

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Novena C/** General Castaños, 1 , Planta  
1 - 28004  
33010310  
NIG: 28.079.00.3-2015/0013511

## **Recurso de Apelación /2017**

**Recurrente:** D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL CARMEN BARRERA RIVAS

**Recurrido:** DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

## **SENTENCIA N° 764**

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN NOVENA**

**Ilmos. Sres.**

**Presidente:**

D. Ramón Verón Olarte

**Magistrados:**

D<sup>a</sup>. Ángeles Huet de Sande

D. José Luis Quesada Varea

D. Francisco Javier González Gragera

D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo

En la Villa de Madrid a diecisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sala constituida por los magistrados referenciados al margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso de apelación número 120/2017, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales María del Carmen Barrera Rivas, en nombre y representación de Don, contra sentencia de 29 de septiembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 31 de Madrid, que desestimó el procedimiento abreviado 291/15 promovido contra resolución de 2 de diciembre de 2014 de la Delegación del Gobierno en Madrid, por la que se acordaba su expulsión del territorio nacional con prohibición de

entrada por un periodo de 5 años, por aplicación del 15.5.d) del Real Decreto 240/2017.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación procesal del recurrente se interpuso el presente recurso de apelación, que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y concluyó con la súplica de que en su día y, previos los trámites legales, se dicte sentencia de conformidad con lo expuesto en el suplico de la demanda.

**SEGUNDO.-** Dado traslado del recurso al Sr. Abogado del Estado para su contestación, lo hizo admitiendo los hechos de la misma en cuanto se deducen del expediente, alegó en derecho lo que consideró oportuno y solicitó la confirmación en todos sus extremos de la resolución judicial recurrida .

**TERCERO.-** Que se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 8 de noviembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier González Gragera.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El presente recurso ha sido promovido por la Procuradora de los Tribunales María del Carmen Barrera Rivas, en nombre y representación de Don, contra sentencia de 29 de septiembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo Nº 31 de Madrid, que desestimó el procedimiento abreviado 291/15 promovido contra resolución de 2 de diciembre de 2014 de la Delegación del Gobierno en Madrid, por la que se acordaba su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de 5 años, por aplicación del 15.5.d) del Real Decreto 240/2017.

Los hechos y fundamentos de la sentencia combatida son los siguientes:

*“SEGUNDO.- El recurrente es ciudadano comunitario por su nacionalidad Búlgara; pero también es cierto que el R.D. 240/2007 que introduce la Directiva 2004/38 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo en el Derecho Interno Español, el TJCE y el propio TS español establecen limitaciones a los derechos de entrada y residencia de ciudadanos comunitarios en territorio español y en otros Estados de la Unión "por razones de orden público, seguridad pública o salud pública", contemplándose dentro de estas medidas la de expulsión. Por tanto, resulta evidente que el hecho de ser ciudadano comunitario no impide que pueda ser expulsado del territorio nacional si se dan los requisitos y circunstancias contemplados al respecto en mencionada Directiva y referido Real Decreto.*

*(...)*

*TERCERO.- Precisado lo anterior, señala el actor en primer término que no constan en el expediente las alegaciones efectuadas y aportadas como documento número 3 a la demanda. Dicho documento que tiene sello de entrada en el Registro General de los SSCC de Amador de los Ríos 7, el 06/04/2015, se dirige a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación grupo IX, no indicando número de expediente alguno, y refiriendo: "notificación de la propuesta en procedimiento sancionador en el procedimiento ordinario de CRIA BPD Y E DEL CNP A".*

*Examinado el expediente administrativo, consta que una vez notificado el acuerdo de incoación e informe emitido por la Brigada Provincial, se presentaron con fecha 28/03/2015 alegaciones por el letrado designado para su asistencia, alegaciones que fueron tenidas en consideración según el acuerdo impugnado como también según la propuesta de resolución; propuesta que lleva fecha (folios 22 a 26) de 20/04/2015, esto es, posterior al escrito portado como documento número 3.*

*Asimismo, una lectura detenida de las alegaciones efectuadas con fecha 28/03/2015, (folio 27), y que la resolución impugnada manifiesta haber tomado en consideración, revelará que ni se interesó medio de prueba alguno ni, aunque se alegó, se concretó en absoluto el arraigo con el que contaba el recurrente ni se aportó en definitiva extremo alguno indicativo del mismo.*

*(...)*

*En el presente caso, la resolución administrativa, en consonancia con lo plasmado en el acuerdo de incoación y en la propuesta de resolución, traslada el informe policial obrante a los folios 2 a 5, emitido por grupo IX de la Brigada, que tiene entre sus cometidos la expulsión de ciudadanos comunitarios y familiares de comunitarios que se encuentran cumpliendo las sentencias en los distintos centros penitenciarios de la provincia de Madrid y que se dedican a la comisión de actos delictivos de manera sistemática, suponen una amenaza real actual y suficientemente grave para la seguridad pública. Después de subrayar las cotas desproporcionadas adquiridas por infracciones del tipo hurtos, robos con fuerza las cosas y robos con violencia o intimidación, actuando los*

*delincuentes como grupos perfectamente organizados y estructurados que ejecutan con precisión todas las fases del hecho, eligiendo previamente sus objetivos y estudiando las distintas posibilidades de ejecución y teniendo en cuenta las dimensiones alcanzadas que han generado una alarma y clamor social, sitúan en el citado contexto el recurrente. Después de indicar que dicho sujeto es conocido por los funcionarios policiales como una persona que de manera reiterada, se dedica al robo contra el patrimonio, tráfico de drogas y pertenencia a banda armada terrorista, habiendo sido detenido en numerosas ocasiones como autor directo de los hechos e identificado como colaborador o auxiliar de las infracciones cometidas por otras personas, consigna que dados los antecedentes del recurrente que no consta con ningún certificado de registro de ciudadanos de la unión, y dado lo reiterado de su conducta delictiva cabe inferir de la misma que al salir del centro penitenciario continuará con su forma habitual de vida. Se constata que la única actividad que el recurrente tiene en nuestro país es la agresión a los ciudadanos o su patrimonio de manera reiterada y continua a partir del año 2008, fecha de su primera detención. Carece de cualquier medio legal de vida conocido puesto que su modo de vida es el delito y los medios económicos de que dispone son derivados de las infracciones continuadas.*

*Tales consideraciones, trasladadas desde la incoación del procedimiento sancionador no resultan desvirtuadas por la documental aportada por la demanda. Si bien el recurrente efectivamente ha permanecido largo tiempo en nuestro país, con nulo aprovechamiento académico y una corta vida laboral, carece de cualquier medio de vida conocido o de trabajo remunerado legítimamente desde el año 2006.*

*(...)*

*Debe añadirse que el expediente guarda total silencio sobre la convivencia, como se alega en vía jurisdiccional del recurrente con su familia en España. Tal circunstancia ni fue puesta de manifiesto en vía administrativa ni, en realidad se ha acreditado, pues el presente expediente se incoa en el año 2015, y la documentación que se aporta es en varios años anterior. En todo caso, como vienen señalando los tribunales, (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia núm. 1413/2015 de 30 junio) el hecho biológico -o jurídico- no genera, sin más, "el derecho a no ser expulsado", sino que es la efectividad de la relación lo que impone tal efecto. (...)"*

**SEGUNDO.-** Contra la sentencia se interpuso recurso de apelación, alegando que no se pronuncia sobre la invocada vulneración del principio "ne bis in ídem", toda vez que el recurrente ya fue sancionado por los mismos hechos en expediente tramitado por la Subdelegación de Gobierno en Ciudad Real, siendo revocada la sanción de expulsión por sentencia firme del TSJ de Castilla La Mancha. Entiende que no concurre la causa de expulsión aplicada puesto que no existe una afección grave ni actual a la seguridad u orden público y dado el arraigo

del recurrente que ha tenido residencia legal en España conviviendo con toda su familia y careciendo de vínculos con su país de origen.

Vuelve a reiterar que la orden de expulsión impugnada versa sobre los mismos hechos que la anterior orden de expulsión de 12 de agosto de 2011 (motivada por haber sido condenado por dos delitos de robo con violencia y otro de lesiones) y que fue confirmada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Ciudad Real

La Abogacía del Estado por su parte se reitera en lo ya alegado en anteriores escritos.

**TERCERO.-** En los autos figuran las dos sentencias invocadas por la parte actora, pues ella misma las ha aportado a los mismos, constatándose la orden de expulsión impugnada de 12 de agosto de 2011 (motivada por haber sido condenado por dos delitos de robo con violencia y otro de lesiones) y que fue confirmada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Ciudad Real, y también figura la sentencia firme del TSJ de Castilla La Mancha nº 271/2014 de fecha 10 de noviembre de 2014, dictada en recurso de apelación nº 145/2003, que revoca la sentencia anterior porque entendió que, si bien los hechos imputados son ciertos, la sentencia de instancia al igual que el acto administrativo combatido, no valoraron como lo exige la normativa aplicable, las circunstancias personales del extranjero, como son el arraigo del mismo en nuestro país y la ruptura de lazos con el país de origen, así como otras circunstancias que personalmente le atañen como la edad, salud, situación familiar y económica, y otras.

**CUARTO.-** Delimitado el objeto del presente recurso de apelación, debemos partir de la base jurídica del acto que se combate, en este caso constituida por el artículo 15.5.d) 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 Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo:

*Artículo 15 Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública*

*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.*

*2. Aquellas personas que hayan sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en España podrán presentar una solicitud de levantamiento de la misma en un plazo razonable que será determinado por la Autoridad competente en función de las circunstancias concurrentes y que constará en la resolución por la que se determine la prohibición de entrada. La solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada se realizará con alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en España. En todo caso, dicha solicitud podrá ser presentada transcurridos tres años desde la ejecución de la decisión de prohibición de entrada en España.*

*La Autoridad competente que resolvió dicha prohibición de entrada deberá resolver dicha solicitud en un plazo máximo de tres meses a partir de su presentación.*

*Durante el tiempo en el que dicha solicitud es examinada, el afectado no podrá entrar en España.*

*Número 2 del artículo 15 redactado por el apartado cinco del artículo único del R.D. 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el R.D. 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo («B.O.E.» 26 noviembre). Vigencia: 27 noviembre 2011*

*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.”*

**QUINTO.-** En este caso, esta Sala y Sección considera que no se ha tomado en consideración de modo acertado, la relevante cuestión de que, sobre los mismos hechos que han motivado el acto administrativo enjuiciado, ya se ha pronunciado un Tribunal mediante sentencia firme anulando otro acto anterior de idéntico contenido.

En efecto, consta en los autos la sentencia firme del TSJ de Castilla La Mancha nº 271/2014 de fecha 10 de noviembre de 2014, dictada en recurso de apelación nº 145/2003, que revoca la sentencia anterior que fue desestimatoria y dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Ciudad Real.

Los hechos que motivaron la anterior orden de expulsión, que fue impugnada en aquellos procedimientos judiciales fueron los mismos que han motivado la presente orden de expulsión que ahora se combate, pues se refieren a dos condenas por robo y una por lesiones.

En consecuencia, si una sentencia firme anterior anuló la orden de expulsión anterior en lugar de ordenar la retroacción del expediente administrativo para que se completaran los defectos formales apreciados, no puede la Administración posteriormente y sin añadir ningún hecho nuevo, proceder a dictar una nueva orden de expulsión, puesto que si ello fuera posible, estaría desvirtuando el valor de una sentencia judicial firme por el simple y mero hecho

formal de dictar un nuevo acto administrativo, con idéntico contenido y exactamente sobre los mismos hechos.

Por ello, procede revocar la sentencia de instancia y anular el acto administrativo combatido, por no ser conforme a Derecho.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no procede imponer las costas causadas en este procedimiento a ninguna de las partes.

## FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales María del Carmen Barrera Rivas, en nombre y representación de Don, contra sentencia de 29 de septiembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 31 de Madrid, que desestimó el procedimiento abreviado 291/15 promovido contra resolución de 2 de diciembre de 2014 de la Delegación del Gobierno en Madrid, por la que se acordaba su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de 5 años, por aplicación del 15.5.d) del Real Decreto 240/2017, revocando dicha sentencia y anulando el acto impugnado por no ser conforme a Derecho. Sin costas.

Líbrense dos testimonios de la presente sentencia, uno para remitir al Juzgado en unión del recurso y el otro para incorporarlo al rollo de apelación.

Una vez hecho lo anterior, devuélvase al órgano a quo el recurso contencioso administrativo con el expediente que, en su día, fue elevado a la Sala y archívese el rollo de apelación.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente n° 2583-0000-85-0120-17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo n° 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general n° 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-

expediente 2583-0000-85-0120-17 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. RAMON VERON OLARTE

DÑA. ANGELES HUET DE SANDE

D. JOSE LUIS QUESADA VAREA

D. FRANCISCO JAVIER GONZALEZ GRAGERA

D. JOAQUIN HERRERO MUÑOZ-COBO

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. FRANCISCO JAVIER GONZÁLEZ GRAGERA, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ.