



Roj: **STS 496/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:496**

Id Cendoj: **28079130052019100051**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **11/02/2019**

Nº de Recurso: **5211/2017**

Nº de Resolución: **160/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JUAN CARLOS TRILLO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 6079/2017,**
ATS 1118/2018,
STS 496/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 160/2019

Fecha de sentencia: 11/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5211/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: EAL

Nota:

R. CASACION núm.: 5211/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 160/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina



D. Juan Carlos Trillo Alonso

D^a. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 11 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número 5211/2017, que ha sido interpuesto por la procuradora doña Amaya María Rodríguez Gómez de Velasco, en nombre y representación de don Íñigo , bajo la dirección letrada de don Santiago Luengo Martín, contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera, en el recurso de apelación número 111/2017 , interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Madrid, el 6 de abril de 2016 , en el procedimiento abreviado número 149/2015, sobre expulsión del país con prohibición de entrada del recurrente, habiendo comparecido como parte recurrida el Abogado del Estado, en el nombre y representación que le es propio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Delegación del Gobierno en Madrid se dictó decreto con fecha 17 de marzo febrero de 2015 que acordaba:

<<En su virtud, he resuelto, de acuerdo con la propuesta formulada, decretar su expulsión del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de 5 años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto>>.

Contra dicho decreto el recurrente formuló procedimiento abreviado que fue tramitado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Madrid bajo el número 149/2015, quien dictó sentencia con fecha 6 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

<<Que desestimando la demanda interpuesta por D. Íñigo , acuerdo no haber lugar a declarar la nulidad o anulabilidad del acto administrativo impugnado, sin hacer expresa condena en costas>>.

Y recurrida en apelación dicha resolución, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera, en el recurso de apelación número 111/2017 , dictó sentencia con fecha 31 de mayo de 2017 , siendo su parte dispositiva como sigue:

<<Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Íñigo , confirmamos la Sentencia número 102 de 6 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Madrid en el procedimiento abreviado 149/2015 por ser conforme a derecho; con expresa imposición de las costas causadas a la parte apelada en los términos fijados en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de don Íñigo , presentó escrito de preparación de recurso de casación en los términos previstos en el artículo 89 de la ley reguladora de esta jurisdicción , en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015

TERCERO.- Mediante auto de 2 de octubre de 2017 la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo. Así mismo, la referida Sala emitió opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso en sentido favorable a la admisión del mismo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo se dictó Auto el 9 de febrero de 2018, acordando:

<<1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D. Íñigo , contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, nº 196/17, de 31 de mayo, confirmatoria en apelación (nº 111/17) de la nº 102/16 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de esta Capital.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si cabe la expulsión -en aplicación del art. 53.1.a) L.O. 4/00 (LOEX)- de un extranjero



casado con ciudadana española, del que no consta haya realizado ninguna actividad laboral, sin residencia estable y detenido por diversos delitos, o, por el contrario, le es de aplicación lo dispuesto en los arts. 15.1 y 28.1 de la Directiva 2004/38/CE (traspuesta a nuestro ordenamiento por el RD 240/2007).

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, deben ser objeto de interpretación los arts. 2.3 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre; 2.5.a) del Reglamento UE 2016/399, de 9 de marzo; 2.2.a) Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004; 15.3 y 28.1 de la Directiva 2004/38/CE.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas de reparto>>.

QUINTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de don Íñigo, con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, para finalizar instando en el suplico la estimación del recurso y que la Sala <<[...] deje sin efecto dicha sentencia y, por ende, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Madrid de fecha 6 de abril de 2016 y la resolución administrativa impugnada que decretó la expulsión de España de mi representado, con imposición de costas a la parte recurrida>>.

SEXTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se presentó escrito por el Abogado del Estado quien, con exteriorización de los argumentos que tuvo por convenientes, solicitó que la Sala <<[...] dicte sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto, declarando asimismo la plena corrección de la doctrina recogida en la sentencia recurrida>>.

SÉPTIMO.- Por providencia de 23 de octubre de 2019, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 6 de febrero del presente, fecha en la tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Tercera), el 31 de mayo de 2017, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto por el aquí recurrente, don Íñigo, contra otra del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Madrid, de 6 de abril de 2016, a su vez desestimatoria del recurso contencioso administrativo formulado contra resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 17 de marzo de 2015, por la que se acuerda la expulsión del indicado don Íñigo del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por cinco años.

La resolución administrativa impugnada aprecia la infracción prevista en el artículo 53.1.a) de la ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por encontrarse el Sr. Íñigo, natural de Nigeria, irregularmente en territorio español.

Se expresa en la resolución de mención que <<Al ser requerido por fuerzas policiales, el día 10/12/2014 para proceder a su identificación y tras las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad, se ha comprobado que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España>>.

Se indica también que además de la permanencia irregular en España, obran en el expediente <<Otros datos negativos sobre su conducta, al constarle, con el ordinal N.º NUM000, detenciones por falsedad documental, malos tratos físicos y robo con violencia o intimidación, además con el ordinal N.º NUM001 le constan detenciones por estafa, delito de prostitución e infracción de la Ley de Extranjería, hechos que demuestran un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica, que en ningún caso sanaría su situación irregular en España>>. Se añade que <<[...] en el momento de su detención estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, desconociéndose cuándo y por dónde efectuó su entrada en territorio español y si lo hizo por un puesto habilitado conforme a lo establecido en el artículo 25 de la Ley de Extranjería citada>>.

La sentencia de primera instancia fija como hechos probados los siguientes:

<<1.- De la documentación adjunta a la demanda resulta que el demandante se identifica con pasaporte de la República de Nigeria, expedido en Madrid el día 9 de octubre de 2013 y en vigor hasta el 8 de octubre de 2018.

2.- Según su libro de familia, cuya copia aportó incompleta y que se ha comprobado correcta en el acto del juicio, el demandante contrajo matrimonio con doña Asunción, en Vall d'Uxó, Castellón el día 25.1.2006. Del



examen del expediente administrativo resulta que según el volante de empadronamiento de 10.5.2012, en esa fecha el demandante convivía con otras personas pero no con doña Asunción . pero en cambio, en el volante de empadronamiento de 15 de julio de 2013, aparece residiendo con el demandante, doña Asunción desde el día 28.12.2012; constando con nacionalidad española.

3.- Ante el Juzgado de lo Contencioso administrativo número 16 de Madrid se sigue el procedimiento abreviado 514/2012, sobre tarjeta de residente como familiar de ciudadano de la Unión, solicitada por el demandante; que fue denegada, y desestimándose también al recurso de reposición, el día 14 de septiembre de 2012. Teniendo juicio para el 21 de julio de 2015, sin que el demandante haya precisado a este juzgado, el resultado de dicho juicio.

4.- Conforme al folio 28 del expediente administrativo, el 27.11.2014, se notificó por edicto al demandante, haberse desestimado su recurso de alzada de 8.4.2014, relativo a su tarjeta de residente comunitario, solicitada el día 9 de enero de 2013. Siendo el motivo de denegarse, haber sido detenido el demandante en las ocasiones que allí consta, por diversos delitos. Sin que alegue ni acredite el demandante, haber recurrido esta resolución.

5.- Del folio 23 resulta que el demandante fue condenado en sentencia de 23 de noviembre de 2009 , por el atestado número NUM002 , que corresponde a hechos sucedidos el 22 de abril de 2008; falsificación de documentos, según la resolución al folio 28. Remitiéndose la pena privativa de libertad, y archivándose definitivamente la ejecutoria, el día 23 de julio de 2012. El Juzgado de Instrucción número seis de Fuenlabrada, en diligencias previas procedimiento abreviado 3836/2011, ha acordado el sobreseimiento provisional de la causa el día 3 de septiembre de 2012; causa hasta esa fecha seguida contra el demandante. El Juzgado de Instrucción número cuatro de Fuenlabrada, en diligencias previas procedimiento abreviado 2393/2011, decretó el sobreseimiento provisional de la causa seguida entre el demandante y doña Clara , alguna de las diligencias policiales en que ha sido detenido el demandante, si bien esa causa, si se seguía contra el demandante. Para otorgar poder procesal en este procedimiento el demandante se ha acreditado con copia de su pasaporte expedido por el Juzgado de Instrucción número 2 de Fuenlabrada, en diligencias previas procedimiento abreviado 1769/2014; puesto que el día 10 de marzo de 2015, la Secretaría de dicho juzgado retiró este pasaporte al demandante, como medida cautelar en dicho procedimiento penal.

6. Por auto de 3.11.2015, este juzgado ha denegado suspender la ejecución del decreto de expulsión impugnado. Este auto ha sido objeto de recurso de apelación, ahora en trámite>>.

En el fundamento de derecho primero examina el juzgador la alegación del recurrente relativa a la infracción del Real Decreto 240/2017, sobre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios, fundamentada en que la orden de expulsión ignora que es cónyuge de una española.

Dice así el indicado fundamento:

<<Por la parte demandante se alega como causa de nulidad del acto administrativo impugnado la Infracción del Real Decreto 240/2007 sobre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios, al haber sido expulsado el demandante, ignorando que es cónyuge de una española y ciudadano comunitario.

Conforme al art. 15.1 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , regulador de la Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y se sus familiares: "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:

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 sus familias, 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".

Conforme al mismo art. 15, punto 5: "La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores l a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

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". En consecuencia, puede expulsarse a un familiar comunitario sin residencia permanente, comprobando una amenaza grave a intereses relevantes; y, si tiene residencia permanente, entonces es necesario además, que exista motivo grave de orden público o seguridad pública, y ello lo justifique en relación con las circunstancias personales del interesado>>.

En atención a lo expuesto en el fundamento de derecho precedente razona el juzgador en el fundamento de derecho segundo, sobre la no condición del recurrente de familiar de residente comunitario en los siguientes términos:

<<En el presente caso, el demandante no tiene residencia permanente puesto que en ningún momento se le ha concedido una tarjeta de familiar comunitario, con lo que no ha podido completar cinco años de residencia legal en los términos del art. 10 del citado Real Decreto 240/2007 . Asimismo, por la misma razón a juicio de la proveyente, ni siquiera puede ser considerado familiar de ciudadano comunitario, puesto que se le ha denegado dos veces la tarjeta de familiar por su conducta, y ambas resoluciones por lo que consta, a la fecha son ejecutorias. Siendo que al parecer la segunda de 2014, incluso, el demandante la ha dejado firme. Y en cuanto a la primera de 2012, la ha recurrido pero no acredita sentencia estimatoria y ni siquiera, un auto de medidas cautelares autorizando estancia provisional en España. Por lo cual, por actos administrativos ejecutorios, en el presente el demandante no tiene la condición de familiar de residente comunitario>>.

Para ya en los fundamentos de derecho tercero y cuarto, justificar como conforme a derecho la orden de expulsión adoptada en la resolución del Delegado del Gobierno de Madrid impugnada, y no la imposición de una multa.

Dicen así los indicados fundamentos de derecho tercero y cuarto:

<<FUNDAMENTO TERCERO.- Desde el día 24.12.2010, es de aplicación directa en España la Directiva 2008/115/CEE del Parlamento Europeo sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Según la cual, procederá siempre el retorno a su país de un extranjero en situación irregular, salvo en ciertas condiciones, casos de menores de edad, de personas enfermas, de personas en peligro de persecución, y de romperse la convivencia familiar (art. 5 de la Directiva); o bien si el extranjero ha solicitado o se decide concederle alguna clase de autorización para estar en el país. Previéndose solamente dos posibilidades, dar la oportunidad de retorno voluntario en un plazo o directamente, acordar el retorno forzoso, en función del riesgo de fuga o incumplimiento que presente el ciudadano extranjero. Esta directiva resulta incompatible con la citada doctrina del Tribunal Supremo español, generalmente aplicada desde el año 2007; y así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 23.4.2015, resolviendo una cuestión prejudicial que interpuso la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Haciendo aplicación al presente caso, podrían concurrir en el demandante, dos de las excepciones de la Directiva, puesto que no consta terminado por sentencia firme, el procedimiento en el que discutía su tarjeta de residente comunitario, la cual se fundaba en la relación familiar con su esposa española. Siendo que posiblemente, esta relación familiar, fuese perjudicada por una expulsión caso de existir.

FUNDAMENTO CUARTO.- En consecuencia, no siendo forzoso para el Estado, expulsar al demandante, resulta de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo sobre proporcionalidad de las sanciones de expulsión. Concretamente, la doctrina sentada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en sentencias de 25.10.2005 y 10.2.2006, revocando en ambos casos sentencias de salas de tribunales superiores de justicia , y en el segundo, la de Madrid. Conforme a esta doctrina:

"2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional". "3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa....". "en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora."



Pues bien: en ciertos casos, el Tribunal Supremo ha entendido que, por constar en el procedimiento administrativo alguna circunstancia especial justificativa de la expulsión, sí resultaba justificada esta medida más grave.

Concretamente, en sentencia de 14.12.2006 , RJ 2006/4179, ha apreciado como fundamento suficiente que la demandante había sido detenida un día antes de la incoación, por sustraer prendas de vestir en un centro comercial por valor de 200 €. En sentencia de 14.12.2006 , RJ 2006/4181, se ha considerado relevante que el demandante había viajado utilizando documentación española a nombre de otra persona, y sin portar la suya.

En el presente caso, examinado el expediente administrativo, se comprueba que en el demandante concurre una circunstancia análoga, habiendo sido detenido por delito muchas veces e incluso condenado. Es cierto que posiblemente, el demandante todavía litiga por su tarjeta de familiar comunitario, puesto que tampoco alega la defensa del Estado, que dicho procedimiento haya terminado por sentencia firme y desestimatoria. Lo que integra una circunstancia de arraigo familiar que en circunstancias normales desaconsejaría esta sanción tan grave de expulsión. Pero, en vista de las circunstancias desfavorables del demandante, que ni alega ni acredita, haber trabajado legalmente en España, nunca; se considera de mayor entidad el peso de estas circunstancias desfavorables. Y, en estas condiciones, no puede considerarse, ilegal ni irrazonable, la decisión de la Delegación del Gobierno en Madrid. Por lo que resultaba proporcional la sanción de expulsión, siendo procedente desestimar esta causa de nulidad>>.

La sentencia dictada en apelación expresa en el último párrafo del fundamento de derecho primero que <<Pretende el recurrente se revoque la sentencia de instancia y se acuerde la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa en cuantía mínima, alegando que, aún cuando ha sido detenido en varias ocasiones, los procedimientos han resultado sobreesidos, existiendo una única condena que fue remitida con fecha 23 de julio de 2012, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta>>, dándose respuesta a tal planteamiento en el fundamento de derecho segundo en el que, apoyándose en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, concluye que es procedente la orden de expulsión.

Sostiene al final del indicado fundamento de derecho segundo que <<A mayor abundamiento en el supuesto sometido a decisión, como se dice en la resolución impugnada, a la estancia ilegal se une el hecho de que en el momento de su detención estaba indocumentado y, por tanto, sin acreditar su identificación y filiación, desconociéndose cuando y por donde efectuó su entrada en territorio español y si lo hizo por un puesto habilitado. Por otro lado, existen otros datos negativos sobre su conducta, al constarle detenciones por falsedad documental, malos tratos físicos y robo con violencia e intimidación, estafa, delito de prostitución e infracción de la Ley de Extranjería. por lo que no existe infracción del principio de proporcionalidad en la sanción impuesta incluso con la jurisprudencia anterior>>.

SEGUNDO.- Disconforme el recurrente en primera instancia y en apelación con la sentencia dictada por el tribunal superior, prepara el recurso de casación y una vez que se tuvo por preparado y remitidas las actuaciones a esta sala, por auto de su sección primera se admitió a trámite, expresándose en los apartados 2º y 3º de su parte dispositiva lo que sigue:

<<2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si cabe la expulsión -en aplicación del art. 53.1.a) L.O. 4/00 (LOEX)- de un extranjero casado con ciudadana española, del que no consta haya realizado ninguna actividad laboral, sin residencia estable y detenido por diversos delitos, o, por el contrario, le es de aplicación lo dispuesto en los arts. 15.1 y 28.1 de la Directiva 2004/38/CE (traspuesta a nuestro ordenamiento por el RD 240/2007).

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, deben ser objeto de interpretación los arts. 2.3 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre ; 2.5.a) del Reglamento UE 2016/399, de 9 de marzo ; 2.2.a) Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004 ; 15.3 y 28.1 de la Directiva 2004/38/CE >>.

TERCERO.- En respuesta al planteamiento que de la cuestión con interés casacional se realiza en el auto de admisión del recurso, procede indicar como punto de partida que la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, prevé en su artículo 2, apartado 3 , que <<La presente directiva no se aplicará a los beneficiarios del derecho comunitario a la libre circulación, con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen>>, esto es, con arreglo al artículo 2, apartado 5 del Reglamento (UE) 2016/394 del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece como beneficiarios del derecho a la libre circulación con arreglo al derecho de la Unión Europea, en el subapartado a), único de interés para esta litis, a <<[...] los ciudadanos de la Unión según lo dispuesto en el artículo 20, apartado 1, del TFUE , así como a los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que ejerzan su derecho a circular libremente y a los que se aplique la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo>>.



Para los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que ejerzan su derecho a circular libremente, rige la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, 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, cuyo artículo 5, bajo el título <<Garantías del procedimiento>>, prevé en su apartado 1 que <<Los procedimientos previstos en los artículos 30 y 31 se aplicarán, por analogía, a toda decisión que restrinja la libertad de circulación de ciudadanos de la Unión o los miembros de su familia por motivos que no sean de orden público, seguridad pública o salud pública>>, y en cuyo artículo 28, bajo el título <<Protección contra la expulsión>>, prevé en su apartado 1 que <<Antes de tomar la decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, su estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de sus vínculos con su país de origen>>.

Por su parte el artículo 27 de la indicada Directiva 2004/38/CE, integrador, junto con los artículos 28 a 33, de su capítulo VI, titulado <<Limitaciones de derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública>>, bajo el epígrafe <<Principios generales>> previene en su apartado 1 que <<Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública>>, con la advertencia al final del texto de que <<Estas razones no podrán alegarse con fines económicos>> y en su apartado 2, que <<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>>, con también dos advertencias finales, una, relativa a que <<La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por si sola una razón para adoptar dichas medidas>>, otra, a que <<La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad>>, añadiendo que <<No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general>>.

Por su parte el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38/CE, supedita el reconocimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro a la obtención del documento denominado <<Tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión>>.

Es el indicado documento que debió ser solicitado por el recurrente (artículo 9 de la Directiva 2004/38/CE), el que, según consta en la sentencia de primera instancia, fue denegado dos veces por su conducta y lo que lleva al juzgador a cuestionar la consideración de aquel como familiar de ciudadano comunitario. Sin embargo, no es la expuesta la razón por la que el juzgador concluye que la expulsión acordada en la resolución administrativa impugnada es conforme a derecho.

Sentando como punto de partida la posibilidad de que el recurrente aún está litigando por la obtención de la tarjeta de familiar comunitario, la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, considera conforme a derecho la decisión de expulsión del recurrente, incluso aceptando su condición de familiar de un ciudadano de la Unión, en atención a razones de orden público, seguridad jurídica o salud pública previstas como habilitantes de la expulsión en la Directiva 2004/38/CE y en el Real Decreto 240/2007, de 6 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, concretamente en su artículo 15.1 y 5, al que expresamente se refiere, conforme ya vimos, la indicada sentencia en su fundamento de derecho primero, transcribiéndolo parcialmente.

Conforme con lo hasta aquí expuesto, la contestación a la cuestión planteada en el auto de admisión es que no cabe la expulsión en aplicación de la Ley Orgánica 4/2000 de un extranjero casado con una ciudadana española, del que no consta haya realizado ninguna actividad laboral, sin residencia estable y detenido por diversos delitos, en cuanto le es de aplicación lo dispuesto en los artículos 15.1 y 28.1 de la directiva 2004/38/CE, tras puesta a nuestro ordenamiento pro el Real Decreto 240/2007.

Pero es de advertir que tal contestación no conduce a la estimación del recurso, en cuanto la condena que del recurrente consta por falsificación de documentos, así como las múltiples detenciones de que ha sido objeto, junto a la ausencia de actividad laboral, y la más que dudosa convivencia familiar, revelan no solo que la conducta personal del recurrente constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad, tal como exige el artículo 27.2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/38/CE, sino también la no concurrencia en él de alguna de las circunstancias que deben tenerse en cuenta, a tenor del artículo 28.1 de la citada Directiva, como trámite previo a la decisión de expulsión por razones de orden



público o seguridad ciudadana, y es que salvo la acreditación de haber nacido en Nigeria el NUM003 de 1968 y de su matrimonio con doña Asunción , nada consta de interés en las actuaciones.

CUARTO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso a ninguna de las partes, por no apreciarse temeridad o mala fe y, de conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la ley jurisdiccional , cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido no haber lugar al recurso de casación contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de don Íñigo , contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera, en el recurso de apelación número 111/2017 ; sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Míguez Octavio Juan Herrero Pina

Juan Carlos Trillo Alonso Ines Huerta Garicano

Cesar Tolosa Tribiño Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Juan Carlos Trillo Alonso** , estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.