



Roj: **STS 4158/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4158**

Id Cendoj: **28079130052022100181**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **16/11/2022**

Nº de Recurso: **6613/2021**

Nº de Resolución: **1502/2022**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **OCTAVIO JUAN HERRERO PINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 3668/2021,**
ATS 4781/2022,
STS 4158/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.502/2022

Fecha de sentencia: 16/11/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6613/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 6613/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1502/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Octavio Juan Herrero Pina, presidente

D. Carlos Lesmes Serrano



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D.^a Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 16 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 6613//2021, interpuesto por don Augusto, representado por la procuradora doña Mónica Cabra Izquierdo y defendido por el letrado don Antonio Miguelañez Carreras, contra la sentencia de 7 de julio de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que confirma en apelación 503/2020 la sentencia de 4 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Valencia en el procedimiento abreviado 318/2019, en el que se impugna la desestimación presunta por la Subdelegación del Gobierno en Valencia de la solicitud de declarar finalizado el plazo de prohibición de entrada en territorio nacional. Interviene como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de 13 de marzo de 2019, el recurrente se dirige a la Subdelegación del Gobierno en Valencia refiriendo que se le incoó una expulsión por el art. 57.2 por la Brigada de **Extranjería** de Valencia en fecha 18/09/2013, siendo resuelta el 08/10/2013 y notificada el 29/10/2013, ejecutándose el 16/11/16 por el puesto fronterizo de Madrid-Barajas, constándole una prohibición de entrada hasta el 15/11/2021, y tras exponer las alegaciones jurídicas que entendió procedentes, solicita que se acuerde declarar terminada, por extinción de los antecedentes penales, dicha prohibición de entrada en España.

Ante la desestimación presunta, interpuso recurso contencioso-administrativo, en el que se dictó sentencia desestimatoria de 4 de marzo de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Valencia, en el procedimiento abreviado 318/2019, en la que se indica que el recurrente solicitó en su momento la cancelación de antecedentes penales y que volvió a España por motivos personales el 7/03/19, siendo detenido con ánimo de ser expulsado, planteando la extinción de la prohibición de entrada, ante lo cual y tras reproducir los preceptos correspondientes de la LOEX y de la Directiva 2008/115/CE, se razona la desestimación del recurso señalando que: "pretende el recurrente que de nuevo se juzguen los hechos que dieron lugar al expediente en el que se acordó la expulsión, introduciendo como hechos nuevos la cancelación de antecedentes penales. Dicha petición no puede ser sostenida en esta *litis*, debiendo seguirse el expediente inicial por el que se acordó la expulsión, y en todo caso estaríamos ante una ejecución de dicha Resolución. Debiendo el actor estarse a lo acordado en el DECRETO de 16/11/16 no pudiendo entrar en España hasta el 15/11/2021."

Interpuesto recurso de apelación, se dictó la sentencia objeto de este recurso de casación, en la que se indica que el recurrente alega que debió responderse a su petición de que la duración de la prohibición de entrada en el territorio nacional se reduzca con arreglo al principio de especialidad y en atención al hecho - contemplado en la normativa- consistente en el antecedente penal que fundamentó la prohibición, por lo que la sentencia apelada incurre en una incongruencia omisiva al obviar el *petitum* y la causa de pedir. Y que la parte recurrente sostiene que a las expulsiones del art. 57.2 de la LO 4/2000 no les son aplicables la medida sancionadora del art. 58 por el principio de especialidad. Por lo que en dichas expulsiones la prohibición de entrada sólo cabe hasta la cancelación de los antecedentes penales, no más allá.

Frente a dicho planteamiento, en la sentencia de apelación se razona que la sentencia a quo no incurre en incongruencia y desestima el recurso en los siguientes términos:

"El art. 57 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, precepto relativo a la expulsión del territorio establece 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" (apartado 2).

Mientras que el art. 58 de la misma Ley Orgánica, que trata sobre los "efectos de la expulsión y devolución", dice que "la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de 5 años" (apartado 1).

El apelante, de nacionalidad colombiana, había sido condenado diversas penas de prisión de 9 años, 18 meses, 1 año y 1 año por delitos de tráfico de drogas, hurto, robo con fuerza y obstrucción a la justicia (dos delitos). Si bien aportó en su solicitud no contestada por la Administración un certificado de 14-6-2017 que dice que ya no le constan antecedentes penales.

No es necesario en la discusión sobre si la previsión de expulsión del art. 57.2 de la LO 4/2000 supone una sanción o si más bien se trata de una "medida". Tampoco cuestionamos la "especialidad" de dicho supuesto del art. 57.2 en contraste con los contemplados en el art. 53 porque, en cualquier caso, "los efectos de la expulsión y devolución" que contempla y describe su art. 58 resultan predicables tanto para las infracciones del art. 53 como para como el supuesto del art. 57.2.

La consecuencia jurídica que propone la parte apelante -cese de la prohibición de entrada por cancelación sobrevinida de antecedentes penales- no está prevista en la ley.

La expulsión del territorio nacional que contempla el art. 57.2 de la LO 4/2000 atiende a las circunstancias concurrentes en el momento en que se acuerde por la Administración. También la duración de dicha expulsión. Sin que dicha duración tenga que acortarse porque a posteriori decaigan o cesen todas o algunas circunstancias que integran el supuesto de hecho de aquel precepto legal."

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, por la representación procesal de don Augusto se presentó escrito de preparación de recurso de casación, en los términos previstos en el art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, que se tuvo por preparado por auto de 22 de septiembre de 2021, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 30 de marzo de 2022 admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "si el periodo de prohibición de entrada fijado en una orden de expulsión, que empieza a contar, una vez ejecutada ésta, es revisable desde ese momento, cuando concurren circunstancias relevantes sobrevinidas, en este caso, la cancelación de los antecedentes penales -instada por el recurrente- siendo la causa de expulsión la del art. 57.2 LOEX."

Se identifican como normas jurídicas que, en principio, deben ser objeto de interpretación, el art. 57.2 en relación con el art. 56 de la LOEX, art. 136 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras si así lo exigiere el debate trabado en el recurso.

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones que denuncia y precisando el sentido de las pretensiones que deduce, solicitando que, estimando el recurso, se anule la sentencia recurrida y se entre en el examen de fondo del asunto con la aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, acordando declarar terminada, por extinción de los antecedentes penales, la prohibición de entrada en España que pesa sobre el recurrente.

QUINTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se presentó escrito por el Abogado del Estado argumentando en contra del planteamiento del recurso y solicitando su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEXTO.- Por providencia de 27 de septiembre de 2022, no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 15 de noviembre de 2022, fecha en la tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito de interposición el recurrente alega la infracción del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, en relación con el art. 58 del mismo texto legal, e igualmente también, con relación al art. 136 del Código Penal.

A tal efecto se refiere a la naturaleza, sancionadora o medida administrativa, de la expulsión y de la prohibición de entrada en territorio español, a la vista de la doctrina de los distintos Tribunales, entendiendo, en síntesis, que "por aplicación del principio de especialidad, y por tratarse de una medida administrativa que requiere por tanto un trato diferenciado en sus consecuencias respecto de las sanciones, LA CONCLUSIÓN A LA QUE DEBEMOS LLEGAR ES QUE A LAS EXPULSIONES PRACTICADAS POR EL ARTÍCULO 57.2 NO LE ES DE APLICACIÓN LA PREVISIÓN DEL ARTÍCULO 58 LOEX, sino tanto sólo el contenido específico del propio apartado 2.



Dicho de otra manera: si no cabe excluir a los casos previstos por el apartado 5 por tratarse de una expulsión no sancionadora, tampoco cabe aplicar la medida sancionadora prevista en el artículo 58, si no es con las características específicas y concretas que se prevén en el propio artículo 57.2, es decir, MIENTRAS PERVIVAN LOS ANTECEDENTES PENALES, pero nunca más allá.

Surge, por tanto, como criterio general, que las expulsiones previstas en el art. 57.2 llevarán consigo la prohibición de entrada HASTA LA CANCELACIÓN O CANCELABILIDAD DE LOS ANTECEDENTES PENALES QUE DERIVAN DE LAS CONDENAS QUE FUERON CAUSA DE TAL MEDIDA.

La lógica sistemática de tal interpretación, además del ya mencionado principio de especialidad en la interpretación de la norma es, además, aplastante: la proporcionalidad con respecto a la pena, que viene prevista y regulada en su lugar más correcto, es decir, en el propio Código Penal, en concreto en sus artículos 33 y 136, la relación que debe guardarse entre la pervivencia de la medida (no sancionadora) en tanto en cuanto perviva la causa de la misma (el "haber sido condenado", lo cual sólo es afirmable en Derecho en tanto exista el antecedente), su lógica desaparición cuando ésta desaparezca, etc. ""

Abunda con distintos argumentos en defensa de este planteamiento y añade la aplicación analógica de diversos supuestos de revocación de la decisión de expulsión a que se refieren los arts. 23.8, 143.2, 24.1 y 245.2 del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril que aprueba el reglamento de la LOEX.

Alega en segundo lugar, en relación con la infracción del art. 58 de la LOEX, que el precepto establece un máximo de la duración de la prohibición de entrada, no permitiendo en ningún caso la arbitrariedad, sino exigiendo una motivación y que la única motivación acorde a esa naturaleza de "medida" y no sancionadora es la de la duración de los antecedentes, por lo que en el establecimiento de un periodo de prohibición de entrada, de conformidad al art. 58.1, debe tenerse en cuenta, en todo caso, como circunstancia concurrente el tiempo que el art. 136 del vigente Código Penal establece para la cancelación de los antecedentes penales, y no exceder nunca de ese periodo.

Por su parte, el Abogado del Estado, en su oposición al recurso comienza reiterando que la cuestión del acuerdo de expulsión en sí ya fue juzgado y sentenciado y su situación actual es de cosa juzgada, fue confirmado mediante sentencia núm. 66/2015, de 24 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Valencia, y por la STSJCV núm. 283/2016, de 8 de abril, y no concurren los presupuestos del art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre para una hipotética revocación ni revisión.

Por ello sostiene que la resolución administrativa es firme, con unas consecuencias que se fijaron cuando adquirió firmeza y según Ley, la prohibición de entrada por tres años, y que no puede modificarse una resolución administrativa dictada bajo unas premisas y circunstancias y con unas consecuencias legales sino en los términos fijados por la Ley 39/2015 y, en su caso, por el extraordinario recurso de revisión (que no es el objeto que está en debate).

Muestra su discrepancia con el planteamiento del recurso en cuanto al alcance del art. 58.1 de la LOEX, señalando que la regulación legal es la de coherencia la resolución de expulsión con una prohibición de entrada para no tener que plantearse de nuevo la cuestión (el extranjero podría entrar de nuevo ilegalmente al poco tiempo) en el período razonable de tiempo que dure la prohibición (por eso también se fija un límite máximo para el tiempo de la prohibición de entrada).

Se refiere el abogado del Estado al posible decaimiento del interés casacional, por cuanto a esta fecha ya ha transcurrido el plazo de prohibición de entrada, que finalizaba el 15 de noviembre de 2021. Y termina indicando la existencia de un recurso de casación que pudiera tener algún punto común con este, cual es el admitido por Auto de fecha 20 de abril de 2022, RCA 7242/2021.

SEGUNDO.- Así planteado el recurso y puesto en relación con la cuestión de interés casacional que se suscita en el auto de admisión, lo que sustancialmente se cuestiona en el recurso es la posibilidad de revisión de la resolución administrativa por la que se acordó la expulsión del recurrente y la prohibición de entrada en territorio español, que alcanzaba hasta el 15 de noviembre de 2021.

Pues bien, dicha resolución de 8 de octubre de 2013, ejecutada el 16 de noviembre de 2016, tiene el carácter de firme, habiéndose confirmado mediante sentencia núm. 66/2015, de 24 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Valencia y por la STSJCV núm. 283/2016, de 8 de abril, de manera que no resulta revisable por los medios de impugnación ordinarios y para que ello fuera posible habría de invocarse la existencia de una previsión legal, general o específica, que la posibilitara, previsión legal que no se invoca en este caso, sin que pueda considerarse como tal la invocación de distintos supuestos de revocación de decisiones de expulsión que se contemplan en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, a que se refiere el recurrente y que tienen su específico alcance. Así, el art. 23.8 se refiere a la revocación de la resolución de devolución cuando estando pendiente un procedimiento de autorización de residencia se



resuelva concediendo la misma; el art. 143.2 se refiere a la exención de responsabilidad del art. 53.1.a) de la LOEX en relación con los procedimientos por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos; el art. 241 se refiere al supuesto de concurrencia de procedimientos y la lógica consecuencia de la revocación de la expulsión no ejecutada si se acuerda la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales; y el art. 245.2, se refiere a la revocación de la prohibición de entrada en territorio nacional si el extranjero lo abandona en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión.

Ninguno de estos casos resulta de aplicación a la situación objeto de este recurso y, además, ponen de manifiesto la específica previsión por el legislador de aquellos supuestos o circunstancias en que resulta posible y justificada la revocación de la decisión de expulsión y sus consecuencias.

No concurriendo ninguno de los supuestos previstos para la posible revocación o revisión de la decisión de expulsión y prohibición de entrada, lo que en realidad se está planteando por el recurrente, con sus alegaciones sobre el alcance, sancionador o no, de la decisión de expulsión y prohibición de entrada, es la legalidad de la resolución de 8 de octubre de 2013, en cuanto entiende que la duración de la prohibición de entrada no debía ir más allá del tiempo establecido en el art. 136 del Código Penal para la cancelación de los antecedentes penales.

Con ello se está poniendo en cuestión la decisión acordada en dicha resolución firme sobre la duración de la prohibición de entrada, sin que se invoque una norma que habilite para la llevar a cabo la revisión de tal resolución, lo que es razón suficiente para la desestimación del recurso.

Pero es que, además, el planteamiento del recurrente no resulta aceptable en su concepción jurídica, que sustancialmente consiste en considerar que la previsión del art. 58.1 de la LOEX, sobre la prohibición de entrada en territorio nacional que lleva consigo la expulsión, no es aplicable a los supuestos en que tal expulsión se acuerde al amparo del art. 57.2, entendiendo que en tales supuestos la duración de la prohibición de entrada no puede ir más allá del plazo establecido para la cancelación de antecedentes penales.

No puede compartirse tal planteamiento por las siguientes razones: en primer lugar, la interpretación sistemática de los preceptos pone de manifiesto, que el art. 57, bajo el título de expulsión del territorio, se refiere tanto a las infracciones a), b), c), d) y f) del art. 53.1 de la propia Ley, como a la expulsión consecuencia de la condena por conducta dolosa constitutiva de delito, de manera que cuando el art. 58, siguiente, se refiere a los efectos de la expulsión y devolución, comprende todos los supuestos establecidos en el artículo anterior, no se aprecia ninguna razón para excluir de la aplicación de dicho precepto el supuesto de expulsión contemplado en el número 2 de dicho art. 57 ni tiene incidencia alguna al respecto la consideración de la expulsión como sanción o medida administrativa.

Frente a esta clara interpretación de los preceptos, la parte viene a mantener que, no obstante, el supuesto del art. 57.2 constituye una especialidad en cuanto a la duración de la prohibición de entrada, que entiende debe ajustarse al plazo de cancelación de los antecedentes penales sin que pueda ir más allá de dicha cancelación.

Con este planteamiento la parte viene a confundir los requisitos que condicionan la adopción de la expulsión con la duración de la misma. Cuando el art. 57.2 establece que la condena por delito doloso constituye causa de expulsión, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados, está condicionando dicha causa de expulsión a que, en el momento de su adopción, subsistan los efectos del delito por no haberse cancelado los correspondientes antecedentes penales, de manera que es esa situación de hecho la que propicia la decisión de expulsión, pero en ningún momento el precepto condiciona o vincula la duración de la prohibición de entrada al periodo o plazo de cancelación de antecedentes, como tampoco se establece que dicho periodo se compute, como el plazo para la cancelación de antecedentes penales, desde el cumplimiento de la condena, como sería lo congruente desde el planteamiento del recurrente.

La cancelación de los antecedentes penales a que se refiere el art. 57.2 opera como circunstancia que impide apreciar la causa de expulsión prevista en el mismo, pero no determina ni condiciona los efectos de la decisión de expulsión cuando se adopta por no haberse producido dicha cancelación, o dicho de otro modo, los efectos de la decisión de expulsión, como es el caso de la prohibición de entrada, no se condicionan, limitan o vinculan al periodo para la cancelación de los antecedentes penales. Y ello tiene su razón lógica, pues no se trata de plazos o periodos homogéneos y condicionados en su determinación y en su ejecución, de manera que el periodo de prohibición de entrada, que tiene establecida una duración máxima y se computa desde la ejecución de la expulsión, no guarda ninguna relación con el plazo exigido para la cancelación de antecedentes penales, que viene determinado por la pena impuesta y se computa desde la ejecución de la misma, que se produce en cada caso atendiendo al desarrollo del proceso penal.



Ha de estarse, por lo tanto a las previsiones del art. 58 de la LOEX en cuanto a la determinación del periodo o duración de la prohibición de entrada en territorio español, que se fija en atención a las circunstancias valoradas al adoptar la correspondiente decisión de expulsión, sin que se prevea por la Ley la modificación de la misma por circunstancias sobrevenidas en general o específicamente de la cancelación de antecedentes penales ni se condicione, limite o vincule su duración al cumplimiento de los plazos establecidos en el Código Penal para dicha cancelación de antecedentes penales.

TERCERO.- Por todo ello y dando respuesta a la cuestión de interés casacional que se plantea en el auto de admisión del recurso, ha de entenderse que el periodo de prohibición de entrada fijado en una orden de expulsión, acordada al amparo del art. 57.2 LOEX, que empieza a contar una vez ejecutada ésta, no es revisable por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas, en este caso, la cancelación de los antecedentes penales.

CUARTO.- La aplicación de dicha interpretación de la norma al caso conduce a la desestimación del recurso, pues, de acuerdo con lo expuesto, no puede acogerse la pretensión del recurrente de considerar extinguida, por la cancelación de antecedentes penales, la prohibición de entrada en territorio español, acordada en la resolución firme de 8 de octubre de 2013.

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

Desestimar el recurso de casación n.º 6613/2021, interpuesto por la representación procesal de don Augusto , contra la sentencia de 7 de julio de 2021, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que confirma en apelación 503/2020 la sentencia de 4 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Valencia en el procedimiento abreviado 318/2019, que queda firme; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.