

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Décima C/ Génova, 10 , Planta 2 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2017/0021027

Recurso de Apelación 412/2018

Recurrente: D./Dña. [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. ANA TERESA DIAZ MELGUIZO
Recurrido: DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 632/2018

Presidente:

D./Dña. [REDACTED]

Magistrados:

D./Dña. [REDACTED]

D./Dña. [REDACTED]

En Madrid, a 23 de octubre de 2018.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Sección por los Señores anotadas al margen, el recurso de apelación número 412/2018 interpuesto por DON [REDACTED], representado por el/la procurador /a Doña Ana Teresa Díaz Melguizo, contra la *Sentencia de fecha 18 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 31 de Madrid, en el Procedimiento Abreviado n°, 381/2017*, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución dictada por el Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid de fecha 22 de mayo de 2017, confirmada en recurso de reposición el 18 de septiembre de 2017, expediente n° 280020170007013 que acordó su expulsión de territorio español por un periodo de 3 años.

Siendo parte apelada la Delegación del Gobierno en Madrid representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la sentencia referida, cuyo fallo desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto, la representación de la parte actora, interpuso recurso de apelación, solicitando su revocación y que se decrete la nulidad de la resolución administrativa referida, basándose en los hechos que constan.

SEGUNDO.- El recurso de apelación, fue admitido en ambos efectos por providencia en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

TERCERO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los *artículo 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; y no habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista o la presentación de conclusiones, **se señaló para la deliberación y fallo** del presente recurso de apelación el 17 de octubre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, y en y 81 y siguientes y en particular las previsiones de los *artículos 80.3 la Ley 29/1.998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. [REDACTED] quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la *Sentencia de fecha 18 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de*

Madrid, en el Procedimiento Abreviado nº, 381/2017, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución dictada por el Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid de fecha 22 de mayo de 2017, confirmada en recurso de reposición el 18 de septiembre de 2017, expediente nº 280020170007013 que acordó su expulsión de territorio español por un periodo de 3 años.

La sentencia confirmó la resolución impugnada que se basó en la condena penal por *sentencia condenatoria a dos años de prisión, por lesiones, artículo 147 del Código Penal, confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial en fecha de 12 de diciembre de 2011, por condenar a* pena de privación de libertad superior a un año, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 57.2 de la Ley de Extranjería*.

La sentencia apelada se basó en la sentencia condenatoria, junto a datos negativos como las diversas detenciones que obran en el historial policial y la falta de arraigo familiar.

Frente a la citada Sentencia se alza en esta instancia jurisdiccional el demandante solicitando que se admita el recurso de apelación y se revoque la Sentencia de instancia y, en consecuencia, se estime el recurso contencioso- administrativo por él interpuesto contra la resolución de expulsión de la Delegación del Gobierno en Madrid, por no ser conforme a derecho dicha resolución.

En apoyo de su pretensión, y en esencia, alega en su recurso de apelación que es residente de larga duración, tal como recoge la sentencia apelada, que entiende que la condena no supone un supuesto de amenaza real y suficientemente grave del orden público o de la seguridad ciudadana que prevé el *artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE* a los supuestos del artículo 54.1.a) ya que los hechos ocurrieron en 2008 y la pena fue suspendida posteriormente. Igualmente alega que no ha sido condenado en sentencia firme en ninguna de las causas a las que hace alusión el juez a quo, por lo que no se debieron tener en cuenta para su resolución.

La Administración demandada, por su parte, se opone a la estimación de recurso de apelación y solicita la confirmación de la Sentencia de instancia por estimar que la misma conforme a derecho, expresando que la normativa aplicable y el debate es el que se señala en la sentencia impugnada, que se considera conforme a derecho.

SEGUNDO.- En primer lugar hemos de señalar que una lectura de que en la resolución sancionadora se expresa que los hechos contemplados en la misma son, conforme a lo dispuesto en el *artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería* , *causa de expulsión al haber sido condenado por una conducta que constituye en España un delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año de prisión, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados, cuestión que en el presente caso no acontece.*

Esta Sala y Sección, en concordancia con el posicionamiento mayoritario de los Tribunales Superiores de Justicia, ha venido manteniendo (Sentencia de 11 de septiembre de 2014 y las que en ella se citan, de 28 de julio y 13 de octubre de 2006) que la expulsión que prevé el *artículo 57.2 de la repetida Ley Orgánica no constituye una sanción, toda vez que no se impone por la comisión de una infracción administrativa de las previstas en los artículos 52 y siguientes de la citada Ley* , sino como consecuencia de la previa condena por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; razón por la que la expulsión de que se trata no lo es como alternativa o en sustitución de la multa, tal y como prevé el *artículo 57.1 de la misma Ley* , sino que deviene como consecuencia legalmente establecida en tales casos. Lo que se traducía en que, además de tratarse de una medida que no podía ser sustituida por multa pecuniaria, tampoco se entendía admisible que una eventual situación de arraigo del interesado pudiera enervar la expulsión acordada, ni aplicable la excepción del siguiente número 5.b) del mismo precepto, anteriormente transcrito.

TERCERO.- En concordancia con el planteamiento expuesto, la *Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 2011 (recurso 32/2009)*, en un supuesto de expulsión del súbdito extranjero tras la condena por la comisión de un delito, precisa que es esta condena penal y no la comisión de ninguna otra infracción administrativa la que ha motivado por vía del *artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000* la imposición al recurrente de forma imperativa de la medida de expulsión.

En el caso presente es necesario acudir a la resolución recurrida de expulsión, en la que se concreta que fue condenado en *sentencia firme de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha de 12 de diciembre de 2011, a dos años de prisión, por lesiones, artículo 147 del Código Penal.*

En el presente caso consta que fue condenado por aplicación del artículo 147 del Código Penal que dispone:

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

El Tribunal Supremo dictó sentencia de fecha 31/05/2018, en el recurso de casación nº 1321/2017 que declara “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**".

Por todo ello procede estimar el recurso de apelación, en cuanto que el delito de lesiones del artículo 147 del Código Penal citado prevé una pena mínima de tres meses, es decir no supera la pena de privación de libertad superior a un año del artículo 57.2 de la LO 4/2000.

CUARTO.- No ha lugar a la imposición de las costas causadas en esta segunda instancia al estimarse el recurso de apelación. (*art. 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

FALLO

ESTIMAMOS el presente recurso de apelación interpuesto contra **la Sentencia de fecha 18 de abril de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 31 de Madrid, en el Procedimiento Abreviado nº, 381/2017, y debemos:**

Primero.- Revocar dicha sentencia.

Segundo.- En su lugar, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución dictada por el Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid de fecha 22 de mayo de 2017, confirmada en recurso de reposición el 18 de septiembre de 2017, expediente nº 280020170007013 que acordó su expulsión de territorio español por un periodo de 3 años, y anular dicha actividad administrativa por ser disconforme a Derecho.

Tercero.-Sin imposición de las costas causadas en la presente instancia.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los *art. 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción*, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de **treinta días** contados desde el siguiente al de la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la *Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente [REDACTED] Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº [REDACTED] y se consignará el número de cuenta-expediente [REDACTED] en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D./Dña. [REDACTED], estando la Sala celebrando audiencia pública el [REDACTED], de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.