



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede en Sevilla)

Sentencia 575/2016, de 3 de junio de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)

Rec. n.º 141/2015

SUMARIO:

Extranjería. Tarjeta de residencia. Vulneración de principio de protección de la familia. Se deniega la tarjeta de solicitada por la existencia de una condena penal y la orden de expulsión al considerarse una amenaza real, actual y suficientemente grave. Deniega la entrega de la tarjeta de residencia fundamentalmente por la existencia de una orden de expulsión y prohibición de entrada en vigor dictada al amparo del artículo 57.2 de la Ley de extranjería, olvidando que una tal orden de expulsión y prohibición de entrada no puede desplegar sus efectos cuando se accede a un nuevo estatuto adquirido por matrimonio con ciudadano de la Unión. No se trata de una regulación en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, sino en el ámbito de la ciudadanía de la Unión. Y, desde luego, una medida extraordinaria como ésta, como resulta del texto transcrito, no puede fundarse en la mera existencia de una condena penal ni en razones de prevención general.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 4/2000 (Extranjería), art. 57.2.

RD 240/2007 (entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE), art. 15.

Directiva 2004/38/CE (Derecho de los ciudadanos y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros), art. 28.3.

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 20 y 83.1.

PONENTE:

Don Guillermo Sanchís Fernández-Mensaqué.

Magistrados:

Don EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Don GUILLERMO SANCHIS FERNANDEZ-MENSAQUE

Don HERIBERTO ASECIO CANTISAN

Don JAVIER RODRIGUEZ MORAL

Don JOSE ANGEL VAZQUEZ GARCIA

S E N T E N C I A

ILMOS. SRES.

D. Heriberto Asencio Cantisán

D. Guillermo Sanchis Fdez Mensaque

D. José Ángel Vázquez García



www.civil-mercantil.com

D. Eduardo Hinojosa Martínez
D. Javier Rodríguez Moral

En Sevilla, a tres de junio de dos mil dieciséis.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formada por los magistrados que al margen se expresan, ha visto en el nombre del Rey el recurso de apelación registrado con el número de rollo 141/2015 dimanante de recurso contencioso administrativo número 156/2014, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cinco de los de Córdoba, en virtud de recurso de apelación formulado por la demandante en aquellos autos, doña Coro ; siendo apelada la demandada, La Administración General del Estado. Ha sido ponente Guillermo Sanchis Fdez Mensaque.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso contencioso administrativo que se dice en el encabezamiento, con fecha 17 de de 2014, se dictó sentencia por la que se desestima recurso contencioso-administrativo interpuesto por la apelante contra resolución de la Subdelegación de Gobierno en Córdoba de 18 de febrero de 2014, por el que se desestima recurso de alzada contra anterior resolución por la que denegaba la solicitud de tarjeta de residente en régimen comunitario.

Segundo.

Notificada que fue dicha resolución, por la parte que se dice en el encabezamiento se interpuso recurso de apelación, de cuyo escrito se dio traslado a las demás partes para su impugnación, con el resultado que consta en las actuaciones, tras lo que se acordó remitirlas.

Tercero.

Remitidas las actuaciones, se mandó formar el rollo, quedando el asunto pendiente de señalamiento. La votación y fallo tuvo lugar el día señalado, habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.

Por la apelante, se interpuso recurso contencioso administrativo contra acuerdo del Subdelegado de Gobierno en Córdoba por el que se desestima recurso de alzada contra anterior resolución por la que se deniega solicitud de tarjeta de residente en régimen comunitario.

La resolución denegatoria destaca la existencia de una previa condena por delito de tráfico de drogas en 2006 y una previa orden de expulsión dictada el 17 de diciembre de 2006, precisamente por razón de dicha condena y al amparo del artículo 57.2 de la Ley de Extranjería . A la vista de ello, particularmente la orden de expulsión y la existencia de un informe



www.civil-mercantil.com

gubernativo desfavorable, deniega la tarjeta solicitada. El informe desfavorable se funda en la existencia de la condena y la orden de expulsión y en el hecho de que su cónyuge fue condenado en el mismo procedimiento y es reincidente en el mismo delito.

La resolución recurrida tiene el siguiente fundamento segundo: Considerando los motivos alegados, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida que fue adoptada tras la valoración del informe gubernativo desfavorable emitido sobre la base de la resolución administrativa de expulsión de la resolución administrativa de expulsión en estado de ejecutado en aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 al haber sido condenado por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, constando antecedente penales en vigor según Registro Central de Penados y en el que se recoge condena de tres años y diez meses de prisión por un delito contra la salud pública, lo que constituye razón de seguridad pública para la adopción de la medida de denegación conforme a lo establecido en el artículo 15.1 b) del Real Decreto 240/2007 , y sin que dicho motivo haya sido desvirtuado en el recurso por cuanto queda constatado que el extranjero supone una amenaza realy actual dada la actual vigencia de la prohibición de entrada al tratarse de una expulsión ejecutada hasta el 24/02/2019 así como suficientemente grave por la naturaleza del delito, todo lo cual afecta al interés fundamental de la sociedad.

La sentencia recurrida, tras un examen estimable y concienzudo de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la directiva 2004/38, entiende que, tratándose de un delito de especial gravedad, mencionado en el artículo 83.1 párrafo segundo del TFUE , conforme a la doctrina fijada por el TJ en sentencia de 22 de mayo de 2012 , los estados pueden considerarlo un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad y que, por ello, cabe incluirlo en el concepto motivo imperioso de seguridad pública a efectos del artículo 28.3 de la Directiva 2004/38 . De acuerdo con ello, entiende que, en este caso concreto, la Administración ha valorado que sí existe una amenaza actual y grave para el orden y la seguridad pública dada la gravedad del delito. Destaca igualmente que, tras cumplir pena en febrero de 2009, fue expulsada de España hasta el 19 de octubre de 2013, durante cuyo plazo la Administración no pudo conocer datos por lo que no puede decirse que la amenaza no sea actual. A lo que añade que no es desdeñable el hecho mencionado en el informe de que el marido de la actora, en cuya virtud se solicita la tarjeta de residente, fue condenado en la misma causa y, con posterioridad ha sido condenado de nuevo. Y también tiene en cuenta que la actora hizo caso omiso de la prohibición de entrada sin haber solicitado, como exige el artículo 15.2 del RD 240/2007 , el levantamiento de la prohibición. Todo ello, le lleva a considerar ajustada la denegación de la tarjeta conforme al artículo 15.1 b).

Sostiene la apelante en su recurso que: 1º) Defecto de motivación de la sentencia, ya que, frente a lo que dice, la ejecución de la orden de expulsión contravino lo dispuesto en el artículo 15.4 del RD 240/2007 al no haberse comprobado el cambio de circunstancia pese a realizarse más de dos años después de su adopción; 2º) Tampoco se pronuncia sobre la falta de valoración de las circunstancias personales de la solicitante ni las razones por las que se considera una amenaza real, actual y suficientemente grave; 3º) falta de proporcionalidad; 4º) vulneración de principio de protección de la familia.

Segundo.

Con carácter previo, es necesario precisar la regulación aplicable.

Desde el RD 766/1992, la estancia y permanencia de los familiares de ciudadanos de la Unión, incluidos españoles, aunque estos no hayan ejercitado su derecho de libre



www.civil-mercantil.com

circulación, se ha regulado de modo común, lo que, en principio, no era contrario a la normativa de la Unión. Fue en el Real Decreto 240/2007, donde, puesto que se trataba de la transposición de la Directiva 2004/38, se distingue entre familiares de ciudadanos de la Unión que se trasladen a España y familiares de españoles que no han ejercitado su derecho de libre circulación, para los que se regula una situación dentro del marco de la Ley de Extranjería.

Sin embargo, impugnado dicho Real Decreto, por sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 5ª, de 1 de junio de 2010, dictada en recurso 114/2007, se anula en el artículo 2 la referencia a "otro estado miembro" y la regulación que establece para los familiares de españoles, de modo que volvemos a la situación anterior en el sentido de establecer una regulación común para los familiares de españoles, aunque no se muevan, y los de otros estados miembros. Todo lo cual se hace con fundamento en la directiva 2004/38.

Ciertamente, con posterioridad, en sentencias de 8 de marzo de 2011 (asunto C-34-2009) y 5 de mayo de 2011 (asunto C-434/2009), el TJ ha entendido que la directiva 2004/38 no es aplicable a los ciudadanos que nunca han ejercitado su derecho de libre circulación ni, por tanto, a sus familiares, sin perjuicio de que la situación de estos quede afectada, aunque sea con carácter instrumental, por el artículo 20 del TFUE. En definitiva, en la medida que sea necesario para que los ciudadanos que no ejercitan su derecho de libre circulación disfruten de su derecho a residir, tendrá que reconocerse el derecho a residir de los familiares.

Sin embargo, lo cierto es que, tras la sentencia del Tribunal Supremo aludida, puesto que Reglamentos posteriores no han alterado la situación normativa, la única regulación que tenemos es la del Real Decreto o, directamente, la Constitución española y el artículo 20 del TFUE, que va más allá que el propio RD en la medida en que, por ejemplo, exige el reconocimiento del derecho a residir de familiares no incluidos en dicho Real Decreto, como es el caso del progenitor que cuida al ciudadano de la Unión (es el caso de la primera de las sentencias citadas del TJ).

Por tanto, con los matices dichos, partiremos de la regulación contenida en el Real Decreto 240/2007, Constitución española y artículo 20 del TFUE. Y, en ese sentido, en la medida en la que la regulación española hace coincidir el estatuto, puede ser ilustrativa la doctrina del TJ en torno a la directiva 2004/38, aunque, según el propio TJ, no se aplica a ciudadanos de la Unión que permanecen en el país del que tienen la nacionalidad. Esa aplicación de la jurisprudencia del TJ en torno a la directiva 2004/38 y a las excepciones por razón de orden público la defiende, por ejemplo, el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, en sus conclusiones, en el asunto C-165/2014.

Tercero.

Despejado esto, habrá que partir del texto del artículo 15 del Real Decreto, donde se regula la denegación o retirada de la tarjeta de residente al familiar como una medida extraordinaria especialmente grave, por lo que dispone el artículo 15. 5 d) que medidas como la que aquí nos ocupa por razones de orden público 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.

Nada de esto aparece en la resolución denegatoria, donde, sin precisión en cuanto al estatuto aplicable, deniega la entrega de la tarjeta fundamentalmente por la existencia de una orden de expulsión y prohibición de entrada en vigor dictada al amparo del artículo 57.2 de la Ley de extranjería, olvidando que una tal orden de expulsión y prohibición de entrada no puede



www.civil-mercantil.com

desplegar sus efectos cuando se accede a un nuevo estatuto: el que corresponde a un derecho de residencia que, aun con carácter instrumental, deriva del artículo 20 del TFUE . No se trata de una regulación en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, sino en el ámbito de la ciudadanía de la Unión.

Y, desde luego, una medida extraordinaria como ésta, como resulta del texto transcrito, no puede fundarse en la mera existencia de una condena penal ni en razones de prevención general. Y si acudimos a criterios jurisprudenciales del TJ en torno a la directiva 2004/38, hemos de recordar que estas medidas extraordinarias deben basarse en un examen individual de cada caso.

Estamos de acuerdo en que ciertos delitos son especialmente graves y relevantes desde el punto de vista de los intereses generales, como los que se mencionan en el artículo 83.1 del TFUE ; pero no es cierto que, de la doctrina del TJ se desprenda que, por sí solo, puede servir de fundamento a una medida restrictivas de las previstas por la Directiva 2004/38. Así, por ejemplo, en sentencia del TJ de 23 de noviembre de 2010 (asunto C-145/2009), sólo considera incluido en el concepto "motivos graves de orden público o de seguridad pública" al cometido mediante banda organizada. Lo que no consta que sea nuestro caso.

En cuanto al informe, no se incorpora a la resolución, como exige el artículo 89.5 de la Ley 30/1992 para servir de motivación. Por lo demás, en el informe no se menciona nada distinto de la condena y de la orden de expulsión, salvo una referencia a la reincidencia del cónyuge. Dato éste que la sentencia apelada considera especialmente relevante; pero no sabemos en qué sentido lo es para la Administración apelada, ya que nada dice al respecto en la resolución, que es donde deben expresarse las razones, sin que corresponda al Juez Administrativo, en vía de revisión judicial, apreciar esas razones. En todo caso la reincidencia se refiere al cónyuge y no al familiar, cuya conducta personal es la que hay que valorar. Y si se entiende que esto puede ser indicio de banda organizada, que se diga y se lleve al Juez Penal.

En definitiva, lo que revela la escueta motivación es la ausencia de examen individualizado y de una valoración, basada en la conducta personal, del peligro actual que representa la solicitante. Y pone de manifiesto los errores en cuanto a la norma aplicable. Lo que justifica cumplidamente la estimación del recurso de apelación y la anulación del acuerdo impugnado en cuanto aplica una medida extraordinaria sin apoyarla justificadamente en las razones establecidas por la norma.

En cuanto a la existencia de una prohibición de entrada en vigor, que la sentencia destaca, hemos de insistir en que una medida adoptada conforme a la Ley de Extranjería no puede desplegar efectos en el ámbito del nuevo estatuto al que accede el ciudadano de país tercero por matrimonio con ciudadano de la Unión.

En consecuencia, no podemos compartir el razonamiento de la sentencia apelada, extraído del artículo 15.2 del RD 240/2007 , en el sentido de que si allí se habla de levantar una prohibición de entrada es porque tal prohibición una vez adoptada sigue desplegando efecto.

Y es que allí de lo que se trata es de una prohibición de entrada adoptada conforme al mismo artículo 15 como medida extraordinaria frente al ciudadano comunitario o familiar de comunitario por las razones que allí se expresan.

Cuarto.

Estimándose el recurso, conforme al artículo 139 de la LJ , no procede hacer expresa imposición de las costas de la apelación; y, en cuanto a las de primera instancia, siendo dudosa la cuestión, como lo ponen de manifiesto los anteriores razonamientos, no procede hacer expresa imposición de ellas.



www.civil-mercantil.com

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación formulado por doña Coro contra la sentencia que se dice en el antecedente primero de esta sentencia, debemos revocar y revocamos dicha sentencia; y, en consecuencia, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Coro contra las resoluciones que igualmente se dicen en el antecedente primero, debemos anularlas y las anulamos, declarando el derecho de la actora a obtener la tarjeta solicitada y condenando a la apelada a estar y pasar por esta declaración y a que entregue a la recurrente la tarjeta solicitada; todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación e imponiendo a la allí demandada, las de primera instancia.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado con testimonio de esta sentencia para su ejecución y cumplimiento.

Quede el original de esta sentencia en el legajo correspondiente y únase testimonio íntegro a los autos de su razón.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.