecidos por el Derecho de la Unión vigente durante el período de residencia de que se trata.

**33.** Pues bien, como el Reglamento nº 1612/68 era la normativa vigente en el momento de los hechos, procede analizar, en primer lugar, si el período continuado de cinco años cubierto por el Sr. Ogieriakhi cumple los requisitos establecidos por la Directiva 2004/38 y, a continuación, si dicho período cumple igualmente los requisitos establecidos por este Reglamento.

**34.** A este respecto procede señalar que, al analizar el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38, el Tribunal de Justicia ha considerado que la adquisición del derecho de residencia permanente de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro depende, en cualquier caso, por un lado, de que ese ciudadano cumpla él mismo los requisitos expuestos en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva y, por otro lado, de que esos miembros hayan residido con él durante el período de que se trate (sentencia Alarape y Tijani, EU:C:2013:290, apartado 34).

**35.** En el litigio principal no se ha discutido que, durante todo el período de que se trata, la Sra. Georges cumplía los requisitos expuestos en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

**36.** Ahora bien, como el artículo 16, apartado 2, de dicha Directiva supedita la adquisición del derecho de residencia permanente por parte de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión al requisito de que éstos hayan residido legalmente «con» el ciudadano de la Unión durante un período continuado de cinco años, se plantea la cuestión de si la separación de los cónyuges en el período de que se trata impide considerar cumplido este requisito, en razón de la inexistencia, no sólo de cohabitación, sino, sobre todo, de una comunidad de vida conyugal efectiva.

**37.** A este respecto, procede indicar que el Tribunal de Justicia ha afirmado que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que así lo declare la autoridad competente, y que no es ése el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente, de modo que no es necesario que el cónyuge viva permanentemente con el ciudadano de la Unión para que pueda ser titular de un derecho derivado de residencia (sentencias Diatta, 267/83, EU:C:1985:67, apartados 20 y 22, e lida, C-40/11, EU:C:2012:691, apartado 58).

**38.** Por lo tanto, a efectos de la adquisición por el Sr. Ogieriakhi de un derecho de residencia permanente con arreglo al artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38, carece de pertinencia el hecho de que, en el período comprendido entre el 11 de octubre de 1999 y el 11 de octubre de 2004, los cónyuges no sólo cesaran de vivir juntos, sino que además vivieran con otras parejas.

**39.** En efecto, como los cónyuges permanecieron casados hasta enero de 2009 en el Estado miembro en que la Sra. Georges ejercía su derecho a la libre circulación, no cabe considerar que, durante el período antes mencionado, el Sr. Ogieriakhi perdiera su condición de cónyuge de una ciudadana de la Unión a la que acompañaba o con la que se reunía en el Estado miembro de acogida, de modo que satisfacía los criterios establecidos en el artículo 7, apartado 2, de la mencionada Directiva.

**40.** Además, esta interpretación se ajusta a la necesidad de no interpretar restrictivamente las disposiciones de la Directiva 2004/38 y de no privarlas de su efecto útil. A este respecto procede señalar que si el artículo 16, apartado 2, de dicha Directiva fuera objeto de una interpretación literal, el nacional de un tercer país

podría encontrarse en una situación de vulnerabilidad a causa de medidas unilaterales adoptadas por su cónyuge, lo que iría en contra del espíritu de esta Directiva, uno de cuyos objetivos consiste precisamente, según los términos de su considerando 15, en ofrecer protección jurídica a los miembros de la familia del ciudadano de la Unión que residan ya en el Estado miembro de acogida, a fin de permitirles que, en ciertos casos y con determinados requisitos, conserven su derecho de residencia a título exclusivamente personal.

**41.** Sin embargo, una interpretación del artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38, según la cual, a efectos de adquisición del derecho de residencia permanente, la obligación de residir con el ciudadano de la Unión sólo puede considerarse cumplida en el supuesto específico de que el cónyuge que reside con el ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida no haya roto por completo la comunidad de vida conyugal con este último, no parece coherente con el objetivo de la Directiva antes mencionado, en particular por lo que se refiere a los derechos en materia de residencia que los artículos 13 y 18 de dicha Directiva reconocen a los ex cónyuges, con ciertos requisitos, en caso de divorcio.

**42.** En efecto, como el Abogado General señaló en los puntos 49 a 53 de sus conclusiones, esa interpretación llevaría a aplicar un régimen más favorable a los nacionales de terceros países afectados en caso de divorcio que en caso de separación, pese a que, en este último caso, el nacional del tercer país conserva aún el vínculo conyugal y, por tanto, continúa siendo miembro de la familia del ciudadano de la Unión, en el sentido de la Directiva 2004/38.

**43.** En lo que respecta a los requisitos establecidos por el Reglamento nº 1612/68, se plantea principalmente la cuestión de determinar si se cumple el requisito que el artículo 10, apartado 3, de dicho Reglamento exige al trabajador nacional de un Estado miembro, o sea, el de disponer para su familia de una vivienda que se considere normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado, en una situación en la que ese trabajador ha abandonado el domicilio familiar y su cónyuge ha ido a vivir con otra pareja en un nuevo alojamiento, que no ha sido ni facilitado ni ofrecido a su cónyuge por dicho trabajador.

**44.** A este respecto procede señalar que el Tribunal de Justicia ya ha tenido la oportunidad de precisar el alcance del artículo 10, apartado 3, del Reglamento nº 1612/68, a la vista de la finalidad que persigue dicho Reglamento, a saber, facilitar la libre circulación de los trabajadores.

**45.** Así, en el apartado 18 de la sentencia Diatta (EU:C:1985:67), el Tribunal de Justicia estimó que, al disponer que el miembro de la familia del trabajador migrante tiene derecho a instalarse con este último, dicho artículo exige, no que el miembro de la familia de que se trate viva allí permanentemente, sino únicamente que la vivienda de que dispone el trabajador pueda considerarse normal para acoger a su familia, de modo que no cabe reconocer como requisito implícito el de que exista una única vivienda familiar.

**46.** El Tribunal de Justicia ha afirmado, además, que el artículo 10, apartado 3, del Reglamento nº 1612/68 debe interpretarse en el sentido de que el requisito de disponer de una vivienda considerada normal únicamente constituye un requisito de acogida para cada miembro de la familia que se instale con el trabajador (sentencia Comisión/Alemania, 249/86, EU:C:1989:204, apartado 12), de modo que, en cualquier caso, la apreciación de la observancia de esta disposición sólo puede realizarse en la fecha en que el nacional del tercer país haya iniciado su vida en común con el cónyuge de la Unión en el Estado miembro de acogida, en el presente caso en el año 1999.

**47.** Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a las dos primeras cuestiones que el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar que ha adquirido el derecho de residencia permanente contemplado en esa disposición un nacional de un tercer país que ha residido en un Estado miembro, durante un período continuado de cinco años anterior a la fecha de transposición de esa Directiva, como cónyuge de un ciudadano de la Unión que trabajaba en ese Estado miembro, aunque en el transcurso de dicho período los esposos hayan decidido separarse y comenzado a vivir con otras parejas, y el cónyuge ciudadano de la Unión haya dejado de facilitar u ofrecer al nacional del tercer país el alojamiento ocupado por este último.

#### *Sobre la tercera cuestión*

**48.** En su tercera cuestión, el tribunal remitente pregunta, en esencia, si el hecho de que un tribunal nacional haya considerado necesario, en un recurso de indemnización por violación del Derecho de la Unión, plantear una cuestión prejudicial sobre el Derecho de la Unión controvertido en el litigio principal debe



considerarse un factor decisivo a la hora de determinar si el Estado miembro incurrió o no en una violación manifiesta de ese Derecho.

**49.** Con carácter preliminar, procede recordar que el principio de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables es inherente al sistema del Tratado (sentencias Francovich y otros, EU:C:1991:428, apartado 35; Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, EU:C:1996:79, apartado 31, y British Telecommunications, C-392/93, EU:C:1996:131, apartado 38).

**50.** Del mismo modo, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ha estimado igualmente que el Derecho de la Unión reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por los particulares lesionados en sus derechos (sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, EU:C:1996:79, apartado 51).

**51.** En lo que respecta al segundo requisito, tras indicar que el criterio decisivo para considerar que una violación del Derecho de la Unión está suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte del Estado miembro, de los límites impuestos a su facultad de apreciación, el Tribunal de Justicia mencionó otros criterios, como el grado de claridad y de precisión de la norma violada, que pueden ser tenidos en cuenta por los tribunales nacionales, únicos competentes para determinar los hechos en los asuntos principales y para caracterizar las violaciones del Derecho de la Unión de que se trata (sentencia Brasserie du pêcheur y Factortame, EU:C:1996:79, apartados 55, 56 y 58).

**52.** No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que los tribunales nacionales disponen de una amplísima facultad para someter una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que exigen la interpretación o la apreciación de la validez de disposiciones del Derecho de la Unión (sentencia Križan y otros, C-416/10, EU:C:2013:8, apartado 64).

**53.** Además, como puso de relieve el Abogado General en el punto 62 de sus conclusiones, el mero hecho de plantear una cuestión prejudicial no puede limitar la libertad del juez que conoce del fondo del asunto. En efecto, la respuesta a la cuestión de si una violación del Derecho de la Unión estuvo suficientemente caracterizada se deriva, no del mero ejercicio de la facultad establecida en el artículo 267 TFUE, sino de la interpretación que ofrezca el Tribunal de Justicia.

**54.** Pues bien, procede señalar que la facultad de los tribunales nacionales de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, si lo estiman necesario, para obtener una interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, incluso en el caso de que la cuestión planteada ya haya sido resuelta, se vería limitada, sin duda, si el ejercicio de esa facultad resultara decisivo para constatar la existencia o la inexistencia de una violación manifiesta del Derecho de la Unión, con objeto de determinar la eventual responsabilidad del Estado miembro de que se trate por violación del Derecho de la Unión. Así pues, este efecto pondría en entredicho el sistema del procedimiento de remisión prejudicial, su finalidad y sus características.

**55.** Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la tercera cuestión que el hecho de que un tribunal nacional haya considerado necesario, en un recurso de indemnización por violación del Derecho de la Unión, plantear una cuestión prejudicial sobre el Derecho de la Unión controvertido en el litigio principal no debe considerarse un factor decisivo a la hora de determinar si el Estado miembro incurrió o no en una violación manifiesta de ese Derecho.

### **Costas**

**56.** Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el tribunal remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia sin ser partes del litigio principal no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) El artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, debe interpretarse en el sentido de que procede considerar que ha adquirido el derecho de residencia permanente contemplado en esa disposición un nacional de un tercer país que ha residido en un Estado miembro, durante un período continuado de cinco años anterior a la fecha de transposición de esa Directiva, como cónyuge de un ciudadano de la Unión que trabajaba en ese Estado miembro, aunque en el transcurso de dicho período los esposos hayan decidido separarse y comenzado a vivir con otras parejas y el cónyuge ciudadano de la Unión haya dejado de facilitar u ofrecer al nacional del tercer país el alojamiento ocupado por este último.

2) El hecho de que un tribunal nacional haya considerado necesario, en un recurso de indemnización por violación del Derecho de la Unión, plantear una cuestión prejudicial sobre el Derecho de la Unión controvertido en el litigio principal no debe considerarse un factor decisivo a la hora de determinar si el Estado miembro incurrió o no en una violación manifiesta de ese Derecho.

Firmas

\* Lengua de procedimiento: inglés.

Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.