



**T. S. J. CASTILLA-LEON CON/AD
VALLADOLID**

SENTENCIA: 00695/2013
Sección Tercera

N56820

N.I.G: 47186 33 3 2013 0100317

BEATRIZ MORENO G^a-ARGUDO
Procuradora
NOTIFICADO
07 MAYO 2013
C/ El Álamo, 3
47300 - Peñafiel (Va)
Tf/Fax:983881137/ /626198064
beatrizmorenoprocurea@telefonica.net

Procedimiento: RECURSO DE APELACION 0000106 /2013

Sobre: EXTRANJERIA

De D.ª

Representación: Procuradora D.ª BEATRIZ MORENO GARCIA-ARGUDO

Contra SUBDELEGACION DEL GOBIERNO DE VALLADOLID

Representación: ABOGADO DEL ESTADO

Ilmos. Sres. Magistrados

Don AGUSTÍN PICÓN PALACIO

Doña MARÍA ANTONIA DE LALLANA DUPLÁ

Don FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ

Don FRANCISCO JAVIER ZATARAÍN Y VALDEMORO

En Valladolid, a veintiséis de abril de dos mil trece.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados al margen, ha pronunciado en grado de apelación la siguiente

SENTENCIA NÚM. 695/13

En el **recurso de apelación núm. 106/13** interpuesto contra la Sentencia de 26 de octubre de 2012 dictada en el procedimiento abreviado 11/12 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valladolid, en el que son partes: como apelante doña ***, representada por el Procurador Sr. Moreno García y defendida por el Letrado Sr. del Soto Prieto; y como apelada la Administración General del Estado (Subdelegación del Gobierno en Valladolid), representada y defendida por la Abogacía del Estado, sobre extranjería (expulsión).

Ha sido **ponente** el Magistrado don Francisco Javier Pardo Muñoz, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento del que dimana esta apelación se dictó Sentencia de fecha 26 de octubre de 2012 por la que se desestimó íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña ***, nacional de Marruecos, contra la Resolución de la Subdelegación de Gobierno de Valladolid de fecha 7 de noviembre de 2011 en la que resolviendo el procedimiento sancionador nº 470020110003767 se acordó Decretar la expulsión de la parte recurrente del territorio nacional como responsable de la conducta prevista en el artículo 57.2 de la LO 4/2000, y prohibición de entrada en el mismo por un plazo de cinco años y en el territorio Schengen, declarando que el acto administrativo es conforme a Derecho, todo ello sin que proceda establecer una especial condena en costas.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia doña *** interpone recurso de apelación solicitando su revocación y que se declare no conforme a Derecho la resolución recurrida al ser contraria a Derecho y carecer de motivación, anulándola y dejándola sin efecto o, subsidiariamente, de entender que procede la expulsión de España, se rebaje el periodo de prohibición de entrada al mínimo legal, todo ello con expresa condena en costas a la Administración recurrida.

TERCERO.- Admitido el recurso por el Juzgado y conferido el oportuno traslado, la Abogacía del Estado se opuso al mismo solicitando su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Transcurridos los plazos de los artículos 85.2º y 4º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se elevaron los autos y el expediente administrativo a la Sala.

QUINTO.- Por Diligencia de Ordenación de 12 de febrero de 2013 se acordó la formación y registro del presente rollo de apelación, designándose ponente, y señalándose para votación y fallo el día 25 de abril de 2013.

SEXTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites marcados por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque no los plazos en ella señalados dado el volumen de trabajo y pendencia que afecta a esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sentencia apelada y alegaciones de las partes.

La sentencia objeto de apelación desestimó íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña ***, nacional de Marruecos, contra la Resolución de la Subdelegación de Gobierno de Valladolid de fecha 7 de noviembre de 2011 en la que se acordó Decretar la expulsión de la parte recurrente del territorio nacional como responsable de la conducta prevista en el artículo 57.2 de la LO 4/2000, y prohibición de entrada en el mismo por un plazo de cinco años y en el territorio Schengen, declarando que el acto administrativo es conforme a Derecho, todo ello por entender, en esencia, que queda acreditado que la parte recurrente había sido condenada por sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid en Sentencia 28/2005 de 4 de febrero de 2005 a la pena un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo como autor de un delito de estafa y un año de prisión como autor de un delito contra la Administración de Justicia, encontrándose en ejecución de condena interna en el Centro Penitenciario de Villanubla en Valladolid, extremos no cuestionados por la propia recurrente; que el hecho de que se encuentre cumpliendo condena no implica que se haya extinguido la responsabilidad criminal declarada por la previa sentencia condenatoria, siendo un dato que no guarda relación ninguna con el hecho cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley que regula ese derecho de residencia, insistiendo que la expulsión por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a su estancia en España, no puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue (STC 242/1994, fundamento jurídico 4); que si bien es cierto que manifiesta la existencia de arraigo en España dado que aquí residen los hijos de la recurrente menores de edad dos de ellos aunque tengan la nacionalidad española, no puede considerarse una circunstancia que pueda variar la posibilidad de la sanción impuesta en el presente caso en que la medida a imponer de conformidad con el artículo 57.2 es únicamente la de expulsión, resultando además que la existencia del posible arraigo alegado no resulta causa suficiente en los supuestos en que la expulsión deviene no solo de la estancia irregular, sino por la comisión de hechos delictivos; y que en cuanto a la vulneración del principio "non bis in idem" hay que partir de que el hecho, en cuanto que tipificado penalmente, origina en el orden penal una condena, y tal condena supone la comprobación de la actuación de un extranjero tan indeseada como incompatible con su convivencia pacífica con los nacionales, siendo la comprobación de tal conducta a través de la sentencia penal

firmes la que faculta a la Administración a dar solución a la permanencia del extranjero en España, constituyendo las penas impuestas y la expulsión los resultados de dos procedimientos sucesivos, de los que el primero es antecedente inexcusable del segundo, teniendo los aludidos resultados un fundamento o "ratio essendi" totalmente distintos, de suerte que no puede apreciarse la identidad a que se refiere el artículo 133 de la Ley 30/1992.

Doña *** alega en apelación que la sentencia no tiene en cuenta las circunstancias especiales de su caso –madre de dos hijos menores de edad españoles, además de otros dos hijos de nacionalidad marroquí, y su marido, todos ellos residentes legales- y realiza una aplicación automática del artículo 57.2 LOEx, siendo ella misma residente de larga duración vigente hasta 2016, desconociendo la sentencia impugnada la importante STS de 26 de enero de 2005 y de esta Sala de 22 de diciembre de 2010 en relación con la existencia de un hijo español; que en todo caso le sería de aplicación el RD 240/2007, en cuanto familiar de ciudadano de la Unión Europea, según STS de 10 de junio de 2004; y que la sentencia no aloja en su fundamentación las razones de orden público y/o seguridad ciudadana determinantes de una imperiosa necesidad de proceder a su expulsión.

La Abogacía del Estado se opone a la apelación alegando que la recurrente no articula motivos distintos a los planteados en la instancia; y que el criterio de la Sala es favorable a la expulsión en supuestos como el presente de aplicación del artículo 57.2 (Sentencias de 30 de marzo, 27 de julio y 9 de noviembre de 2012), por lo que si la concurrencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 57.2 de la LOEx conlleva, sin alternativa alguna, la expulsión del ciudadano extranjero del territorio nacional, la Administración no puede adoptar una medida diferente.

SEGUNDO.- Sobre la aplicación de la expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEx a los extranjeros con residencia permanente, hoy de larga duración. Necesaria y no realizada valoración de las circunstancias. Estimación del recurso.

Desde nuestra Sentencia de 20 de abril de 2011 dictada en el recurso de apelación núm. 703/11 venimos declarando sobre dicho particular que *"...la interpretación sistemática y teleológica de la normativa aplicable a los extranjeros que tienen reconocida la residencia permanente, hoy residentes de larga duración, nos conduce a lo siguiente:*

a) El supuesto contemplado en el artículo 57.2 de la LOEx ("Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la 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") puede erigirse en causa de expulsión de los extranjeros que tengan reconocida la residencia permanente, hoy residentes de larga duración, siempre que su conducta personal constituya además una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y así se fundamente en la resolución, sin que pueda justificarse por razones de orden económico. Y

b) Antes de adoptar la decisión de expulsión la Administración deberán tomar en consideración los elementos siguientes: la duración de la residencia en el territorio; la edad de la persona implicada; las consecuencias para él y para los miembros de su familia; y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen".

Y añadíamos "El incumplimiento de estas exigencias en el caso que nos ocupa nos lleva a anular la Resolución impugnada por falta de motivación y justificación de la expulsión acordada en función de la normativa que es aplicable, y ello por cuanto en un procedimiento de esta naturaleza la Administración no puede suplir la falta de motivación y de prueba durante el juicio, según constante jurisprudencia. Así, el proceso judicial no puede ser utilizado por la Administración para ejercer sus potestades sancionadoras ni para subsanar vicios, omisiones o vulneraciones de derechos de la fase previa (SSTC 59/2004) ni por el órgano judicial para ejercitarlas por aquélla (SSTC 161/2003 y 193/2003)".

Así las cosas, estando reconocido en el expediente administrativo que la recurrente es titular de una autorización de residencia de larga duración, frente a la que la Resolución impugnada hace valer su irrelevancia amparándose en el tenor literal del artículo 57.2 LOEx por cuanto solo contempla la expulsión y no la multa como consecuencia de la previa condena penal, la aplicación de la anterior doctrina, desconocida por la resolución recurrida, nos conduce a la íntegra estimación del recurso.

TERCERO.- Costas procesales de la apelación.

De acuerdo con el criterio del artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas de esta segunda instancia a ninguna de las partes.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

ESTIMAR el recurso de apelación formulado por doña *** contra la Sentencia de 26 de octubre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Valladolid, la que se revoca, y, en su lugar, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Subdelegación de Gobierno de Valladolid de fecha 7 de noviembre de 2011 en la que resolviendo el procedimiento sancionador nº 470020110003767 se acordó Decretar la expulsión de la parte recurrente del territorio nacional como responsable de la conducta prevista en el artículo 57.2 de la LO 4/2000, y prohibición de entrada en el mismo por un plazo de cinco años y en el territorio Schengen, acordamos la nulidad de la resolución impugnada, que se deja sin efecto, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a costas procesales de ninguna de las instancias.

Devuélvase los autos originales y el expediente al órgano judicial de procedencia, acompañando testimonio de esta sentencia, y dejando el original en el libro correspondiente.

Así por esta nuestra sentencia, que es firme, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha, de lo que doy fe.