

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 512/2012

SENTENCIA NUMERO 34/2015

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D^a. MARTA ROSA LOPEZ VELASCO

MAGISTRADOS:
D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO
D^a. MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ



En la Villa de Bilbao, a quince de enero de dos mil quince.

La Sección 3^a 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 30 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n° 3 de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN en el recurso contencioso-administrativo número 552/2011.

Son parte:

- **APELANTE:** MINISTERIO DE INTERIOR - SUBDELEGACION DEL GOBIERNO DE GIPUZKOA, representado y dirigido por el ABOGADO ABOGADO DEL ESTADO ABOGADO.

- **APELADO:** , representado por el Procurador D. JESUS GORROCHATEGUI ERAUZQUIN y dirigido por la Letrada D^a. VIVIANA ECHEVERRIA PASCUAL.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA DEL MAR DIAZ PEREZ.

Recepcionado en el
C. PROCURADORES EL DIA ANTERIOR

11 FEB 2015

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA
FIRMA PROCURADOR

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por MINISTERIO DE INTERIOR - SUBDELEGACION DEL GOBIERNO DE GIPUZKOA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 7/1/2015, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Abogado del Estado en la representación que ostenta de la Administración del Estado, se interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián, de fecha 30 de marzo de 2.012, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo número 552/2011, seguido por el procedimiento abreviado, formulado por frente a la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Burgos de 21 de julio de 2.011, por la que se acuerda la expulsión del territorio español y consecuente orden de prohibición de entrada en el mismo, de conformidad con el art. 57.2 de la LOEx.

La sentencia apelada anula la orden de expulsión y ordena retrotraer las actuaciones hasta el momento de dictarse la resolución sancionadora anulada, con conservación del resto de las actuaciones del procedimiento sancionador y adopción de la sanción de multa que proceda, de acuerdo con los siguientes hechos:

<<(TERCERO.-) (...)

En este caso los hechos determinantes de la expulsión son aplicados por la administración demandada mediante la aplicación del artículo 57.2 de la LOEX por la condena firme impuesta al actor por la Sentencia 70/09 de 6 de marzo del Juzgado de lo Penal Número Cuatro de San Sebastián en Sentencia a una pena de 3 años y un día de prisión y multa de 142.400 euros por las responsabilidades personales subsidiarias de un día de privación de libertad por cada 400 euros impagados.

3.- *Ha de determinarse, por tanto, si la condición de pareja de hecho de una ciudadana comunitaria y española es relevante o no en orden a aplicar la sanción de*

En el momento de dictarse el acuerdo de incoación del expediente administrativo de expulsión (3 de junio de 2011) el actor se encontraba cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Burgos.

Resultando de aplicación al presente caso lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 al haber sido condenado el actor por la comisión de un delito sancionado en nuestro país con pena privativa de libertad superior a un año, sin que en el momento de dictarse la resolución de expulsión constase que el mismo tuviera los antecedentes penales cancelados.

- Que estando acreditado mediante certificado de fecha 7 de septiembre de 2011 que fue puesto en libertad definitiva el 11 de septiembre de 2011 al haberse extinguido la pena que le había sido impuesta en virtud de la sentencia anteriormente mencionada, la extinción de la pena se produjo con posterioridad al dictado de la resolución que decretaba su expulsión y el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 es claro: sólo admite como excepción para proceder a la expulsión que se decreta que la persona en cuestión tenga los antecedentes penales cancelados, circunstancia que no concurre en el presente supuesto en el que el recurrente no ha acreditado la cancelación de sus antecedentes penales.

Al respecto argumenta la diferencia entre la extinción de la responsabilidad criminal con la cancelación de los antecedentes penales.

Y el actor no acredita tener los antecedentes penales cancelados, ni concurren los requisitos indispensables exigidos por el artículo 136 CP para proceder cancelación, por lo que no cabe más que concluir que la Subdelegación del Gobierno en Burgos se ajustó a la legalidad al decretar la expulsión del recurrente del territorio español con fundamento en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

- Que el recurrente alega haber contraído matrimonio con una ciudadana española al efecto de evitar la expulsión decretada por la Subdelegación del Gobierno en Burgos. Matrimonio que se celebró el día 16 de diciembre de 2011, según certificación literal expedida por el Registro Civil que consta en autos, por lo tanto, con posterioridad al dictado de la resolución de la Subdelegación cuya revisión se pretende ahora.

No obstante, esta alegación del actor tampoco puede prosperar ni tiene entidad para enervar la expulsión decretada con base en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

TERCERO.-

se opone al recurso, interesando su desestimación.

Sostiene que en la instancia se han valorado correctamente las circunstancias concurrentes en su caso, apoyándose en la jurisprudencia que recoge, recordando que está en España desde que era menor de edad, año 1.998, y que se empadrona por primera vez en Irún en agosto de 2.004; que tuvo residencia y trabajo, que trabajó y estudió, realizando un curso de operario de mecanizado, y a día de hoy alquila una vivienda en pareja con su esposa; que ha cumplido las responsabilidades derivadas de la condena penal; que es

pareja de hecho inscrita de una ciudadana española desde marzo de 2.010 y por ello le es de aplicación el Real Decreto 240/2007, de régimen comunitario.

No puede apreciarse en su comportamiento personal un peligro para el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

Resultando, por el contrario, la expulsión del todo desproporcionada si no tiene en cuenta el arraigo familiar, social y laboral (posee una vida laboral que suma 1 año y 2 meses) y su integración en la sociedad española.

No constituyendo la tenencia de antecedentes penales, o el hecho de haber sido condenado, razón legal suficiente para la procedencia de la expulsión, así como tampoco lo es para la concesión de autorizaciones de residencia y trabajo tanto en el régimen comunitario como en el general.

CUARTO.- Confirma la sentencia apelada la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Burgos que procede a decretar la expulsión del ahora apelante, con prohibición de entrada en el territorio español por un periodo de diez años, con base en lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social; precepto que dispone *"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 el momento de dictarse el acuerdo de incoación del expediente administrativo de expulsión (3 de junio de 2.011) el apelado se encontraba cumpliendo, en el Centro Penitenciario de Burgos, la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal nº 4 de San Sebastián, de 3 años y un día de prisión, por un delito contra la salud pública de los artículos 368 y 369.1º.6º del Código Penal; antecedentes penales no cancelados. Tales hechos que resultan pacíficos por indiscutidos, además de estar debidamente documentados en los autos resultan suficientes para sustentar la conformidad a derecho de la medida de expulsión acordada.

Dicho esto, y estando por tanto ante el supuesto previsto en el art. 57.2 de la Ley, la Sala comparte la oposición formulada por el Abogado del Estado en esta alzada, al valor que en la sentencia apelada se da a la circunstancia de que el recurrente formara pareja de hecho con una ciudadana española, inscrita en el Registro correspondiente desde el 2 de marzo de 2010, es decir, con anterioridad a la incoación del expediente administrativo de expulsión, y posterior matrimonio civil en fecha 16 de diciembre de 2.011, acordada ya la orden de expulsión.

El Tribunal Constitucional en reciente Sentencia de 4 de noviembre de 2.013, a la que esta Sala ya ha hecho mención, entre otras, en la Sentencia nº 327/2014, de 21 de mayo de 2.014 (RA 375/2012), ha reconocido que existen valores, como los concernidos por el derecho a la vida familiar, que deben ponderarse en la apreciación por los jueces

ordinarios de la adecuación a Derecho de la decisión de expulsión, también en los supuestos en que ésta es impuesta por la vía del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, en concreto, ha dicho que *"En consecuencia, procede declarar que es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el "derecho a la vida familiar" derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo."*

En el caso, las circunstancias concurrentes y en especial, estar inscrito en el Registro de parejas de hecho y el posterior matrimonio, no tienen la entidad que el Tribunal Constitucional considera necesaria para oponerse a la decisión de expulsión.

La relación de pareja acreditada, de la que solo se conocen los datos formales que se barajan (inscripción y matrimonio civil,) denota una incuestionable conexión del apelado con el territorio español, de la que no nace, sin embargo, un derecho a la vida familiar de tal consistencia que merezca ser tutelado con preferencia al orden público y a la seguridad ciudadana que protege la medida de expulsión.

Por otra parte, no estando acreditado que fuese residente de
larga duración en los términos del art. 32 de la LOEX, no le alcanza la excepción prevista en el art. 57.5.b de la misma.

Por tanto, valoradas las circunstancias del caso concreto en contra de la valoración efectuada en la sentencia apelada, la decisión de expulsión del territorio nacional se estima proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, por lo que el recurso ha de prosperar, procediendo la revocación de la sentencia apelada.

QUINTO.- Sin expresa imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción.

Y es por los anteriores fundamentos jurídicos, por los que este Tribunal emite el siguiente

III. FALLAMOS

PRIMERO.- ESTIMAR EL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 512 DE 2.012, INTERPUESTO POR EL ABOGADO DEL ESTADO EN LA REPRESENTACIÓN QUE OSTENTA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 3 DE DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN, DE FECHA 30 DE MARZO DE 2.012, QUE REVOCAMOS.

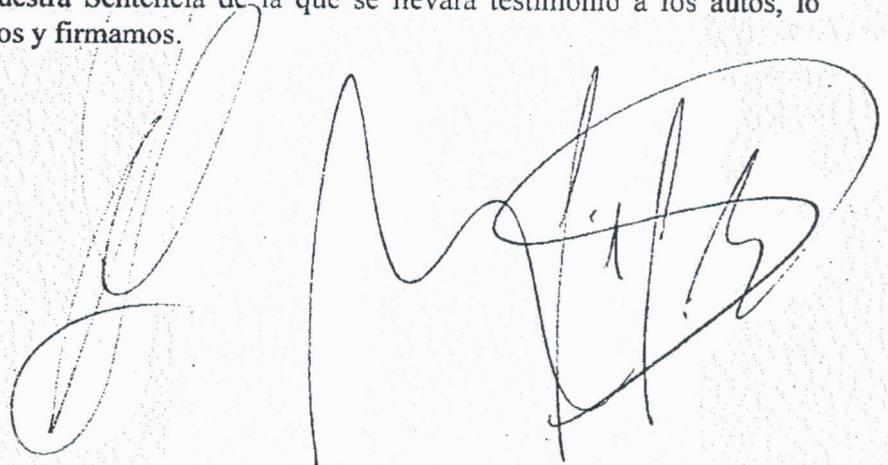
SEGUNDO.- DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 552/2011, SEGUIDO POR EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO, FORMULADO POR FRENTE A LA RESOLUCIÓN DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BURGOS DE 21 DE JULIO DE 2.011, POR LA QUE SE ACUERDA LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL Y CONSECUENTE ORDEN DE PROHIBICIÓN DE ENTRADA EN EL MISMO, DE CONFORMIDAD CON EL ART. 57.2 DE LA LOEX, QUE CONFIRMAMOS.

TERCERO.- SIN EXPRESA IMPOSICIÓN DE COSTAS EN NINGUNA DE LAS INSTANCIAS.

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

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

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



DILIGENCIA.- En Bilbao, a nueve de febrero de dos mil quince.

La extiendo yo, Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de hoy la anterior sentencia, firmada por quienes la han dictado, pasa a ser pública en la forma permitida u ordenada en la Constitución y las leyes, quedando la sentencia original para ser incluida en el libro de sentencias definitivas de esta sección, uniéndose a los autos certificación literal de la misma, procediéndose seguidamente a su notificación a las partes. Doy fe.

EGINBIDEA.-Bilbao(e)n, bi mila eta hamabost (e)ko otsailaren bederatz(e)an.

Nik, idazkari judiziala naizen honek, egiten dut, jasota gera dadin, aurreko epaia --eman dutenek berek sinatua-- publiko egin dela gaur, Konstituzioak eta legeek onartu edo agindutako moduan, eta jatorrizko epaia atal honetako behin betiko epaien liburuan sartzeko uzten dela, autoei epaiaren hitzez hitzeko ziurtagiria erantsiko zaiela eta jarraian alderdiei jakinaraziko zaiela. Fede ematen dut.