



**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚM. 1 DE BARCELONA**  
Ronda Universidad, 18, 3ª planta  
08007 Barcelona

Procedimiento abreviado núm.: 396/2010-3

Parte actora:

Representante parte actora: Letrado Enrique Leiva Vojkovic

Parte demandada: SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BARCELONA

Representante parte demandada: Abogada del Estado

### SENTENCIA Nº 64/2011

En la ciudad de Barcelona, a 3 de marzo de 2011.

Vistos por mí, Francisco José González Ruiz, magistrado titular del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Barcelona y provincia, los autos del recurso contencioso administrativo de anterior referencia en los que ostenta la condición de parte actora ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, representado y defendido por el letrado Enrique Leiva Vojkovic, y la de parte demandada la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BARCELONA** de la Administración General del Estado, representada y defendida por Abogada del Estado, en nombre de SM El Rey y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo y que me confieren la Constitución y las Leyes, he dictado esta sentencia con arreglo a los siguientes

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Interpuesto el presente recurso contencioso administrativo por la parte actora ante el Decanato de estos juzgados en el plazo prefijado en la Ley Jurisdiccional con fecha 19 de julio de 2010, se le dio el trámite procesal adecuado por el procedimiento abreviado, ordenándose reclamar el expediente administrativo y señalándose día y hora para la celebración del acto del juicio oral.

**SEGUNDO.-** Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en secretaría a la parte recurrente para que durante el acto del juicio pudiera realizar sus alegaciones, como así lo ha hecho ésta en el acto del mismo, que ha tenido lugar el pasado día 22 de febrero de 2010 en la fecha señalada a tal efecto, habiendo comparecido al mismo la parte recurrente y la parte demandada.



TERCERO.- La parte actora en el acto del juicio se afirmó y ratificó en su demanda. Seguidamente contestó a la demanda la parte recurrida en los términos que constan en el acta levantada. Tras lo cual se fijó la cuantía del proceso como indeterminada. Practicada toda la prueba válidamente propuesta por las partes y admitida por el juzgador, expusieron a continuación los letrados comparecientes sus respectivas conclusiones y, seguidamente, quedaron los autos a la vista para dictar sentencia.

CUARTO.- Solicitada en su momento por la parte recurrente, por Auto firme dictado el 5 de octubre de 2010 en la pieza separada de medidas cautelares dimanante de estos autos principales, se acordó suspender provisionalmente la ejecutividad de los actos recurridos, tan sólo en cuanto se refiere a la obligación de salida aneja al acto originario recurrido, con denegación de la medida cautelar positiva simultáneamente interesada por la actora por las razones consignadas en dicha resolución

QUINTO.- En la tramitación de los presentes autos se han cumplido todas las prescripciones legales, salvo aquéllas que por razones estructurales de sobrecarga de asuntos pendientes de resolución ante este juzgado han devenido de imposible cumplimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto procesal del presente recurso contencioso administrativo reside en las pretensiones cruzadas por las partes litigantes en el proceso en torno a la impugnación jurisdiccional actora de la Resolución de 8 de junio de 2010 del jefe de la Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona (documento 9 demanda, ramo probatorio parte actora; no unida al expdte. advto.), desestimatoria del previo recurso administrativo potestativo de reposición interpuesto por el actor en fecha 8 de febrero de 2010 (documento 4 demanda, ramo probatorio parte actora; documento 9 expdte. advto.) contra anterior Resolución de 15 de enero de 2010 del mismo órgano administrativo, notificada al recurrente el día 28 de enero siguiente (documento 3 demanda, ramo probatorio actora; documento 8 expdte. advto.), por la que se denegó la petición de tarjeta de familiar de ciudadano miembro de la Unión Europea efectuada por el recurrente con fecha 10 de julio de 2009, con la subsiguiente obligación de abandono del territorio nacional en el plazo máximo de los quince días subsiguientes (documento 1 expdte. advto.).

En su demanda rectora de autos, ratificada y aclarada por su representación procesal letrada en el acto del juicio oral celebrado en las presentes actuaciones, la parte actora solicita que se dicte sentencia estimatoria del recurso interpuesto y anulatoria de la actuación administrativa denegatoria impugnada por resultar la misma manifiestamente disconforme a derecho, con otorgamiento de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario solicitada a su favor en su momento por el recurrente, y con condena en costas de la administración demandada. En defensa de sus pretensiones, en síntesis, alude la parte recurrente a la presunta disconformidad con el ordenamiento jurídico aplicable de la resolución denegatoria



originaria recurrida y a la procedencia del otorgamiento de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario instada en su día por el recurrente en atención a la efectiva concesión previa de la misma por silencio administrativo positivo en el caso particular ante la inactividad administrativa formal observada durante más de tres meses desde la fecha de la solicitud administrativa de autos, al tiempo que, con carácter subsidiario, por la necesaria ponderación de las circunstancias particulares concurrentes en el caso enjuiciado por relación al arraigo personal, laboral y familiar del recurrente por razón de su acreditado matrimonio civil previo con una ciudadana de nacionalidad comunitaria europea, condición de padre de dos hijas menores de edad nacidas en Manresa (España) de un anterior matrimonio disuelto por divorcio judicial, titularidad propia anterior de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena por una vez ya renovada y permanencia discontinua de alta en el Sistema de la Seguridad Social durante 962 días desde 03-03-2005, sin que los antecedentes penales ciertos del recurrente determinantes en su momento de la denegación de su solicitud de tarjeta, objeto de remisión condicional, primero, y definitiva, después, constituyan amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a interés fundamental de la sociedad para justificar por ello dicha denegación.

Por la representación procesal letrada de la administración recurrida se contestó a la demanda con solicitud de íntegra desestimación del recurso interpuesto y de plena confirmación de la actuación administrativa denegatoria recurrida, por no concurrir en el caso particular de autos ninguna de las infracciones jurídicas denunciadas de contrario por la parte actora en relación con la denegación de la tarjeta de residencia de referencia, no siendo aplicable al supuesto de autos el silencio administrativo positivo invocado de contrario, sino el silencio administrativo negativo o desestimatorio de las solicitudes de autorizaciones iniciales previsto por la Disposición Adicional Primera de la LOEX 4/2000, al tiempo que se acreditada en las actuaciones la causa obstativa al otorgamiento pretendido por la existencia cierta de antecedentes penales del recurrente, en aplicación de lo previsto por el artículo 15.1.b) del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, sin interesar la condena en las costas procesales de la adversa.

SEGUNDO.- No habiéndose opuesto por las partes litigantes en el proceso óbice de procedibilidad alguno para el enjuiciamiento de las cuestiones de fondo suscitadas en el debate procesal de autos, y como quiera que, con carácter preliminar, quedara centrada la impugnación jurisdiccional de autos por la parte recurrente en su primer motivo del recurso articulado en la alegada nulidad de la actuación denegatoria originaria recurrida por la previa adquisición por silencio administrativo positivo de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario europeo controvertida en las presentes actuaciones, procederá examinar a continuación, con dicho carácter prioritario, tal primer motivo de eventual invalidez de la actuación administrativa recurrida, toda vez que por comportar necesariamente su eventual estimación la anulación de la actuación administrativa denegatoria recurrida y el subsiguiente reconocimiento en esta sede jurisdiccional del correspondiente derecho autorizador postulado por la parte actora se haría ocioso por intrascendente para la resolución definitiva del presente recurso proseguir a continuación en esta resolución con el



análisis de los distintos motivos impugnatorios y de oposición a los mismos cruzados respectivamente entre las partes en la reposición administrativa y en el proceso.

En dicho sentido, y para la más adecuada resolución del presente recurso resultará preciso centrar la atención de esta resolución en los términos de la controversia jurídica suscitada por relación con el objeto de las presentes actuaciones delimitado suficientemente en el fundamento de derecho primero de esta resolución, siempre a la vista de la particular resultancia fáctica y antecedentes dimanantes de las actuaciones documentadas en el expediente administrativo de autos, en lo aquí más esencial confirmada por las pruebas documentales practicadas a propuesta de la parte demandante en el acto del juicio oral celebrado en las presentes actuaciones.

Elo, naturalmente, en el marco normativo de necesaria aplicación a las solicitudes de tarjetas de residencia de familiares de ciudadanos miembros de la Unión Europea dispuesto a la fecha relevante en autos por el ordenamiento jurídico administrativo sectorial entonces vigente -Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo (BOE de fecha 28 de febrero de 2007)-, norma reglamentaria ésta aplicable también cualquiera que sea su nacionalidad a los cónyuges respectivos de los ciudadanos miembros de la Unión Europea o de cualquier otro Estado tercero a quienes sea de aplicación el expresado régimen comunitario, siempre que no haya recaído previamente acuerdo o declaración de nulidad del correspondiente vínculo matrimonial, divorcio o separación legal -artículo 2.a) del citado R.D. 240/2007-, ello sin perjuicio de la aplicación a los mismos aunque tan sólo en lo más favorable, supletoriamente, de las correspondientes previsiones legales de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -en adelante LOEX 4/2000-, modificada por posteriores Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 14/2003 y 2/2009 -ex artículo 1.3 LOEX 4/2000 y Disposición Final Cuarta del propio Real Decreto 240/2007 citado-.

TERCERO.- Pues bien, en relación con lo anterior, y sin perjuicio aquí del eventual ejercicio posterior por parte de la administración pública demandada, en su caso, de las correspondientes potestades administrativas legalmente habilitadas a su favor para eventual revisión de oficio de aquellas actuaciones administrativas previas, incluso presuntas, supuestamente disconformes a derecho por razón de nulidad de pleno derecho o bien de anulabilidad de las mismas por parte del ordenamiento jurídico administrativo aplicable -ex artículos 102 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, LRJPAC-, ejercicio de potestades que no son ahora del caso aquí enjuiciado, deberá anteponerse en el supuesto particular a la consideración de la concreta causa denegatoria expresada por la resolución administrativa originaria dictada con fecha 15 de enero de 2010 y notificada al interesado el día 28 de enero siguiente, con carácter previo, el examen de la posible adquisición por previo silencio administrativo positivo de la tarjeta de residencia en su día interesada por razón del efecto invalidatorio que dicho efecto legal estimatorio de la correspondiente solicitud, sin duda, produciría sobre la posterior resolución administrativa expresa pero tardía denegatoria o desestimatoria de la solicitud, a tenor de la específica vinculación legal

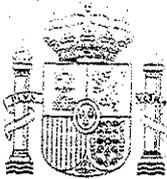


posterior de los actos expresos tardíos frente al silencio administrativo positivo ya producido con anterioridad que inequívocamente se desprende del tenor del artículo 43.4.a) de la Ley 30/1992, LRJPAC, antes citada.

En relación con ello, y a diferencia de lo que la misma legislación orgánica sectorial de extranjería prevé con distinto signo positivo o estimatorio del correspondiente silencio administrativo para los supuestos distintos de las solicitudes de renovación de las autorizaciones administrativas de residencia temporal y trabajo previsto en el apartado 2 de la Disposición Adicional Primera de la LOEX 4/2000 antes citada -y en el mismo sentido el artículo 54.10 del Reglamento ejecutivo de dicha LOEX 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004 (RELOEX 2393/2004)-, opuso en autos la demandada en su contestación a la demanda el presunto efecto desestimatorio o silencio administrativo negativo previamente establecido también por el apartado 1 de la misma Disposición Adicional Primera de la LOEX 4/2000 para los supuestos de solicitudes de autorizaciones iniciales no resueltas expresamente en el plazo legal máximo de tres meses establecido al efecto.

Sin embargo, incontrovertido entre las partes que el plazo máximo de duración del correspondiente procedimiento administrativo subyacente en las actuaciones es el de tres meses, aunque por disposición expresa al respecto no de la repetida LOEX 4/2000 sino del artículo 8.4 de la específica regulación reglamentaria antes ya referenciada y preferentemente aplicable al presente caso -Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia 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 [*Artículo 8. Residencia superior a tres meses con tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. (...)* 4. *La expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá realizarse en el plazo de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud. La resolución favorable tendrá efectos retroactivos, entendiéndose acreditada la situación de residencia desde el momento de su solicitud. (...)*], al tiempo que dicha regulación reglamentaria específica no incluye previsión alguna respecto al sentido estimatorio o no del silencio administrativo ante las solicitudes administrativas cursadas al amparo del mismo, olvida en realidad el anterior alegato opositor a la demanda por parte de la administración demandada que por disposición legal y reglamentaria expresa -así, el artículo 1.3 LOEX 4/2000 y la Disposición Final Cuarta del propio Real Decreto 240/2007 tantas veces citado- lo cierto es que las previsiones de la repetida LOEX 4/2000 -y entre ellas, sin duda, también el efecto estimatorio o desestimatorio del silencio administrativo- tan sólo resultan efectivamente aplicables con carácter supletorio en el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de dicho Real Decreto 240/2007 y, lo que aquí principalmente ahora importa, tan sólo "(...) en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables", previsión legal ésta que ha quedado invariable tras la última Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de modificación sustantiva de la LOEX 4/2000.

CUARTO.- Siendo así que, como es bien sabido, el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, LRJPAC, anteriormente mencionada, en la redacción dada al precepto por el artículo 1.11 de Ley 4/1999, de 13 de enero, aplicable por razones temporales al presente caso, expresamente disponía ya el efecto estimatorio o silencio administrativo positivo de la eventual inactividad administrativa formal ante las solicitudes de los



interesados en todos los casos, en ausencia de previsión expresa de rango legal, que no reglamentaria, o de norma comunitaria europea expresa de signo contrario y no concurriendo tampoco en el supuesto particular eventual transferencia de facultades dominicales o de servicio público, bajo el siguiente tenor literal:

*"Artículo 43. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado. 1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo. 2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. (...)"*.  
[Los subrayados son nuestros.]

Ninguno de cuyos supuestos normativos excepcionalmente excluyentes del silencio administrativo positivo concurren, efectivamente, en el caso particular de autos.

Ello, sin necesidad de acudir aquí para concluir lo anterior al régimen todavía más favorable a dicho efecto estimatorio o positivo del silencio administrativo introducido siempre en relación a los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado y no iniciados de oficio por la posterior Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la previa Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, norma legal ésta que incorporó al derecho español, parcialmente, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y de modificación, entre otros, del antes reseñado artículo 43 de la Ley 30/1992, LRJPAC, por referencia actual a la sola excepción de:

*"(...) los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario"*.  
[El subrayado es nuevamente nuestro.]

QUINTO.- Pues bien, proyectado lo anterior al caso particular enjuiciado, y tras el examen del expediente administrativo de autos, se comprueba que, efectivamente, se produjo en su día el efecto estimatorio o silencio administrativo positivo postulado por la demanda de autos, no siendo aplicable al presente caso por resultar menos favorable para el interesado la invocada Disposición Adicional Primera de la LOEX 4/2000, sino el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, LRJPAC, en relación con el artículo 1.3 de la propia LOEX 4/2000 y con la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 240/2007 reiteradamente citado en esta resolución, toda vez que la solicitud del recurrente presentada en registro administrativo de la propia autoridad gubernativa provincial competente en fecha 10 de julio de 2009 (documento 1 expdte. advto.) no



resultó resuelta expresamente hasta el 15 de enero de 2010 y, lógicamente, no fue notificada al interesado sino con fecha posterior de 28 de enero siguiente (folio 2 documento 8 expdte. advto.), esto es, en ambos casos –tanto en la fecha de la resolución como en la fecha de la notificación– una vez ya transcurrido efectivamente con notable exceso el plazo reglamentario máximo de tres meses.

Plazo máximo éste de duración del procedimiento administrativo de referencia cuyo cómputo, sin duda, en tanto que los términos y los plazos administrativos, así como su misma improrrogabilidad salvo supuesto legal expreso, constituyen, entre otros, garantía del procedimiento y parámetro de efectividad del principio constitucional de seguridad jurídica garantizado, entre otros, por el artículo 9.3 de la Constitución española (entre otras, STS, Sala 3ª, de 2 de diciembre de 2003, y STC 32/1989, de 13 de febrero), deberá efectuarse siempre de fecha a fecha, de acuerdo con las prescripciones al respecto del artículo 48.2 de la repetida Ley 30/1992, LRJPAC, invariablemente también después de su modificación legal por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que inequívocamente dispone que los plazos administrativos fijados en años o en meses iniciaran su cómputo al día siguiente y procederá efectuarlo de fecha a fecha –ex artículo 5.1 Código Civil– de forma que el plazo de referencia termina precisamente el día ordinal anterior al día tomado para el inicio del cómputo, lo que no deja de presuponer un concepto de mes natural y lo que no tiene otro significado más que el de que el plazo temporal vence el día cuyo ordinal coincida con el ordinal propio del *dies a quo*, según lo tiene establecido una ya consolidada jurisprudencia contenciosa administrativa (entre muchas otras, STS, Sala 3ª, de 2 de abril de 1990, de 9 de enero de 1991, de 16 de octubre de 1996, de 2 de diciembre de 1997, de 20 de octubre de 1998, de 24 de marzo de 1999, de 5 de junio de 2000, de 26 de diciembre de 2000, de 4 de julio de 2001, de 18 de diciembre de 2002, de 27 de enero de 2003, de 2 de diciembre de 2003, de 20 de septiembre de 2006, de 2 de abril y de 10 de junio de 2008, o, entre otras muchas más, también la STSJ de Cataluña, Sala Contenciosa Administrativa, núm. 773/2001, de 19 de junio).

Siendo así, por tanto, que producido ya el acto presunto estimatorio en el supuesto particular de autos en fecha 10-10-2009 por silencio de tres meses desde el registro administrativo de la correspondiente solicitud, la posterior resolución administrativa denegatoria aquí recurrida se encontraba estrechamente vinculada en su posible sentido, como antes ya se anticipó, por el sentido positivo o estimatorio del silencio administrativo ya entonces producido en derecho, de conformidad con lo previsto al respecto por el artículo 43.4.a) de la tantas veces citada Ley 30/1992, LRJPAC, en la redacción última dada a dicho precepto legal por la posterior la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la anterior.

Por todo ello, en definitiva, se impondrá acoger aquí el expresado motivo primero de invalidez jurídica de la actuación administrativa originaria recurrida en autos al resultar acreditada la disconformidad a derecho de la misma, por lo que deberá ser anulada dicha resolución en esta sede impugnatoria, previa estimación del recurso deducido frente a la misma, a tenor de lo previsto en el orden procesal por los artículos 68.1.b), 70.2 y 71.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, en relación con lo establecido por el artículo 63.1 de la Ley 30/1992, LRJPAC, con el correlativo reconocimiento del derecho subjetivo del recurrente a título ahora de

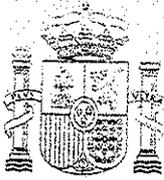


situación jurídica individualizada o derecho subjetivo correspondiente a favor del mismo, a tenor de las previsiones procesales al respecto de los artículos 31.2 y 71.1.b) de la Ley Jurisdiccional, a la concesión efectiva de la tarjeta de residencia solicitada en su día por parte del mismo y obtenida en su momento por virtud de silencio administrativo positivo.

SEXTO.- Sentado lo anterior como auténtica *ratio decidendi* de esta resolución, y sin perjuicio asimismo, y en su caso, de las correspondientes potestades administrativas de revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables a las que se hiciera anterior referencia en esta resolución, no puede tampoco dejarse de anotar aquí, aunque ello no resulte ya ciertamente decisivo en este particular proceso por las razones antes dichas, que encontrándonos aquí en presencia de una actividad administrativa eminentemente reglada o de esencia no discrecional –la potestad autorizatoria en la que se inscribe, sin duda, el otorgamiento o no de la tarjeta de residencia interesada por el recurrente-, aún mediante la utilización por parte de la correspondiente norma legal aplicable de conceptos jurídicos indeterminados, que no indeterminables, deberá asimismo observarse que no siempre la existencia cierta de antecedentes penales por la previa condena penal firme del solicitante de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario europeo debe operar, automáticamente, como causa siempre obstativa a su efectivo otorgamiento, a tenor de lo expresamente previsto al respecto por el artículo 15.1.b) y 5.d) del repetido Real Decreto 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea, que se pronuncia al respecto en los siguientes términos literales:

*"Artículo 15. Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública. 1. Quando 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: (.....) 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. (.....) 5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios: (.....) 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." [Los subrayados son nuestros.]*

De tal manera que, a diferencia aquí de los distintos supuestos normativos de las solicitudes de autorizaciones iniciales de residencia temporal o de trabajo por cuenta ajena cursadas por parte de los ciudadanos de nacionalidad extranjera no familiares de ciudadanos comunitarios europeos en los que la concesión inicial de las referidas autorizaciones administrativas de residencia temporal para permanecer en España se encuentra siempre sujeta por la legislación sectorial aplicable en tales supuestos a la previa inexistencia de antecedentes penales por condena firme del ciudadano



extranjero por razón de la comisión de delitos tipificados por nuestro ordenamiento jurídico tanto en nuestro país como en sus anteriores países de residencia –artículo 31.4 de la LOEX 4/2000 y artículo 53.1.a) del Reglamento de dicha Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 2393/2004-, no así, por el contrario, la concesión de sus renovaciones o prórrogas sujetas en los supuestos de cumplimiento o remisión condicional o definitiva de la pena impuesta en su día a la necesaria ponderación administrativa y, en su caso, posterior judicial de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso particular (entre muchas otras, STS, Sala 3ª, de 7 y 25 de febrero y de 14 de mayo de 2008), lo cierto es que para supuestos distintos como lo es el de autos –esto es, de tarjeta de residencia de familiares de ciudadanos comunitarios europeos- tanto la expedición inicial como las sucesivas renovaciones de dicha tarjeta de residencia comunitaria no se encuentran siempre unívocamente ligadas a la inexistencia de condenas penales anteriores, que por sí solas no considera la norma aplicable antes transcrita como determinantes, siempre y en todo caso, de la adopción de las medidas de orden público, seguridad y salud pública previstas por el referido artículo 15.1.b) del Real Decreto 240/2007 de constante mención, sino tan sólo para los supuestos acreditados de integrar una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a interés fundamental de la sociedad.

SÉPTIMO.- Pues bien, llegados a este punto e incontrovertida en las actuaciones tanto la existencia de sendas condenas penales firmes impuestas en su día al aquí recurrente por el Juzgado Penal núm. 2 de Manresa por la comisión de dos delitos de violencia doméstica perpetrados en fechas 02-07-2004 y 04-04-2005 –Sentencias de 21 de octubre de 2004, ejecutoria 435/2004, y de 1 de junio de 2006, ejecutoria 336/2006 (documento 3 expdte. advto.)-, así como el posterior informe gubernativo desfavorable de fecha 30 de julio de 2009 que dando cumplida cuenta de lo anterior se encuentra en la base de la resolución denegatoria originaria recurrida (documento 5 expdte. advto.), se hará preciso considerar ahora en orden a la ponderación casuística de tales antecedentes penales, por un lado, la circunstancia acreditada de que dichas penas, impuestas de conformidad, quedaron en su día bien suspendidas y posteriormente definitivamente remitidas bien cumplidas con anterioridad a la fecha de la solicitud de autos (folios 3 y 4 documento 7 expdte. advto.; folio 4 documento 9 expdte. advto.; documento 11 demanda, ramo probatorio parte actora), al tiempo que, por otro lado, las concretas circunstancias de arraigo personal, laboral y familiar concurrentes en el supuesto particular enjuiciado y asimismo acreditadas en las actuaciones por parte del recurrente.

En dicho sentido, resultó efectivamente acreditado en sede administrativa, primero, y ha resultado confirmado asimismo en esta sede jurisdiccional, después, que el ciudadano extranjero recurrente reside desde hace ya tiempo en España en la que ingresó regularmente en fecha 28-02-2003, bajo titularidad actual de pasaporte en vigor de su nacionalidad de origen renovado en su oficina consular sita en Barcelona (España) en fecha 20-11-2008 (folios 2 a 4 documento 1 expdte. advto.), constando registrado su matrimonio civil con una ciudadana nacional española, esto es, de un estado miembro de la Unión Europea celebrado en fecha 29 de mayo de 2009 en las dependencias del Juzgado de Paz de Sant Joan de Vilatorrada (folios 5 y 6 documento 1 expdte. advto.), justificándose asimismo en las actuaciones constar empadronados ambos cónyuges en el domicilio familiar en la fecha de solicitud de la



tarjeta de residencia –domicilio sito en la calle Rosa Ribas i Parellada, 23-25, 3º 4ª, de la localidad del Prat de Llobregat (Barcelona)- con alta en el correspondiente Padrón Municipal de Habitantes (folio 7 del documento 1 expdte. adtvo.).

A su vez, resulta asimismo de las actuaciones que el actor obtuvo con anterioridad una autorización administrativa de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena renovada ya en una ocasión con vigencia hasta el 21-11-2007 y no renovada con posterioridad (documento 13 demanda, ramo probatorio parte actora), así como su condición de padre de dos hijas menores de edad –Manar y Nizar-, nacidas ambas en España -Manresa (Barcelona)-, bajo titularidad de respectivas autorizaciones de residencia permanente por razón de reagrupación familiar y con sendos expedientes de nacionalización española en trámite (documento 15 demanda, ramo probatorio actora), habidas en un anterior matrimonio del actor con la Sra. Samira Kharbouch, hoy disuelto por divorcio matrimonial declarado por Sentencia de 17 de febrero de 2009 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Manresa en sus autos núm. 805/08 (documento 14 demanda, ramo probatorio parte actora), acreditando asimismo el recurrente un total de 962 días de cotización al Régimen General de la Seguridad Social desde su alta de 03-03-2005 hasta el 13-02-2008, fecha de emisión del correspondiente informe de vida laboral por la Tesorería General de la Seguridad Social (documento 16 demanda, ramo probatorio actora).

OCTAVO.- Todo lo cual, en el caso particular, acredita el referido arraigo personal, laboral y familiar del recurrente en los términos jurisprudencialmente definidos para el concepto de arraigo normativamente establecido por el artículo 31.3 de la LOEX 4/2000 de reiterada cita, por referencia a los vínculos económicos, sociales, familiares, laborales, académicos o de otro tipo que unan al extranjero recurrente con el lugar en que resida y que sean relevantes para apreciar el interés del mismo en residir en el país (entre muchas otras, Sentencias del TS, Sala 3ª, de fechas 16-07-2002, 16-01 y 06-03-2001, 20-11 y 19-12-2000, 04-12, 15-11, 11-10 y 03-03-1999; y 14-03-1997), sin que pueda confundirse al efecto dicho arraigo personal con la mera vocación de arraigo que por sí sola no tiene ninguna virtualidad (entre otras, STS, Sala 3ª, de 20 de septiembre de 2007).

Máxime, por relación al arraigo familiar acreditado, a la vista aquí de los mandatos constitucionales de protección de la familia y de la intimidad familiar contenidos en los 18.1 y 39.1 de la Constitución española y de los no menos precisos mandatos legales asimismo incorporados tanto al ordenamiento civil como al ordenamiento jurídico administrativo aplicables en materia de protección de la unidad familiar, a partir de las determinaciones concurrentes respecto del derecho al respeto a la vida privada y familiar del artículo 5 de la vigente Directiva 2008/115/CEE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (DOUE L 348/98 y ss. de fecha 24-12-2008), en relación con el artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 04-11-1950, con la jurisprudencia del TEDH (entré otras, STEDH de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif c. Suiza*, o de 17 de abril de 2003, caso *Ymaz c. Alemania*), con el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de fecha 10 de diciembre de 1940 y con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19-12-1966 y ratificado por España mediante



instrumento de 13-04-1977, todo ello en el marco del preciso mandato constitucional interpretativo contenido en el artículo 10.2 de la Constitución española.

Y sin que a las expresadas circunstancias de arraigo familiar –en particular, por referencia a las derivadas de las relaciones conyugales con una ciudadana de nacionalidad de un estado miembro de la Unión Europea y de las relaciones paterno filiales con dos hijas menores de edad nacidas y residentes legales en España-, se oponga aquí decisivamente la efectiva existencia de los antecedentes penales anteriormente ya referenciados, por cuanto que dicha circunstancia y antecedentes penales ciertos, aún relacionado con hechos delictivos graves, sin duda condenables y efectivamente ya condenados en su día por parte del orden jurisdiccional penal competente al efecto, no elimina, sin embargo, las circunstancias también ciertas y acreditadas en las actuaciones del arraigo familiar –hijas menores-, no sobrevenido, sino anterior al dictado de la resolución administrativa originaria aquí recurrida, a las que antes se hizo detallada referencia y a las que no puede ser en modo alguno ajena esta resolución jurisdiccional contenciosa administrativa, que no penal.

Ello, además, a la vista también aquí de que por la administración demandada no se ha acreditado, ni siquiera se ha intentado acreditar o justificar en modo alguno en el proceso, en qué medida o de qué manera pudiera entenderse que el efectivo ilícito penal cometido en su día por el actor, y al que responde la responsabilidad penal deducida en su día contra el mismo, constituya en sí mismo una amenaza real, actual y suficientemente grave, que afecte seriamente a un interés fundamental de la sociedad y que, por ello, justifique el acuerdo denegatorio adoptado por fundadas razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, en los términos normativos al efecto expresamente exigidos por el artículo 15.5.d) del Real Decreto 240/2007 antes citado.

Por todo ello, en definitiva, y de forma convergente en el resultado final de la litis, de no concurrir aquí el primer motivo impugnatorio antes ya acogido por esta resolución en orden a la anulación de la denegación recurrida por la previa adquisición de la tarjeta de residencia comunitaria solicitada por silencio administrativo positivo previo, se impondría asimismo acoger aquí el recurso contencioso administrativo interpuesto contra dicha actuación denegatoria por resultar efectivamente acreditada en autos la disconformidad a derecho de la misma en los términos anteriormente señalados, por lo que resultaría asimismo obligado, por ello, anular dicha resolución administrativa, a tenor de lo previsto al respecto por los artículos 68.1.b), 70.2 y 71.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, con el correlativo reconocimiento del derecho del actor a título de situación jurídica individualizada reconocible a favor del mismo, a tenor de las previsiones procesales de los artículos 31.2 y 71.1.b) de la Ley Jurisdiccional, a la expedición a su favor de la tarjeta de residencia de familiar de comunitario europeo solicitada en su día.

ÚLTIMO.- Atendido lo establecido en los artículos 68.2 y 139.1 de la Ley Jurisdiccional, debe indicarse que no se aprecia mala fe o temeridad en las partes que determine una especial imposición de las costas procesales.



Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, y resolviendo siempre dentro del límite de las pretensiones deducidas por las partes en sus respectivas demanda y contestación a la demanda,

## FALLO

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo núm. 396/2010-3 interpuesto por [redacted], bajo representación procesal letrada especificada al inicio, contra las actuaciones administrativas denegatorias a las que se refieren los antecedentes de la presente resolución, por resultar las mismas disconformes a derecho y, en consecuencia, ANULAR los actos recurridos y, en su lugar, RECONOCER el derecho del recurrente a la concesión a su favor de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano miembro de la Unión Europea solicitada por el mismo en fecha 10-07-2009; sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, a tenor del artículo 81.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, cabiendo contra ella recurso ordinario de apelación a interponer a través de este juzgado ante la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en plazo máximo de quince días hábiles a contar desde el siguiente al de la recepción de la correspondiente notificación de esta resolución, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en las que se fundamente el recurso.

Una vez firme, comuníquese esta sentencia en el plazo de diez días al órgano que realizó la actividad objeto del recurso, para que por el mismo:

1. Se acuse recibo de la comunicación, en idéntico plazo de diez días desde su recepción, indicando a este juzgado el órgano responsable del cumplimiento de la sentencia.
2. Se lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá testimonio a los autos principales, llevándose el original al Libro correspondiente de este juzgado, lo pronuncio, mando y firmo, Francisco José González Ruiz, magistrado titular del Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Barcelona y provincia.

## PUBLICACIÓN.-

El magistrado titular de este juzgado ha leído y publicado la sentencia anterior en audiencia pública en la Sala de Vistas de este Juzgado Contencioso Administrativo en el día de su fecha, de lo que yo, la secretaria judicial, doy fe.