

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 103/2018

SENTENCIA NUMERO 135/2018

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:
D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ
Dª. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO

En la Villa de Bilbao, a veinte de marzo de dos mil dieciocho.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 27 de octubre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 91/2017.

Son parte:

- APELANTE: **[REDACTED]**, representado por la Procuradora Dª. ZURIÑE GALARZA LOPEZ y dirigido por la letrada Dª. INMACULADA PEREZ GARCIA.

- APELADO: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª. TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 1 de Bilbao dictó, en los autos de procedimiento abreviado 91/2017, sentencia 245/2017, de veintisiete de octubre. Contra esta, la representación procesal de don **Abelardo [REDACTED]** presentó, el veinte de noviembre del año pasado, recurso de apelación ante esta sala. Este terminaba suplicando que se anulara, revocara y dejara sin efecto la sentencia recurrida y se dictara otra por la que se considerara no ajustado a derecho el acto administrativo y, en consecuencia, se declarase la nulidad de la resolución de fecha de uno de febrero de 2017 que acordó la expulsión de don **Abelardo [REDACTED]**, con expresa imposición de costas a la administración.

SEGUNDO.- Subsanados los defectos advertidos en el recurso, la señora letrada de la administración de justicia dictó diligencia de ordenación de once de diciembre de 2017, a través de la cual se admitía a trámite el recurso interpuesto. Asimismo, se acordaba dar traslado a las demás partes a efectos de que, en su caso, formalizasen su oposición. La Administración General del Estado dio cumplimiento a este trámite por medio de escrito presentado el ocho de enero del corriente. Este terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que se desestimara el recurso y se confirmara la sentencia impugnada.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta sala, se designó magistrada ponente. Al no haberse solicitado recibimiento a prueba ni celebración de vista o presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el trece de marzo del corriente, en que tuvo lugar la diligencia. Seguidamente, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SENTENCIA APELADA.

A través del presente recurso, don **Abelardo [REDACTED]** impugna la sentencia 245/2017, de veintisiete de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 1 de los de Bilbao en el procedimiento abreviado 91/2017. Esta sentencia desestimó el recurso por él interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de uno de febrero del pasado año a través de la cual se acordó la expulsión del recurrente del territorio nacional.

La juzgadora de instancia considera que las circunstancias personales del actor llevan a desestimar su recurso. Conoce que el interesado es titular de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea porque estaría casado con una española y sería padre de una menor de edad también de nacionalidad española. Ahora bien, explica que ha estado ingresado en el Centro Penitenciario de Basauri. Además, habría sido detenido hasta en nueve ocasiones y condenado seis veces por diversos delitos.

A partir de todos los datos obrantes en el expediente administrativo, la

magistrada llega a la conclusión de que la administración ha acertado al concluir que don Abdessamad Larabi mantiene una conducta contraria a la seguridad pública y constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave para la sociedad.

Por otro lado, se ocupa la sentencia del hecho de que el recurrente sea padre de una menor española. Ahora bien, razona que no se habría demostrado que la niña esté a su cargo ni que resida con él. De hecho, en el momento de dictarse la resolución administrativa impugnada no era así, dado que el apelante estaba cumpliendo pena de prisión. Además y dado que don [redacted] no tendría la guarda exclusiva de la hija, de ejecutarse la expulsión de aquel, esta no se vería obligada a abandonar el territorio nacional. A este respecto, recuerda que, para Lanbide – Servicio Vasco de Empleo, la unidad de convivencia estaría integrada únicamente por la esposa y la hija. A mayor abundamiento, indica que el interesado no habría desempeñado ninguna actividad laboral. Y considera que estos hechos no se ven afectados por la declaración de la esposa del recurrente, doña Julia García Hierro, quien tendría un interés directo en el pleito.

SEGUNDO.- POSICIÓN DE LA PARTE APELANTE.

El apelante se alza contra la sentencia de instancia.

Para empezar, denuncia que ni la resolución administrativa ni la judicial tendrían en cuenta las circunstancias concretas del caso. Considera que no se ha realizado una valoración singularizada de los valores e intereses generales y personales que pudieran concurrir, no se habría expresado en la resolución el grado de culpabilidad, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción. Razona que la existencia de condenas penales, por sí sola, no determina la existencia de una amenaza real y actual que justifique la adopción de la medida de expulsión. Por tanto, no se habría respetado el principio de motivación suficiente de los actos administrativos.

A continuación, el recurso explica que don [redacted] es titular de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea. Por tanto, habría que aplicar el Real Decreto 240/2007. Destaca que es cónyuge de una ciudadana española y padre de una niña, también española, de siete años de edad. De tal modo que, antes de adoptar una decisión de expulsión, han de tenerse en cuenta unos elementos que, en este caso, no se habrían valorado.

Destaca que, pese a que la sentencia alude a que el apelante tendría nueve antecedentes policiales, no todos esos hechos habrían dado lugar a condenas penales. De los antecedentes penales que sí le constarían, cinco serían por hechos cometidos en 2008 y por delitos contra el patrimonio. Explica este dato por que, en aquel momento, el recurrente sería toxicómano. No obstante, se habría sometido a tratamiento y habría tenido una evolución muy favorable. En cualquier caso, considera que esos cinco antecedentes deberían estar cancelados, conforme a lo previsto en el artículo 136 del Código Penal. De tal manera que, según su criterio, don [redacted] únicamente tendría un antecedente penal por lesiones, que sería el que le llevó a prisión. Este ilícito lo cometió en el año 2014. No obstante, en la actualidad ya estaría en libertad, dado que su buena evolución le habría hecho merecedor del tercer grado de tratamiento penitenciario.

En cuanto a su arraigo familiar en España, el recurso nos recuerda que el apelante contrajo matrimonio en el año 2011 con una ciudadana española... si bien su relación sentimental se remonta al año 2008. Explica que si en el certificado de empadronamiento figura el alta en la vivienda desde el veintinueve de enero de 2016 es por cambio de residencia de toda la familia. Sin embargo, ya vivían juntos antes. En cuanto al hecho de que en el certificado de Lanbide – Servicio Vasco de Empleo de agosto y septiembre de 2016 figuren como miembros de la unidad familiar tan solo la esposa y la niña, sería debido a que el interesado comunicó el hecho de que iba a entrar en prisión, como era su obligación. Del mismo modo, cuando salió en libertad también comunicó esta circunstancia. Igualmente, explica que don... y su esposa son padres de una niña española de siete años de edad. Esta habría convivido con el recurrente desde su nacimiento, y este se habría ocupado de su crianza y educación. Es más, mientras el recurrente se encontraba cumpliendo su pena de prisión, las visitas de la menor fueron constantes. A partir de ahí, se razona que, ante la presencia de una sola condena, habría de prevalecer el superior interés de la menor, quien tendría derecho a residir en territorio español, que es donde habría vivido desde su nacimiento. Sin embargo, de ejecutarse la expulsión de su padre, la pequeña se vería obligada a abandonar España.

TERCERO.- POSICIÓN DE LA PARTE APELADA.

Por su parte, la letrada sustituta del abogado del estado defiende el acierto de los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia. Considera que los argumentos del recurso no desacreditan esos razonamientos. En concreto, explica que la administración, en su resolución, sí que explicó las razones que le llevaron a decidir como lo hizo. A este respecto, hace referencia al largo historial de antecedentes penales y policiales de don... que le habría llevado a la cárcel. Destaca que en el momento en que se incoó el expediente administrativo, el interesado se encontraba cumpliendo pena de prisión. Por lo tanto, la amenaza en esa fecha era actual. Además, la gravedad para los intereses de la sociedad vendría dada por la reiteración delictiva y por el tipo de delitos cometidos. Entre ellos habría un delito de lesiones, que demostraría la conducta violenta del extranjero.

Por último, la administración explica que la sentencia analiza la incidencia de las circunstancias personales del recurrente. En concreto, el hecho de que es padre de una menor de edad española. A este respecto, explica que el argumento de que viene cumpliendo sus obligaciones paternofiliales no se apoyaría en ninguna prueba documental.

CUARTO.- Lo primero que hemos de tener en cuenta al resolver este recurso de apelación es que la decisión de expulsión del territorio nacional se ha adoptado sobre la base del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Este precepto considera causa de expulsión “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”.

En el caso que nos ocupa, resulta obvio que concurre esta situación en don

Esta idea se extrae del examen de sus antecedentes penales (folios 138 y 139 de las actuaciones). En concreto, el apelante ha sido condenado en las siguientes ocasiones:

- Por sentencia firme de trece de julio de 2008, como responsable de un delito robo con fuerza, cometido el once de junio de ese mismo año. Las penas impuestas entonces fueron las de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La pena de prisión quedó suspendida el quince de enero de 2010 y fue remitida definitivamente el diecisiete de junio de 2014.

- Por sentencia firme de ocho de septiembre de 2009, como responsable de un delito de robo con fuerza, cometido el veintidós de mayo de 2008. Las penas impuestas entonces fueron las de cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por sentencia firme de diecinueve de octubre de 2009, como responsable de un delito de robo con violencia o intimidación, cometido el veintidós de mayo de 2008. Las penas impuestas fueron las de cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La pena de prisión quedó suspendida el veintisiete de enero de 2010 y fue remitida definitivamente el cinco de junio de 2013.

- Por sentencia firme de veintiséis de enero de 2010, como responsable de un delito de robo con fuerza, cometido el siete de junio de 2008. Las penas impuestas fueron las de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por sentencia firme de doce de enero de 2012, como responsable de un delito de hurto, cometido el treinta de mayo de 2008. Las penas impuestas fueron las de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La pena de prisión quedó suspendida el dieciséis de agosto de 2012 y la remisión definitiva se alcanzó el dieciséis de marzo de 2015.

- Por sentencia firme de veintidós de octubre de 2015, como responsable de un delito de lesiones agravadas cometido el veintiocho de febrero de 2014. Las penas impuestas fueron las de dos años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Teniendo en cuenta que, cuando se inició el expediente administrativo que ha dado lugar a este procedimiento judicial, don ██████████ se encontraba cumpliendo pena de prisión por este último delito, no cabe duda de que concurre en el interesado la causa de expulsión contemplada en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

De hecho, el apelante no discute que se encuentra en el caso contemplado en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Lo que alega es que no constituye una amenaza

real, grave y actual para el orden o la seguridad públicos y que, en cualquier caso, concurre en él un arraigo suficiente como para eludir la expulsión del territorio nacional.

En el caso que nos ocupa, hemos de partir del hecho de que el recurrente es titular de una tarjeta de residente de familiar de ciudadano de la Unión Europea, dado que está casado con una española y es padre de una niña también de nacionalidad española. Ello nos remite al Real Decreto 240/2007, de dieciséis 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. El último párrafo de su artículo 15.1 dispone que "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". Además, la letra d) del apartado quinto de ese mismo artículo prevé que, en el caso de que la expulsión se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberá estar fundada exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de esa medida quien, "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."

De tal modo que, lo primero que hemos de responder es si don Abdessamad Larabi constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. A este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de veintinueve de abril de 2004 (asunto C-482/2001), indica lo siguiente:

"66. Por lo que se refiere a las medidas de orden público, del artículo 3 de la Directiva 64/221 se desprende que, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen. En esta misma disposición se especifica que la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas. Como declaró el Tribunal de Justicia, en particular en su sentencia de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999, apartado 35), el concepto de orden público supone, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad".

(...)

68. El Tribunal de Justicia ha deducido de ello que el derecho comunitario se opone a la expulsión de un nacional de un estado miembro basada en motivos de prevención general, es decir, que haya sido decretada con la finalidad de disuadir a otros extranjeros (véase, en particular, la sentencia Bonsignore, antes citada, apartado 7), en

particular cuando dicha medida se haya dictado automáticamente a raíz de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción ni el peligro que supone para el orden público (véanse las sentencias, antes citadas, Calfa, apartado 27, y Nazli, apartado 59)".

Pues bien, en el caso que nos ocupa, como ya hemos explicado, don ~~Abdessamad Larabi~~ ha sido condenado en varias ocasiones por distintos delitos. No obstante, por aplicación del artículo 136 del Código Penal, únicamente estarían vigentes los antecedentes penales derivados de las dos últimas sentencias condenatorias. De tal modo que únicamente se pueden tener en cuenta los antecedentes penales por hurto y por lesiones agravadas.

Por otro lado, hemos de destacar el hondo arraigo familiar de don ~~Abdessamad Larabi~~, quien es marido y padre de españolas. Pese a los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, creemos que ese arraigo ha quedado suficientemente acreditado. Es cierto que en el volante de empadronamiento unido al folio 117 del expediente administrativo consta que el interesado se dio de alta en la vivienda el veintinueve de enero de 2016. Ahora bien, esta es la misma fecha que consta para la esposa y para la hija en común. Así que hemos de entender que, tal y como se recoge en el recurso, lo que se produjo entonces fue una mudanza de toda la familia. Del mismo modo, es cierto que consta en el folio 55 de las actuaciones un certificado emitido, el ocho de septiembre de 2016, por Lanbide – Servicio Vasco de Empleo en el que consta que la unidad familiar, a efectos de percepción de la renta de garantía de ingresos, está integrada por la esposa y la hija. Ahora bien, también consta, en los folios 52 y 53 del expediente administrativo, una resolución de veintitrés de agosto de 2016 de disminución de los miembros de la unidad de convivencia por ingreso del titular en prisión; y, en el folio 118 de las actuaciones, otro certificado donde consta que el interesado vuelve a estar ingresado en la unidad de convivencia desde el veintidós de agosto del pasado año. En cualquier caso, a falta de prueba en contrario, ha de entrar en juego la presunción de convivencia de los cónyuges del artículo 69 del Código Civil. Hemos de concluir, pues, que salvo el período durante el cual el interesado estuvo en prisión, el matrimonio y la hija han vivido juntos. Es más, en el folio 119 de las actuaciones consta hoja de la secretaria general de instituciones penitenciarias donde quedan reflejadas las constantes visitas de la esposa y la hija al recurrente durante el tiempo que este ha estado ingresado en prisión.

Pues bien, como ya hemos razonado, don Abdessamad Larabi únicamente tiene vigentes antecedentes penales por hurto y por lesiones. Es cierto que este último es un delito violento. Ahora bien, teniendo en cuenta el arraigo del recurrente en nuestro país, un único delito violento y otro de hurto no son suficientes para concluir que constituye una amenaza grave para el orden público.

En consecuencia, debemos estimar el recurso contencioso – administrativo interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de uno de febrero de 2017, anularla y dejarla sin efecto.

QUINTO.- COSTAS.

Conforme a lo previsto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de trece de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, al estimarse el recurso planteado, no procede hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

III. FALLO

Con estimación del recurso de apelación 103/2018, interpuesto por la representación procesal de don ~~Abelardo~~ contra la sentencia 245/2017, de veintisiete de octubre, del Juzgado de lo Contencioso – Administrativo número 1 de los de Bilbao en el procedimiento abreviado 91/2017, debemos:

1º.- Revocar la sentencia de instancia, dejando sin efecto el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso - administrativo.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimar el recurso contencioso – administrativo formulado por don ~~Abelardo~~ frente a la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de uno de febrero de 2017.

3º.- En consecuencia, anular la resolución administrativa impugnada y dejarla sin efecto.

4º.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvanse al juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto junto con testimonio de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0103 18, un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Asi por esta nuestra Sentencia de la que se llevara testimonio a los autos, lo
pronunciamos, mandamos y firmamos.