



Roj: **STSJ BAL 5/2017 - ECLI: ES:TSJBAL:2017:5**

Id Cendoj: **07040330012017100005**

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

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **11/01/2017**

Nº de Recurso: **378/2016**

Nº de Resolución: **7/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **FERNANDO SOCIAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00007/2017

APELACIÓN Rollo Sala

Nº **378/2016**

Autos Juzgado

PA Nº 120/2015

SENTENCIA

Nº 7

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 11 de Enero de 2017.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D^a Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte demandante apelante D. **Carlos María** representado por la Procuradora D^a Concepción Zaforteza Guasp y asistido del Letrado D. César Fernández Laurie; y como Administración demandada apelada la General del **ESTADO**, representada por el Abogado del Estado.

Constituye el objeto del recurso la resolución de la Delegación del Gobierno de las Islas Baleares, de fecha 09/03/2015 desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada en fecha 2/07/2014, rectificada el día 03/10/2014, y que acordaba la denegación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea interesada por el Sr. Carlos María .

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. La sentencia N° 124, de fecha 5 de abril de 2016 dictada por la Sra. Magistrado- Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Palma, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"Acuerdo DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Carlos María , contra resolución de la Delegación del Gobierno de las Islas Baleares, de fecha 09/03/2015 desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada en fecha 2/07/2014, rectificada el día 03/10/2014, que acordaba la denegación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, y en consecuencia debe confirmarse el acto administrativo al ser conforme a derecho.

Sin costas"

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo, el día 27 de diciembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento de la cuestión litigiosa.

A) LOS HECHOS.

1º) En fecha 28 de mayo de 2014, el aquí recurrente Sr Carlos María , ciudadano ecuatoriano, solicitó la expedición de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, al haber contraído matrimonio con la ciudadana española D^a Eloisa .

2º) En resolución del Jefe de la Oficina de **Extranjería**, de fecha 23 de julio de 2014 se dictó resolución denegatoria de la tarjeta solicitada al apreciar que, de conformidad con el art. 15.1,b) del RD 240/2007, de 15 de febrero, dicha denegación viene impuesta por razones de orden público o seguridad pública, en relación a la comisión de delitos condenados en las siguientes sentencias:

1.- Sentencia de 16/4/2008, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de los de esta ciudad, por un robo con violencia o intimidación de fecha 12/1/2008, siéndole impuesta una pena de prisión de 2 años y 2 meses que quedó suspendida por un plazo de cinco años y a la pena de 5 años de prohibición de aproximación a la víctima más otros cinco meses

2.- Sentencia de 17/9/2008, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 7 de esta ciudad, por un delito de amenazas con una pena de 6 meses de prisión y 2 de prohibición de aproximación y comunicación a la víctima, hechos que acontecieron el 2/9/2007.

3.- Sentencia por un delito de conducción sin permiso cometido el 18/7/2009, dictada el 25/8/2009 por el Juzgado de instrucción nº 12 de los de esta ciudad, DU 99/2009, con una condena de días multa por 8 meses a razón de 5 €/día y 30 días en beneficio de la comunidad.

4.- Sentencia de fecha 9/6/2010, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de Palma de Mallorca, en relación a unos hechos cometidos el 13/11/2007 por una conducta tipificada como delito de receptación y conductas afines. En esta ocasión la pena fue de prisión de 6 meses.

5.- Sentencia por un delito continuado de Hurto, cometido el 20/11/2009, dictada el 20/04/2012 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Palma de Mallorca, PA 506/2011, siéndole impuesta una pena de prisión de 10 meses, y a la pena de 10 meses de Inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo.

3º) Interpuesto recurso de alzada y desestimado el mismo, se interpuso recurso contencioso-administrativo interesando que se revocase el acto administrativo y se le concediese el permiso indicado.

B) LA SENTENCIA.

La sentencia apelada desestima el recurso y deniega el derecho a la obtención de la referida tarjeta al apreciar que concurren las circunstancias que el artículo 15-b del RD 240/2007 señala para que pueda aplicarse medida denegatoria por razones de orden público, esto es la apreciación o valoración de la conducta del actor como constitutiva de una amenaza real que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

Se argumenta en la sentencia que el arraigo familiar que se invoca (esposo de española y padre de dos menores españolas que de él dependen) " *contrasta vivamente con el hecho de que no acredite la convivencia y vínculo afectivo con las dos menores, es más de los certificados patronales aportados se desprende precisamente*



la falta de convivencia derivada del cumplimiento de sus responsabilidades penales) ni que su sostenimiento económico dependa de él, o el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad que ostenta".

Se argumenta asimismo que " *Conforma la hoja histórico penal del recurrente un total de cinco antecedentes penales en un período de algo más de cuatro años, algunos de ellos recaídos y cumplidos cuando el recurrente ya había formado esa familia cuyo interés primordial solicita proteger. Valoradas en conjunto la reiteración delictiva acreditada, la consciente contradicción con los valores sobre los que fundamenta su solicitud; los tipos penales objeto de condena y, a mayor abundamiento, la evidenciada falta de voluntad de respeto por las normas de convivencia y orden en la sociedad de acogida, la ausencia de respeto a la ley y a los derechos de los demás en los que nuestra Constitución fundamenta el orden político y la paz social, evidencian esa amenaza actual, real y grave exigida para fundamentar la resolución combatida. Todo ello no ha sido contradicho por la documental aportada en el acto de la vista, de fecha posterior al acto recurrido y que en cualquier caso no contradice lo fundamentado de contrario*"

C) LA APELACIÓN.

Se impugna la sentencia argumentando que sin negar la pretérita actividad delictiva, en la actualidad no constituye una amenaza real y grave para la sociedad, habiendo contraído matrimonio con ciudadana española y estando al cargo de dos menores de edad también de nacionalidad española, con las que convive. Se invoca que ya se ha reinsertado y que la sentencia no ha valorado la documentación acreditativa de dicho extremo.

SEGUNDO. La denegación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión por razones de orden público, seguridad y salud pública.

El artículo 15.1,b) del RD 240/2007 prevé que cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá denegar la expedición de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

Y luego en el apartado 5º precisa que

"5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se tendrá 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".

Pues bien, la afirmación normativa respecto a que las condenas penales anteriores no constituyen por sí solas, razones para adoptar la medida de denegación de la tarjeta, obliga a la valoración en conjunto de las circunstancias personales, familiares, sociales y económicas del interesado.

Y es en esta valoración en la que discrepamos de la efectuada por la Administración y ratificada por la sentencia apelada.

La Administración fundamenta su decisión en lo indicado en el Auto Nº 149/2014, de 30 de mayo, dictado por el Juzgado de lo C.A. Nº 2 de Palma, que se transcribe en parte. Pero dicho auto fue revocado por sentencia Nº 588/2014 de esta Sala, con lo que dicho fundamento pierde apoyo.

Por otra parte, el punto 15.5 del RD 240/2007, en sus apartados b) y d) ya viene a precisar que debe examinarse el riesgo actual y no el pasado. Y en este punto consta que la grave actuación delictiva del mencionado cesó en 2009.

Valorada su situación al momento en que debe hacerse (2014 en que se dicta la resolución administrativa o ahora), el recurrente es padre de 3 hijos menores de edad de nacionalidad española, siendo evidente que la denegación de la tarjeta convertiría en irregular su residencia. Situación que solo podría remediarse con su salida voluntaria de España y dicha salida supondría una ruptura de la convivencia familiar o, de pretenderse mantener la convivencia, la salida de España de su mujer e hijos españoles.



En contra de lo que se afirma en la sentencia, se acredita que tras el cumplimiento de las penas el interesado sí convive con su mujer e hijos con el normal cumplimiento de sus deberes paterno-filiales.

Procede así, la estimación del recurso de apelación.

TERCERO. Costas procesales.

En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional/98, y ante la estimación del recurso de apelación no procede expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos María contra la sentencia Nº 124, de fecha 5 de abril de 2016 dictada por la Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, la cual se REVOCA y en su lugar se acuerda:

A) ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo.

B) ANULAR la resolución de la Delegación del Gobierno de las Islas Baleares, de fecha 09/03/2015 desestimatoria de recurso de alzada interpuesto contra la resolución dictada en fecha 2/07/2014, rectificada el día 03/10/2014, y que acordaba la denegación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea interesada por el Sr. Carlos María .

c) RECONOCER el derecho del recurrente a la obtención de la tarjeta interesada.

2º) No ha lugar a expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente sentencia, cabe recurso de casación a preparar ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente, y para: * el Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea; * la Sección de casación de la Sala de los Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.