

Apelación 778/2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA

En la ciudad de Valencia, a 11 de diciembre de 2020.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. D. Fernando Nieto Martín, Presidente, D^a Rosario Vidal Mas, D. Edilberto Narbón Laínez, D. Miguel A. Narváez Bermejo, y Dña. Mercedes Galotto López, Magistrados, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA nº 1073/2020

En el recurso de apelación número 778/2018.

Es parte apelante LA DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VALENCIA-ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Es parte apelada D. [REDACTED] representado por la Procuradora Dña. María del Carmen Jover Andreu, defendido por el letrado D. Francisco Solans Puyuelo.

Constituye el objeto del recurso la sentencia n.º 63/2018, de 16 de febrero, dictada en el Procedimiento Abreviado n.º 234/2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de los de Valencia. Esta resolución judicial ha estimado la pretensión de invalidez jurídica en materia de extranjería.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Narváez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La **sentencia** dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 9 de los de Valencia, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento abreviado y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

"Se acuerda: "Que debo estimar íntegramente este recurso contencioso administrativo, declarando que no es conforme a derecho, anulando la resolución adoptada el 28 de abril de 2017 por el Subdelegado del Gobierno en la Comunidad Valenciana en el expediente 460020170003913, imponiendo las costas procesales a la Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la Administración demandada, admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, oponiéndose a su estimación la parte apelada. Se tramitó el recurso con arreglo al procedimiento de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

Se señaló para votación y fallo del asunto el día 10 de noviembre de 2020, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente cuestiona, en la segunda instancia, la adecuación a derecho de la sentencia nº 63/18, de 16 de febrero, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 9 de Valencia.

Esta resolución judicial estima la pretensión de invalidez jurídica que el hoy apelante articuló frente a una resolución de la Subdelegación del Gobierno de Valencia de 28-4-2017 por la que se decretó la expulsión del recurrente, residente legal de larga duración de nacionalidad marroquí, del territorio nacional con prohibición de entrada durante 8 años.

El fundamento de la decisión judicial reside en que tratándose de una expulsión por la vía del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 debe tenerse en cuenta en este caso no solo la gravedad del delito cometido sino también sus circunstancias personales y sociales, tratándose de un ciudadano que tiene permiso de larga duración puesto que si bien el permiso de larga duración fue revocado esa revocación fue anulada por sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativa nº 8 de Valencia, que incluso fue ejecutada provisionalmente. Ante esa situación el acto administrativo recurrido carece de motivación suficiente, procediéndose a la expulsión contraviniendo lo previsto en el art. 57.5 de la L.O. 4/2000 y en contra de una sentencia judicial que concedía la residencia de larga duración a pesar de los antecedentes penales que le constaban.

Por el contrario, en el recurso presentado se alega que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 8 de Valencia que concedió el permiso de larga duración está recurrida en apelación. Asimismo se añade que al dictarse el acto recurrido no constaba que el actor fuera residente de larga duración. Se deben tener los antecedentes policiales del actor con 11 detenciones por delitos contra la propiedad y una condena por el delito de robo en casa habitada con pena de dos años de prisión impuesta el 21-1-2013 pero que está suspendida, así como tres condenas por conducir sin licencia de 15-3-2016, 25-10-2016 y 24-8-2017 de manera que el recurrente constituye una amenaza contra la seguridad y el orden público. Estima que el arraigo familiar alegado no está suficientemente acreditado.

Por parte de la actora se defiende la interpretación del art. 57.5 de la L.O. 4/2000, realizada por la sentencia dictada, que debe ser confirmada por sus propios fundamentos, solicitando la desestimación del recurso presentado.

SEGUNDO.- Para la resolución del recurso debe tenerse en cuenta lo señalado en la STS 893/18, de 31 de mayo que dice lo siguiente:

"()... Se impugna en este recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 30 de noviembre de 2016, en el Recurso de Apelación 602/2016 , seguido contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2016 que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Sevilla en el Procedimiento abreviado 4/2016, sobre sanción de expulsión del territorio español.

En consecuencia, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo desestimó el Recurso de Apelación 602/2016 , formulado, por el propio recurrente, contra la anterior sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo que, por su parte, había desestimado el Recurso contencioso-administrativo 4/2016, deducido contra la anterior contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla, de fecha 19 de noviembre de 2015, que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español con prohibición de entrada en el mismo durante un periodo de 7 años.

La sentencia de la Sala de instancia, por lo que aquí interesa, se expresó en los siguientes términos:

"(...) La sentencia apelada desestima el Recurso Contencioso-administrativo promovido por el ciudadano de Nigeria D. Carmelo contra la Resolución de fecha 19 de noviembre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla, recaída en el expediente NUM000, que había acordado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:

- Expulsar al Sr. Carmelo , con prohibición de entrada por un periodo de siete años, a contar desde su salida; medida extensible a los países firmantes del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, en virtud de lo previsto en su art. 96 .

- La extinción de cualquier autorización para permanecer en España.

La juzgadora a quo razona que:

a) El precepto legal aplicado, el art. 57.2 LO 4/2000 (Ley de extranjería), al decir: "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", se refiere a la pena en abstracto a imponer, no a la condena concreta que en cada caso se imponga, pudiendo venir influenciada su determinación por circunstancias atenuantes y/o agravantes.

Conforme a lo anterior, el actor incurrió en causa de expulsión al ser condenado mediante sentencia penal firme de fecha 11/08/2013 a la pena de ocho meses de prisión por la comisión de un delito de atentado a agentes de la autoridad, habida cuenta que el art. 550.2 del Código Penal castiga dicho delito con la pena de prisión de seis meses a tres años.

b) La Administración valoró adecuadamente, con sujeción a lo dispuesto en el art. 57 de la Ley de extranjería, apartados 4 ("La expulsión

conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España..." y 5 ("La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo...: b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado"), las circunstancias que concurrían para extinguir la autorización de residencia de larga duración que venía disfrutando el recurrente, justificando la decisión, que refrenda la sentencia apelada, en la nula vinculación social del interesado (le constan siete detenciones policiales por diversos motivos), su edad (42 años), y la falta de acreditación del arraigo que alega, tanto de índole familiar (inexistencia de parientes directos en nuestro País, su esposa reside en Italia) como laboral (no consta dado de alta en la Seguridad Social ni acredita trabajo alguno desde 2011).

(...) Inveterada doctrina jurisprudencial señala que el recurso de apelación no tiene como finalidad abrir un nuevo enjuiciamiento de la cuestión en las mismas condiciones que tuvo lugar en la primera instancia, sino depurar el resultado obtenido en ella. Por esto, el escrito de apelación debe contener una crítica de la sentencia impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución de sus pronunciamientos por otros distintos.

Trasladando las anteriores reflexiones al presente caso es evidente que el mayor esfuerzo argumental que dedica la parte apelante es a la reproducción de asertos ya aducidos en la instancia y que refutó la sentencia apelada, cuyos razonamientos compartimos.

Sin perjuicio de lo anterior, resaltamos que los supuestos defectos de tramitación del expediente administrativo merecieron explícita respuesta en el propio iter administrativo, así vgr. Acta Informe sobre alegaciones -folio 20 expte. -, no habiendo demostrado el apelante, quien en sede administrativa realizó alegaciones y aportó documentos - folios 9 al 19, así como 33 al 36 expte. -, que sufriese la menor situación de indefensión.

Respecto a la interpretación del art. 57.2 de la Ley de Extranjería , esta Sala de Sevilla ha sostenido en sentencias de 3 de junio de 2013, apelación 103/2013, de la Sección 1.^a (aportada en el acto de celebración del juicio), y 2 de octubre de 2014, apelación 277/2014, de la Sección 2.^a, que la duración de la pena privativa de libertad debe entenderse referida a la pena en abstracto y no a la efectiva condena privativa de libertad impuesta, pues la norma usa el vocablo "delito" sin mencionar la acción concreta castigada y porque de haber querido el legislador que se atendiese a la pena en concreto impuesta entonces no hubiera aludido al delito sancionado sino a la conducta dolosa sancionada.

El apodíctico reproche sobre falta de motivación queda rotundamente desmentido a la vista del tenor literal del acuerdo de iniciación del procedimiento preferente (art. 57.2) - folio 2 expte. -, de la propuesta de resolución -folio 24 este. - y especialmente de la resolución de expulsión -folio 44 expte. -, cuyo contenido parcialmente transcribimos: "...El interesado ha sido condenado por el Juzgado de Instrucción N.º 1 de Sevilla por un delito de atentado. Los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria revelan una conducta contraria a unas mínimas normas de convivencia,

constitutiva de una amenaza real y suficientemente grave para el orden público y la seguridad pública. Resulta de aplicación, pues, lo dispuesto en el art. 57.2 de la Ley de Extranjería, precepto que además constituye la transposición del art. 3 de la Directiva 2001/40/CE que contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales, que puede adoptarse en los casos de condena "condena...a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año".

Constan siete detenciones policiales por falsificación de moneda (dos), estafa, robo con violencia/ intimidación, resistencia y desobediencia, delito contra los derechos de los trabajadores y reclamación judicial.

Todos estos hechos manifiestan la escasa intención del interesado de integrarse en la sociedad española puesto que en tiempo que en el tiempo que lleva en España se ha dedicado a delinquir de manera continuada y sistemática.

Con independencia de lo anterior, se han tomado en cuenta los siguientes elementos: Consultada la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social se constata que no ejercido ninguna actividad laboral desde enero-2009, a excepción de dos días en el año 2011, a pesar de ser titular de una tarjeta de residencia de larga duración concedida por esta Subdelegación del Gobierno. Tampoco acredita medios de vida, lo que hace suponer que tales medios los está obteniendo a manera ilícita. Por tanto, no acredita especiales vínculos económicos con nuestro país.

Tampoco acredita especiales vínculos sociales ya no acredita domicilio conocido ni familiares directos en situación regular, manifestando que su esposa reside en Italia.

Por lo demás, la edad del interesado (42 años) no constituye impedimento para la expulsión a su país de origen.

Tampoco acredita que la expulsión le cause consecuencias especialmente gravosas a la vista la ausencia de vínculos efectivos con nuestro país.

Por último, resulta proporcionada una prohibición de entrada por un periodo de siete años, dada la naturaleza de los delitos cometidos, la duración de la pena impuesta, la falta de vínculos efectivos con nuestro país y la concurrencia de los datos negativos arriba expresados...".

En suma, el apelante no ha desvirtuado los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia de la instancia, y de aquí que debemos desestimar el recurso de apelación".

(...) Considera el recurrente expulsado del territorio español que, al valorar la Sala y el Juzgado de instancia el límite de la pena de un año de forma abstracta, se iría contra el principio de proporcionalidad que rige en el derecho sancionador en materia de extranjería, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX): "Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de

culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia".

En concreto, expone que para respetar el citado principio sólo se podrá tener en cuenta, para sancionar, la pena concreta impuesta en el procedimiento penal, y no la pena abstracta, pues al imponer dicha condena el Tribunal penal ya ha valorado el grado de culpabilidad y el daño producido, de conformidad con el citado principio de proporcionalidad. En consecuencia, según expresa el recurrente, contando con vínculos familiares y arraigo en nuestro país al tener un hijo de nacionalidad española, y habiendo sido condenado a una pena de 6 meses por un delito de estafa (inferior, pues, al período de un año al que se refiere el artículo 57.2 de la LOEX) no resulta procedente la sanción impuesta.

El recurrente conoce las discrepancias interpretativas, en relación con el citado artículo 57.2 de la LOEX, citando a respecto las diferentes sentencias de los distintos Tribunales Superiores (y de sus diferentes Salas y Secciones), a las que luego haremos referencia, en las que se ponen de manifiesto las discrepancias de criterio.

Discrepancias, igualmente conocidas por el Tribunal Supremo, como se puso de manifiesto en el ATS (Sección Primera) de 26 de junio de 2017, de admisión del recurso de casación, y de la que se dedujo la existencia de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en relación con el inciso "delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año" del citado artículo 57.2 de la LOEX.

Partiendo de tal discrepancia el recurrente señala que los argumentos de los Tribunales que se muestran a favor de la valoración abstracta resultan carentes de contenido (con referencias a lo que hubiere querido el legislador), y, por el contrario, busca la justificación de su interpretación en las sentencias de los Tribunales Superiores que toman en consideración la pena en concreto impuesta; de ellas, extrae los siguientes argumentos:

a) La interpretación de la pena en concreto se ajusta más al espíritu de nuestro Ordenamiento jurídico ---que no especifica--- y al de las Directivas comunitarias aplicables (Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001), que el Tribunal Constitucional ha interpretado (en relación con el artículo 57.2 de la LOEX) en la STC 186/2013, de 4 de noviembre.

b) En relación con lo anterior, apela a que la conducta del sancionado debe de tomar en consideración el "reproche penal concreto efectuado, es decir la pena concreta impuesta, y no la pena en abstracto".

c) Considera que esa ---la condena concreta del extranjero en los Estados Miembros de la Unión Europea--- es la interpretación que se desprende de lo establecido en el artículo 3 de la mencionada Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, así como del artículo 27.2 de la Directiva 2004/28/CE.

d) El recurrente, igualmente, hace referencia a la eficacia negativa de la cancelación de los antecedentes penales en el inciso final del precepto, para lo cual se tiene en cuenta la concreta condena impuesta y no la condena en abstracto, apelando a la misma "vara de medir" y recordando que la

cancelación se produce (artículo 136 del Código Penal) en función de la duración de la condena penal impuesta.

e) También se alude a la vulneración ---con la interpretación realizada por la Sala de instancia--- del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la CE , por la falta de motivación y de acreditación de la concurrencia de los presupuestos exigidos para la aplicación del artículo 57.2 de la LOEX, por la falta de valoración del artículo 57.5 (que contempla los supuestos en los que la sanción de expulsión no resulta posible), y, en fin, por la falta de ponderación de las circunstancias personales del recurrente.

f) Por último, señala que la interpretación de la referencia a la pena concreta es la utilizada por la jurisdicción penal cuando sustituye una pena de prisión por expulsión, no aplicando las penas concretas impuestas inferiores a un año, tachando, por ello de incongruente con ello la interpretación de la Sala de instancia.

(...) Por su parte, la representación del Estado apela a una interpretación literal del artículo 57.2 de la LOEX, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil , citando al respecto sentencias de los diferentes Tribunales Superiores partidarios de tal interpretación.

En el fundamento jurídico cuarto recoge los posicionamientos de las distintas Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ y de España.

(...) Como ha podido observarse, por lo hasta ahora expuesto, nos encontramos ante la resolución de un recurso de casación que ha sido tramitado de conformidad con la Modificación introducida en la LRJCA de 1998 por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (Disposición Final Tercera, Uno), por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial .

Los últimos párrafos de su Preámbulo (Apartado XII) dejan constancia del significado de esta reforma:

"En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función normofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo".

Pues bien, en el supuesto de autos la Sección Primera de la Sala, mediante Auto de fecha 26 de junio de 2017 ---como ya hemos expuesto--- procedió a la admisión del recurso de casación preparado, declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar:

"Si el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en concreto, su inciso "delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año" debe ser interpretado en el sentido de que se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente o bien a la pena efectivamente impuesta en el caso concreto".

Por otra parte, el ATS señalaba como norma que deberá ser objeto de interpretación "el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social".

En el Fundamento anterior ---sin ánimo de agotar todas las resoluciones existentes--- hemos recogido y sintetizado las dos formas en que dicho precepto e inciso han venido siendo interpretados por los diversos Tribunales Superiores de Justicia, al resolver los recursos de alzada deducidos contra anteriores sentencias de los Juzgados de lo Contencioso administrativo que enjuiciaban la legalidad de las resoluciones de los Delegados o Subdelegados del Gobierno de las diferentes provincias imponiendo la sanción prevista en el artículo 57.2 de la LOEX.

Ubiquemos dicho precepto en el marco de la citada LOEX, debiendo advertirse que ---pese a que el apartado 2 que nos ocupa ha permanecido prácticamente inalterado desde el año 2000---, la redacción aplicada en la Resolución impugnada es la que, del artículo 57 en su conjunto, quedara configurada por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; con posterioridad a esta Ley, la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial, añadiría el número 11 al precepto que nos ocupa.

Si bien se observa, el precepto se sitúa dentro del Título III de la LOEX denominado "De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador". En dicho Título se reconoce la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la LOEX (artículo 50); se especifican y clasifican los diversos tipos de infracciones (artículos 51 a 54); se determinan las sanciones correspondientes a las anteriores infracciones (artículo 55), señalándose como tal sanción, exclusivamente, la de multa, en las cuantías que se especifican en función de la gravedad de la infracción. Por su parte, el artículo 56 regula la prescripción de las infracciones y de las sanciones.

Llegamos así al artículo 57 ---dedicado a la "Expulsión del territorio", obviamente, sólo, de los infractores que sean extranjeros--- cuyo apartado 2 estamos obligados a interpretar. El mismo, sin embargo, está compuesto por once apartados, de los que destacamos los que aquí nos interesan:

1. Se contempla, en el apartado 1, la posibilidad de que, en los casos de conductas tipificadas como infracciones muy graves (artículo 54), o

graves previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 se pueda aplicar ---en lugar de las sanciones de multa en las cuantías previstas en el artículo 55.1.b) y c) --- "la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo". Deben, no obstante, destacarse dos exigencias ---que se introduce en este apartado 1 del artículo 57 en la reforma aludida de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre ---, para aplicar la sanción de expulsión en lugar de la de multa; esto es, para poder sustituir la multa por la expulsión del territorio español:

a) La toma en consideración del principio de proporcionalidad ("en atención al principio de proporcionalidad"). Y, b) A través de "resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción".

2. En el apartado 3 se dispone ---en principio, tanto para el supuesto del apartado 1 como para el del apartado 2, al que luego nos referiremos--- la imposibilidad de "imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa". Esto es, que tanto la "sanción (de)... expulsión del territorio español" que se contempla por el legislador para las infracciones muy graves y graves del apartado 1 del artículo 57 (en lugar de la multa), así la "causa de expulsión" prevista (con exclusividad) para el supuesto que nos ocupa del artículo 57.2 de la LOEX, no pueden imponerse conjuntamente. Así lo puso de manifiesto la STJUE de 23 de abril de 2015 (Asunto C-38/14 , Zaizoune) que tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE , por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ATSJPV de 17 de diciembre de 2013), en relación con los artículos 6, apartado 1 , y 8, apartado 1 de la Directiva 2008/115/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 , relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, que fueron interpretados en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

3. En el apartado 4 del artículo 57 se regulan las consecuencias administrativas de la expulsión, introduciéndose en la reforma del 2009 la posibilidad de revocación en los supuestos que se determine reglamentariamente.

4. El apartado 5 señala los supuestos de imposibilidad de imponer la "sanción de expulsión" ---con excepción del caso de tratarse de la infracción muy grave prevista en el artículo 54.1.a), y del caso de reincidencia---:

a) Nacidos en España, legalmente residentes los últimos cinco años.

b) Residentes de larga duración. Es la misma reforma de 2009 la que impone que, para la expulsión de los residentes de larga duración (en los supuestos que ello resulta posible: 54.1.a y reincidencia), "[antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración en tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado".

c) Españoles de origen que hayan perdido la nacionalidad española.

d) Beneficiarios de prestación por incapacidad permanente para el trabajo ---consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España---, de prestación contributiva por desempleo, o de prestación económica asistencial pública destinada a lograr la inserción o reinserción social o laboral.

e) La anterior prohibición de expulsión o su ejecución se extiende al cónyuge el extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones anteriores, siempre que hayan residido legalmente en España durante más de dos años, así como a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, y que están a su cargo.

5. En el apartado 6 del artículo 57 declara la imposibilidad de ejecución de la expulsión bien cuando la misma conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

6. Por último, el apartado 7 contempla la posibilidad de autorización judicial de expulsión del extranjero "procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza", cuando los hechos determinantes de la anterior actuación judicial consten acreditados en el expediente administrativo de expulsión.

(...) Ubicado el precepto que nos ocupa, procedamos ---dentro de dicho contexto sistemático--- a su interpretación, recordando que el mismo se expresa en los siguientes términos:

"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".

En dicho contexto, tenemos que inclinarnos por la interpretación conocida como de la "pena abstracta" o "pena tipo", debiendo tomarse en consideración la pena prevista en el Código Penal español, para la conducta dolosa constitutiva de delito, por la que el ciudadano extranjero haya sido condenado en España o fuera de ella; teniendo en cuenta que dicha pena ha de ser la de privación de libertad "superior a un año". Tal criterio supondría que, en supuestos como el de autos, aunque el actor fuera objeto de una pena privativa de libertad inferior al año, sin embargo, en cuanto lo fue por un delito al que la ley ---Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal--- le atribuía una sanción de mayor duración genéricamente al año, sí resulta posible aplicar la medida de expulsión.

El precepto, pues, requeriría, exclusivamente, para la imposición de la expulsión del territorio español a un extranjero, la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La condena por parte de un Tribunal de Justicia.

b) Tribunal que puede ser español o extranjero, por cuanto la condena puede ser "dentro o fuera de España".

c) La condena ha de ser por una "conducta dolosa".

d) El delito por el que condena ha de estar sancionado "en nuestro país" ---esto es, en el Código Penal español--- "con pena privativa de libertad superior a un año". Y, e) Con la excepción de que "los antecedentes penales hubieran sido cancelados", Esto es, del precepto no se deduce ninguna referencia a la concreta condena que --- efectivamente--- le fuera impuesta al ciudadano extranjero, pues, lo único que el precepto exige y requiere es que la sanción prevista, en el Código Penal español, para el delito por el que se le condena, sea una pena privativa de libertad superior al año, aunque la pena privativa de libertad, en concreto impuesta, sea inferior al año.

Se trata, pues, de una infracción objetiva en la que la valoración subjetiva de los hechos determinantes de la condena penal ya fue realizada por el Tribunal penal, y tal valoración ---con el juego de grados, atenuantes o conformidades--- pudo dar lugar a una concreta pena privativa de libertad inferior al año; pero tal valoración subjetiva no le corresponde realizarla ---de nuevo--- a la Administración en el momento de la imposición de la sanción de expulsión, ya que el legislador sólo ha habilitado a la misma para la comprobación de que el delito, por el que extranjero fue condenado, está sancionado, en el Código Penal español, con una pena privativa de libertad superior al año.

Como han puesto de manifiesto los Tribunales que ha seguido esta interpretación "el precepto no se refiere a la conducta sino al delito", por ello la decisión se debe adoptar "sin considerar si el hecho se consumó o quedó en tentativa o la incidencia de determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (pues) [e]n otro caso, la aplicación del precepto en cuestión quedaría al arbitrio de que la acusación solicite mayor o menor pena o de que el Tribunal del orden penal la imponga en efecto por encima o no de dicho umbral". Esto es, que "[n]o prevé este precepto una posibilidad de opción, como sucede con el párrafo 1 del mismo art. 57, pues en el supuesto citado la expulsión procede en todo caso si concurre la circunstancia expresada".

Por tanto, "ha de estarse no a la pena en concreto impuesta al condenado, sino a la pena en abstracto atribuida al delito en el Código Penal", ya que "el artículo 57.2 de la L.O. 4/2002 no dispone la expulsión del extranjero que hubiese sido condenado a pena privativa de libertad superior a un año, sino del extranjero que cometa un delito doloso sancionado en España con esa pena". Por lo tanto, "no vienen al caso principios propios del ámbito sancionador como los de individualización y proporcionalidad de las penas (artículo 131 Ley 30/1992), pues "[l]a individualización de la pena ya se ha producido en el ámbito penal". Por todo ello, procede concluir señalando que "[l]a expulsión es una medida ad hoc impuesta por la legislación de extranjería en atención a la gravedad "en abstracto" del delito cometido por las especiales razones de ese régimen jurídico ajenas a consideraciones propias de otros ámbitos normativos".

De aplicarse la interpretación contraria, e imponer la expulsión en función de la pena concreta impuesta en la jurisdicción penal, se podría dar la circunstancia de que algún extranjero fuera expulsado al ser condenado penalmente por concreta pena superior a un año ---por el juego y aplicación de

las circunstancias agravantes concurrentes---, por un delito que sólo tenga prevista en el Código Penal una pena privativa de libertad inferior a un año.

Por otra parte, esta "medida" o "causa" de expulsión ---que es como la califica el artículo 57.2 de la LOEX--- es mera transposición de la normativa europea, y decidida, pues, en un ámbito comunitario que no admite interpretaciones concretas en el ámbito de cada Ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro.

(...) En todo caso, debemos modular o matizar dicha interpretación ---con las consecuencias concretas que luego veremos--- en el sentido de que la sanción de privación de libertad, prevista en el Código Penal para el delito concernido, ha de ser superior a un año en todo su ámbito o espectro sancionador; esto es, que estarían excluidos aquellos supuestos en los que la sanción prevista sea ---al mismo tiempo--- superior e inferior a un año; es decir, que en los supuestos en los que la privación de libertad que esté prevista en el Código Penal pueda ser superior, igual o inferior a un año, no se puede afirmar que se esté en presencia de un delito --- siempre--- "sancionado con pena privativa de libertad superior a un año". Dicho de otra forma, que se excluirían de la aplicación del artículo 57.2 de la LOEX aquellos delitos en los que, con independencia de máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos.

Es cierto que la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, contempla (artículo 3) la "expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales" entre otros casos en el supuesto --- como el del artículo 57.2 de la LOEX--- de "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", pero el legislador español ha exigido la "pena privativa de libertad superior a un año".

TERCERO.- En el supuesto de autos el actor, nacido el 19-12-1994, fue condenado a la pena de 2 años de prisión por un delito de robo con fuerza en casa habitada por sentencia firme de fecha 21-1-2013 del Juzgado de lo Penal nº 17 de Valencia que está suspendida. Además constan otras condenas que son: una, por el delito de conducción de permiso a la pena de 22 días de trabajo en beneficio de la comunidad por sentencia firme de fecha 15-3-2016 del Juzgado de lo Penal nº 17 de Valencia; otra condena por el mismo delito impuesta por el mismo Juzgado por idéntico delito en virtud de sentencia firme de fecha 25-10-2016; por último, existe otra condena por un delito de conducción sin permiso a la pena de 50 días de trabajo en beneficio de la comunidad impuesta por sentencia firme de fecha 24-8-2017, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Quart de Poblet. Esta última sentencia no puede ser tenida en cuenta ya que es de fecha posterior al acto recurrido que es de fecha 28-4-2017; tampoco se toman en consideración las detenciones policiales que en modo alguno son antecedentes penales.

Consta que es residente de larga duración desde hace más de 8 años. Llegó a España siendo menor de edad y acredita haber cotizado a la Seguridad Social española 16 años, 3 meses y 24 días. Está casado con ciudadana marroquí residente legal que acredita trabajar en España habiendo cotizado a la Seguridad Social 491 días; asimismo son padres de un hijo nacido

el 11-12-2004. Aun cuando la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 8 de Valencia que concedió el permiso de larga duración al recurrente fue revocada por esta Sala por sentencia firme 370/2018, de 25 de abril, dicha revocación no puede ser tenida en cuenta pues es posterior al acto y la sentencia recurrida, debiendo estarse a los hechos enjuiciados al momento de pronunciarse la sentencia apelada, y sin perjuicio de los efectos de esa sentencia revocatoria para el futuro

El límite inferior de la pena por robo con fuerza en las cosas en casa habitada supera el límite de un año de duración fijado por el mencionado artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

Ahora bien tratándose de residente de larga duración y como la expulsión no es automática, se deben ponderar las circunstancias familiares y sociales del recurrente a las que ya hemos aludido

De dicha ponderación resulta que a pesar de la gravedad del delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada y dos condenas por delitos de conducción sin permiso entendemos que dicha conducta no representa un peligro para la convivencia social, teniendo en cuenta su evidente arraigo familiar y laboral en nuestro país, el permiso de larga duración del que disfruta y que la pena por el delito de robo con fuerza en casa habitada por el que fue condenado está suspendida por tres años, no habiéndose producido el ingreso carcelario del interesado. Las otras dos condenas por delitos de conducción sin permiso no deben ser tenidas en cuenta ya que las penas correspondientes a tales infracciones delictivas tienen señaladas penas en abstracto de una duración inferior a un año.

CUARTO.- Prosigue el Tribunal Supremo razonando lo siguiente en la sentencia citada en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución: " De acuerdo, pues, con todo lo expuesto y modulando la interpretación que mantienen los dos órganos jurisdiccionales consideramos como interpretación más acertada del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) ---y, en concreto, su inciso "delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año" --- debe ser interpretado en el sentido de que el precepto se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente, si bien, sólo en aquellos supuestos en los que la totalidad de la pena establecida en el Código Penal sea "una pena privativa de libertad superior a un año", esto es, excluyendo aquellos delitos en los que, con independencia de máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos".

Este, pues, es el criterio que resulta procedente establecer, como doctrina jurisprudencial. Esta doctrina está recogida en las sentencias del T.S. nº 893/2018, de 31 de mayo, recurso 1321/2017 y en la nº 962/2018, de 11 de junio, recurso 1202/2017.

QUINTO.- Finalmente el Tribunal Supremo- sentencia de 31-5-2018- concluye en lo siguiente: " La interpretación del artículo 57.2 de la LOEX que se acaba de establecer conduce a la estimación de las pretensiones que la parte recurrente deduce en el escrito de interposición del recurso, con apoyo en la

matización que hemos efectuado de la interpretación realizada en la sentencia de instancia por la Sala de lo Contencioso administrativo, confirmando la del Juzgado de lo Contencioso administrativo, siendo pues la doctrina establecida por la mismas, si bien necesitando del complemento o matización expresados.

Todo lo cual lleva a la estimación del recurso de casación interpuesto, fijando la doctrina expuesta, y, en consecuencia, a la estimación del Recurso Contencioso administrativo interpuesto por el recurrente, dejando sin efecto la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 30 de noviembre de 2016, en el Recurso de apelación 602/2016, así como la sentencia de fecha 16 de junio de 2016 que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Sevilla en el Procedimiento abreviado 4/2016.

Por todo ello dejamos sin efecto y anulamos la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 19 de noviembre de 2015 que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español, con prohibición de entrada en el mismo por un periodo de 7 años; expulsión y prohibición que dejamos sin efecto."

Criterio por otro lado reiterado en la STS 962/18, de 11 de junio como ya hemos apuntado.

Aun cuando el recurrente tenga antecedentes penales debemos tener en cuenta que estos no determinan la expulsión automática del extranjero de acuerdo con el criterio expresado por la STJUE de 15-11-2007 en el asunto C-59/2007, según los arts. 6 a 10 de la Directiva Comunitaria 2003/109/CE, que nos obliga a ponderar las circunstancias personales de la recurrente al objeto de determinar si representa una amenaza para la seguridad pública que justifica la expulsión. (Sentencia de la Sala nº 859/2016, de 26 de octubre). A estos efectos el art. 6.1 de la Directiva ya mencionada establece que "Los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública. Al adoptar la correspondiente resolución el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o tipo de delito contra el orden público o la seguridad público, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia."

Teniendo en cuenta dichas circunstancias personales y que estamos ante una residente de larga duración, con un evidente arraigo familiar, estos factores deben pesar y sobreponderarse y sobreponerse frente a una condena penal que está penalmente suspendida. A todo ello se debe añadir que el recurrente lleva en nuestro país desde mas de 8 años, con raíces en España tanto de índole familiar como social y laboral, sin que se haya acreditado ni tan siquiera de manera indiciaria las circunstancias que podrían determinar que aun posee algún tipo de arraigo en su país de origen.

El recurso no puede prosperar.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 Ley Jurisdiccional al desestimarse el recurso el pago de las costas procesales

causadas en esta alzada se le imponen a la apelante en la cuantía máxima de 800 euros por todos los gastos procesales causados.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación...

PENDIENTE DE RECURSO DE CASACIÓN
FALLAMOS

1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia nº 63/18, de 16 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 9 de Valencia, que se confirma.

2.- Imponemos el pago de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante de acuerdo con el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe, conforme a lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo o, en su caso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el magistrado de esta Sala Sr. D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo, que ha sido ponente, en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. La Sra. Letrada de la Administración de Justicia, rubricado.