

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ062663

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID*Sentencia 420/2017, de 6 de junio de 2017**Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2.ª)**Rec. n.º 970/2016***SUMARIO:**

Extranjería. Expulsión del territorio nacional. Condena penal superior a un año. Antecedentes penales. Duración de la pena. Denegación de entrada. La interpretación que cabe dar al artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto explicita como causa de expulsión del territorio nacional a un extranjero que haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, ha dado lugar a no pocos quebraderos de cabeza a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Y es que mientras unos propugnan que hay que atender a la pena en abstracto del Código Penal, otros afirman que lo trascendente es la pena en concreto impuesta al extranjero, siendo así que la Sentencia del TSJ de Madrid, objeto del presente comentario, se inclina con total rotundidad por este segundo criterio.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 4/2000 (de derechos y libertades de los extranjeros en España), art. 57.2.

PONENTE:

Don José Ramón Chulvi Montaner.

Apelación 970/16

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2015/0005965

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

PLENO 2/2.017

APELACIÓN 970/2.016

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente :

D. Juan Pedro Quintana Carretero



Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. María Ángeles Huet de Sande,
D. Gustavo Ramón Lescure Ceñal,
D. Ramón Verón Olarte,
D^a. María del Camino Vázquez Castellanos
D^a. Francisca María Rosas Carrión,
D. José Daniel Sanz Heredero,
D. José Luis Quesada Varea,
D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez,
D. Miguel Ángel García Alonso,
D. María del Pilar Maldonado Muñoz,
D. José Ramón Chulvi Montaner,
D^a. Margarita Pazos Pita,
D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera,
D. Rafael Estévez Pendás,
D. Joaquín Herrero Muñoz Cobo,
D. Rafael Villafañez Gallego
D^a. Ana Rufz Rey.

En Madrid, a seis de Junio del año dos mil diecisiete.

Vistos por el Pleno de la Sala, constituido por los Magistrados arriba indicados, los autos de recurso de apelación núm. 970/16 interpuesto por D. Luis María , representado por la Procuradora D^a. Virginia Rosa Lobo Ruiz y dirigido por el Letrado D. Carlos González Vega, contra la Sentencia de fecha 5 de febrero de 2016 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid, en el Procedimiento Abreviado número 136/2015. Siendo parte apelada la Delegación del Gobierno de Madrid, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El día 5 de febrero de 2016 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 29 de Madrid en el Procedimiento Abreviado número 136/2015 dictó Sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por DON Luis María contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 24 de Febrero de 2015, que se describe en el primer antecedente de hecho, por ser conforme al ordenamiento jurídico, imponiendo al recurrente las costas del juicio con el alcance expresado en el Fundamento Jurídico VI".

Segundo.

Por escrito presentado el día 21 de marzo de 2016, por la representación procesal de D. Luis María se interpuso recurso de apelación contra la citada resolución formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida y terminó solicitando en su día previos los trámites legales resuelva estimar el recurso de apelación y se revoque la sentencia dictada por el Juzgado y se anule la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte demandada.

Tercero.

Admitido a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a la otra parte, oponiéndose a la apelación el Abogado del Estado por escrito presentado el 27 de septiembre de 2016.



Cuarto.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a la Sección Segunda, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Ramón Chulvi Montaner, señalándose el 11 de mayo de 2017 para la deliberación votación y fallo del recurso de apelación, suspendiéndose dicha deliberación y mediante Acuerdo del Presidente de la Sala se señaló la celebración de Pleno Jurisdiccional integrado por las Secciones 2ª, 3ª, 9ª y 10ª con competencia en materia de extranjería según las normas de reparto, por existencia de pronunciamientos contradictorios entre varias Secciones de la Sala, para el día 29 de mayo de 2017, designándose al mismo Magistrado ponente que ya venía siéndolo en la Sección, día y hora en que tuvo lugar dicha deliberación.

Quinto.

En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El acto administrativo recurrido es la resolución de fecha 24 de febrero de 2015, de la Delegada del Gobierno en Madrid, recaída en expediente NUM000 , por la que se acuerda decretar la expulsión del recurrente del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años a contar desde la fecha en que se lleve a efecto, por aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por haber sido condenado por el Juzgado de lo Penal nº 17 de Madrid, sentencia nº 86/2014 , ejecutoria 841/2014, a la pena de seis meses de prisión.

La sentencia apelada desestima el recurso razonando que con arreglo al tenor literal del artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 , la medida de expulsión requiere, para su adopción, no la pena que en concreto se imponga al interesado por el delito cometido, seis meses en el caso del demandante, sino la pena señalada en abstracto para dicho delito, con cita de numerosas sentencias. Por tanto, si el demandante fue condenado en sentencia del Juzgado de lo Penal nº 17 de Madrid en causa nº 96/13, Ejecutoria 841/14, por delito de estafa en cuantía de 35.500 Euros (según la sentencia que obra en el expediente administrativo), tipificado en el art. 248-1º del Código Penal , que tiene señalada una pena en el art. 249 del mismo Código de seis meses a tres años, superior por tanto a la señalada en el art. 57.2 LODLE, es procedente la medida de expulsión que acuerda la resolución impugnada. Añade la sentencia que no consta que el demandante tenga en la actualidad autorización de residencia en vigor, ni mucho menos de larga duración, por lo que no puede acogerse al art. 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 , relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Concluye que la expulsión impuesta al recurrente es una medida única prevista por el citado precepto ante una condena por delito castigado con pena de prisión superior a un año, siendo irrelevante toda alegación relativa a su arraigo, ya que nos encontramos ante un supuesto de expulsión automática, salvo en casos de residentes de larga duración.

El recurrente apela la sentencia alegando que debe estarse a la pena en concreto impuesta, a los efectos de aplicar el artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 , por lo que siendo la pena impuesta inferior a un año de prisión, no cabe aplicar dicho artículo y no procede la expulsión.

El Abogado del Estado se opone a la apelación alegando que en cuanto a la duración de la pena impuesta, en la aplicación del artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 , hay que estar a la pena en abstracto prevista para el delito y no a la efectivamente impuesta por la sentencia.

Segundo.

El motivo de la apelación que debemos resolver es el relativo a si en la aplicación del artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 , hay que estar a la pena en concreto impuesta al extranjero y no a la pena en abstracto prevista para el delito, motivo que debemos analizar ya que es el argumento medular de la sentencia apelada que, hay que recordar, considera que es aplicable el artículo 57.2 ya que la pena señalada en abstracto para el delito de estafa a que ha sido condenado el recurrente, tipificado en el art. 248-1º del Código Penal , tiene señalada una pena en el



art. 249 del mismo Código de seis meses a tres años, superior por tanto a la señalada en el art. 57.2 LODLE, siendo procedente la medida de expulsión que acuerda la resolución impugnada.

Hay que reconocer que esta cuestión es muy discutida, existiendo sentencias que consideran que debe tenerse en cuenta la pena en abstracto prevista para el delito. Así las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Baleares de 22/6/2016, recurso 781/2016; la de la Sala de lo Contencioso - Administrativo de Castilla-La Mancha, en sentencia de 23/10/2015, recurso 16/2014; o las de esta misma Sala de lo Contencioso - Administrativo de Madrid, Sección Tercera, de 8 de junio de 2016, recurso 441/2015 o de 30 de noviembre de 2016, recurso 392/2016, de la misma Sección Tercera; o la Sala de lo Contencioso- Administrativo de Andalucía(Sevilla), de 13/10/2016, recurso 694/2016 , Sección Segunda.

En sentido contrario hay sentencias que consideran que debe estarse a la duración de la pena en concreto impuesta al extranjero. Así las sentencias de esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, Sección Sexta, de 15 de abril de 2015, recurso 172/2015 ; la de esa misma Sección Sexta de 4 de abril de 2016, recurso 783/2015; la de la Sección Décima de 9 de julio de 2013, recurso 468/2013; o de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía (Sevilla), de 23/12/2016, recurso 531/2015 , Sección Cuarta.

Pues bien, en esta discrepancia y a falta de constancia de jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, el Pleno de esta Sala estima que el artículo 57.2 de la LOEx debe interpretarse en el sentido de considerar que se refiere a la pena en concreto impuesta al extranjero.

Dos razones nos llevan a esta conclusión:

A).- La primera consiste en que a la vista que una interpretación gramatical del precepto no es clara ya que permite sostener cualquiera de las dos posturas antes citadas (pena en abstracto/pena en concreto), debemos acudir a otras reglas hermenéuticas. En concreto, la teleológica y, para ello, a la hora de interpretar el artículo 57.2 LOEx, debemos tener en cuenta que tiene señalado el Tribunal Constitucional, en sentencia nº 186/2013, de 4 de noviembre de 2013 , que la medida del artículo 57.2 LOEx, lo que persigue es "asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo ". Siendo ello así, hay que estimar que esa finalidad se asegura teniendo en cuenta la conducta realizada por el extranjero reflejada en el reproche penal concreto efectuado, es decir a la pena concreta impuesta. No hay que olvidar que la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, lo que en su artículo 3 contempla es la expulsión de un nacional de un tercer país "basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales" y adoptada en alguno de los dos casos que regula, entre los que se encuentra la "condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año (...)". Ello indica que si la expulsión tiene su fundamento en la existencia de una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacional, lo que debe tenerse en cuenta es la condena concreta impuesta al extranjero ya que sólo teniendo presente el concreto reproche penal realizado, cabe valorar si el nacional de un tercer país constituye esa amenaza.

Hay que recordar que la doctrina del TJUE considera que para que las medidas de orden público o de seguridad pública estén justificadas deben estar basadas exclusivamente en la conducta personal del interesado. Así la sentencia del TJUE de 10/07/2008, (asunto C-33/07), interpretando los artículos 18 CE y 27 de 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, ha señalado: (24), que " 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". Ello significa que sólo atendiendo a la pena en concreto es posible apreciar las razones de orden público o de seguridad pública ya que sólo la pena en concreto refleja una conducta personal del interesado.

B).- El segundo argumento deriva de la interpretación sistemática de todo el precepto. Hay que recordar que el citado artículo 57.2 dispone que "Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados". Ello significa que si los antecedentes penales han sido cancelados, no se aplica el citado artículo, cancelación de antecedentes que tiene lugar cuando transcurren los plazos expresados en el artículo 136 del Código Penal , según haya sido la duración de la condena penal en concreto impuesta. No parece tener mucho sentido que debamos tener en cuenta la condena penal en concreto a la hora de



aplicar el último inciso del art. 57.2 LOEx (cancelación de antecedentes) y, por el contrario, tener en cuenta la pena en abstracto para aplicar el primer inciso del mismo precepto. La congruencia interna del precepto nos lleva a considerar que debamos estar en todo caso a la pena en concreto.

Por todo ello, debe estimarse el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada ya que la condena penal impuesta al recurrente ha sido de seis meses de prisión, es decir, inferior a la establecida en el artículo 57.2 de la LOEx, por lo que no cabe aplicar el supuesto de expulsión contemplado en el citado precepto. Ello implica la estimación del recurso contencioso-administrativo.

Tercero.

De conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en segunda instancia se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En el presente caso, al estimarse la apelación no procede condena en las costas de la misma y en cuanto a las de la instancia tampoco procede su imposición ya que la cuestión suscitada ofrece suficientes dudas de derecho, como lo indica los diferentes criterios de los Tribunales al respecto.

Vistas las disposiciones legales citadas

FALLAMOS

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por D. Luis María, representado por la Procuradora D^a. Virginia Rosa Lobo Ruiz y dirigido por el Letrado D. Carlos González Vega, contra la Sentencia de fecha 5 de febrero de 2016 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid, en el Procedimiento Abreviado número 136/2015, sentencia que revocamos. Y:

ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por D. Luis María contra la resolución de fecha 24 de febrero de 2015, de la Delegada del Gobierno en Madrid, recaída en expediente NUM000, por la que se acuerda decretar la expulsión del recurrente con una sanción de expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años a contar desde la fecha en que se lleve a efecto y **ANULAMOS** dicha resolución.

Todo ello sin expresa condena en las costas de la apelación interpuesta por el recurrente y sin condena en las costas de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndolas que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación que se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito que deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan, exponer que se da cumplimiento a los requisitos impuestos en el apartado nº 2 del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por los únicos motivos recogidos en el primer párrafo del apartado 3 del artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia cuando concurren entre otras, las circunstancias recogidas en el apartado 2º del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y se presume interés casacional objetivo en los términos recogidos en el apartado 3 de dicho artículo 88 de la citada Ley), previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2612-0000-85-0970-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 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 nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2612-0000-85-0970-16 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.



El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.