

## **SENTENCIA Nº 133/2018**

En BILBAO (BIZKAIA), a dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

El Sr. D. DIEGO ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 357/2017 y seguido por el procedimiento , en el que se impugna: DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BIZKAIA DE FECHA 6 DE JULIO DE 2017 DICTADA EN EL EXPEDIENTE NÚMERO 4800201700003264 POR LA QUE DENIEGA LA TARJETA DE RESIDENCIA DE FAMILIAR DE CIUDADANO COMUNITARIO.

Son partes en dicho recurso: como recurrente representado y dirigido por el letrado GAIZKA GARZON BOLADO; como demandada SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, representada y dirigida por el letrado de la Administración.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de 13 de septiembre de 2017, que desestimó su recurso de alza contra la resolución de 6 de julio de 2017, denegatoria de su solicitud de autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se han seguido los trámites del procedimiento abreviado.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-**La recurrente solicita que se declare el acto impugnado disconforme a Derecho y nulo, que se le conceda la autorización de residencia solicitada y la condena en costas a la Administración demanda, por los motivos que se expresan a continuación de manera sintética:

1. A la recurrente le fue denegada la autorización porque le constan antecedentes por un delito de tráfico de drogas cometido en el año 2006 y penado en 2011.
2. Considera que cumple los requisitos necesarios para obtener la autorización de residencia de familiar de ciudadano de la UE. Es cónyuge de un ciudadano español desde el 28 de marzo de 2017, como acredita en la vista y antes estuvo unida a él como pareja de hecho registrada desde el 17 de mayo de 2012.
3. Los antecedentes penales no son suficientes para fundar la denegación, porque el art. 15.1.b) del RD 240/2007 obliga a un análisis sobre si constituye o no un peligro real, actual y grave para la salud, la seguridad o el orden públicos.
4. En la vista del juicio presenta la comunicación a los Servicios Públicos de Empleo de la prórroga de nueve meses, fechada el 3 de julio de 2018, del contrato de trabajo inicial por tres y dos nóminas por importe neto de 1.197,07 euros. La autorización para trabajar para penados extranjeros en régimen abierto o libertad condicional procede del certificado de la DG de Instituciones Penitenciarias, recogida en la resolución de 19.9.2017, también aportada. Facilita igualmente cuatro nóminas de su marido, por importe neto de 1073,39 euros.

**SEGUNDO.-** La Administración demandada, representada por el Abogado del Estado, interesa la desestimación del recurso porque entiende que la resolución impugnada es conforme a Derecho en base a los hechos y fundamentos contenidos en la resolución impugnada, en el expediente administrativo y en lo expuesto durante la vista oral. Sintéticamente expresados:

1. La recurrente tiene antecedentes penales por un delito de tráfico de drogas y fue condenada a una pena de prisión de seis años y un día. Es causa de denegación del permiso no solamente el hecho de los antecedentes, sino la gravedad y la naturaleza del delito, que revela una peligrosidad actual y real, conforme a la ponderación a que obliga la jurisprudencia del TJUE. La STJUE de 3.5.2007 considera que concurre esa gravedad por dos razones: por la naturaleza del delito y por la extensión de la pena, superior a tres años. También la STJUE de 22.5.2012, acogiendo la relación del art. 83 del TFUE, identifica el de tráfico de drogas como uno de los delitos cuya especial gravedad hace de ellos motivos imperiosos de orden público y permite fundar en ello la adopción de la medida de expulsión de un residente de larga duración o la denegación de una autorización de residencia.
2. Las alegaciones del recurrente sobre su arraigo familiar no impiden la adecuación a Derecho de la resolución, porque ésta no acuerda su expulsión, sino que deniega su acceso a la regularidad, por lo que no afecta a su vida familiar. No se debate en este procedimiento, pero se adoptó en el año 2013 una orden de expulsión como consecuencia de aquellos hechos.

**TERCERO.** El marco normativo aplicable es el siguiente:

El art. 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, establecen para la entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que:

“1. Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si:

- a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o
  - b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o
- (...)

d) Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

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 Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o se reúnan con él en el Estado español, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) de dicho apartado 1.

3. A los efectos de la letra a) del apartado 1, el ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos:

- a) Si sufre una incapacidad temporal resultante de una enfermedad o accidente;
- b) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo;
- c) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses;
- d) Si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

4. No obstante lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 y en el apartado 2, únicamente el cónyuge o persona a la que se refiere el apartado b) del artículo 2 y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que cumple los requisitos de la letra c) del apartado 1 anterior.

(...)

7. En lo que se refiere a medios económicos suficientes, no podrá establecerse un importe fijo, sino que habrá de tenerse en cuenta la situación personal de los nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En cualquier caso, dicho importe no superará el nivel de recursos por debajo del cual se concede asistencia social a los españoles o el importe de la pensión mínima de Seguridad Social.”

El art. 8 del mismo RD prevé, por su parte, para la residencia superior a tres meses con tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, que:

“1. Los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el artículo 2 del presente Real Decreto, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un período superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una «tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión».

2. La solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España, ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde el interesado pretenda permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente. En todo caso, se entregará de forma inmediata un resguardo acreditativo de la presentación de la solicitud de la tarjeta, que será suficiente para acreditar su situación de estancia legal hasta la entrega de la tarjeta. La tenencia del resguardo no podrá constituir condición previa para el ejercicio de otros derechos o la realización de trámites administrativos, siempre que el beneficiario de los derechos pueda acreditar su situación por cualquier otro medio de prueba.

3. Junto con el impreso de solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, cumplimentado en el modelo oficial establecido al efecto, deberá presentarse la documentación siguiente:

- a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante. En el supuesto de que el documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación.

- b) Documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia del vínculo familiar, matrimonio o unión registrada que otorga derecho a la tarjeta.
  - c) Certificado de registro del familiar ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse.
  - d) Documentación acreditativa, en los supuestos en los que así se exija en el artículo 2 del presente Real Decreto, de que el solicitante de la tarjeta vive a cargo del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del que es familiar.
  - e) Tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné.
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 vigente la situación de residencia desde la fecha acreditada de entrada en España siendo familiar de ciudadano de la Unión.
5. La tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión tendrá una validez de cinco años a partir de la fecha de su expedición, o por el período previsto de residencia del ciudadano de la Unión o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, si dicho período fuera inferior a cinco años”.

Conforme a los apartados 1 y 5 del art. 15 del mismo RD 240/2007:

“Artículo 15. Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

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.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

(...)

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.”

**CUARTO.** La Administración basa su defensa de la resolución impugnada en las siguientes razones:

1. Peligrosidad actual, real y grave del recurrente por razón de la condena penal y sus circunstancias.

En los términos del art. 15.5.d), la decisión de denegar una autorización o decidir no renovarla, no podrá basarse únicamente en la existencia de condenas anteriores: es precisa una ponderación

sobre “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 recurrente fue condenada a una pena considerable, de prisión de 6 años y un día de prisión, inhabilitación de la misma extensión y multa de 2 millones de euros, el 14.11.2011 (firme el 23.1.2011) por un delito de tráfico de drogas con grave daño a la salud – tipo básico (art. 368 CP) cometido el 4.4.2006.

La defensa de la Administración razona que es causa de denegación del permiso no solamente el hecho de los antecedentes, sino la gravedad y la naturaleza del delito, que revela una peligrosidad actual, real y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad. Añade que los tribunales consideraron el delito lo bastante grave para adoptar la orden de expulsión y la anulación de la autorización de residencia de familiar de la UE.

En la vista del juicio, el Abogado del Estado añade que es causa de denegación del permiso no solamente el hecho de los antecedentes, sino la gravedad y la naturaleza del delito, que revela una peligrosidad actual y real, conforme a la ponderación a que obliga la jurisprudencia del TJUE. Invoca las SSTJUE de 3.5.2007, que entendió concurrente esa gravedad por la naturaleza del delito y por la extensión de la pena, superior a tres años, para considerar innecesaria la doble tipificación en su supuesto de hecho; y la de 22.5.2012, que acoge la relación del art. 83 del TFUE, en la que el delito de tráfico de drogas es uno de los que se considera de especial gravedad para apreciar la concurrencia de motivos imperiosos de orden público y fundar la adopción de la medida de expulsión de un residente de larga duración o la denegación de una autorización de residencia.

A la fecha de la resolución impugnada – como a la de la presente sentencia – los antecedentes no han prescrito; la pena es ciertamente elevada; no es posible apreciar cercanía de los hechos delictivos cometidos en abril de 2006: han transcurrido once años hasta la resolución.

La recurrente ha aportado en el expediente o con la demanda:

- Certificación de su matrimonio con \_\_\_\_\_, celebrado e inscrito el 28 de marzo de 2017;
- Volante de empadronamiento en Bilbao desde el 5.6.2017, procedente de Berango. Consta en la certificación también \_\_\_\_\_
- Certificación de la inscripción como pareja de hecho registrada desde el 17 de mayo de 2012;
- Comunicación a los Servicios Públicos de Empleo de la prórroga de nueve meses, fechada el 3 de julio de 2018, del contrato de trabajo inicial por tres;
- Certificado de vida laboral en el que constan 868 días trabajados, emitida el 14.11.2016;
- Los contratos a los que se refiere la anterior y diversas nóminas;
- Dos nóminas por importe neto de 1.197,07 euros.
- Resolución de 19.9.2017 que concede validez a la autorización de trabajo para penados extranjeros en régimen abierto o libertad condicional, por virtud del certificado de la DG de Instituciones Penitenciarias, de la misma fecha;
- Cuatro nóminas de su marido, por importe neto de 1073,39 euros

La constancia de la vida común de la unidad familiar, presumiblemente reanudada desde la libertad condicional de la recurrente en la sede citada de Bilbao, obliga a resolver a favor de la

recurrente la duda sobre el carácter actual, real y grave sobre su peligrosidad, que acredita, ya que no consta la comisión de nuevos hechos delictivos desde el que dio lugar a la condena de 14.11.2011, del año 2006. En los términos de la STSJPV 144/2007, de 2 de marzo, aportada por la representación letrada de la recurrente, "la consideración de la actividad antisocial de" – en este caso – la "solicitante, resultante de las condenas penales" puede ser valorada "a los efectos del art. 15.5.d) del RD 240/2007, pero lo han de ser siempre no solo en consideración al tipo de infracciones penales imputadas, la existencia de efectivas imputaciones, o en su caso condenas, sino asimismo el tiempo transcurrido, para valorar la efectiva amenaza grave e inmediata, lo que en el caso de autos con relación a la conducta penada y posterior actuación " de la "recurrente no se aprecia directa ni notoriamente como para fundamentar al amparo de la normativa invocada la denegación de la autorización solicitada, que, no podemos olvidar, atiende a una efectiva situación de arraigo familiar por matrimonio con" – en el caso de autos "ciudadana española".

En consecuencia, a la luz del marco normativo y jurisprudencial analizado, de los razonamientos expuestos por las partes y del conjunto de la prueba practicada, procede estimar el presente recurso.

**QUINTO.** Conforme al inciso final del artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, no procede imponer las costas causadas en el procedimiento a ninguna de las partes.

En consecuencia de todo lo expuesto, pronuncio el siguiente.

### **FALLO**

**ESTIMANDO** el presente recurso contencioso-administrativo, formulado por [redacted] contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de 13 de septiembre de 2017, que desestimó su recurso de alzada contra la resolución de 6 de julio de 2017, denegatoria de su solicitud de autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, declaro que la resolución impugnada es disconforme a Derecho y el derecho de la recurrente a la autorización que había solicitado.

Sin expresa imposición de costas.

**MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN:** mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 47590000850357/17, de un **depósito de 50 euros**, debiendo

indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

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

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