



Roj: **STSJ BAL 1044/2015 - ECLI: ES:TSJBAL:2015:1044**

Id Cendoj: **07040330012015100718**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **17/12/2015**

Nº de Recurso: **282/2015**

Nº de Resolución: **735/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PABLO DELFONT MAZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD**

**PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00735/2015

**APELACIÓN**

**ROLLO SALA Nº 282 de 2015**

**AUTOS JUZGADO Nº 49 de 2013**

**SENTENCIA**

**Nº 735**

En la ciudad de Palma de Mallorca a **17 de diciembre** de dos mil quince.

**ILMOS. SRS.**

**PRESIDENTE**

**D. Gabriel Fiol Gomila.**

**MAGISTRADOS.**

**D. Pablo Delfont Maza**

**D<sup>a</sup>. Carmen Frigola Castellón.**

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y numero de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante, **D. José** , representado por la Procuradora Sra. Gaspar, y asistido por la Letrada Sra. palos; y como apelada, la **Administración General del Estado**, representado y asistido por su Abogado.

Constituye el objeto del recurso la desestimación presunta, a través de la ficción legal del silencio administrativo, del recurso de reposición presentado el 27 de diciembre de 2012 contra la resolución de la Jefa de Extranjería en Illes Balears, de 27 de noviembre de 2012, por la que se denegaba a la solicitud formulada el 26 de julio de 2012 por el ahora apelante, D. José , ciudadano senegalés, relativa a tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** La sentencia número 246 de 2014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca , en los autos seguidos por el procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, ha desestimado el recurso.

**SEGUNDO** .-Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante, siendo admitido en ambos efectos.

**TERCERO** .- no se ha interesado la práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

**CUARTO** .-Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día **17 de diciembre** de dos mil quince.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El NUM004 de 2002 nació en el Hospital de Son Llatzer Irene , hija del ahora apelante , D. José - ciudadano senegalés nacido el NUM000 de 1974-, y de D<sup>a</sup> Luisa , ciudadana española nacida el NUM001 de 1972, quienes formaban entonces el matrimonio contraído en Puigpyuent el 15 de diciembre de 2001.

El 13 de julio de 2012 el ahora apelante contrajo matrimonio en Marratxi con D<sup>a</sup> Rosaura , nacida en la Republica Dominicana el NUM002 de 1982 y con DNI NUM003 .

Y trece días después, en concreto el 26 de julio de 2012, el ahora apelante solicitó a la aquí apelada, Administración General del Estado, que le concediera una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

En el curso de la tramitación de esa solicitud se comprobó que el ahora apelante había sido condenado en 2003 por tráfico de drogas a pena de seis años de prisión -extinguida definitivamente el 25 de mayo de 2010- y que en 2007 fue condenado a diversas penas, ninguna de ellas de prisión, por la comisión de delito de violencia doméstica.

Así las cosas, la Jefa de Extranjería en Illes Balears, mediante resolución de 27 de noviembre de 2012, denegó a la solicitud formulada el 26 de julio de 2012, para lo que se señalaba, primero, que el artículo 15 del Real Decreto 240/2007 permite denegar la expedición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea cuando así se considere que lo impongan razones de orden público, seguridad pública o de salud pública; segundo, que D. José tenía prohibido salir de Palma de Mallorca con Irene y que también tenía pendientes juicios por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas; y, tercero, que lo anterior, sumado a las condenas por tráfico de drogas y por violencia doméstica, hacían pensar que D. José era "[...] una amenaza actual, bien para el normal ejercicio de los derechos fundamentales o bien para la ...convivencia social [...]"

El 27 de diciembre de 2012 se presentó recurso de reposición en el que se aducía, en resumen, que el ahora apelante había cumplido las condenas impuestas y no podía decirse que fuera una amenaza actual.

La Administración ya no resolvió expresamente ese recurso de reposición y, entendiéndolo desestimado y agotada de ese modo la vía administrativa, el 8 de marzo de 2013 se instaló la controversia en el Juzgado nº 3.

Pues bien, la sentencia aquí apelada considera que el ahora apelante no conviene a la tranquilidad pública ni a la seguridad ciudadana y asegura también que Irene "[...] no puede utilizarse como una causa que le exima [...]", de manera que, señalando que el caso es similar al examinado por la Sala en la sentencia nº 175/2013 , ha desestimado el recurso y ha confirmado así el acto presunto recurrido.

En el recurso de apelación se esgrime, en resumen, primero, que las condenas que ha sufrido el apelante no ponen de relieve que su conducta personal represente una amenaza actual para el orden público; segundo, que se da el caso de que se encuentra en España desde el año 2000, que Irene nació en 2002 y que entonces estaba el apelante debidamente documentado, con lo que no se comparte que la sentencia diga que esa paternidad se buscase para evitar la expulsión; y, tercero, que no se ha respetado debidamente lo dispuesto en el artículo 15.5.d) del Real Decreto 240/2007 .

**SEGUNDO.-** El caso examinado en la sentencia de la Sala nº 175/2013 -ROJ: STSJ BAL 183/2013 , ECLI: ES: TSJBAL: 2013:183- coincide con el que ahora examinamos en que ambos afectados habían sido condenados por la comisión de un delito de tráfico de drogas. Pero difieren en que mientras en el caso de la sentencia nº 175/2013 se trataba de un tráfico específicamente señalado como de "notoria importancia", con condena de nueve años de prisión, esa circunstancia no se da en el caso del ahora apelante.



La sentencia nº 175/2013 revocó la sentencia entonces apelada y, en definitiva, confirmó la decisión administrativa de denegación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea. Y para hacerlo así señalábamos precisamente que:

"[...] la Sala considera que una condena penal por un delito contra la salud pública en la que se ha apreciado cuantía de notoria importancia, tal y como explica la parte apelante, permite inferir la implicación del recurrente en unas relaciones criminales de narcotráfico de especial complejidad que revelan un potencial de peligrosidad que no puede ser ignorado en este momento"

Y remarcábamos que era justamente esa notoria importancia apreciada en el caso la que:

"[...] revela una especial peligrosidad de esta persona que sí constituye una amenaza real para la sociedad"

**TERCERO.**- El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, desarrolló 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 territorio de los Estados miembros, siendo su última modificación la operada por el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, que incorpora al derecho **español** el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva antes mencionada respecto a la "familia extensa", lo que se produce tras las SSTJUE de 5 de septiembre y 8 de noviembre de 2012, caso Rahman (c-83/11) y caso Lida (c-40/11), respectivamente, y después de que la noción de "familiar a cargo" haya ya sido asumida por la jurisprudencia, por ejemplo en las SSTS 8359/2011, 1883/2012 y 8826/2012.

Respecto a la facultad de la autoridad gubernativa de adoptar medidas limitativas de, derecho a entrar, circular y residir en España, el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, en lo que ahora interesa, 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:**

**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 sus familias, 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."**

La STS de 24 de mayo de 2007 -ROJ: STS 3514/2007, ECLI: ES: TS: 2007:3514) examina el caso de un condenado en 1995 a 25 años de prisión por la comisión en 1992 de un delito de tráfico de drogas, respecto



del que la Administración dispuso en 2002 su expulsión al amparo del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 . La sentencia anula la decisión de la Administración tomando en cuenta, en general, que residía en España desde 1998, que convivía con sus dos hijos en un inmueble de su propiedad y que estaba trabajando a satisfacción de la empresa empleadora. Y, específicamente, por lo que se refiere a la noción "razones de orden público", examina ese concepto jurídico indeterminado y, en concordancia con la jurisprudencia comunitaria, en síntesis, viene a señalar:

- 1.- Que es preciso que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.
- 2.- Que no basta con la mera existencia, esto es, por si sola, de condenas penales, y ello porque toda infracción de la ley supone una alteración del orden social.
- 3.- Que sí que basta cuando esas condenas penales evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público.
- 4.- Que no se entiende como comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público los posibles defectos de integración social de una persona o las menciones a su conflictividad indefinida.

.Por lo tanto, no cabe, pues, invocar como "razón de orden público" ni aquello que no tenga relación directa con el caso concreto ni tampoco razones de prevención general.

Además, hay que tener presente que en estos casos se da la derogación de un principio fundamental de trato al familiar del ciudadano de la UE, lo que exige ineludiblemente una interpretación restringida.

En la presente apelación no se ha solicitado la práctica de prueba. Pero con el recurso de apelación, formulado el 8 de julio de 2014, se ha aportado diversa documentación referente a fijar la situación social del apelante hasta ese mismo momento. El Abogado del Estado, al oponerse a la apelación, sin embargo, ni ha hecho mención a esa documentación ni tampoco se ha opuesto a su aportación.

Pues bien, el apelante que, como ya hemos dicho, llegó a España en 2000, se casó en España en 2001, tuvo una hija en España en 2002 y se volvió a casar en España con ciudadana española en 2012, ahora dispone del carné de donante de órganos y, en concreto desde febrero de 2014, colaboraba también con la Fundación Deixailles en el programa de voluntariado "[...] de manera excelente, mostrando un comportamiento solidario y comprometido [...]". Hasta junio de 2014 percibió prestación no contributiva y dispone también de "libreta vista" en la entidad la Caixa.

Por lo tanto, no pudiendo ser determinantes para la denegación de la tarjeta solicitada por el ahora apelante ni las dos condenas penales por si solas ni la mera duda que presente su integración social o una hipotética conflictividad que no se ha definido, tenemos que concluir, pues, que la Administración, al denegarla, no ha adoptado la decisión que correspondía para resolver la solicitud del ahora apelante a la vista de los datos de que se disponían, como tampoco ha cumplido su deber la misma Administración al dejar de resolver expresamente el recurso de reposición formulado contra esa denegación.

Llegados a este punto, cumple la estimación de la apelación.

**CUARTO.-** Conforme a lo previsto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 , no procede imponer las costas causadas en la presente apelación. Y como quiera que ni en la demanda se solicitara la imposición de costas ni tampoco el caso es ajeno a toda duda, consideramos que es preciso así eludir la aplicación regla general del vencimiento en cuanto a las costas causadas en la primera instancia.

En atención a lo expuesto.

## FALLAMOS

**PRIMERO** .- Estimamos el recurso de apelación presentado contra la sentencia número 246 de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 y la revocamos.

**SEGUNDO** .- Estimamos el recurso contencioso-administrativo.

**TERCERO** .- Declaramos no ser conformes a derecho el acto presunto recurrido y la denegación de la solicitud formulada el 26 de julio de 2012 por el ahora apelante, D. José .

**CUARTO** .- Declaramos el derecho de D. José a que la Administración le conceda la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada el 26 de julio de 2012.

**QUINTO** .- Sin costas.



Contra esta resolución no cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** -Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Letrado Admón. Justicia, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ