

5106

LETRADA VIVIANA ECHEVERRÍA.

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia - 6 SEP 2013  
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la  
Comunidad Autónoma del País Vasco

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº  
2 DE DONOSTIA - SAN SEBASTIAN(e)ko  
ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIETAKO 2 ZK.KO  
EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1-3º PLANTA - C.P./PK: 20012

Tel.: 943-000778

N.I.G. / IZO: 20.05.3-12/001028

Procedimiento / Prozedura: Proced.abreviado / Prozedura laburtua 344/2012

KOPIA DA / ES COPIA

**SENTENCIA Nº 194/2013**

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a trece de agosto de dos mil trece.

VICTOR MORA GASPAR, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de DONOSTIA - SAN SEBASTIAN ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 344/2012 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: RESOLUCIÓN DE 19 DE MARZO DE 2012 DENEGATORIA DE LA TARJETA DE RESIDENCIA DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UNIÓN EUROPEA .

Son partes en dicho recurso: como recurrente \_\_\_\_\_ y  
,representado/a y dirigido/a por el Letrado/a VIVIANA ECHEVERRIA  
; como demandada SUBDELEGACION DE GOBIERNO EN GIPUZKOA -  
EXTRANJERIA, representado/a y dirigido/a por el ABOGADO DEL ESTADO

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el presente contencioso se impugna la resolución reseñada en el encabezamiento que precede, solicitándose se declare la nulidad, por no ser conforme a derecho, de la resolución recurrida, reconociendo el derecho del recurrente a la Tarjeta de Residencia de Familiar de la Unión.

**SEGUNDO.-** La representación procesal de la parte demandada se opone a todo ello sustentando la legalidad del acuerdo impugnado, siguiendo la línea marcada por la resolución combatida en vía administrativa y en atención a las razones que da en el acto del juicio, que constan a disposición de las partes y analizaremos a continuación.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales correspondientes.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

## **I. Objeto del procedimiento**

**PRIMERO.-** Acto administrativo impugnado.

Constituye el objeto del presente procedimiento la desestimación por silencio del recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de fecha 19 de marzo de 2012, dictada por la Subdelegación de Gobierno en Guipúzcoa, por la que se deniega al recurrente la Tarjeta de Residencia de Familiar de la Unión solicitada.

## **II. Pretensiones de las partes**

**SEGUNDO.-** Pretensiones del actor.

Se alza el recurrente frente a dicho acuerdo alegando los motivos que sucintamente expuestos son los siguientes:

1.- Nulidad de la resolución impugnada por vulneración de lo dispuesto en el RD 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea.

**TERCERO.-** Oposición de la Administración.

La Administración demandada se opone al recuso alegando en síntesis, la corrección de la resolución impugnada, dadas las circunstancias concurrentes.

## **III. Examen del recurso.**

**CUARTO.-** Para la resolución del presente recurso ha de partir de lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (LA LEY 1381/2007), sobre entrada, libre circulación y permanencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Dispone el art. 2 del RD 240/2007:

*“El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:*

- a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.*
- b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que*

*impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.*

*c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.*

*d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja."*

Y en su artículo 15 establece lo siguiente:

*1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:*

*a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto.*

*b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.*

*c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.*

*(...)*

*5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:*

*a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.*

*b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.*

*c) No podrá ser adoptada con fines económicos.*

*d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.*

Alega la demandada como motivo único para la no concesión de la tarjeta solicitada la existencia de una condena a la pena de 3 años y un día de prisión por la comisión de un delito de tráfico de drogas, resultando evidente que dichas actividades relacionadas con el tráfico de drogas son contrarias al orden público y a la salud pública, incluso por incidir en los fundamentales

derechos que son la vida y la integridad física o psíquica. Y concluye que todo ello revela una conducta personal al margen de las normas que rigen la sociedad. De la documental aportada resulta que el recurrente ya ha cumplido la pena y que se encuentra casado con una ciudadana española. Pues bien, la exégesis de la normativa transcrita ha de hacerse a la luz de la jurisprudencia recaída en la materia, de la que es exponente la Sentencia de 26 Oct. 2010, rec. 224/2010, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-administrativo, cuya importancia para la resolución del presente asunto pasamos a transcribir en parte, haciendo nuestros los argumentos en ella contenidos y que son igualmente de aplicación en el caso que nos ocupa. Dice así:

<<(…) el recurso de apelación se centra en valorar si tal y como entiende el juzgador, es preciso que la Administración motive concretamente su Resolución, ya que no basta con la mera existencia de antecedentes penales para considerar que existe causa de alteración de orden público o seguridad ciudadana. Tal y como afirma el Juzgador, la norma aplicable es precisamente el RD 240/2007, regulador de la materia que nos ocupa y la supletoriedad de la Ley, recaerá en lo no regulado. De ese modo, si el artículo 15 de este RD afirma que la mera existencia de antecedentes penales no basta para denegar la concesión de la tarjeta, habrá que analizar cuales son los motivos que pudieran llevar a ello, que no son otros que la conducta peligrosa social del solicitante. Para dirimir este concepto jurídico indeterminado, es aplicable al caso, la doctrina comunitaria que afirma que) El concepto jurídico indeterminado de «orden público» en el contexto comunitario y en cuanto a restricción del principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, ha de ser integrado de forma estricta, aunque reconociéndose un margen de apreciación en los límites impuestos por el Tratado a cada país en las disposiciones adoptadas para su aplicación (STJCCEE de 4 de diciembre de 1974). Ahora bien, en cualquier caso, «para justificar ciertas restricciones a la libre circulación de las personas sometidas al Derecho Comunitario, el recurso por parte de un autoridad nacional a la noción de orden público supone, en todo caso, la existencia, aparte de la alteración del orden social que constituye toda infracción de la Ley de una amenaza real y suficientemente grave, que afecta a un interés fundamental de la sociedad» (STJCCEE de 27 de octubre de 1977). Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo 5 de mayo 1990, la Administración, para apreciar la cláusula de orden público no está vinculada a la calificación jurídica hecha por la jurisdicción penal, pues entre el ilícito penal y la no ilicitud pueden existir actividades susceptible de ser calificadas como contrarias al orden público. Asimismo el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de febrero de 2000 expresa en su Fundamento Jurídico cuarto que: «También procede estimar el segundo de los motivos alegados porque, si bien el precepto citado en él (artículo 22.2, párrafo último, del Real Decreto 1098/86, de 26 de mayo) ha sido sustituido por el artículo 15.1 y 2 del Real Decreto 766/92, de 26 de junio, a que alude la Sala de instancia en la sentencia recurrida, ni aquél permitía ni éste autoriza la expulsión del territorio español de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea por el mero hecho de haber sido condenado en una causa penal, sino que se requiere para llevarla a cabo que exista una conducta contraria al orden público, y no debe considerarse como tal, en contra de lo declarado por la Sala de instancia, la

falta de integración social en el medio o la conflictividad de la persona, pues como ha expresado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 19 de marzo de 1999 (asunto C-348/96 , Donatella Calfa), siguiendo su propia doctrina (Sentencia 27 de octubre de 1977, Bouchereau 30/77), en concepto de orden público puede invocarse, con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario, en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, porque sólo cuando aquéllas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro (artículo 1, apartado 1 , y artículo 3 de la Directiva 64/221 situación que no es equiparable al defecto de integración social de una persona ni a su conflictividad indefinida». Este Decreto antes mencionado y su análisis se aplica conforme a lo dispuesto en el artículo 2 a los familiares del ciudadano del estado Miembro cuando le acompañen o se reúnan con él, en concreto al cónyuge, que es el caso que nos ocupa. Recientemente, la STJCE de 10-7-2008, C- 33/2007 , se pronuncia sobre las facultades de los Estados de limitar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias por razones de orden público o de seguridad pública, y declara: «(23) la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Rutili, apartado 28, y Bouchereau, apartado 35, así como la sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartado 66)». Y prosigue: «24. Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38 , que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general»>>.

Y continúa la meritada Sentencia <<En tal sentido es claro que las conductas citadas son contrarias al orden o a la seguridad pública. No obstante conviene precisar que el art. 15 del Real Decreto 240/07 que analizamos, justifica la adopción de las medidas restrictivas al derecho de libre circulación y residencia, no tanto en actos contrarios al orden público, o seguridad pública, cuanto en la existencia de razones de orden o seguridad pública que justifiquen la restricción. Si nos remitimos a la Directiva 2004/38 / CE, de 29 de abril, en su artículo 2, determina que 1 . Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos. 2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar

dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. Habrá que acudir a la Jurisprudencia para determinar el alcance del concepto de orden público a los efectos buscados. Ya el Tribunal de Justicia Europeo en su Sentencia de 27 de octubre de 1997 (Asunto "Mónica contra Marcos"), en el sentido de que esa sentencia podría ser indicativa a su vez de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (Fundamento de Derecho 29), de tal modo que pueda pensarse que el mismo se mantendrá en el futuro (Fundamento de Derecho 29), con lo que sí sería admisible. En el mismo sentido la sentencia de 3 de septiembre de 2000 (C-355/98, Comisión-Bélgica, Rec. P. 1-10405, punto 28) EDJ 2000/2767 que señala que tratándose de razones de orden público y de seguridad pública se debe recordar de una parte que la noción de orden público supone una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Como todas las derogaciones de un principio fundamental de trato la excepción del orden público debe ser interpretada de manera restrictiva. En igual sentido sentencia de 19 de enero de 1999, Caifa, C-348/96 (LA LEY 17378/1999), Rec. p. 1-11, puntos 21 y 23). ". Y debe señalarse saliendo al paso de las alegaciones del Abogado del Estado que la primacía del derecho comunitario expresado en las directivas antes citadas desplaza la aplicación del Derecho interno, de forma que el apartado 4º del artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, hace referencia a la necesidad de carecer de antecedentes penales, sin embargo permite renovar la autorización 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, no puede constituirse en un obstáculo para la concesión de la tarjeta, si bien la interpretación literal de este artículo lo impediría por dos circunstancias, porque se trata de una primera expedición y respecto de la primeras expediciones la Ley no distingue circunstancia alguna sino que exige la carencia absoluta de antecedentes penales (requisito este no exigido por las Directivas de la Unión. Sin embargo entendemos que este régimen no es de aplicación a los supuestos de ciudadanos comunitarios y asimilados, como así lo entendía el acto origen del recurso que no cita como motivo de denegación la existencia de antecedentes penales sino la amenaza para el orden público.>>

Y concluyendo <<Tal y como afirma el juzgador, la demandada en su resolución se limita a reseñar la existencia de esos antecedentes penales pero no valora la conducta actual del solicitante sino que aparentemente sólo sus antecedentes penales; no se evalúa si al día en que se dictó el acto administrativo recurrido persiste dicho peligro o si por el contrario no se trata de un peligro ya pasado. Para apoyar en razones de orden público o seguridad pública el rechazo de la solicitud del interesado hubiera sido preciso que la Delegación del Gobierno motivara mínimamente la concurrencia del resto de los requisitos ya mencionados, esto es, que aparte de la perturbación social que constituye cualquier infracción penal, la conducta del solicitante representa

una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad. De los antecedentes penales dimanantes de las condenas penales que pesaban sobre dicho extranjero por la comisión de dos delitos de tráfico de drogas, no evidencia por sí sola una conducta personal de aquél que constituya una amenaza real y actual para el orden público, no habiendo puesto de manifiesto la Administración ninguna otra circunstancia en la actuación del interesado de la que pueda deducirse una amenaza de esa naturaleza, antes al contrario, una interpretación acorde con el principio de proporcionalidad del alcance de la facultad de la Administración de denegar dicha tarjeta lleva a concluir que, puesto que el recurrente había cumplido con anterioridad a la Resolución la aludidas condenas penales, no existe ninguna razón de orden público o seguridad pública que impida el otorgamiento de las mismas. En resumen, ya que la Administración no motiva el porqué de considerar que el recurrente supone ese peligro actual y real, para la seguridad ciudadano u orden público, no podemos presumirlo de la mera existencia de comisión de los delitos cometidos varios años antes y cumplidas sus condenas.>>

El recurso ha de ser, en consecuencia, estimado.

**QUINTO.-** De conformidad con el artículo 139.1 de la L.R.J.A., las costas han de ser impuestas a la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

### FALLO

Que debo estimar y estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de: contra la la desestimación por silencio del recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución de fecha 19 de marzo de 2012, dictada por la Subdelegación de Gobierno en Guipúzcoa, por la que se deniega al recurrente la Tarjeta de Residencia de Familiar de la Unión solicitada, que anulo, por ser la resolución impugnada no conforme a derecho, declarando el derecho del recurrente a la obtención del permiso solicitado. Con expresa condena en costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso ordinario de apelación, ante este Juzgado, en el plazo de quince días a contar desde su notificación, mediante escrito debidamente razonado.

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 1886, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

---

SECRET



PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.