



Roj: **STSJ CLM 1188/2014 - ECLI: ES:TSJCLM:2014:1188**

Id Cendoj: **02003330022014100360**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **02/05/2014**

Nº de Recurso: **34/2013**

Nº de Resolución: **10144/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JAIME LOZANO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 10144/2014

Recurso Apelación núm. 34 de 2013

Ciudad Real

S E N T E N C I A Nº 144

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibañez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a dos de mayo de dos mil catorce.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **34/13** del recurso de Apelación seguido a instancia de **D. Juan Alberto**, representado por la Procuradora Sra. Moreno López y dirigido por la Letrada D.ª Isabel Iranzo Romero, contra la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN CIUDAD REAL**, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, sobre **EXPULSIÓN**; siendo Ponente el Itmo. Sr. Magistrado D. Jaime Lozano Ibañez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Ciudad Real, nº2, de fecha 29 de febrero de 2012, número 34, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 555/2011. Dicha sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Juan Alberto (NIE NUM000) contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real de 16 de mayo de 2011, por la que se acordó la expulsión del territorio nacional del interesado, con prohibición de reingreso por cinco años en el espacio Schengen, por aplicación del art. 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, que dice: " *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* ".

SEGUNDO.- El demandante interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 24 de marzo de 2014; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Ciudad Real, nº2, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Juan Alberto (NIE NUM000) contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real de 16 de mayo de 2011, por la que se acordó la expulsión del territorio nacional del interesado, con prohibición de reingreso por cinco años en el espacio Schengen, por aplicación del art. 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, que dice: " *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* ".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado afirma que en la apelación no se esgrime ningún alegato, fuera de la afirmación de la propia legitimación, y que sólo si se exime al apelante de nada alegar contra la sentencia cabría examinar el recurso de apelación. Ahora bien, esto no es así. Pese a que ciertamente la Letrada de oficio presenta un escrito de notable brevedad y se echa en falta un mayor desarrollo, lo cierto y verdad es que la alegación tercera es una alegación de fondo, como así se titula, y en ella la parte se remite primero a las alegaciones formuladas en el escrito de 28 de abril de 2011, y además se desarrolla específicamente, si bien de manera breve, una de las allí contenidas, cual es la afirmación de que se ha impuesto la medida del art. 57.2 sin que conste en el expediente sentencia judicial firme de condena, sino sólo antecedentes policiales y judiciales donde la infracción se menciona con mero carácter de "presunta".

Los alegatos son pues dos, el uno el relativo a la falta de constancia de la existencia de sentencia firme, y el otro, contenido también en aquél escrito de referencia, relativo a la falta de motivación suficiente de la aplicación de la sanción de expulsión.

En cuanto al primero de ellos, consta en el expediente la sentencia condenatoria. Es cierto que no vemos acreditación de su firmeza. Si este fuera el alegato de la parte podríamos detenernos con la debida atención en el mismo. Ahora bien, la parte alega que no constan más que antecedentes policiales y judiciales donde la infracción se menciona con mero carácter de "presunta"; esto es totalmente errado, pues consta una sentencia judicial condenatoria. Visto pues lo poco preciso del alegato, que queda desmentido en la mayor por la constancia de la sentencia, no creemos que haya sustento para dudar de la firmeza de la misma afirmada por la Administración.

Distinto destino debe tener el alegato de falta de motivación de la aplicación de la sanción de expulsión. Consta en el expediente que el interesado era titular a la fecha de incoación de un permiso de residencia permanente (folio 2 del expediente administrativo). El alegato de la falta de motivación de la medida de expulsión ya fue esgrimido en la primera instancia, y el Juez lo rechazó apelando al carácter único, en todo caso, de la sanción de expulsión en los casos del art. 57.2 Ley Orgánica 4/2000 , sin que sea posible atender a circunstancia alguna de arraigo ni ponderación de proporcionalidad de ninguna clase.

Esta misma Sala ha hecho en diversas ocasiones declaraciones relativas a al automaticidad con que opera la medida recogida en el art. 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, tal como señala el Juez. También es cierto, no obstante, que en alguna ocasión ya se ha atenuado dicha automaticidad en relación con casos en los que constaba que el extranjero era progenitor de un hijo menor de nacionalidad española. Pues bien, según ya hemos declarado en otras sentencias recientes, procede ahora indicar, enmendando en lo que proceda declaraciones anteriores de esta Sala, que tampoco cabe aplicar automaticidad alguna en la expulsión, ni afirmar la innecesariedad de una motivación especial, en los casos en los que el interesado fuera titular de un permiso de residencia de larga duración, como es el caso.



La causa única y exclusiva de la expulsión se funda en la aplicación automática del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Ahora bien, esta automaticidad no es admisible en el caso de que haya permiso de residencia permanente, sino que hay que tener en cuenta en este caso lo que establece el párrafo 5 del mismo precepto (redacción dada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre): " *La sanción de expulsión no podrá ser impuesta salvo que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: (...) b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado* " .

Esta modificación responde, como indica la Exposición de Motivos de la L.O. 2/2009, a la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico 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, cuyo artículo 26, párrafo primero, establece que los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva a más tardar el 23 de enero de 2006 e informar de ello inmediatamente a la Comisión.

La trasposición de la Directiva era ya inevitable al a vista de la condena a España, por no trasponerla, en Sentencia del Tribunal de Justicia (CE) Sala 5ª, nº C-59/2007, de 15 de noviembre de 2007 .

Pues bien, la citada Directiva establece en su art. 9 que " 1. Los residentes de larga duración perderán su derecho a mantener el estatuto de residente de larga duración en los casos siguientes:...b) aprobación de una medida de expulsión en las condiciones previstas en el art. 12 " , precepto que reza: " 1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico.

3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes:

a) la duración de la residencia en el territorio;

b) la edad de la persona implicada;

c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia;

d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

4. Una vez adoptada la decisión de expulsión, el residente de larga duración tendrá derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos, legalmente previstos en el Estado miembro de que se trate.

5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan " .

Está claro que a la luz de la Directiva mencionada es lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH caso Abdulaziz, 28 de mayo de 1985 ; caso Berrehab, 21 de junio de 1988 ; caso Moustaqim, 18 de febrero de 1991 , y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996 : ATC 331/1997, de 3 de octubre (RTC 1997, 331) , FJ 4).

Ahora bien, si la Ley Orgánica 4/2000, según la redacción actual dimanante de la Ley Orgánica 2/2009, es trasposición de la Directiva que se ha citado, ello es un dato capital para realizar una correcta interpretación del art. 57, en sus puntos 2 y 5, y para afirmar sin ambages la aplicación del punto 5 no sólo a las expulsiones derivadas de la comisión de alguna de las infracciones del catálogo del art. 53, sino también al caso del art. 57.2 .

En este sentido, en primer lugar la Directiva exige " *una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública* " para que una persona que tenga reconocida una residencia de larga duración pueda ser expulsada. Conforme a lo recogido por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 236/2007 , se puede considerar una amenaza real y suficientemente grave el hecho de haber cometido un delito de cierta gravedad, remitiéndose precisamente a un delito castigado con pena superior a un año, por lo que es admisible



en principio lo dispuesto en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, sin que sea preciso que se haya cometido una infracción de las recogidas en el art. 54.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000 en sentido estricto, porque sin duda es más grave realizar una conducta constitutiva de delito de cierta gravedad, que realizar una conducta que sólo es constitutiva de una infracción administrativa, como son las recogidas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Una condena como la examinada puede, en principio, ser considerada para denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública tomando en consideración "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública", sin perjuicio desde luego de tener presente que, como ha indicado expresamente el Tribunal de Justicia, " *la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público* " (véanse, en particular, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 28; de 19 de enero de 1999, Calfa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 24, y de 7 de junio de 2007, Comisión/Países Bajos, C-50/06, Rec. p. I-0000, apartado 41), señalando que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75, Rec. p. 1219, apartado 27; Bouchereau, antes citada, apartado 33; de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania, C-441/02, Rec. p. I-3449, apartado 34, y Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 42). Según una jurisprudencia reiterada, la utilización, por parte de una autoridad nacional, del concepto de orden público requiere, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (sentencias Rutili, antes citada, apartado 27; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartado 66, y Comisión/Alemania, antes citada, apartado 35). Incluso la existencia de varias condenas penales carece a estos efectos de relevancia por sí misma (STJ 4-10-2007, num. C-349/2006, Murat Polat).

Por ello, el artículo 57.2 de aplicación no resulta en sí incompatible con la Directiva 2003/109/CE. Ahora bien: su aplicación exige adecuarla a las directrices jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. Los artículos 9 y 12 de la normativa comunitaria referida, ya señalados, establecen que la decisión de expulsión no podrá justificarse por razones de orden económico y que antes de adoptar tal decisión, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deberán tomar en consideración la duración de la residencia del interesado en el territorio de ese Estado, su edad, las consecuencias de la expulsión para la persona afectada y para los miembros de su familia, y los vínculos de esa persona con el Estado de residencia o la ausencia de vínculos con el Estado de origen.

De modo que hay que corregir expresamente cualquier declaración anterior de la Sala relativa a la automaticidad de la expulsión del art. 57.2 en estos casos, o relativa a la inaplicabilidad de las excepciones del art. 57.5 al caso del art. 57.2, o a la falta de motivación o proporcionalidad en la aplicación de la medida en estos casos, pues es obvio, a la luz de lo hasta aquí razonado, que tales interpretaciones olvidan que los arts. 57.2 y 5 son trasposición de una Directiva que exige poner en relación un precepto con otro, pues no establecen excepción alguna cuando se trata de un residente de larga duración, sino que obligan a la ponderación que se ha mencionado cualquiera que sea la causa de expulsión que se esté aplicando, ya se trate de los supuestos del art. 53, ya del supuesto del art. 57.2. Conforme a la Directiva y a la jurisprudencia europea en relación a los extranjeros con residencia de larga duración, cabe afirmar la imposibilidad de interpretar el artículo 57.2 de la forma automática que pretende la Administración sino de conformidad con las exigencias jurisprudenciales y, ahora, con el artículo 12 de la Directiva 2003/109. Pues si con la redacción anterior de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social el Tribunal concluyó que no se había traspuesto adecuadamente a nuestra legislación la normativa comunitaria, lógicamente no cabe sino interpretar que el artículo 57.5.b) debe ser aplicado en todo caso de expulsión de un extranjero. No sólo por razones sistemáticas sino porque es la trasposición del artículo 12 de la Directiva y de la citada jurisprudencia, que en ningún momento hacen distinción respecto de expulsión alguna y la causa que lo genera.

En el supuesto de autos es obvio que no se ha dado cumplimiento a estas exigencias reforzadas de análisis y motivación, porque precisamente lo que ha sucedido es que desde el inicio se ha denegado al interesado la consideración de cualquier elemento, al amparo de la idea de que la aplicación de la expulsión era en todo caso automática.

En resumen, y citando ahora la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Valladolid) de 20 de abril de 2012 (recurso 703/2011):

" a) El supuesto contemplado en el artículo 57.2 de la LOEx ("*Asimismo constituirá 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") puede erigirse en causa de expulsión de los extranjeros que tengan reconocida la residencia permanente, hoy residentes de larga duración, siempre que su conducta personal constituya además una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y así se fundamente en la resolución, sin que pueda justificarse por razones de orden económico. Y

b) Antes de adoptar la decisión de expulsión la Administración deberán tomar en consideración los elementos siguientes: la duración de la residencia en el territorio; la edad de la persona implicada; las consecuencias para él y para los miembros de su familia; y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

El incumplimiento de estas exigencias en el caso que nos ocupa nos lleva a anular la Resolución impugnada por falta de motivación y justificación de la expulsión acordada en función de la normativa que es aplicable, y ello por cuanto en un procedimiento de esta naturaleza la Administración no puede suplir la falta de motivación y de prueba durante el juicio, según constante jurisprudencia. Así, el proceso judicial no puede ser utilizado por la Administración para ejercer sus potestades sancionadoras ni para subsanar vicios, omisiones o vulneraciones de derechos de la fase previa (SSTC 59/2004) ni por el órgano judicial para ejercitarlas por aquélla (SSTC 161/2003 , 193/2003)".

Precisamente esa falta de motivación suficiente y proporcionalidad en la aplicación de la medida es la que se invocó por el interesado y que Juez rechazó sin atender a su carácter de residente de larga duración.

Cabe señalar que este criterio ha sido adoptado por numerosos Tribunales Superiores de Justicia, algunos de ellos con cambio expreso de criterio según hacemos ahora nosotros; así, a título de ejemplo, Salas de Baleares, sentencia nº 151/2014 de 11 de marzo de 2014 (recurso 272/2013), Cataluña nº 693/2013 de 8 de octubre 2013, Castilla León nº 462/2012 de 15 de octubre 2012, Cantabria sentencia 23 de diciembre de 2011(recurso de apelación 197/2011) entre otros.

QUINTO .- En cuanto a las costas de esta instancia, y por aplicación del artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa , no procede su imposición.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

FALLAMOS

1- Estimamos el recurso de apelación.

2- Revocamos la sentencia de instancia.

3- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Juan Alberto (NIE NUM000).

4- Anulamos la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real de 16 de mayo de 2011, por la que se acordó la expulsión del territorio nacional del interesado, con prohibición de reingreso por cinco años en el espacio Schengen, por aplicación del art. 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.

5- No hacemos imposición de las costas procesales.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Loza no Ibáñez, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a dos de mayo de dos mil catorce.