



Roj: **STSJ ICAN 25/2016 - ECLI: ES:TSJICAN:2016:25**

Id Cendoj: **38038330012016100005**

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

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2016**

Nº de Recurso: **135/2015**

Nº de Resolución: **10/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MANUEL HERNANDEZ CORDOBES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 385

Fax.: 922 479 424

Procedimiento: Recurso de apelación

Nº Procedimiento: 0000135/2015

NIG: 3803845320140001801

Materia: Extranjería

Resolución: Sentencia 000010/2016

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000418/2014-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante Pascual

Demandado SUBDELEGACIÓN DE GOBIERNO

SENTENCIA

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. Pedro Hernández Cordobés (Ponente)

ILMO. SRES. MAGISTRADOS

Dª María Pilar Alonso Sotorrío

Dª Adriana Fabiola Martín Cáceres

En Santa Cruz de Tenerife, a 15 de enero de 2016.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife, Sección Primera, integrada por los Sres. Magistrados al margen anotados, ha visto el presente recurso de apelación número 135/2015, procedente del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, que ha tenido como objeto la sentencia dictada el 3 de junio de 2015 en



el procedimiento abreviado 418/2014, sobre resolución de la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife, de 25 de noviembre de 2014, denegando la tarjeta de residencia de **familiar** de ciudadano de la Unión; en el que intervienen como parte apelante D. Pascual , dirigido por la Letrada Sra. Jáquez Rosario, y como parte apelada la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife, representada y dirigida por la Sra. Abogada del Estado, y;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo anteriormente referido, dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

«1. Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, al ser el acto administrativo recurrido conforme a Derecho.

2. Imponer las costas procesales a la parte actora. »

SEGUNDO.- Por la representación de la parte recurrente, antes mencionada, se interpuso recurso de apelación, solicitando previos los trámites legales pertinentes, se resuelva por la Sala dictar sentencia revocando la de primera instancia, disponiendo en su lugar la estimación del recurso, concediendo el permiso de residencia solicitado con imposición de costas.

La Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife formuló escrito de oposición solicitando la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia, con expresa imposición de costas.

TERCERO.- Seguido el recurso por todos sus trámites se elevaron las actuaciones a esta Sala, formándose el correspondiente rollo con señalamiento de votación y fallo para el día 12/02/2016, acto que finalmente tuvo lugar en la reunión del tribunal del día 15/01/2016, con el resultado que seguidamente se expone habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON Pedro Hernández Cordobés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- El recurrente en apelación solicitó el 26/11/2013 la tarjeta de residencia de **familiar** de ciudadano de la UE, al tener en ese momento su esposa con la que convive, de origen Boliviano, la nacionalidad española, matrimonio celebrado el 28/01/2011.

Consta documentado en el expediente tramitado que fue condenado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia dictada el 30/06/2009 , declarada firme en la misma fecha, por un delito de agresiones sexuales, artículo 178 del Código Penal , en grado de tentativa, cometido el 13/12/2008, a la pena -por lo que ahora interesa destacar- de 4 años y 6 meses de prisión, y por un delito consumado de robo con violencia o intimidación del artículo 242 del CP , cometido en la misma fecha, a la pena privativa de libertad de 2 años de prisión.

Sin otros trámites se dictó resolución denegatoria por el Jefe de la Oficina de Extranjeros en Santa Cruz de Tenerife el 26/11/2013, invocando el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , en cuanto establece que por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá acordar la denegación de la expedición o renovación de las tarjetas.

El recurrente formuló en su contra recurso de alzada, desestimado por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Santa Cruz de Tenerife.

2.- La sentencia desestima el recurso, considerando en el apartado 4º del fundamento de derecho cuarto:

"A pesar de la vinculación **familiar** con su esposa, nacionalizada española el 17-05-13, y el hijo de ambos nacido previamente en Santa Cruz de Tenerife, mientras ambos padres sólo tenían nacionalidad boliviana, la conducta del demandante en España ha atacado a bienes jurídicos tutelados por el Código Penal: la libertad sexual, integridad física y patrimonio, prevaleciendo de la superioridad física hacia la víctima, que muestran una especial peligrosidad.

El detalle de hechos de la condena por la Audiencia Provincial muestra la peligrosidad, siendo suficientemente expresivos los hechos relatados. Se considera que la resolución administrativa recurrida motiva suficientemente la denegación de la tarjeta solicitada, y que es conforme a Derecho."

3.- La autorización se deniega con fundamento en el artículo 15.1 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , que dispone:



« 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.»

A tenor de este precepto, sólo podrá denegarse la expedición o renovación de las tarjetas de residencia cuando lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Y como ha precisado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las razones de orden público o de seguridad pública que pueden justificar la denegación de la expedición de una tarjeta de residencia, deben basarse exclusivamente en la conducta personal del solicitante, valorando que constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de antecedentes penales constituya, por sí sola, razón para adoptarla.

La decisión administrativa denegatoria debe realizar, por tanto, con fundamento en una valoración caso por caso, que ponga de manifiesto que la conducta de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y grave para el orden público o la seguridad pública.

Ninguna valoración sobre la condena penal puesta en relación con la conducta del recurrente se realizó en el expediente administrativo, sobre la persistencia del peligro que para estos valores puede surgir por la comisión del delito en el año 2008, ni menos aún sobre la posibilidad de su mantenimiento, sin que la afirmación contenida en la sentencia sobre la conducta del recurrente pueda sustituir aquella valoración de la que hablamos. Pues una cosa es que la resolución se limite a la cita del precepto pero conste en el expediente informe sobre estos extremos, o que por la naturaleza de los hechos por los que fue condenado y la proximidad de la condena al momento de la resolución administrativa puede evidenciarse que supone una amenaza real, actual y grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad. Y otra diferente es que sea la sentencia la que pretenda subsanar la falta de valoración con una estimación propia que adolece, por lo dicho, de sustento probatorio.

Debe ponderarse además que el recurrente está casado con ciudadana en la actualidad de nacionalidad española.

4.- Es pertinente la cita y reproducción de lo dicho por la Sala y Sección en el recurso de apelación 137/2014, sentencia de 10 de abril de 2015 :

« TERCERO: El Art. 15 del RD 240/2007 , establece que "Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes:...b) Denegar la expedición o renovación de las tarjetas de residencia."

Este motivo debe ponerse en relación con la interpretación que se ha realizado del mismo y de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo del Consejo, cuyo Art. 27 se refiere a la limitación que pueden ejercer los Estados para la libertad de circulación y residencia por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública, pero las medidas que se adopten deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse en la conducta personal del interesado, que debe constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte un interés de la sociedad.

Por tanto, es necesario examinar la trascendencia de la condena penal en este caso, al objeto de la denegación de tarjeta, teniendo en cuenta los antecedentes de su residencia en España y su matrimonio con española, el hecho de que exista una condena por delito contra la salud pública es un dato evidentemente negativo y ha de ser examinado a la luz de la norma antes citada, que exige la existencia de "condenas penales" que requiere



valorar las razones de orden público, o seguridad pública. Se trata de un hecho ocurrido en 2006, según los datos aportados.

El Art. 15 establece en su punto 5 que: "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.

Así pues, es preciso valorar si el interesado constituye una amenaza real, actual y suficiente. Se ha acreditado la fecha de comisión del delito y de condena, con sentencia firme, en noviembre de mayo del 2011, con suspensión por condena condicional de igual fecha, por lo que no cabe la cancelación de antecedentes por ahora.

Es preciso tener en cuenta que 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».

Para apoyar en razones de orden público o seguridad pública el rechazo de la solicitud del interesado es preciso que la Delegación del Gobierno motive la concurrencia del resto de los requisitos ya mencionados, esto es, que aparte de la perturbación social que constituye cualquier infracción penal, la conducta del solicitante representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad.

En el presente caso solo existe una condena penal y tal como se señala en el 15.5 d) no es suficiente para su denegación, por cuanto su existencia no determina automáticamente la denegación de la tarjeta, sino que exige la existencia de varias condenas, y en el presente caso solo ha sido condenado una vez, por hechos antiguos, mostrando conformidad y siendo suspendida la condena.

Por otra parte esta Sala en sentencia de 29/1/2014, recurso 18/2013 , ya manifestó que "para interpretar que es lo que se entiende por orden público, resulta clarificador a la sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sec. 4, de 17 de julio de 2009, dictada en el recurso 917/2009 , " establecido que no debe ser objeto de análisis o valoración la simple existencia de antecedentes penales, sino en todo caso, el riesgo que el interesado comporte o pueda comportar para el orden público, y no habiéndose acreditado este supuesto en el caso presente, pues nada dice la resolución administrativa, ni nada se ha probado en este recurso por la Abogacía del Estado más que alegaciones genéricas sobre el evidente perjuicio que el tráfico de drogas supone, quedando justificado además que el recurrente tiene domicilio en España y está casada con un ciudadano **comunitario** residente, -nacional española- por lo que no existe motivo para denegar la tarjeta comunitaria solicitada, lo que nos debe llevar a la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado a quo, aunque no en base a los mismos fundamentos sino a los contenidos en la presente. »

5.- En cuanto a las costas causadas en ambas instancias, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , no procede especial imposición a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados por las parte y los que son de general aplicación;

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR el recurso interpuesto en nombre de D. Pascual , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, el 3 de junio de 2015 en el procedimiento abreviado 418/2014, que revocamos, disponiendo en su lugar la estimación del recurso contencioso- administrativo, reconociendo su derecho a obtener la tarjeta solicitada. Sin expresa imposición de las costas procesales a ninguna de las partes en ambas instancias.



Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. No cabe recurso.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ