



Roj: **STSJ CL 3664/2015 - ECLI:ES:TSJCL:2015:3664**

Id Cendoj: **09059330012015100156**

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

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **30/07/2015**

Nº de Recurso: **97/2015**

Nº de Resolución: **164/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **EUSEBIO REVILLA REVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA CON/AD

BURGOS

SENTENCIA: 00164/2015

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCION 1ª

Presidente/allmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 164/2015

Rollo de APELACIÓN N° : 97 / 2015

Fecha : 30/07/2015

Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ávila, procedimiento abreviado núm. 316/2014

Ponente D. Eusebio Revilla Revilla

Secretario de Sala : Sr. Ruiz Huidobro

Escrito por : MLS

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D. José Matías Alonso Millán

Dª. M. Begoña González García

En la ciudad de Burgos, a treinta de julio de dos mil quince.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el recurso núm. 97/2015, interpuesto por el ciudadano de Rumanía, D. Fernando , defendido por la letrada Dª Nieves Vizuete Gregorio, contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2.015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila en el procedimiento abreviado núm. 316/2014, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el anterior contra la resolución de 16 de octubre de 2.014 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D. Fernando contra la resolución de 4 de septiembre de 2.014, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Ávila por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente y la prohibición de entrada en territorio nacional por período de cinco años, desestimando las pretensiones de la parte recurrente



y declarándose, en consecuencia, conforme y ajustada a derecho la resolución administrativa impugnada, todo ello, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en este procedimiento; es parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación y defensa que por Ley ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ávila en el procedimiento abreviado núm. 316/2014, se dictó sentencia de fecha 26 de marzo de 2.015 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D. Fernando contra la resolución de 4 de septiembre de 2.014, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Ávila por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente y la prohibición de entrada en territorio nacional por período de cinco años, como responsable de haber realizado una conducta contraria al orden público, a la seguridad pública o a la salud pública que constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a la convivencia social, según lo dispuesto en el art. 15.1 y 2 en relación con el art. 5 del R.D. 204/2007 de, 16 de febrero, desestimando las pretensiones de la parte recurrente y declarándose, en consecuencia, conforme y ajustada a derecho la resolución administrativa impugnada, todo ello, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en este procedimiento.

SEGUNDO.- Que contra dicha sentencia se interpuso por el actor, hoy apelante, recurso de apelación mediante escrito de fecha 24 de abril de 2.015, que fue admitido a trámite, solicitando que se dicte sentencia por la que, con expresa estimación del presente recurso de apelación y revocando la sentencia apelada, se anule y se deje sin efecto la expulsión acordada, todo ello con expresa imposición de costas a la Administración.

TERCERO.- De mencionado recurso se dio traslado a la Administración del Estado, hoy parte apelada, formulando escrito de oposición al recurso mediante escrito de fecha 22 de mayo de 2.015, solicitando que se dicte sentencia por la que desestimando el recurso de apelación interpuesto se confirme la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas a la parte contraria.

CUARTO.- En la tramitación del recurso en ambas instancias se han observado las prescripciones legales, habiéndose señalado para la votación y fallo el día 29 de julio de 2015, lo que así se efectuó.

Siendo ponente D. Eusebio Revilla Revilla, Magistrado integrante de esta Sala y Sección:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por resolución de fecha 5 de septiembre de 2.014, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Ávila, se acuerda imponer al ciudadano de nacionalidad colombiana D. Matías la expulsión del territorio nacional del recurrente y prohibición de entrada en territorio nacional por período de cinco años, como responsable de haber realizado una conducta contraria al orden público, a la seguridad pública o a la salud pública que constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a la convivencia social, de conformidad con el art. 15.1 y 2 en relación con el art. 15.5.d) del R.D.240/2007 de 16 de Febrero.

Dicha resolución, y como consecuencia de la condición de ciudadano comunitario del anterior, motiva la expulsión en aplicación de los arts. 18.1, 15.1. c) y 15.5.d) y 16 y 5), ambos del 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, y ello por cuanto que el actor hoy apelante ha sido ejecutoriamente condenado a la pena de diez meses de prisión por un delito de robo con fuerza en las cosas en la ejecutoria 22/2013, ha sido objeto de 79 detenciones policiales desde el año 2.009 a 2014, la mayoría de ellas por delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y asociación ilícita y carece de **arraigo** social y de **arraigo** laboral en territorio español al no constar que haya trabajado durante el tiempo que lleva en España. Se considera que la conducta del anterior supone una amenaza real y actual para el orden público y salud pública. Y en la resolución que desestima el recurso de reposición se insiste en que la conducta del anterior, por la citada condena penal y por la reiteración de las detenciones policiales hasta un número de 69 veces, las 26 últimas se han producido en los últimos ocho meses, hacen que su conducta constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave como para justificar la medida de expulsión del territorio nacional.

SEGUNDO.- Recurrída dicha resolución por la parte actora, hoy apelante, por la sentencia de instancia se desestima el recurso y se rechazan los motivos de impugnación esgrimidos por dicha parte con base en los razonamientos contenidos en la misma y que son los siguientes:

1º).- Porque tras recordar el contenido del art. 15 del RD 240/007 y el régimen preferente sobre la presencia de los ciudadanos comunitarios o **familiares** de los mismos en España establecido en dicho Real Decreto, tras



recordar que la expulsión acordada por vía del citado art. 15 no es propiamente una sanción administrativa, y tras recordar lo que señala la Jurisprudencia del TJUE al respecto, señala en el F.D. Cuarto que:

"Consta acreditado en autos que el recurrente ha sido condenado una vez por Sentencia judicial firme de la Audiencia Provincial de Cuenca como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas y aun cuando dicha condena esté suspendida, es lo cierto que ello es un dato que, en unión de las demás circunstancias que se dirán y que constan acreditadas en autos, permite acordar la expulsión que se ha acordado en la resolución recurrida.

Igualmente consta probado en autos que el recurrente ha sido detenido hasta en sesenta y nueve ocasiones por Agentes de la Guardia Civil o del Cuerpo Nacional de Policía de más de veintidós Puestos o Comisarías distintas y de provincias también diferentes (Madrid, Toledo, Cuenca, Ávila y Segovia) y la mayoría de las veces por delitos contra la propiedad, constando igualmente probado que las dieciocho últimas detenciones se llevaron a cabo en apenas mes y medio, entre Mayo y Julio de 2014.

Todo ello consta en autos, y no se niega por el recurrente, alegando, no obstante, que sólo existe una condena penal y que no se sabe que sucederá respecto de los hechos en los que consta como detenido.

Al respecto, debe decirse que ante la multitud de actuaciones policiales y detenciones, la mayor parte por actuaciones contra la propiedad, en diversas localidades y ante la condena penal que igualmente le consta al recurrente por mucho que esté suspendida, no puede dudarse de que hay una pluralidad de hechos que demuestran una conducta totalmente incompatible con la paz ciudadana y el respeto a los demás miembros de la sociedad, concurriendo en el caso motivos graves de orden público o seguridad pública.

Quien da lugar, en poco tiempo, a tal pluralidad de actuaciones policiales y una judicial, más allá del respeto a la presunción de inocencia de que es acreedor el recurrente en cuanto a cada uno de los casos que originaron las detenciones, no puede ser entendido como una persona que respeta el orden público y la paz social y debe ser entendida como constitutiva de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad en la que ha residido y a cuya hospitalidad no puede estimarse que haya correspondido.

Añadir que además de que le consta al recurrente una condena penal por delito de robo con fuerza en las cosas, la normativa aplicable no exige que exista condena penal, siendo suficientes los antecedentes policiales para valorar la conducta del extranjero a los efectos de adoptar la medida de expulsión en casos como el que nos ocupa, de la misma manera por la que, además,, no hay motivo alguno para suspender la efectividad y eficacia de la resolución de expulsión hasta que recaiga alguna sentencia condenatoria...

En este sentido, entre otras muchas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid, sección la, de fecha 30 de Noviembre de 2011 .

2º).- Y en el F.D. Quinto se añade a lo anteriormente dicho para justificar la medida de expulsión lo siguiente:

"Pero es que, además, el recurrente carece de **arraigo** social o laboral, pese a que afirma llevar residiendo en España desde hace siete años, ya que consta probado que nunca ha estado en alta en la Seguridad Social. Tampoco consta que, pese al tiempo que el recurrente afirma que lleva residiendo en España, haya estado inscrito como demandante de empleo. Tampoco se ha inscrito en el Registro de Ciudadanos de la Unión Europea, que es algo distinto a ser titular de una Tarjeta de residente comunitario, ya que en dicho Registro se procede a la inscripción automática del extranjero con sólo solicitarlo, lo que no sucede con la Tarjeta de residente comunitario. No acredita tampoco el recurrente contar con algún medio lícito de vida, pues aunque alega que se dedica a la recogida de chatarra y a trabajar de temporero en el campo, no ha aportado elemento alguno de prueba en tal sentido.

Además, el recurrente no ha acreditado **arraigo familiar** alguno. Alega el recurrente tener esposa (María Dolores) y cuatro hijos residentes en España, sin embargo ninguno de ellos tiene la nacionalidad española (son rumanos). Manifiesta tener cuatro hijos (de nombres Jose Miguel , Miguel Ángel , Bartolomé y Dionisio), pero uno de ellos ni siquiera aparece inscrito en el Libro de Familia (Gumersindo). Tampoco se aporta copia del pasaporte de Jose Miguel . No se acredita el matrimonio que se afirma.

(...).

El recurrente, alega que el domicilio **familiar** está en la CALLE000 n° NUM000 de la localidad de Madrid, domicilio que es el mismo que se ha alegado por otros ciudadanos rumanos también detenidos, tal y como informa la Policía y consta en los Procedimientos Abreviados tramitados en este Juzgado con los números 351/2014, 316/2014, 315/2014, por mucho que se alegue que es un poblado chabolista y que ello justificaría que todos ellos residieran en el mismo lugar.



(...)

El recurrente, pues, no ha aportado prueba bastante y suficiente que demuestra su integración social y cultural en España, que acredite su **arraigo familiar** y laboral en España, todo lo contrario, por lo que puede concluirse que no concurren en este caso circunstancias que deban llevar a concluir que la resolución acordando su expulsión sea disconforme a derecho.

Cuanto consta en autos, ya referido, pone de manifiesto que la conducta del recurrente, constituye una amenaza real y grave para el orden público y revela un manifiesto y continuo desprecio a las leyes españolas y al principio de convivencia en la comunidad en la que habita.

La conducta del recurrente, teniendo en cuenta lo expuesto y las circunstancias concurrentes en este supuesto, puede afirmarse que es incompatible con la paz ciudadana y con el respeto a los demás miembros de la sociedad, constituyendo una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad en la que reside...".

TERCERO.- Frente a la sentencia de instancia se alza la parte apelante y en apoyo de sus pretensiones esgrime los siguientes motivos de impugnación:

1º).- Que se infringen las normas del ordenamiento jurídico por cuanto que se vulnera el principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la C.E. y el axioma "in dubio pro reo" y ello por cuanto que se acuerda la expulsión con base en meras detenciones policiales, que no constan que hayan dado lugar al correspondiente procedimiento penal y un única condena penal, que no son suficientes para valorar y concluir que la conducta del apelante constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Que en el presente caso no ha habido un seguimiento de tales detenciones por lo que es aventurado considerar al apelante un delincuente.

2º).- Que la sentencia yerra en la apreciación de la prueba por cuanto que no aprecia **arraigo** en el apelante cuando de la prueba aportada resulta que lleva residiendo en España desde hace más de seis años, tiene domicilio conocido, y se encuentra empadronado junto a su mujer y sus cinco hijos, todos ellos menores de edad y nacidos en España, los cuales se encuentran escolarizados. Insiste en que el anterior aunque no esté dado de alta en la Seguridad social, como gitano de origen rumano, trabaja recogiendo chatarra, de la que saca unos ingresos para atender a su familia junto con la ayudas que recibe de Cruz Roja.

3º).- Que en el presente caso se ha producido una clara inaplicación de la Ley 4/2000 y del RD 240/2007, de 16 de febrero, y que la expulsión se ha acordado aplicando una ley que no es aplicable al caso sin tener en cuenta además que tiene cinco hijos, todos ellos nacidos en España y sin vinculo alguno con su país de origen; insiste en que si se aplica el RD 240/2007 de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.d) en relación con el art. 15.5.b) procedería revocar la expulsión acordada al preexistir circunstancias que determinan que no se pueda adoptar la misma, siendo estas circunstancias la previsión del art. 39.4 de la C.E., y que los cinco menores se encuentran escolarizados, y se encuentran asistidos por profesionales médicos.

CUARTO.- A dicho recurso se opone la Administración del Estado argumentado las siguientes consideraciones:

1ª).- Que la sentencia apelada no vulnera los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo por cuanto que no realiza pronunciamiento alguno sobre la culpabilidad e inocencia del apelante, y que la valoración de la amenaza que constituye la condena penal impuesta al anterior y sus 69 detenciones no implica vulnerar tales principios.

2º).- Que la sentencia apelada no incurre en error al valorar la prueba y concluir que no se da el **arraigo** esgrimido, y ello porque el apelante no se encuentra casado con quien dice ser su mujer, porque ésta también ha sido objeto de 26 detenciones, porque no vale los volantes de empadronamiento para acreditar la convivencia **familiar**, porque los hijos del apelante son todos rumanos y no españoles, porque no se encuentra inscrito en registros públicos y carece de medios lícitos de vida.

3º).- Que denuncia la inaplicación del RD 240/2007, cuando la sentencia apelada aplica concretamente mencionada disposición normativa y ello no por ser padre de cinco niños rumanos, sino porque el propio apelante es ciudadano de Rumania.

QUINTO.- Expuestos en dichos términos el debate de autos, es preciso recordar que la expulsión del actor del territorio nacional se acuerda por aplicación de los arts. 18.1 y 15.1.c y 5), ambos del 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, y ello por cuanto que así lo imponen razones de orden público y de seguridad pública, desde el momento en que, tanto para la Administración actuante como para el Juzgado de Instancia, la conducta personal delictiva y policial del interesado constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave para el interés fundamental



de la sociedad, y ello porque el apelante ha sido condenado penalmente y además ha sido objeto de hasta 69 detenciones policiales en los términos reseñados en el F.D. Primero de esta sentencia y que damos por reproducidos al no ser discutidos, y para evitar reiteraciones innecesarias.

Se trata por tanto de enjuiciar en el presente caso si dicha expulsión, la resolución administrativa que la acuerda y la sentencia que la confirma son ajustadas o no a derecho, tras verificarse su examen a la vista de los motivos de impugnación esgrimidos en el recurso de apelación y a la vista de la normativa de extranjería que es aplicable en el presente caso y que no es otra que el 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, Real Decreto que es aplicado tanto por la Administración en las resoluciones impugnadas como por la sentencia apelada, de ahí que yerre la apelante cuando afirma que se ha hecho inaplicación del citado Real Decreto. Cuestión diferentes que dicha parte no se muestre de acuerdo con la forma en que ha sido aplicado, pero no ofrece ninguna duda de que lo ha sido; y examinar y enjuiciar si lo ha sido o no correctamente es lo que va a verificarse en esta sentencia de apelación.

Expuestos en dichos términos los hechos en los que se apoya tanto la resolución administrativa como la sentencia de instancia, se trata seguidamente de recordar lo que al respecto dispone la normativa aplicable que no es otro que el tantas veces citado R.D. 240/2007. Según la Exposición de Motivos de dicho Real Decreto esta disposición se aprueba y publica con la finalidad de incorporar a nuestro Derecho nacional la Directiva 2004/38/CE y se justifica en los siguientes términos:

"La Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, regula el derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, y los trámites administrativos que deben realizar ante las Autoridades de los Estados miembros. Asimismo regula el derecho de residencia permanente, y finalmente establece limitaciones a los derechos de entrada y de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

En todo caso, la aprobación de la citada Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, ha hecho necesario proceder a incorporar su contenido al Ordenamiento jurídico español, todo ello de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 17 y 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativos a la ciudadanía de la Unión, así como a los derechos y principios inherentes a la misma, y al principio de no discriminación por razón de sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Por otra parte, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, debe recordarse que dicha Ley Orgánica es de aplicación para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de este real decreto en aquellos aspectos que pudieran serles más favorables."

En similares términos habla el art. 1.1 de dicho R.D. al recordar su objeto: *" 1. El presente real decreto regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública ."*

Por otro lado en el art. 15.1 del citado R.D. se recogen las medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública y lo hace en los siguientes términos:

"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 art. 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."

Los criterios para la adopción de dicha medida y otras previstas en referido artículo se recogen en el art. 15.5 del mismo R.D. en los siguientes términos:

"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".

Y añade el art. 15.6 que : "No podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos:

- a) Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores, o:
- b) Si fuera menor de edad, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador."

Y para interpretar que es lo que se entiende por orden público, al igual que hacía esta Sala en sentencia de 11.12.2009, dictada en el recurso de apelación 222/2009 , recordamos el criterio expuesto al respecto por 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 , de la que ha sido Ponente Doña Fátima B de la Cruz Mera, en la que se precisa que:

<<La necesidad de interpretar el Derecho interno conforme a las normas internacionales exige partir de lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El art. 27 de esta Directiva autoriza a los Estados a limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia «por razones de orden público, seguridad pública o salud pública». Ahora bien, «las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado», la cual «deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». El precepto establece en términos categóricos: «La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas».

El art. 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , que deroga el Real Decreto aplicado en el presente supuesto, recoge con fidelidad ese contenido.

Pero es más, igual interpretación ha acogido el Tribunal Supremo español conforme a la doctrina sentada por el Tribunal de las Comunidades Europeas (TJCE). La STS de 11-12-2003 se basaba en la STJCE de 19 de marzo de 1999 (asunto C-348/96 , Donatella Calfa), que, siguiendo su propia doctrina (Sentencia 27 de octubre de 1977, Bouchereau 30/77) en relación con la expulsión de un ciudadano de un Estado miembro, asimila las razones de orden público con la existencia de «una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida».

Recientemente, la STJCE de 10-7-2008, 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».

Por si no bastara con estas citas, igual doctrina ha sido aplicada por esta misma Sala del Tribunal Superior, por ejemplo en SS 1604/2005, de 15-12, y 812/2007, de 13-12, de su Sección 1ª, y 307/2008, de 24-3, de la Sección 3ª .>>.

Y también en este mismo sentido se pronuncia STSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 21 de julio de 2009, dictada en el recurso 203/2009, de la que fue Ponente Don Mercenario Villalba Lava, en la que se precisa que:

<<Ratificamos en ésta la doctrina que expusimos en la Sentencia 169/2008, en donde decíamos que el concepto jurídico indeterminado de «orden público» en el contexto comunitario y en cuanto a restricción del principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, ha de ser integrado de forma estricta, aunque reconociéndose un margen de apreciación en los límites impuestos por el Tratado a cada país en las disposiciones adoptadas para su aplicación (STJCCEE de 4 de diciembre de 1974). Ahora bien, en cualquier caso, «para justificar ciertas restricciones a la libre circulación de las personas sometidas al Derecho Comunitario, el recurso por parte de un autoridad nacional a la noción de orden público supone, en todo caso, la existencia, aparte de la alteración del orden social que constituye toda infracción de la Ley de una amenaza real y suficientemente grave, que afecta a un interés fundamental de la sociedad» (STJCCEE de 27 de octubre de 1977). Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo 5 de mayo 1990, la Administración, para apreciar la cláusula de orden público no está vinculada a la calificación jurídica hecha por la jurisdicción penal, pues entre el ilícito penal y la no ilicitud pueden existir actividades susceptibles de ser calificadas como contrarias al orden público. Asimismo el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de febrero de 2000 expresa en su Fundamento Jurídico cuarto que: «También procede estimar el segundo de los motivos alegados porque, si bien el precepto citado en él (artículo 22.2, párrafo último, del Real Decreto 1098/86, de 26 de mayo) ha sido sustituido por el artículo 15.1 y 2 del Real Decreto 766/92, de 26 de junio, a que alude la Sala de instancia en la sentencia recurrida, ni aquél permitía ni éste autoriza la expulsión del territorio español de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea por el mero hecho de haber sido condenado en una causa penal, sino que se requiere para llevarla a cabo que exista una conducta contraria al orden público, y no debe considerarse como tal, en contra de lo declarado por la Sala de instancia, la falta de integración social en el medio o la conflictividad de la persona, pues como ha expresado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 19 de marzo de 1999 (asunto C-348/96, Donatella Calfa), siguiendo su propia doctrina (Sentencia 27 de octubre de 1977, Bouchereau 30/77), en concepto de orden público puede invocarse, con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario, en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, porque sólo cuando aquéllas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro (artículo 1, apartado 1, y artículo 3 de la Directiva 64/221 situación que no es equiparable al defecto de integración social de una persona ni a su conflictividad indefinida ». Este Decreto antes mencionado y su análisis se aplica conforme a lo dispuesto en el artículo 2 a los **familiares** del ciudadano del estado Miembro cuando le acompañen o se reúnan con él, en concreto al cónyuge, que es el caso que nos ocupa.

Ahora bien, la ratio decidendi se encontraba en su fundamento jurídico tercero que decía: Tal y como se afirma en la sentencia, el recurrente casado con una nacional de este país ha sido condenado a dos penas por sendos delitos de homicidio y lesiones, pero en la actualidad aporta informes de los que se desprende que su conducta es buena, e incluso según informes del centro Penitenciario es "destacada" lo que ha provocado la concesión de recompensa y revisión con pase al segundo grado por la Junta de Tratamiento. No parece por tanto evidenciarse una situación de peligrosidad que haga merecedor al actor de la denegación de la concesión de la tarjeta solicitada. Procede en definitiva asumiendo los razonamientos del juzgador, confirmar íntegramente su sentencia."

Esta Sala se ha referido a cuestiones similares sino idénticas al caso de autos también en relación con un ciudadano comunitario y lo ha hecho en la sentencia de 15.3.2013, dictada en el recurso de apelación núm. 246/2012, con el siguiente tenor:

"Y así no es cierto que la sentencia de instancia incurra en error al valorar la prueba y concluir en su F.D. Tercero que el apelante supone un riesgo para la sociedad española, ni tampoco incurre en error al aplicar el art. 15.1.c) del RD 240/2007 y considerar que no ha acreditado que concurra **arraigo** laboral, social y **familiar** del apelante en España. Es verdad que el apelante solo ha sido condenado por un delito de hurto a una pena



de diez meses de prisión, pero también lo es y esto es relevante que por dicha pena se encuentra cumpliendo condena y que no se le ha otorgado el beneficio de la suspensión, y no solo eso sino que en el plazo de quince meses ha sido detenido hasta en ocho ocasiones, de ellas seis por delito de hurto, una por delito de robo y otra por reclamación, y además se trata de detenciones verificadas en distintas provincias del norte de España, lo que lleva a la Sala a considerar, de conformidad con el criterio Jurisprudencial expuesto y de conformidad con lo acertadamente razonado en la sentencia de instancia que la conducta personal llevada a efecto por el apelante en suelo español crea alarma social y es gravemente atentatoria al orden pública y la paz social, como así se esta poniendo de manifiesto desgraciadamente de manifiesto en la actualidad que hechos similares a los imputados al apelante crean una verdadera alarma y grave inseguridad ciudadana. Y si a ello añadimos que no consta acreditado que el apelante tenga ningún tipo de **arraigo** laboral, social y **familiar** en España y que se desconoce que tenga medios económicos y legales para subsistir en España es por lo que concluye la Sala que la expulsión acordada es plenamente acorde a la normativa aplicable y acorde y coherente con la interpretación que de esta normativa se viene haciendo por los diferentes Tribunales, ya que con dicha interpretación el Estado se defiende de conductas como las del apelante que ponen en riesgo la seguridad ciudadana y la tranquilidad pública; es verdad por otro lado que cada conducta individualmente considerada no parece demostrar gravedad pero sumadas todas ellas y teniendo en cuenta que corto espacio de tiempo en el que se han llevado a cabo y que ello además se ha producido en diferentes provincias, todo ello pone de manifiesto la perversidad y malicia del apelante así como su nulo respeto a las normas de convivencia que nos hemos dado los españoles y que el apelante no puede tratar de eludir acudiendo a su condición de ciudadano comunitario. Por lo expuesto, procede desestimar mencionados motivos de impugnación".

En términos similares deponen la sentencia del TSJ Castilla-León (sede Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, de 29-4-2011, nº 1005/2011, rec. 725/2010, de la que ha sido Ponente Don Francisco Javier Pardo Muñoz, la sentencia del TSJCyL, Sala de lo contencioso-Administrativo de Valladolid de 26 de julio de 2012, dictada en el recurso de apelación 472/2012 de la que fue Ponente Don Francisco Javier Zatarain Valdemoro, y la sentencia del TSJCyL, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, Sec. 3ª de fecha 13.4.2012, nº 717/2012, dictada en el recurso 732/2011, de la que fue Ponente Don Francisco Javier Pardo Muñoz. Y también en términos similares deponen reiteradas sentencias la sentencia de esta Sala y sección de fecha 15.3.2013, dictada en el recurso de apelación 246/2012.

También al valor que pueden darse a unas detenciones policiales en relación con la expulsión de un extranjero se ha pronunciado la STC, Sala 1ª de fecha 26.11.2009, nº 212/2009, rec. 4628/2006 (BOE 313/2009, de 29 diciembre 2009), Ponente: Casas Baamonde, María Emilia, y lo ha hecho con el siguiente tenor:

"En el presente caso, y a diferencia del resuelto en la STC 140/2009, de 15 de junio, no podemos concluir que la resolución administrativa haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL 1978/3879) del recurrente, pues -como también destaca el Abogado del Estado- de la consideración del expediente administrativo en su conjunto se puede concluir que la resolución sancionadora, por remisión a todo lo actuado, sí justifica la decisión de imponer la sanción de expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional frente a la de multa, ponderando las circunstancias del caso y lo alegado por el afectado en el trámite de audiencia.

Como se expuso con más detalle en los antecedentes, tras haber sido detenido por la presunta comisión de un delito de robo con violencia o intimidación, se acordó incoar contra el recurrente un procedimiento preferente de expulsión por una infracción prevista en el art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al no disponer de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España.

En dicho procedimiento se alegó que el Sr. Constancio había solicitado permiso de trabajo y residencia hacía más de dos años, sin que por parte de la Administración se hubiera resuelto tal expediente, y que llevaba residiendo en España más de diez años y desde hacía seis convivía con su pareja de hecho, que tiene residencia legal en España, con la que tiene un hijo en común, así como que estaba empadronado y disponía de tarjeta sanitaria.

Los sucesivos Instructores del expediente, en respuesta a dichas alegaciones, señalaron que no se aportaba documento alguno que acreditase lo alegado, que las solicitudes de permiso de residencia y de trabajo habían sido denegadas y que le constaban diversas detenciones por delitos graves, demostrativas de una conducta antisocial en España.

El expediente finalizó por Resolución del Delegado del Gobierno en Madrid, de 25 de marzo de 2004, en la que se imponía al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en España por un periodo de diez años, posteriormente ratificada judicialmente.

En definitiva, la lectura de la resolución sancionadora, integrada con el conjunto del expediente al que implícitamente se remite, permite concluir que se exteriorizan las razones que conducen a la adopción de la



decisión y que éstas no son incoherentes con los presupuestos objetivos y subjetivos, así como con los criterios de aplicación legalmente previstos para la aplicación de la sanción, quedando excluida la arbitrariedad de la decisión".

SEXTO.- A la vista de los hechos relatados, los preceptos legales aplicables y el criterio jurisprudencial expuesto, procede enjuiciar los motivos de impugnación esgrimidos en el recurso de apelación, si bien se considera ya "a priori" que en el recurso de apelación no han resultado desvirtuados los acertados razonamientos jurídicos esgrimidos en la sentencia de instancia (que la Sala acepta y hace suyos dándolos por reproducidos) cuando rechaza idénticos argumentos que lo reiterados en el recurso de apelación.

Así comienza denunciando la parte apelante que se vulnera el principio de presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo" porque se acuerda la expulsión con base en meras detenciones policiales, cuyo contenido no basta para valorar y concluir que la conducta del apelante constituye una amenaza real, grave y actual; rechaza la apelada dicha denuncia porque la sentencia apelada no se pronuncia sobre la culpabilidad o inocencia del apelante.

Se rechaza mencionado motivo de impugnación. La expulsión en el presente caso se acuerda por la suma de un cúmulo de circunstancias que concurren en la conducta personal del apelante, y que llevan a la Administración y a la sentencia apelada a concluir que dicho apelante viene llevando a cabo en territorio español una conducta que conlleva una amenaza real, actual y suficientemente grave para la paz, orden y seguridad pública. Y este cúmulo de circunstancias son las siguientes: una condena penal por un delito de robo a la pena de diez meses de prisión mediante sentencia firme de 13.12.2013 y 69 detenciones policiales llevadas a cabo desde el 31.1.2009 hasta el día 14 de julio de 2.014, y motivadas la gran parte de las mismas por presuntos delitos de robo con fuerza en las cosas y hurtos, llevados a cabo en diferentes localidades del entorno de Madrid Capital y de la Comunidad Autónoma de Madrid; y así mismo también se insiste para justificar dicha expulsión en que el apelante carece de verdadero **arraigo** social y laboral en territorio español.

Y la sentencia apelada no vulnera el principio de presunción de inocencia ni el principio in dubio pro reo, pese a que se apoye en el valor negativo de tales detenciones policiales para justificar también la medida de expulsión acordada, porque cuando así lo hace no está condenando penalmente al apelante por los presuntos hechos delictivos que motivaron esas detenciones, sino que lo que se limita es a verificar una valoración consistente en inferir que del resultado de tales detenciones en un número tan ingente y elevado en tan corto espacio de tiempo, unido a la condena penal de la que ha sido objeto, resulta que el apelante es responsable claramente de una conducta personal que claramente constituye una amenaza grave, real y actual para el orden y seguridad pública. Y valorar negativamente tales detenciones que no son negadas por el propio apelante, no supone infringir derecho constitucional a la presunción de inocencia ni tampoco el principio "in dubio pro reo", por cuanto que como resulta de la Jurisprudencia trascrita, también el propio TC ha admitido que pueda justificar la opción de la sanción de expulsión en detenciones policiales por delitos graves. Entendemos por ello que la valoración que al respecto verifica la sentencia apelada es plenamente ajustada a derecho y la Constitución.

SEPTIMO.- Denuncia en segundo lugar la parte apelante, que la sentencia apelada yerra al valorar la prueba y concluir que no aprecia **arraigo** social y laboral en el apelante, cuando de la prueba aportada resulta que lleva residiendo en España desde hace más de seis años, tiene domicilio conocido, y se encuentra empadronado junto a su mujer y sus cinco hijos, todos ellos menores de edad y nacidos en España, los cuales se encuentran escolarizados. Insiste en que el anterior aunque no esté dado de alta en la Seguridad social, como gitano de origen rumano, trabaja recogiendo chatarra, de la que saca unos ingresos para atender a su familia junto con la ayudas que recibe de Cruz Roja.

También procede rechazar el presente motivo de impugnación, siendo acertada y ajustada a derecho la valoración contenida en la instancia y que concluye afirmando que no aprecia **arraigo** en el apelante. Es verdad que este se encuentra en España desde el año 2.009, también es verdad que convive con la madre de sus cinco hijos menores nacidos en territorio español con los que convive, pero de nacionalidad rumana, no habiendo acreditado que estén casados. Pero considera que ello no basta para poder afirmar que el apelante se encuentra arraigado en territorio español, y menos aún a la vista del extenso y amplia historial de detenciones policiales de las que ha sido objeto, por cuanto que si bien el apelante físicamente se encuentra y reside en España y que en España ha tenido sus cinco hijos, sin embargo su conducta revela un total incumplimiento y una total falta de respeto que nos hemos dado a las normas de convivencia; y si a ello unimos que en ningún momento ha trabajado legalmente ni ha estado de alta en la Seguridad Social, que carece de medios económicos y que se desconoce los medios por medio de los cuales atiende a las necesidades de sus cinco hijos menores; por todo ello es por lo que hemos de concluir que no cabe apreciar **arraigo** social ni laboral del apelante en territorio español.



Por otro lado, es verdad que el apelante es padre de cinco niños, de nacionalidad rumana, nacidos todos ellos en territorio español, pero sin embargo también lo es que nada se ha acreditado sobre la escolarización e integración de tales menores en el territorio español.

OCTAVO.- Finalmente denuncia la parte apelante que se ha inaplicado el RD 240/2007, ya que de haberse aplicado el mismo y lo dispuesto en el art. 2.d) y en el art. 15.5.b) de dicho Real Decreto no se hubiera adoptado la medida de expulsión y menos aún cuando con dicha medida no se atiende a las circunstancias previstas en el art. 39.4 de la C.E .

También procede rechazar el presente motivo de impugnación, primero porque la expulsión acordada lo ha sido aplicando expresa y explícitamente las previsiones contenidas en el art . 15 del RD 204/2007; segundo, porque la expulsión tan solo se ha adoptado en relación con el apelante, no en relación con sus hijos menores ni en relación con la madre de estos, y tal medida se ha adoptado con base en una conducta personal del apelante que ha venido ejecutando desde el año 2009 hasta el año 2.014 de forma continua y reiterada, conducta que revela que su proceder constituye una amenaza real, grave y actual para el orden y seguridad pública; y tercero, porque nada impide que de expulsarse al apelante, puedan acompañarle sus hijos menores, también de nacionalidad rumana, y la madre de estos, no vulnerándose por ello los derechos que tales niños tienen reconocidos en nuestra legislación y en los tratados internacionales. La expulsión en el presente caso no solo se ha adoptado en virtud de una causa legalmente prevista, sino también con apoyo en unos hechos muy graves que alteran y amenazan gravemente la paz y orden público. No duda la Sala que esta expulsión puede conllevar unos perjuicios para los hijos del apelante, pero también lo es que estas consecuencias son las inherentes a tal medida y así queridas, para casos como el de autos, tanto por la Legislación Española como por la normativa comunitaria, cuando prevé y admite expulsiones del territorio nacional como la de autos.

Con base en todos estos argumentos se desestima el recurso de apelación y se confirma en todos sus extremos la sentencia apelada.

ÚLTIMO.- Desestimándose el recurso de apelación interpuesto, procede en aplicación del art. 139.2 de la LRJCA hacer expresa imposición de costas a la parte apelante por las devengadas en esta segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación la SALA ACUERDA

FALLO

Desestimar el recurso de apelación núm. 97/2015, interpuesto por el ciudadano de Rumania, D. Fernando , defendido por la letrada D^a Nieves Vizuete Gregorio, contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2.015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila en el procedimiento abreviado núm. 316/2014, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el anterior contra la resolución de 16 de octubre de 2.014 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por D. Fernando contra la resolución de 4 de septiembre de 2.014, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Ávila por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del recurrente y la prohibición de entrada en territorio nacional por período de cinco años, desestimando las pretensiones de la parte recurrente y declarándose, en consecuencia, conforme y ajustada a derecho la resolución administrativa impugnada, todo ello, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en este procedimiento; y en virtud de dicha desestimación se confirma los pronunciamientos de la sentencia de instancia, y ello con expresa imposición de costas a la parte apelante por las causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes.

Esta sentencia es firme y contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala al inicio indicados, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.