



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 34 de Madrid
c/ Princesa, 5 , Planta 3 - 28008
45029730

NIG: 28.079.00.3-2023/00 [REDACTED]

Procedimiento Abreviado [REDACTED] 2023

Demandante/s: D./Dña. [REDACTED]

LETRADO D./Dña. ANDRES PERILLE CASTRO

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

SENTENCIA Nº 329/2023

En Madrid, a veintisiete de noviembre de dos mil veintitrés.

Vistos por mí, doña Ángela López-Yuste Padial, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 34 de Madrid, los presentes autos de Procedimiento Abreviado núm. [REDACTED] 2023 en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por don [REDACTED] representado y bajo la dirección letrada don Andrés Perille Castro, contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 27 de abril de 2023, expediente administrativo nº 28022022000 [REDACTED] en materia de EXTRANJERÍA

Ha intervenido como parte demandada la Delegación del Gobierno en Madrid, bajo la dirección letrada de sus servicios jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se inició por demanda presentada por la persona antes indicada, debidamente representado por Letrado. En ella, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplica que se dicte sentencia anulatoria del acto administrativo impugnado.



SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado de la misma a la Administración demandada, convocando a las partes a una vista, que se celebró el 21 de noviembre de 2023 con la asistencia de las partes debidamente representadas. Abierto el acto, la parte recurrente se afirmó y ratificó íntegramente en el contenido de su demanda. La Administración demandada interesó la desestimación del recurso. Tras la práctica de las pruebas propuestas quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Se fija la cuantía del recurso en indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

Se interpone el presente recurso contencioso- administrativo contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de fecha 27 de abril de 2023, expediente administrativo nº 28022022000 [REDACTED] que desestima el recurso de reposición interpuesto por don [REDACTED] [REDACTED] contra la resolución, de fecha 12 de agosto de 2022, por la que se deniega su solicitud de tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE, toda vez que la documentación presentada por el solicitante no acredita la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos, existiendo, además, razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública contempladas en el art. 15 del R.D. 240/2007, y, naturalmente, esta última.

SEGUNDO.- Posición de las partes.

La parte recurrente solicita se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada por falta de motivación; afirma que es, desde hace años, pareja estable no registrada de la ciudadana de la Unión, y es progenitor de un menor de nacionalidad europea. Defiende que la mera tenencia de antecedentes penales no es causa automática de denegación, sino que la Administración debe justificar que la condena afecta al orden público o a la seguridad pública, extremo que no ha hecho. Por último, alega infracción del art. 20 del TFUE.

La Administración demandada se opuso a la demanda formulada de contrario por los motivos expuestos en la resolución administrativa impugnada.

TERCERO.- Normativa y jurisprudencia aplicable.

Con carácter previo, y como señala la doctrina del Tribunal Constitucional, con cita en STC 24/2000, entre otras, debe recordarse que *"(...) los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los tratados internacionales y la ley (artículos 13 y 19 de la C.E., SSTC 99/1985, de 30 de septiembre y 94/1993, de 22 de marzo); y Declaración de 1 de junio de 1992, relativa al tratado de la Unión Europea). Por tanto, es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones,...* Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros de su territorio."

En el caso de los ciudadanos comunitarios existe un régimen jurídico específico que nace del principio, y derecho, a la libertad de circulación y residencia que los ciudadanos comunitarios tienen respecto de los territorios de los estados que integran dicha Unión Europea y de que se hacen eco, actualmente y entre otros, los artículos 3.2 del Tratado de la Unión Europea, en la versión vigente desde el 1 de diciembre de 2009; 21.1, 45 y siguientes y concordantes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con idéntica vigencia; y 45 de la actual Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, regula el 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. Como consecuencia de la aprobación de la citada Directiva 2004/38/CE, se hizo necesario incorporar su contenido a nuestro ordenamiento jurídico, aprobándose el 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.

El Art. 1 del Real Decreto 240/2007, de 16 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, que incorpora a nuestro Ordenamiento Jurídico la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, establece que: *“1. El presente real decreto regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública”, disponiendo el art. 2.a) del mismo que “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 (...)”.*

El artículo 3.1 RD 240/2007 dispone que *“1. Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo”, y en el apartado 3º, que “Los titulares de los derechos a que se refieren los apartados anteriores que pretendan permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, según el procedimiento establecido en la presente norma.”*

El artículo 9.bis.1 del RD 240/2007 dispone que:

“1. Los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y los miembros de sus familias gozarán



del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 8 y 9 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas.”

Por su parte, el art. 10 del RD 240/2007 dispone que:

“1. Son titulares del derecho a residir con carácter permanente los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y los miembros de la familia que no sean nacionales de uno de dichos Estados, que hayan residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años. Este derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del presente real decreto.”

Ahora bien, el artículo 15 del RD 240/2007, bajo la rúbrica *“Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública”*, dispone 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:

(...)

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:

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.- Cuestión controvertida: sobre el alcance de los antecedentes penales.

Expuesta la normativa aplicable la resolución originaria, de la que trae causa la inmediatamente aquí recurrida, acuerda denegar al recurrente su solicitud de autorización de residencia permanente como familiar de ciudadano comunitario, conforme a lo dispuesto en el art. 15 del Real Decreto 240/2007 por motivos de orden público en virtud de un informe gubernativo desfavorable por constarle dos condenas penales.

El artículo 15 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, bajo la rúbrica “*Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública*”, dispone 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:

(...)

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:

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. ”.

La Sentencia del TSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 9ª, de 21 de julio de 2011 (rec. 88/2011) ha recordado al respecto que “(...) 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 en términos categóricos: «La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas».

El Art. 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, recoge con fidelidad ese contenido.

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 11-12-2003 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».

A este respecto cabe significar que la STJCE de 10 de julio de 2008 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...». 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».

Dicho esto, la Resolución originariamente impugnada se limita a citar que:

“-Condenado en sentencia firme de fecha [REDACTED] dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 8 de [REDACTED] por un delito de CONDUCCIÓN CON PERMISO NO VIGENTE POR PÉRDIDA TOTAL DE PUNTOS (ART. 384 CP).

- Condenado en sentencia firme de fecha [REDACTED] dictada por la Audiencia Provincial sección nº 2 de [REDACTED] por un delito CONTINUADO de ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS (ART. 238 CP), a la pena de 6 años de prisión, y por un delito de CONDUCCIÓN SIN PERMISO O RETIRADO CAUTELAR O DEFINITIVAMENTE (ART. 384 CP), a la pena de 5 meses de prisión.”

Pues bien, pese a la existencia de tales antecedentes penales, la Administración ha denegado la tarjeta de residencia temporal de familiar comunitario de forma automática y estereotipada, por el sólo hecho de existir esos antecedentes, sin aportar ninguna valoración concreta de la conducta personal del recurrente, ni en qué medida, su comportamiento personal, revelado a través de dichos antecedentes, constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público. No analiza de manera individualizada la conducta del recurrente, ni cuáles son esas circunstancias concretas que permiten inferir que supone una amenaza actual y grave, limitándose, de manera genérica, a citar la normativa de aplicación y jurisprudencia. Por tanto, existe una absoluta falta de motivación en cuanto a las razones de orden público que exige el art. 15 RD 240/2007. La mera incorporación de la hoja histórico penal, no puede ser causa automática de denegación. Tampoco la incorporación de un informe policial desfavorable, al que ni siquiera aluden las resoluciones recurridas, sencillamente, porque la Administración debe acreditar cuál ha sido el destino y desarrollo de esas diligencias policiales porque es a ella a quien incumbe la carga probatoria de dicho dato negativo, “(...) de forma que no puede considerar como un dato negativo, a falta de aquella actividad de la Administración, la existencia de tales antecedentes policiales.” (STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2015). Y, al respecto de cuál fue el resultado de esas diligencias policiales nada consta. Es más, ni siquiera se detallan esos antecedentes policiales.

Ahora bien, no es posible acceder al pronunciamiento de plena jurisdicción solicitado por el recurrente, esto es, que se le conceda la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE, al apreciarse exclusivamente un defecto formal, como es la falta de

motivación de la resolución impugnada, y ello porque, además, es a la Administración, y no en este recurso, a quien corresponde no sólo valorar la conducta personal del recurrente sino también el cumplimiento del resto de los requisitos por parte del interesado. Citar, en un supuesto similar, la sentencia nº 551/2022 del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 10ª, de 16 de junio de 2022 (rec. 63/2022).

QUINTO.- Estimación parcial.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo y anular los actos administrativos impugnados, acordando la retroacción del expediente a la fase de su incoación, a fin de que por la Administración se efectúe la valoración omitida, debiendo comprobar que el recurrente reúne todos los requisitos exigidos para la concesión de la tarjeta temporal de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, valorando la documentación aportada al efecto, e incluyendo, en su caso, la valoración de sus antecedentes policiales y penales, a los efectos de determinar si su conducta constituye una amenaza real, grave y actual para el orden público, y continúe con el procedimiento hasta el dictado de la resolución que proceda.

SEXTO.- Costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción dada la estimación parcial de la demanda cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los artículos anteriores y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

ESTIMAR parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don [REDACTED], representado y bajo la dirección letrada don Andrés Perille Castro, contra los actos administrativos identificados en el fundamento de derecho primero de esta resolución, que se ANULAN por no ser conformes a Derecho, dejándolos sin efecto,



ACORDANDO la retroacción del expediente administrativo a la fase de su incoación en los términos expuestos en el Fundamento de derecho Quinto de esta resolución, y continúe con el procedimiento hasta el dictado de la resolución que proceda, sin expresa condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de QUINCE DIAS a contar desde el siguiente a su notificación, advirtiéndole que deberá constituir depósito de 50 euros.

Expídanse por el Secretario Judicial las copias y testimonios precisos de esta resolución, y llévase el original de la misma al legajo especial de Sentencias que, de conformidad con el artículo 265 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en este Juzgado se custodia, dejando testimonio fiel de esta en los autos originales.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

LA MAGISTRADA – JUEZ

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

