



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
TOLEDO
SENTENCIA: 00. 12/2016

SENTENCIA

En Toledo, a 21 de diciembre de 2016.

VISTOS por la Ilma Sra. D^a. Berta M^a Gosálbez Ruiz, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n° 1 de Toledo, los presentes autos de recurso contencioso-administrativo, tramitados conforme al Procedimiento Abreviado, con el n° /2016, interpuesto por la **Letrada doña Kelly Mariela Rabines Pairazaman**, asumiendo la representación y defensa de don . a , contra Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 20 de abril de 2016, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Director de la Oficina de Extranjeros de Toledo, de 25 de febrero de 2016, dictada en el expediente número 459920151 por la que se desestima solicitud de tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea, siendo la cuantía indeterminada y habiendo comparcido como Administración demandada la Subdelegación del Gobierno en Toledo, debidamente asistida por D^a María Carrillo de Albornoz Riaza, en representación de la Abogacía del Estado, dicta la presente resolución de conformidad con los siguientes

Firma válida

Firma válida

Firmado por: GOSALBEZ RUIZ BERTA
MERCED
CN=AC /
SERIAL
ES
atios, Ou=Ceres,
on pública,
0043,
Puede verificar este documento en <https://sedejudicial.justicia.es>

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 5 de mayo de 2016, la representación de don J [REDACTED] interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 20 de abril de 2016, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Director de la Oficina de Extranjeros de Toledo, de 25 de febrero de 2016, dictada en el expediente número 4599201/0, por la que se desestima su solicitud de tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea, formulando demanda en cuyo suplico interesa "se dicte en su día sentencia por la que, con estimación del presente recurso, declare no conforme a derecho dicha resolución, acordando anular la misma y dejándola sin efecto y se dicte sentencia concediendo la **residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión Europea** por los argumentos expuestos en el cuerpo de esta demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la Administración.

Asimismo, se dé traslado de la sentencia a la administración correspondiente a fin de que emita nueva resolución de concesión de la residencia y se notifique a mi representado la misma.

Asimismo, que en el fallo de la sentencia se explique la naturaleza jurídica de "antecedente policial" para que en futuras ocasiones las Oficinas de Extranjeros de España no equiparen este concepto con el de antecedente penal".

SEGUNDO.- Turnadas las actuaciones a este Juzgado, al que correspondieron por reparto ordinario, y admitida a trámite la demanda, se convocó a las partes a la correspondiente vista que tuvo lugar el día 15 de diciembre de 2016, comparaciendo ambas, ratificando la recurrente los fundamentos expuestos en la demanda y solicitando el recibimiento del pleito a prueba y oponiéndose la demandada y solicitando el pleito a prueba. Recibido el juicio a prueba y, propuesta la que estimaron convenientes las partes, se practicó la declarada pertinente, formulando seguidamente las partes sus conclusiones y quedando los autos conclusos y vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, incluido el plazo para dictar sentencia.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la impugnación de la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 20 de abril de 2016, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Director de la Oficina de Extranjeros de Toledo, de 25 de febrero de 2016, dictada en el expediente número 459920150C), por la que se desestima la solicitud de familiar de ciudadano de la Unión Europea formulada por don J... de nacionalidad boliviana.

Dicha Resolución fundamenta la denegación en que al solicitante le constan antecedentes por un delito de robo con violencia/intimidación perpetrado el 27 de septiembre de 2015, según la detención de la Policía Nacional de la Comisaría de Usera-Madrid y en que, tras el debido trámite de audiencia realizado no se demuestra mediante prueba que dicho delito haya sido cancelado, concluyendo que 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 dispone que se podrá denegar la expedición o renovación de tarjetas de Residencia cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública y que “de la instrucción del expediente y de los datos obrantes en el mismo se desprende que don J. de nacionalidad boliviana no acredita reunir los requisitos del Real Decreto precitado ya que cuenta con antecedentes en vigor en España .

SEGUNDO.- Se alega en síntesis en la demanda que el 19/01/2016 el demandante presentó solicitud de tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la UE en base a ser hijo de la ciudadana comunitaria C. , siéndole denegada porque le constan antecedentes por un delito de robo con violencia/intimidación perpetrado el 27/09/2015, según la detención de la Policía Nacional de Usera Madrid y porque tras el trámite de audiencia realizado, no demuestra que haya sido cancelado.

Aduce que en la resolución de denegación y en la de desestimación del recurso de alzada, la Administración esgrime un solo motivo para denegar la tarjeta de residencia permanente de familiar comunitario al demandante consistente en la existencia de **antecedentes policiales**, en relación con el artículo 15 del RD 240/2007 de 16 de febrero y que, dicha denegación, es contraria a derecho.

Razona que, en relación con los antecedentes policiales, la Sentencia de 24 de junio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Toledo, establece la poca importancia o poca relevancia de los antecedentes policiales en relación con los conceptos indeterminados de peligro al orden público al que se refiere la resolución de denegación de la autorización de residencia permanente de familiar comunitario que se recurre, declarando en concreto que “... Aun siendo suficiente lo anterior para estimar el recurso, también el segundo motivo del recurso debe ser estimado, ya que la resolución recurrida deniega la tarjeta en base a que el recurrente tiene un antecedente policial y considerava la Administración que de ello se desprende una conducta contraria al orden público. Debemos tener presente que la mera existencia de antecedentes policiales o diligencias penales abiertas, sin que haya recaído sentencia condenatoria, no puede estimarse como causa suficiente para denegar la autorización de residencia. Así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha que en sentencia del 6 de febrero de 2007 señaló “no hay razón para que el extranjero que se ve encausado en un proceso penal deba ver,

antes de que se haya destruido su presunción de inocencia, se use tal razón para denegarle el permiso correspondiente. Si razones de seguridad derivadas de la imputación penal lo reclaman, será la jurisdicción penal la que pueda adoptar las medidas cautelares penales que correspondan. En otro caso, no hay razón para que no pueda residir y trabajando (si por las demás razones le corresponde obtener el permiso) a la espera que si la imputación efectuada posee fundamento...”

Afirma que la sentencia reseñada examina una situación análoga a la del demandante, sobre el que solo existen antecedentes policiales, siendo la oficina de Extranjeros de Toledo conocedora de que los procedimientos penales pueden tardar años en resolverse, con lo cual en el plazo de tres meses que dura un procedimiento administrativo la probabilidad que ese proceso penal haya sido archivado o sobresido es casi una solicitud de imposible cumplimiento (solicitud que la oficina de extranjeros de Toledo requiere en el Trámite de Audiencia y lo refiere en la resolución de desestimación del recurso de alzada), no dando otras opciones para la explicación del proceso acerca del cual solicita referencias en su requerimiento, que es del siguiente tenor literal: “El 27/09/2015 fue detenido por la Policía Nacional de la Comisaría de Usera-Madrid por delito de robo con violencia/intimidación ... para que alegue lo que estime oportuno y demuestre fehacientemente que dicha causa ha sido no solamente sobresida o archivada definitivamente sino cancelada o condenas liquidadas...”

Razona que la Oficina de Extranjeros, si bien en un primer momento permite alegaciones, en un segundo momento, solicita pruebas que no están al alcance del demandante porque se tiene que esperar el resultado del proceso penal para poder aportar las pruebas de cancelación o una sentencia condenatoria. Si, la Oficina de Extranjeros, realmente, quisiera establecer un correcto trámite de audiencia le debería bastar con el reconocimiento del hecho referenciado en el trámite de audiencia, pero no debe obligar a dar más explicaciones, porque tal solicitud transgrede el Derecho Constitucional de no declarar contra sí mismo, ni confesarse culpable o el Derecho a que se le considere inocente hasta que un proceso penal declare lo contrario, siendo que el interesado jamás podrá llevar documentos donde se demuestre el archivo definitivo o condena liquidada, precisamente, porque el proceso penal aún está en las primera fase de investigación.

Razona que por ello tal trámite de audiencia no se puede considerar como garantista de los derechos que le asisten al administrado en relación con el debido proceso, siendo por el contrario es una solicitud maliciosa y tendente a perjudicar los intereses del administrado que lesiona los derechos de legítima defensa y, que es tramitada solo por cumplir un requisito del procedimiento a manera formal, pero jamás para entender la situación personal del administrado.

Alega además que en la denegación de la residencia permanente de familiar comunitario de la Unión Europea recurrida, se pretende equiparar indebidamente un antecedente policial con un antecedente penal, ya que en el primero la presunción de inocencia no se ha desvirtuado como tampoco existe un daño social a diferencia de la constatación de un antecedente penal, en donde sí se ha demostrado sin ningún género de duda que el investigado es culpable y por lo tanto ha generado un daño a la sociedad.

En consecuencia, la Administración demandada no puede manifestar que el antecedente policial que recae sobre mi representado "cumple de manera expresa con el contenido tipificado con el artículo 15 del RD 240/2007, en cuanto a razones fundadas en orden público..."

Afirma que en el procedimiento administrativo, el demandante ha demostrado que se cumplen todos los requisitos para que se proceda a la renovación de la tarjeta de residencia solicitada, siendo el único motivo controvertido y causa de denegación los antecedentes policiales del demandante que sin embargo no tienen suficiente relevancia en el ámbito penal como para que de su referencia derive en una denegación.

De contrario, opone el Abogado del Estado, la adecuación a derecho de las resoluciones recurridas, razonando que el recurrente solicitó tarjeta de familiar de residente de la Unión alegando ser descendiente de ciudadana española y que la solicitud fue denegada por no cumplir los requisitos establecidos al constar antecedentes policiales por robo con violencia e intimidación no cancelados, de conformidad con lo dispuesto en el citado art. 15 del R.D. 240/07, de suerte que la resolución recurrida se ajusta a Derecho, ya que el art. 15.1 del Real Decreto 240/2007 sobre entrada y residencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea contempla la posibilidad de denegación de la tarjeta por razones de orden

público y de seguridad pública. Por todo ello solicita la desestimación de la demanda interpuesta.

TERCERO.- Planteado el debate en estos términos, interesa recordar los términos concretos en que se expresa el artículo 15 del Real Decreto 240/2007 sobre entrada y residencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea que invoca la resolución recurrida para fundamentar la denegación de la tarjeta interesad por el demandante.

Tal precepto, en lo que interesa al caso previene lo siguiente:

"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.

(...)

3. La continuidad de la residencia referida en el presente real decreto se verá interrumpida por cualquier resolución de expulsión ejecutada válidamente contra el interesado.

4. En los casos en los que una resolución de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se adoptó la decisión de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa para el orden público o la seguridad pública.

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.

(...)

8. El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para

supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad.

(...).

De los términos del citado precepto y de acuerdo con la interpretación de los Tribunales- por todas STSJ de Galicia del 20 de octubre de 2016, Sentencia: 497/2016 | Recurso: 153/2016-, se desprende que al demandante le podría ser denegada la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea por razones de orden público y de seguridad pública fundadas en una conducta personal constitutiva de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, pero sin que la mera existencia de los antecedentes policiales aislados que consigna el expediente puedan constituir, por sí solos, razón para la denegación cuestionada pues, ciertamente, mientras no conste que los mismos hayan dado lugar a una sentencia penal condenatoria, no pueden considerarse constitutivos de una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés social fundamental con virtualidad para fundamentar la denegación de la tarjeta interesada, por cuanto que, para probar la participación del demandante en las actividades delictivas que se le atribuyen, es preciso que haya sido condenado en sentencia penal, estando entretanto protegido por el derecho a la presunción de inocencia garantizado en el artículo 24 de la Constitución Española, criterio que encuentra sustento, también, en la STSJ de Madrid, Contencioso sección 3 del 30 de septiembre de 2016, Sentencia: 324/2016 | Recurso: 330/2016, al señalar que "en cuanto a las simples detenciones o antecedentes policiales sin constancia del resultado judicial de las diligencias instruidas por la policía -como es el caso-, esta Sala, en criterio fundado en la consolidada línea jurisprudencial, ha venido efectivamente considerando que no pueden constituir un dato negativo de la conducta del extranjero que justifique la imposición de la sanción administrativa más grave (así, en sentencias 1028/2012, de 26 de diciembre, rec. 206/2012, 658/2013, de 4 de julio, rec. 115/2013, 769/2013, de 24 de julio, rec. 23/2013, 779/2013, de 25 de julio, rec. 295/2013, 1221/2014, de 6 de noviembre, rec. 769/2013, 40/2015, de 22 de enero, rec. 505/2014, y muchísimas otras).

Este criterio está fundado en la jurisprudencia contenida, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006 (rec. 5450/2003), luego reproducida en las sentencias de 25 de enero de 2007 (rec. 9210/2003), 31 de enero de 2007 (rec. 9444/2003),

9 de febrero de 2007 (rec. 5408/2003), 28 de febrero de 2007 (rec. 10412/2003) y otras. Aquella sentencia, tras referir los antecedentes policiales considerados en la resolución administrativa de expulsión, indica:

"...Ahora bien, no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte que corrieron esas actuaciones policiales y judiciales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cual fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión , al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado.

Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cual fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos. (...)"

En aplicación de tal criterio y, sin perjuicio de que, de resultar el demandante eventualmente condenado en sentencia penal firme por su participación en los hechos a que se refieren los antecedentes consignados, puedan los mismos valorarse en un futuro expediente de expulsión, se ha de concluir la procedencia de estimar el presente recurso y en consecuencia declarar la nulidad de las resoluciones recurridas por no ser adecuadas a derecho reconociendo el derecho de don J I a que le sea concedida la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea interesada, toda vez que la Administración no ha opuesto la falta de otro requisito esencial para su concesión, ni en vía administrativa ni en la presente instancia jurisdiccional.

CUARTO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción dada a dicho precepto por el artículo 3, apartado 10, de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, procede imponer las costas a la Administración demandada, si bien, haciendo uso de la

facultad que concede el nº 3 del citado precepto, se limita a 200 euros la cantidad máxima, por todos los conceptos, a reclamar por la parte demandante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, me concede la Constitución,

FALLO

I.- Estimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de don ¹ contra Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Toledo de 20 de abril de 2016, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Director de la Oficina de Extranjeros de Toledo, de 25 de febrero de 2016, dictada en el expediente número 45992015 por la que se desestima solicitud de tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea, resoluciones que se anulan por no ser conformes a derecho reconociendo el derecho de ² a que le sea concedida la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea interesada.

2.- **Se imponen las costas a** la Administración demandada, con el límite expresado en el último de los fundamentos de derecho.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciendo saber que contra la misma cabe recurso de apelación que deberá interponerse por escrito ante este mismo Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación y del que conocerá, en su caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

La parte que pretenda interponer recurso contra esta sentencia deberá consignar, si no está exenta, un depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado (4298 0000

85, añadiendo número de procedimiento y el año), advirtiéndolo que de no hacerlo no se admitirá a trámite el recurso, de conformidad con la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos originales, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia, estando SSª Ilma. Celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.