



JDO. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3
Plaza del Juez Elío/Elío Epailearen Plaza, 1
Planta 5 Solairua
Pamplona/Iruña
Teléfono y fax: 848.42.42.72 - FAX
848.42.16.59
EMail.: juzconpam3@navarra.es
C4109

Sección: D
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO
ABREVIADO**
Nº Procedimiento: **0000240/2017**
NIG: 3120145320170000705
Materia: PAB Admon. Periferica
Extranjería
Resolución: Sentencia 000102/2018

S E N T E N C I A NÚM. 000102/2018

En Pamplona/Iruña, a veinte de abril de dos mil dieciocho.

La Ilma. Sra. Doña Ana Irurita Diez de Ulzurrun, Magistrada del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 de Pamplona/Iruña y su Partido, ha visto los autos del Procedimiento Abreviado nº. 240/2017 promovido por [REDACTED] representado por el procurador D. Beltrán y defendido por la letrada Sra. Etxeberria contra DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LA RIOJA, representado y defendido por el ABOGADO DEL ESTADO, sobre extranjería

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la indicada recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Delegación del Gobierno en la Rioja de 5 de junio de 2017.

SEGUNDO.- Personada la Administración demandada y remitido el expediente administrativo, se señaló el 19 de abril de 2018 para la celebración de la vista oral, compareciendo ambas partes.

Fecha y hora: 20/04/2018 13:23

Firmado por: ANA IRURITA, M^a TERESA BIURRUN

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Código Seguro de Verificación 3120145003-e601b6e9b597abf6014c70ada2fb63bVCscAA==

TERCERO.- En el acto de juicio oral, la parte actora se ratificó en su demanda, solicitando la anulación de la resolución recurrida.

Por la Administración demandada, el Abogado del Estado se opuso a la demanda alegando la acreditación de la infracción cometida y la procedencia de la expulsión acordada, motivos por los que solicitaba la desestimación del recurso.

Recibido el pleito a prueba, ambas partes se remitieron al expediente administrativo; la actora aportó documental y solicitó testifical. Practicada la prueba admitida y tras formular los letrados conclusiones, los autos quedaron vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este proceso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones tienen su origen en el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de [REDACTED] contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Logroño de 5 de junio de 2017 que acuerda la expulsión del territorio español del recurrente, de nacionalidad colombiana con prohibición de entrada por un periodo de cinco años, extensiva a todos los países incluidos en el Convenio de Schengen, y ello por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

Al recurrente se le incoó expediente de expulsión por concurrir las circunstancias del artículo 57. 2 LO 4/2000, tras haber sido condenado a la pena de prisión de un año como autor de un delito de conducción temeraria, que derivó en la resolución que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo. Le constan dos condenas posteriores de multa por delito de conducción careciendo de

Fecha y hora: 20/04/2018 13:23

Firmado por: ANA IRURITA, M^a TERESA BIURRUN

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Código Seguro de Verificación 3120145003-e601b6e9b5977abf6014c70ada2fb63bVCscAA==

permiso y por lesiones. El actor era titular de autorización de residencia inicial y trabajo por cuenta propia.

Alega la parte actora en la demanda que la resolución impugnada no es conforme a derecho ya que la condena que se le impuso no supera el año de prisión, por lo que no concurren los presupuestos legales para imponer la sanción de expulsión, ya que a su juicio ha de estarse a la pena concreta impuesta y no a la abstracta prevista en el tipo. También señala que no se ha tenido en cuenta el resto de circunstancias de arraigo laboral acreditadas ni la jurisprudencia del TC que exige su valoración antes de la aplicación de la sanción impuesta. Finalmente señala que las condenas se han cumplido y los antecedentes penales pueden ser cancelados y que actualmente tiene arraigo familiar, al mantener relación con ciudadana española.

A todo ello se opone el Abogado del Estado que considera que ha de estarse a la pena en abstracto, prevista para la conducta sancionable. También recuerda esta parte que no se pueden valorar circunstancias como la cancelación de los antecedentes y el arraigo familiar, por haberse producido con posterioridad al dictado de la resolución sancionadora.

SEGUNDO.- El 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, considera 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.

El recurrente fue condenado en el año 2010 a una pena de 12 meses de prisión y 2 años de privación del permiso de conducir por delito de conducción temeraria. Se discute si dicha pena es suficiente para aplicar el artículo 57.2 al que se ha hecho referencia.

Fecha y hora: 20/04/2018 13:23	Firmado por: ANA IRURITA, M ^a TERESA BIURRUN
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120145003-e601b6e9b59f7abf6014c70ada2fb63bVCscAA==

El TSJ Madrid en sentencia de 27 de septiembre de 2017 señala para un caso idéntico:

Para dar respuesta al caso enjuiciado ha de partirse de la sentencia dictada por el Pleno de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (secciones 2^a, 3^a, 9^a y 10^a) de 6 de junio de 2017 (ROJ: STSJ M 6781/2017 - ECLI:ES: TSJM:2017:6781) dictada en el recurso de apelación 970/2016, de esta sección segunda en la que se indica que

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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Fecha y hora: 20/04/2018 13:23

Firmado por: ANA IRURITA, M^o TERESA
BIURRUN

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Código Seguro de Verificación 3120145003-e601b6e9b59f7abf6014c70ada2fb63bVCscAA==

(...) El motivo de la apelación que debemos resolver es el relativo a si en la aplicación del artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 , hay que estar a la pena en concreto impuesta al extranjero y no a la pena en abstracto prevista para el delito, motivo que debemos analizar ya que es el argumento medular de la sentencia apelada que, hay que recordar, considera que es aplicable el artículo 57.2 ya que la pena señalada en abstracto para el delito de estafa a que ha sido condenado el recurrente, tipificado en el Art. 248-1º del Código Penal , tiene señalada una pena en el Art. 249 del mismo Código de seis meses a tres años, superior por tanto a la señalada en el Art. 57.2 LODLE, siendo procedente la medida de expulsión que acuerda la resolución impugnada.

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

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

Pues bien, en esta discrepancia y a falta de constancia de jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, el Pleno de esta Sala

estima que el artículo 57.2 de la Loes debe interpretarse en el sentido de considerar que se refiere a la pena en concreto impuesta al extranjero.

Dos razones nos llevan a esta conclusión:

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

Hay que recordar que la doctrina del TJUE considera que para que las medidas de orden público o de seguridad pública estén justificadas deben estar basadas exclusivamente en la conducta personal del interesado. Así la sentencia del TJUE de 10/07/2008,

Fecha y hora: 20/04/2018 13:23

Firmado por: ANA IRURITA, Mª TERESA BIURRUN

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Código Seguro de Verificación 3120145003-e601b6e9b59f7abf6014c70ada2fb63bVCsCAA==

Fecha y hora: 20/04/2018 13:23

Firmado por: ANA IRURITA, M^a TERESA
BIURRUN

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: <https://sedejudicial.navarra.es/>

Código Seguro de Verificación 3120145003-e601b6e9b597abf6014c70ada2fb63bVCscAA==

(asunto C-33/07), interpretando los artículos 18 CE y 27 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 , relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ha señalado: (24), que "tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general". Ello significa que sólo atendiendo a la pena en concreto es posible apreciar las razones de orden público o de seguridad pública ya que sólo la pena en concreto refleja una conducta personal del interesado.

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

Por todo ello la demanda ha de ser estimada, ya que la condena penal impuesta al recurrente ha sido de un año meses de prisión, es decir, inferior a la establecida en el 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 ya que la pena impuesta no es superior al año por lo que no cabe aplicar el supuesto de expulsión contemplado en el citado precepto. Y sin que sea necesario valorar el resto de circunstancias de arraigo personal o laboral alegadas por el recurrente, por no darse las condiciones para aplicar el precepto señalado.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la L.R.J.C.A., modificado por la Ley 37/2011, no procede condena en costas al ser la planteada una cuestión jurídica controvertida, existiendo distintas interpretaciones en los TSJ.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

F A L O

QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de D. [REDACTED] [REDACTED] contra la resolución de la Delegación del Gobierno en La Rioja de 5 de junio de 2017 que se anula por no ser conforme a derecho.

Sin condena en costas.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de quince días previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial en el Banco Santander con el nº. 3171000094024017, de 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



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Fecha y hora: 20/04/2018 13:23	Firmado por: ANA IRURITA, Mª TERESA BIURRUN
Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Código Seguro de Verificación 3120145003-e601b6e9b59f7abf6014c70ada2fb63bVCscAA==

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Dña. Ana Irurita Diez de Ulzurrun, Magistrada que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; doy fe.

Doc. Electrónico garantizado con firma electrónica. Dirección para verificación: https://sedejudicial.navarra.es/	Fecha y hora: 20/04/2018 13:23
Código Seguro de Verificación 3120145003-e601b6e9b59f7abf6014c70ada2fb63bVCscAA==	Firmado por: ANA IRURITA, Mª TERESA BIURRUN