

**Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 34 de Madrid**

C/ Gran Vía, 52 - 28013

45029730

NIG: 28.079.00.3-2013/0009817



(01) 30182004027

Procedimiento Abreviado [REDACTED] 2013

Demandante/s: D./Dña. [REDACTED]

LETRADO D./Dña. MARCELO JUAN MARIANO BELGRANO LEDESMA, BRAVO MURILLO, 101 PISO 6º-2, nº C.P.:28020 MADRID (Madrid)

Demandado/s: DELEGACION DEL GOBIERNO
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 291/2014

En Madrid, a nueve de julio de dos mil catorce.

Visto por mí, Ilma. Sra. D^a María del Pilar García Ruiz, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 34 de Madrid, el recurso contencioso-administrativo registrado con el número [REDACTED]/2013 y seguido por el PROCEDIMIENTO ABREVIADO, sobre EXTRANJERÍA, contra la desestimación presunta, expresa después por Resolución de 18 de septiembre de 2013, del recurso de alzada formulado frente a la Resolución de 4 de febrero de 2013, de la Delegación del Gobierno en Madrid, recaída en el expediente 2804201200 [REDACTED]

Son partes en dicho recurso, como demandante D. [REDACTED], representada y dirigido por el LETRADO D. MARCELO JUAN MARIANO BELGRANO LEDESMA; como demandada LA DELEGACION DE GOBIERNO, representada y dirigida por Sr. ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La mencionada recurrente presentó escrito de demanda en el que, tras la exposición de los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos en apoyo de su pretensión, terminó suplicando se dicte una Sentencia estimatoria del recurso interpuesto y las correspondientes declaraciones en relación con la actuación administrativa impugnada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, señalándose día y hora para la celebración de vista, con citación de las partes a las que se hicieron los apercibimientos legales, habiéndose requerido a la



Madrid

Administración demandada la remisión del correspondiente expediente. A dicho acto de la vista compareció la parte recurrente, que afirmó y se ratificó en su demanda.

TERCERO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la desestimación presunta, expresa después por Resolución de 18 de septiembre de 2013, del recurso de alzada formulado frente a la Resolución de 4 de febrero de 2013, de la Delegación del Gobierno en Madrid, recaída en el expediente 28042012006, por la que se denegó al demandante la Tarjeta de Residencia de Familiar de Ciudadano de la Unión que había solicitado.

SEGUNDO.- La parte demandante interesa se dicte una Sentencia estimatoria con la declaración de no ser conforme a Derecho la actuación administrativa impugnada, al tiempo que ejercita una pretensión anulatoria de aquélla y otra tendente al restablecimiento de su situación jurídica individualizada.

En concreto, solicitó en su demanda que se reconozca el derecho del actor a que se le expida la tarjeta de residencia solicitada. En esencia, para el apoyo de sus pretensiones, el recurrente sostiene que las condenas consideradas por la Administración demandada para la denegación de la tarjeta de residencia de la que aquí se trata ya fueron cumplidas estando todas ellas extinguidas, como consta, y cancelados en la mayor parte los correspondientes antecedentes penales. Mantiene además el actor que no es de aplicación a este caso el régimen general de la Ley Orgánica de Extranjería sino lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero; todo ello considerando que la resolución recurrida carece en absoluto de motivación al haberse utilizado por la demandada una fórmula estereotipada.

Por su parte, la Administración demandada, oponiéndose a la demanda, solicita la desestimación del recurso interpuesto por entender que la actuación impugnada es plenamente ajustada a Derecho.

TERCERO.- La cuestión de fondo sobre la que ha girado el presente debate procesal se centra en la conformidad o no a Derecho de la Resolución administrativa que denegó al demandante la solicitud formulada en relación con la concesión de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea; denegación que se fundó en el hecho de que consta que el actor fue condenado por diversas Sentencias -firmes en los años 2002, 1998, 1998, 1999, 2000, 2000, y 2004, por la comisión, respectivamente, conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas (3), tráfico de sustancias nocivas para la salud y negativa a realizar las pruebas de detección de alcohol, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Consta igualmente que todas las penas impuestas en su día están cumplidas y extinguida la responsabilidad penal, así como cancelados los antecedentes penales excepto los relativos a la pena referida a la ejecutoria 121/2000, por no haber transcurrido, en fecha 14 de noviembre de 2012, los plazos legalmente previstos (artículo 136.2.2º del Código Penal).

La actora, así, consta en autos, está casado con una ciudadana española, siendo ambos progenitores de una hija nacida en España en el año 1998.

CUARTO.- El examen de los argumentos impugnatorios esgrimidos por el recurrente en su escrito de demanda exige comenzar tratando la posible falta de motivación que habría podido dar lugar a un resultado de indefensión.

En relación con ello, hay que recordar la conocida, por reiterada, doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (entre otras muchas, en SSTC 145/1986; 102/1987; 155/1988; y 35/1989) en relación con la proscripción del efecto de indefensión; doctrina que sostiene que, para que sea posible su apreciación, es preciso en primer lugar una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso; y en segundo, la idea base de que la indefensión constitucionalmente prohibida no nace de la mera infracción formal de las normas procedimentales de modo que la ruptura con la legalidad no siempre habrá provocado la supresión de los derechos que corresponden a la parte que alega haberla padecido sino sólo en aquellos casos en que dicha privación sea real y efectiva, y no sólo formal. Por todo ello, no puede sostenerse válidamente que el artículo 24.1 CE tutele situaciones de mera indefensión formal sino tan sólo supuestos de indefensión calificable como tal desde un punto de vista material, siendo claro el perjuicio que se haya derivado para quien la haya sufrido efectivamente.

En este caso, aun cuando la resolución administrativa es ciertamente parca en cuanto a su motivación, no puede, sin embargo, apreciarse el efecto de indefensión material exigible para dar lugar a la estimación del motivo. El recurrente, siquiera del modo tan conciso como el contenido en la resolución recurrida, ha tenido oportunidad de conocer la razón en que la se apoyó la Administración para la denegación de su solicitud, permitiéndole recurrir a esta sede jurisdiccional, sabiendo que es tan sólo el hecho de que no todos los antecedentes penales (*“de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.b) del artículo 15 del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, al no constar que hayan sido cancelados los todos los antecedentes penales”*, dice la resolución del recurso de alzada) fueron cancelados lo que motivó la denegación impugnada y haciendo que pueda argumentar en este recurso sobre dicha justificación.

El primer argumento impugnatorio que se deduce basado en la falta de motivación, será, por tanto, rechazado.

QUINTO.- Planteados más arriba los términos en que se ha desenvuelto el presente debate procesal es preciso comenzar el análisis de la cuestión litigiosa recordando que la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo fue objeto de transposición al Derecho interno a través 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 el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, lo que de por sí hace innecesario valorar la aplicabilidad directa de dicha norma comunitaria.

Pues bien, la citada norma reglamentaria establece en su artículo 15, relativo a las medidas por razones de orden público, seguridad pública o salud pública que *“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.*

En consonancia con dicho apartado, el número 5 del mismo artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, dispone que

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

- a) *Habrà 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) *Podrà 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”.*

SEXTO.- En aplicación del citado precepto, resulta preciso considerar los de “orden público” y “seguridad pública” utilizados en la normativa de aplicación, como conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido y como señaló la STSJPV de 21 de mayo de 2009 (Rec. Apel. 553/2007) con un razonamiento que aquí hacemos nuestro:

“... lo que el precepto (artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero) requiere es la concurrencia de razones de orden público o seguridad ciudadana fundadas en el comportamiento personal del interesado y en este sentido no es suficiente la existencia de previas condenas penales tal y como razona la STS de 11 de diciembre de 2003 (Rec.5181/1999) haciéndose eco de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las

Comunidades Europeas y del Tribunal Constitucional:

<<La conducta del extranjero al que la Delegación del Gobierno en Madrid expulsó no puede incluirse en ese concepto jurídico indeterminado al que se refiere la Ley Orgánica mencionada EDL1985/8753, puesto que en el momento de adoptarse la medida de expulsión no existía más que la actividad descrita en los hechos probados por los que el extranjero fue detenido, y que no revisten la naturaleza exigida por el Tribunal Constitucional. En idéntico sentido se ha manifestado este Tribunal en las sentencias de 21 de abril de 1999 EDJ1999/17289, 27 de diciembre de 2000 EDJ2000/53902 y 20 de julio de 2001 EDJ2001/31269. En esta última hemos declarado: que se requiere para llevarla a cabo (se refiere a la expulsión) 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), el 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, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida, 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)>>”.

SÉPTIMO.- En presencia de conceptos jurídicos indeterminados como los que la Administración demandada ha aplicado en este caso, debe recordarse que con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley hace referencia a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en el enunciado de la norma, no obstante lo cual es indudable que se pretende por el legislador delimitar un supuesto concreto. Es clásica la doctrina administrativista que clasifica en este ámbito los conceptos jurídicos indeterminados utilizados por la Ley en conceptos de experiencia o conceptos de valor cuya correcta aplicación por la Administración ha de ser enjuiciada a través de las técnicas de control asumidas en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina, procedentes de las formulaciones de la alemana; en particular, la también clásica teoría de los tres círculos de certeza: positiva, negativa y de incertidumbre.

Sin embargo, es llegado a este punto cuando no se puede confirmar la decisión adoptada por la Administración ya que lo actuado en sede administrativa no permite incluir dentro del círculo de certeza negativo las circunstancias que concurren en el caso del demandante.

Es cierto que el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social determina la necesaria inexistencia de antecedentes penales para la concesión de las autorizaciones temporales de residencia. Sin embargo, no lo es menos que, como señala el ya referido artículo 15 del Real Decreto 240/2007 y recoge expresamente la STS de 1 de junio de 2010 (Rec. C-A. 114/2007) en relación con el apartado 5.d) del citado precepto reglamentario, el mismo, junto con el apartado a) “*implican una garantías suficientemente sólidas, tanto*

procedimentales como materiales, que superan las exigencias comunitarias; de una parte la medida de expulsión, basada en motivos de imperiosa seguridad pública, "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", y, de otra parte, en cuanto a la valoración de las razones de seguridad pública el citado artículo 15.5.d) del Real Decreto señala que "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".

En este caso, se deriva del expediente administrativo que el recurrente fue condenado por la comisión de varios delitos de los que se dejó constancia más arriba. Sin embargo, también lo es que en todos los casos la responsabilidad penal está extinguida por cumplimiento de las penas impuestas en cada caso, habiendo sido además posible la cancelación, en todos menos uno, de los antecedentes penales que constan al actor. Todo ello considerando además la fecha de imposición de la última pena, según consta, es de hace diez años sin que conste actividad delictiva posterior, hasta la fecha, del recurrente, lo que permite concluir que la situación de peligrosidad inicialmente derivada de la comisión de numerosos delitos como de los que aquí se trata yo no sería actual o susceptible de ser considerada, a la fecha de solicitud de la autorización en cuestión, como una grave amenaza para la seguridad o el orden público.

Junto a lo anterior hay que tener presentes las circunstancias de arraigo familiar acreditadas por la demandante en el expediente administrativo y en estos autos, especialmente la situación de maternidad de una menor de nacionalidad española, circunstancias todas ellas que no han sido consideradas por la Administración demandada como elementos de valor frente a los antiguos antecedentes (ya cancelados menos uno) por condenas cumplidas y por una responsabilidad penal, por tanto, ya extinguida, que no podrían en el momento presente ser considerados como una amenazas real, actual y suficientemente grave para dar lugar a la denegación de la tarjeta de residencia solicitada.

El sentido estimatorio que, ya se alcanza a suponer, tendrá esta sentencia se apoya, además de en lo ya expuesto, en lo que resolvió la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en STSJM de 10 de octubre de 2012 (Rec. Apel. 344/2012), respecto a un supuesto similar:

"... en el caso del presente enjuiciamiento resulta que solicitada en Octubre de 2.009 la tarjeta de que se trata, la Administración la deniega remitiendo a una condena penal que data del año 1.998, esto es, más de diez años antes, pero sin valorar en modo alguno la incidencia de tal antecedente en la situación y conducta del solicitante a la fecha de su petición de la tarjeta. Igual consideración cabe efectuar con relación a las "reseñas policiales" que menciona el Abogado del Estado en su recurso de apelación, no constando el resultado y efectos de los procedimientos penales reseñados. No se desprenden así efectivamente datos objetivos actualizados que justifiquen la concurrencia de "amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad" por parte del actor al tiempo de su solicitud de la tarjeta denegada, por lo que procede su concesión, como así se ha pronunciado acertadamente el Juzgador de instancia".

En este mismo sentido y más recientemente, la STSJM de 18 de julio de 2013 (Rec. Apel. 984/2012) dejó dicho lo siguiente:

“No se cuestiona por las partes el concepto de orden público, a efectos de la normativa aquí aplicada. Las diferencias apuntan, más bien, a la integración del citado concepto con los datos obrantes en este caso en el expediente administrativo.

Y esta Sala comparte cuanto se argumenta por el ahora apelante sobre el concepto de orden público previsto en el art. 15 del RD 240/2007, de 16 de febrero, pues así hemos venido definiéndolo en sentencias anteriores de esta misma Sección Novena, de las que resulta exponente la sentencia nº 2294/2008, de 26 de diciembre, dictada en el recurso de apelación nº 596/2008.

Como allí decíamos, la necesidad de interpretar el Derecho interno conforme a las normas internacionales exige partir de lo dispuesto en 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. El art. 27 de esta Directiva autoriza a los Estados a limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia «por razones de orden público, seguridad pública o salud pública». Ahora bien, «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 cual «deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». El precepto establece, además, en términos categóricos: «La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas».

El art. 15 del RD 240/2007, de 16 de febrero, aplicado en el presente supuesto, recoge con fidelidad ese contenido. Y así, en su apartado 5.d) se dispone que cuando la denegación de la tarjeta de residencia «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.»

Pero es más, igual interpretación ha acogido el Tribunal Supremo conforme a la doctrina sentada por el Tribunal de las Comunidades Europeas (TJCE). La STS de 11 de diciembre de 2003, se basaba en la STJCE de 19 de marzo de 1999 (asunto C-348/96, Donatella Calfa), que, siguiendo su propia doctrina (Sentencia 27 de octubre de 1977, Bouchereau 30/77) en relación con la expulsión de un ciudadano de un Estado miembro, asimila las razones de orden público con la existencia de «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida».

Recientemente, la STJCE de 10 de julio de 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»”.

Por todo lo hasta aquí expuesto y razonado, con apoyo en los preceptos de aplicación y en la doctrina jurisprudencial recogida, procede estimar el presente recurso acogiendo las pretensiones ejercitadas por la actora en su demanda.

OCTAVO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, procede imponer a la Administración demandada las costas causadas en este proceso limitadas, conforme autoriza el apartado 3 del precepto legal citado, a la cantidad de 200 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, emanada del pueblo español, me concede la Constitución.

FALLO

- 1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo PAB número 185/2013, interpuesto por la representación procesal de D. [REDACTED] contra la desestimación presunta, expresa después por Resolución de 18 de septiembre de 2013, del recurso de alzada formulado frente a la Resolución de 4 de febrero de 2013, de la Delegación del Gobierno en Madrid, recaída en el expediente 2804201200 [REDACTED]
- 2.- Anular la resolución recurrida por no ser la misma conforme a Derecho y declarar el derecho del demandante a obtener la autorización solicitada de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea.
- 3.- Con imposición a la Administración demandada de las costas causadas en este proceso.