



Roj: **STSJ PV 1516/2014 - ECLI: ES:TSJPV:2014:1516**

Id Cendoj: **48020330022014100203**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **13/05/2014**

Nº de Recurso: **533/2013**

Nº de Resolución: **263/2014**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **ANGEL RUIZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 533/2013**

**SENTENCIA NÚMERO 263/2014**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a trece de mayo de dos mil catorce.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación, contra la sentencia nº 159/2013, de 27 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Donostia / San Sebastián, que desestimó el recurso nº 8/2013, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 17 de octubre de 2012 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa, que acordó la expulsión del territorio nacional, con prohibición expresa de entrar durante un período de cinco años, en 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, a consecuencia de la condena a pena de tres años de prisión por comisión de delito contra la salud pública impuesta por sentencia de 11 de junio de 2012 de la Audiencia Provincial de Donostia / San Sebastián.

Son parte:

- **Apelante** : Doña Eufrasia, representada por la Procuradora doña Patricia Lanzagorta Mayor y dirigido por la Letrada doña Nerea Alonso Clavijo.

- **Apelada** : Administración General del Estado [-Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa-], representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don ÁNGEL RUIZ RUIZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por Eufrasia recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia que lo estime para revocar la sentencia apelada y la



resolución de la Subdelegación del Gobierno, para que se retrotraiga su situación al momento previo en cuanto a la plena validez de la tarjeta de residente permanente, actual de larga duración.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

Por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente por su cargo ostenta de la Administración General del Estado (Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa), en fecha 22 de julio de 2013 se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, suplicando se dictase sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto y confirmando la sentencia recurrida.

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 13/05/2014, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación.**

Doña Eufrasia , nacional de la República Dominicana, recurre en apelación la sentencia nº 159/2013, de 27 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Donostia / San Sebastián, que desestimó el recurso nº 8/2013 , seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 17 de octubre de 2012 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa, que acordó la expulsión del territorio nacional, con prohibición expresa de entrar durante un período de cinco años, en 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, a consecuencia de la condena a pena de tres años de prisión por comisión de delito contra la salud pública impuesta por sentencia de 11 de junio de 2012 de la Audiencia Provincial de Donostia / San Sebastián .

### **SEGUNDO.- La sentencia apelada.**

Deja constancia de la condena a la que nos hemos referido del dato de que la recurrente era titular de tarjeta de residente permanente; tras hacer consideraciones sobre el ámbito de aplicación del art. 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería , con remisión a pronunciamientos judiciales, ratifica que el presupuesto de la aplicación de las previsiones de dicho precepto era la existencia de condena previa a pena privativa de libertad superior a un año, tras lo que trae a colación referencias al art. 89 del Código Penal , que es por lo que acordó poner en conocimiento de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa la resolución recurrida, por si podía o no afectar a la ejecución y cumplimiento de la pena en la Ejecutoria 20/2012, que es con lo que concluyó en desestimar el recurso, para confirmar la resolución recurrida y disponer la notificación referida a la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

### **TERCERO.- El recurso de apelación.**

Interesa de la Sala que lo estime para revocar la sentencia apelada y, asimismo, revocar la resolución de la Subdelegación del Gobierno, para que se retrotraiga su situación al momento previo en cuanto a la plena validez de la tarjeta de residente permanente, actual de larga duración.

La apelante recalca que era titular de tarjeta de residencia permanente, además de reconocer que estaba condenada por delito contra la salud pública a tres años de prisión, enlazando con lo que defendió ya en la instancia en relación con la aplicación del art. 57.5 de la Ley Orgánica de Extranjería , remarcando que, según él, no puede ser impuesta la expulsión a los residentes de larga duración, en concreto hace referencia al art. 57.2 que fue, como veíamos, el precepto en que se soportó la Administración para imponer la expulsión y ello al considerar que así sería excepto en el caso de infracción cometida, la prevista en el art. 54.1, para señalar que haría referencia la existencia de amenaza real y suficientemente grave para el orden público, la seguridad pública, que para la apelante sería participar en actividades que sean contrarias a la seguridad nacional.

Con remisión a lo que se trasladó en primera instancia, insiste en lo que los tribunales han considerado como amenaza real contra el orden público, enlazando con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para concluir que, en este caso, la condena lo había sido por un delito que no generaba esa amenaza real y grave contra el orden público.

Insiste en las referencias a la Directiva 2003/109/CE relativa a los residentes de larga duración, traspuesta al derecho español por la Ley Orgánica 2/2009 y las consecuencias que de ello se derivan, para precisar que la



resolución de la Subdelegación del Gobierno no motiva en ningún momento la resolución de expulsión, porque automáticamente expulsa a la apelante por la comisión del delito y por la condena, sin tener en cuenta los elementos que deben tomarse en consideración para expulsar a un residente de larga duración, para añadir que la apelante llevaría, como consta en el expediente, residiendo y trabajando legalmente en España desde 2006, añadiendo que además de disponer de la tarjeta de residencia permanente acreditaría numerosos cursos en su haber, añadidas las circunstancias personales favorables y, en concreto, que sus hermanos, tía, prima y pareja residen en España, disponiendo la tía y la prima de nacionalidad española y su hermana también con tarjeta de residente permanente, añadiendo en su momento que también la apelante se encontraba embarazada, con remisión a la documental que se aportó en el acto de la vista.

Recalca que la sentencia apelada no menciona nada al respecto, que es por lo que se califica a ésta de incongruente en relación con el ámbito de aplicación del art. 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería y, en concreto, si se quebrantaba el *non bis in ídem* en relación con la vulneración del art. 57.5 de la Ley Orgánica de Extranjería ámbito en el que se insiste en que la sentencia incurriría en incongruencia omisiva.

Con ello resume su planteamiento insistiendo en que no fue condenada la apelante por delito que afectara gravemente a la seguridad pública y que suponga una amenaza real contra el orden público, lo que se reflejaría en numerosas sentencias, unido a la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes en la persona afectada remitiéndose en esencia a lo que ya hemos referido y, en concreto, a la necesidad de tener presente en relación con el art. 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, también el punto 5 de dicho precepto.

#### **CUARTO.- Oposición de la Administración General del Estado.**

Interesa, por ello, la desestimación y confirmación de la sentencia apelada.

Retoma los antecedentes a los que nos hemos referido, insiste en la condena a pena privativa de libertad, por lo que estima de aplicación el art. 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería y, por ello, una consecuencia de la expulsión en él previsto.

Reconoce que la apelante tenía reconocido la autorización de residencia de larga duración desde el 29 de septiembre de 2011, por lo que al incoarse el expediente concurrían las circunstancias que obligaban a tener en cuenta el art. 57.5. b) de la Ley Orgánica de Extranjería, en relación con las pautas sobre trasposición de la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; recuerda que en el momento de incoarse el expediente la apelante se encontraba interna en el Centro Penitenciario de Martutene por la comisión de un delito de tráfico de drogas y grave daño a la salud, para cumplir la pena de tres años de prisión, tipificando el delito de entidad y que afectaría a un bien jurídico fundamental, cual es la salud pública, a lo que añade la circunstancia de que el apelante no acreditó vínculos familiares o personales sólidos en el país, más allá de meras alegaciones, y tampoco, se dice, acreditó la ausencia de vínculos en el país de origen, por lo que no existiría óbice para proceder a la expulsión, remitiéndose a la sentencia de la Sala 381/2013, de 26 de junio, recaída en el recurso de apelación 531/2012.

#### **QUINTO.- Antecedentes.**

En relación con los antecedentes que debemos tener presente, a los que en parte ya nos hemos referido, trasladamos los siguientes:

1.- Es oportuno inicialmente detenernos en la resolución de la Subdelegación del Gobierno de 7 de octubre de 2012 que acordó la expulsión, en aplicación del art. 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, que, en lo que aquí interesa, deja exclusivamente constancia de la condena a pena de tres años de prisión por delito contra la salud pública, por sentencia de 11 de junio de 2012 de la Audiencia Provincial de Donosita / San Sebastián, resolución en la que no solo se valora sino que no se deja constancia de haber tenido presente las previsiones del punto 5 del art. referido en relación con los extranjeros residentes de larga duración.

Ello en un supuesto en el que las actuaciones, desde la incoación el 9 de julio de 2012, dejan constancia de que la apelante, en aquel momento interna en el Centro Penitenciario de Martutene, tenía concedida la autorización de residencia de larga duración desde el 29 de septiembre de 2011, dejando constancia, asimismo, que se seguía la ejecutoria 20/2012 y las penas, tres años de prisión, tres años de inhabilitación especial del derecho sufragio pasivo y 3.000 euros de multa.

2.- En el expediente, en el escrito de alegaciones, la interesada, tras dejar constancia que tenía la tarjeta de residente permanente, aludió al principio de *non bis in ídem*, y alegó que no procedía la expulsión, con alusión, asimismo, a los principios de proporcionalidad y equidad, trayendo a colación incluso las pautas sobre la proporcionalidad del art. 57.1 y hablar de multa de 301 a 6.000 euros.

3.- Tras la propuesta de resolución se presentaron nuevas alegaciones, escrito con el que se aportó determinada documentación, pasaporte, certificados de empadronamiento, certificado de realización de curso



de manipulador de alimentos, diploma de curso de pintor, certificado de formación del Ministerio del Interior, informe de vida laboral de alta desde 2006, con remisión al permiso de residencia de doña Palmira y empadronamiento en Alcobendas de la misma desde agosto de 2004; el informe de vida laboral de la Tesorería General de la Seguridad Social reflejaba 856 días cotizados, por ello, más de dos años y cuatro meses.

4.- Remitiéndonos a la demanda vemos como en ella ya se dejaba expresa constancia de la relevancia en el caso del art. 57.5 de la Ley Orgánica de Extranjería , para defender que no cabía imponer la expulsión a un residente de larga duración, salvo en los supuestos en los que se incide también con el recurso de apelación, a ello nos hemos referido.

5.- En el acto de la vista se aportó copia del Auto de 14 de febrero de 2013 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao , que declaró la firmeza del previo Auto de 6 de febrero de 2013, que estimó queja formulada por la apelante, como interna en el Centro Penitenciario de Martutene, y dispuso aplicar el régimen de vida propio del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario sin medios telemáticos.

**SEXTO.- Estimación del recurso; artículo 57.2 y 5 b) de la LOEX y ciudadana extranjera titular de una autorización de residencia de larga duración.**

Obligado es tener presente lo que la Sala recientemente ha razonado en los FF JJ 2º y 3º de la sentencia nº 165/2014, de 19 de marzo, recaída en el recurso de apelación 697/12 , donde se hicieron las oportunas precisiones sobre las pautas de aplicación del art. 57.2, en relación con al punto 5 del mismo, por ser la recurrente titular de autorización de residencia de larga duración, ello al ser los preceptos que aquí están en debate, como se desprende de los hasta ahora expuesto; en ellos razonábamos como sigue:

<< *Segundo* :Es relevante en el examen del presente recurso tener presente que el apelante es titular de una autorización de residencia de larga duración, hecho que se reconoce expresamente en la primera diligencia del expediente, ya que se instó la iniciación del procedimiento de expulsión cuando se disponía a renovar la tarjeta de identidad de extranjero, tras constatar los funcionarios policiales que tenía antecedentes penales (folio 4 del expediente administrativo). Consta además en el propio expediente una copia de la tarjeta de identidad de extranjero en la que consta la autorización de residencia de larga duración.

Por dicha razón, y aunque el recurso de apelación no incida expresamente en ello y se limite a alegar el arraigo del interesado, el examen del caso ha de hacerse a la luz de lo dispuesto por los arts. 32.5.b ) y 57.5.b) LOEX, que trasponen al ordenamiento español el marco normativo de los arts. 6 , 9.1.b ) y 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.

En esencia, la Directiva 2003/109/CE estableció un estatuto de los ciudadanos de terceros países residentes de larga duración que, en lo que aquí importa, establece que únicamente cabe adoptar 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, y que, en todo caso, no se puede imponer sin tomar en consideración el tiempo de su residencia en España, los vínculos creados, su edad, consecuencias para el interesado y los miembros de su familia y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

El art. 57.5.b) LOEX, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre , que traspone al ordenamiento español la Directiva 2003/109/CE, establece:

<<5. 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, 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.>>

El art. 57.5.b) LOEX concreta el concepto jurídico de amenaza real y suficientemente grave del orden público o de la seguridad ciudadana que prevé el art. 12.1 de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 25 de noviembre de 2003 , a los supuestos de la falta grave del art.54.1. a) de "participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana " o de "reincidencia en la comisión, en el plazo de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con expulsión."



Pero incluso cuando concurren tales presupuestos justificativos de la sanción de expulsión, no cabe imponerla sin una valoración del tiempo de residencia en España del extranjero, de su edad, de los vínculos creados y consecuencias de la expulsión para el interesado y los miembros de su familia, y de los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

La cuestión que se suscita es si pese al tenor de dicho art. 57.5 LOEX, es posible la expulsión de extranjeros residentes de larga duración en aplicación del art. 57.2 LOEX.

La sentencia de la Sala 115/2014, de 26 de febrero (Recurso de apelación nº710/2012 ), examina en el fundamento jurídico tercero el estado de la cuestión en los pronunciamientos efectuados al respecto por distintos Tribunales Superiores de Justicia, resultando que, pese al tenor del apartado 5 del art.57 LOEX, concluyen que es aplicable asimismo a los extranjeros de larga duración el art. 57.2 LOEX, fundamentalmente porque se acomoda a la Directiva 2003/109/CE en cuanto condiciona la expulsión a una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, porque se considera ilógico que el art. 57.5 LOEX admita la expulsión por infracciones graves de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana y, sin embargo, no resulte posible ex art.57.2 LOEX por la comisión de un delito doloso que lleve aparejada pena de prisión superior a un año y, finalmente, porque se considera que en la interpretación que excluye la aplicación del art. 57.2 LOEX se hace de mejor condición a los extranjeros de larga duración que a los comunitarios, que podrían ser expulsados por la comisión de un delito doloso que lleve aparejada pena privativa de libertad superior a un año.

Ahora bien, aun cuando concluyamos que es aplicable el art. 57.2 LOEX a los extranjeros residentes de larga duración, no basta con apreciar la existencia de la condena por un delito doloso con pena de prisión superior a un año, sino que, aun cuando no lo contempla expresamente el art. 57.2 LOEX, en aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE , es necesario que la resolución que imponga la expulsión lleve a cabo una ponderación del tiempo de su residencia del extranjero en España y de los vínculos creados, de su edad, y de las consecuencias de la expulsión para el interesado y para los miembros de su familia, y de los vínculos con el país al que va a ser expulsado

*Tercero* : Pues bien, la resolución recurrida prescinde por completo de dicho régimen jurídico relativo al estatuto de los extranjeros residentes de larga duración, ya que omite toda consideración al hecho relevante y debidamente acreditado de que el interesado era titular de una autorización de residencia de larga duración, y tomando en consideración la condena impuesta por sentencia firme de 11/02/2002 de la Audiencia Provincial de Tarragona a la pena de 7 años de prisión por un delito de abusos sexuales, y, adicionalmente la condena por sentencia de 29/04/2011 del Juzgado de lo Penal Número 1 de Huesca a la pena de 8 meses de prisión por la comisión de un delito de amenazas, en aplicación del art. 57.2 LOEX impone la sanción de expulsión, sin efectuar la ponderación de las circunstancias de arraigo concurrentes, por lo que infringe el art.12.3 de la Directiva 2003/109/CE , de directa aplicación ante la deficiente trasposición efectuada por el art. 57.2 LOEX, razón por la cual debemos estimar el recurso de apelación, y revocar la sentencia apelada, dictando otra en su lugar por la que, estimando el recurso interpuesto, se declare la disconformidad a derecho de la resolución recurrida y se anule >>.

Aquí ocurre lo mismo que en el supuesto analizado en la sentencia que traemos como precedente, la resolución recurrida, lo mismo que la sentencia ahora apelada, han prescindido por completo del régimen jurídico relativo al estatuto de los extranjeros residentes de larga duración, ya que se omite toda consideración al hecho relevante, debidamente acreditado, de que la interesada era titular de una autorización de residencia de larga duración, imponiendo la expulsión en aplicación del art. 57.2 LOEX, sin efectuar la ponderación de las circunstancias de arraigo concurrentes, por lo que infringe el art.12.3 de la Directiva 2003/109/CE , de aplicación ante la deficiente trasposición efectuada por el art. 57.2 LOEX, razón por lo que debemos concluir en estimar el recurso de apelación para revocar la sentencia apelada, dictando otra en su lugar por la que, estimando el recurso interpuesto, se declare la disconformidad a derecho de la resolución recurrida y se anule.

#### **SÉPTIMO.- Costas.**

Estando al criterio en cuanto a costas del art. 139. 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción , en relación con las conclusiones alcanzadas, y la justificación que la Sala ha dado, no procede hacer expreso pronunciamiento respecto a las de ambas instancias.

Es por los anteriores fundamentos, por lo que este Tribunal pronuncia el siguiente

#### **FALLO**

Que, estimando el **recurso de apelación nº 533/2013** , interpuesto por doña Eufrasia , nacional de la República Dominicana, contra la sentencia nº 159/2013, de 27 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-



Administrativo nº 3 de Donostia / San Sebastián, que desestimó el recurso nº 8/2013 , seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 17 de octubre de 2012 del Subdelegado del Gobierno en Gipuzkoa, que acordó la expulsión del territorio nacional, con prohibición expresa de entrar durante un período de cinco años, en 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, a consecuencia de la condena a pena de tres años de prisión por comisión de delito contra la salud pública impuesta por sentencia de 11 de junio de 2012 de la Audiencia Provincial de Donostia / San Sebastián , *debemos* :

1º.- Revocar la sentencia apelada, dejando sin efecto su pronunciamiento desestimatorio del recurso.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimar el recurso contencioso administrativo y declarar la disconformidad a derecho de la resolución recurrida, que anulamos.

3º.- No hacer pronunciamiento en cuanto a las costas en relación con las de ambas instancias.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.