

R. CASACION núm.: 5237/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera
Bajo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 753/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 27 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 5237/2019, interpuesto por D....., representado por el procurador D. Andrés Fernández Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Vladimir Enealdo Núñez Herrera, contra la sentencia n.º 91/2019, de 17 de enero, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, que desestimó el recurso de apelación n.º 930/2017.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Granada se dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2019 por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D.contra la resolución de fecha 26 de abril de 2017 de la Subdelegación del Gobierno en Granada, que acordó la expulsión del recurrente del territorio nacional por un periodo de tres años (residente de larga duración, de nacionalidad marroquí y 22 años de edad), al estar incurso en la causa prevista en el artículo 57.2 Ley Orgánica 4/2000, de 17 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX).

SEGUNDO.- La representación de D.impugnó en apelación la mencionada sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección Cuarta), con sede en Granada, que dictó sentencia con fecha 17 de enero de 2019 cuyo fallo literalmente establecía:

*«[...] Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de apelación interpuesto por Don Nizar Chaho contra la Sentencia de 26 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Granada, que se confirma por ser ajustada a derecho. Se imponen las costas al apelante que no podrán exceder de 300 euros.»*

TERCERO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de D....., el cual fue tenido por preparado en auto de 11 de julio de 2019 dictado por el Tribunal de instancia, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo y remisión de las actuaciones.

CUARTO.- La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de 12 de febrero de 2020 declaró que la cuestión planteada en el

recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar:

«[...] si, en aplicación del art. 57.2 de la LOEX, procede la expulsión automática de extranjeros –residentes de larga duración- condenados por delitos dolosos sancionados con penas superiores a un año (salvo que los antecedentes estén cancelados), o, por el contrario, les es de aplicación lo dispuesto en el apartado 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, debiendo precisarse, en este caso, cuándo cabe entender que el residente de larga duración representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, a efecto de lo dispuesto en el referido art. 57.2 y teniendo en cuenta, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2011, asunto C-371/08, y 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16.»

Y, a tal efecto, dicho auto, identificaba como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación los «[...] arts. 57.2.5 LOEX y 12 de la Directiva 2003/109.»

QUINTO.- La parte recurrente formalizó la interposición del recurso de casación en escrito presentado el 15 de julio de 2020, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó que:

«[...] tenga por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, y por parte en la representación que ostento deTENGA POR INTERPUESTO EN TIEMPO Y FORMA EL RECURSO DE CASACIÓN en su día preparado frente a STSJA- Granada. Sec. 4ª, nº 91/19; siga el procedimiento por sus trámites y, en su momento, DICTE SENTENCIA por la que, estimando el recurso, CASE, ANULE Y REVOQUE LA SENTENCIA OBJETO DEL MISMO conforme a lo interesado en el presente escrito, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado en el debate procesal en la instancia, y en consecuencia estime el recurso cont•adm interpuesto por esta parte contra la Resolución de fecha 26/4/17 Sub. Gob. Granada, que acordó la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada de 3 años de....., con imposición de sus costas a la Administración demandada.»

Mediante otrosí señaló: *«De acuerdo a lo planteado en el Ordinal II punto E del presente recurso se Solicita a la SALA que, según el art. 267 del TFUE y el art. 24 CE, establezca Cuestión Prejudicial dado que lo planteado no es un acto claro o no aclarado por el TJUE:*

I.- Si resulta extensible a los RLD régimen general el contenido del art. 33-2 (expulsión como pena o medida accesoria) de la Directiva 2004/38/CE, de acuerdo a que los considerandos 4, 6 y 12 de la Directiva RLD que establece para los mismos la "igualdad" de trato con los nacionales del EM de acogida y de los ciudadanos de la UE, dicha igualdad en relación con el art. 10 de la citada Directiva Garantías Procesales, todos en relación art. 20 y 47 de CDFUE; dado que corresponde a los tribunales ordinarios de los EM comprobar la amenaza real y ACTUAL sobre el orden y seguridad pública respecto del comportamiento personal del interesado.

II.- Si cuando las autoridades del Estado de acogida vayan a DICTAR una decisión de retorno de un RLD sobre la base de condena penal impuesta (en España, art. 57.2 LO 4/00) y esta esté suspendida o habiendo transcurrido al menos 2 años desde la suspensión o desde la propia condena penal, deberían determinar la actualidad y realidad de la amenaza para el orden y seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias.

A LA SALA formulo la siguiente **PETICIÓN**: Que se tenga por hecha la anterior manifestación **Solicitud de Cuestión Prejudicial** a los efectos procesales oportunos.»

SEXTO.- Por providencia de 17 de julio de 2020 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que pudiera oponerse, lo que así hizo en escrito presentado el 2 de septiembre siguiente, en el que, tras las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, terminó suplicando que: «[...] tenga por formulado escrito de oposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia desestimatoria del mismo y confirmatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales.»

Y mediante Otrosí señaló: «Que procede rechazar la cuestión prejudicial propuesta en el escrito de interposición en base a los argumentos contenidos en las páginas 45 y 46 de la tan citada STS 321/2020. **SUPLICA** no plantee la cuestión prejudicial solicitada por el recurrente.»

SÉPTIMO.- Una vez concluida la tramitación, esta Sala y Sección, dictó sentencia nº 1.514/2020, de 12 de noviembre, declarando la desestimación del recurso de casación. Notificada dicha sentencia, la parte recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones y admitido a trámite el mismo, se dictó auto el 11 de febrero de 2021 en el sentido de estimar y anular la citada sentencia de 12 de noviembre de 2020.

OCTAVO.- Por providencia de 24 de marzo de 2021 se señaló para votación y fallo de este recurso el día 25 de mayo de 2021, en que tuvo lugar el acto y se designó nuevo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso de casación.

Se impugna en este recurso de casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección Cuarta), con sede en Granada, en fecha 17 de enero de 2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por Doncontra la sentencia de 26 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Granada que, a su vez, vino a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquél contra la resolución de fecha 26 de abril de 2017 de la Subdelegación del Gobierno en Granada, que ordenaba su expulsión del territorio español, con prohibición de entrada en el mismo por tres años.

La orden de expulsión con prohibición de entrada se sustentaba en la causa prevista al efecto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de Extranjería (LOEX), al haber sido condenado el recurrente por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Ciudad Real, en sentencia que quedó firme el 14 de abril de 2015, a la pena de un año y tres meses de prisión por un delito de tráfico de drogas.

SEGUNDO.- Doctrina jurisprudencial relativa al artículo 57.2 de la Ley de Extranjería: consideración de la pena “en abstracto” para su aplicación.

En el auto de 11 de febrero de 2021, resolutorio del incidente de nulidad planteado respecto de la sentencia dictada en este recurso, hacíamos

expresa referencia a la necesidad de que, antes de pronunciarnos sobre la cuestión de interés casacional definida en el auto de admisión -relativa a la determinación de si la expulsión de los extranjeros residentes de larga duración, condenados a penas superiores a un año de prisión, debía ser o no automática-, lo hiciésemos sobre otra cuestión invocada en el escrito de interposición, que era la relativa a la incorrecta aplicación del artículo 57.2 de la LOEX, por no haberse tomado en consideración a tal fin la pena asignada en abstracto al delito, sino la impuesta en el caso concreto.

Y la falta de respuesta en la sentencia a esa concreta cuestión fue determinante para que esta Sala apreciara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente y anulara la sentencia dictada.

Por tanto, llegados a este punto resulta obligado para esta Sala, por propia coherencia, resolver en primer lugar la cuestión indicada en relación con el referido artículo 57.2 LOEX, cuyo tenor literal es el siguiente:

“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”.

Respecto de la interpretación de dicho precepto conviene recordar - como hicimos en el auto de admisión- la doctrina que establecimos al efecto en la STS 893/2018, de 31 de mayo (RC 1321/2017) y que luego hemos reiterado en numerosas sentencias (entre ellas, las SSTS números 1.653/2018, de 22 de noviembre, y 401/2021, de 22 de marzo), en el sentido de que 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 LOEX 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 ello, dijimos entonces, no vienen al caso principios propios del ámbito sancionador como los de individualización y proporcionalidad de las penas (artículo 131 de

la Ley 30/1992), pues la individualización de la pena ya se ha producido en el ámbito penal.

En consecuencia, concluíamos señalando que la 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.

Igualmente, conviene tener muy presente la matización que hicimos en aquella sentencia y, también, en otras posteriores, en el sentido de precisar 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 de la aplicación del artículo 57.2 LOEX aquellos delitos en los que, con independencia del máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, fuera de un año o menos.

TERCERO.- Aplicación de la referida doctrina jurisprudencial al caso ahora enjuiciado.

En el presente caso, la pena impuesta al recurrente por el delito de tráfico de drogas cometido fue de 1 año y tres meses de prisión.

Sin embargo, el artículo 368 del Código Penal dispone: "*Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.*"

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370".

Del tenor literal del precepto se colige sin dificultad que el delito por el que fue condenado el recurrente no tiene asignada una pena que “en todo su ámbito o espectro sancionador” sea superior al año y, por esta razón, el artículo 57.2 LOEX no podría ser aplicado en este caso, lo que conduce, indefectiblemente, a la conclusión de que la resolución administrativa que acordó la expulsión del recurrente del territorio español, con prohibición de entrada en nuestro país por tres años, carece de cobertura legal.

En consecuencia, la sentencia impugnada, que confirmó en apelación la dictada por el Juzgado y que, en definitiva, validó la resolución de expulsión en aplicación del artículo 57.2 LOEX, debe ser anulada por su disconformidad a Derecho.

Es de ver, por tanto, que esta circunstancia nos exime de pronunciarnos sobre la cuestión calificada como de interés casacional en el auto de admisión, toda vez que falta el previo y necesario presupuesto para que pudiéramos efectuar dicho pronunciamiento, que sería la concurrencia de una condena a prisión superior a un año (considerada la pena en abstracto).

CUARTO.- Conclusiones y costas.

A la vista de lo razonado en los precedentes Fundamentos, procede declarar haber lugar y estimar el presente recurso de casación, casar y anular la sentencia impugnada por su disconformidad a Derecho y, en consecuencia, dejar sin efecto la resolución que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español con prohibición de entrada en el mismo por tres años.

En virtud de lo previsto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.3 LJCA, respecto de las costas del presente recurso de casación cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, al no apreciarse que ninguna de ellas haya actuado con mala fe o temeridad; y, respecto de las de instancia, no procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1) Reiterar la doctrina jurisprudencial establecida en el Fundamento Segundo de esta sentencia.

2) Declarar haber lugar y estimar el presente recurso de casación nº 5237/2019, interpuesto por D.contra la sentencia de 17 de enero de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección Cuarta), con sede en Granada, que desestimó el recurso de apelación n.º 930/2017.

3) Casar y anular la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sección Cuarta), con sede en Granada, en fecha 17 de enero de 2019, por su disconformidad a Derecho y, en consecuencia, dejar sin efecto la resolución que acordaba la expulsión de D.del territorio español con prohibición de entrada en el mismo por tres años.

4) imponer las costas conforme a lo indicado en el último Fundamento de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

