

SENTENCIA: 00100/2013

-

N11600

C/ TINTE, 3 4ª PLANTA

N.I.G: 02003 45 3 2012 0000973

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000454 /2012 /

Sobre: ADMINISTRACION DEL ESTADO

De D/Dª: MOHAMED EL YAJUORI

Letrado:

Procurador D./Dª: JUSTA MARIA VICTORIA ELBAL MUÑOZ

Contra D./Dª SUBDELEGACION DEL GOBIERNO

Letrado: ABOGADO DEL ESTADO

Procurador D./Dª

SENTENCIA Nº 100

En ALBACETE, a 22 de Marzo de 2013.

Vistos por la Ilma. Sra. Dª INMACULADA DONATE VALERA, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete, los presentes autos de Procedimiento Abreviado nº 454/2.012, incoados en virtud de recurso interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Justa Mª Elbal Muñoz, en nombre y representación de Dº MOHAMED EL YAJOURI, asistido de la Letrada Dª Magdalena Martínez Pérez; siendo parte demandada la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE ALBACETE, asistida y representada por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Estado Dº Juli9o Ignacio Sorribes Guigó, siendo la cuantía del recurso indeterminada, y versando el litigio sobre EXTRANJERÍA, y sustanciado el asunto por el trámite abreviado de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, L.J.C.A.);

Resultando que en el proceso han concurrido los siguientes

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado el conocimiento del recurso contencioso administrativo entre las partes antes referenciadas, siendo objeto del mismo la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Albacete de fecha 26 de septiembre de 2012, por la que se acuerda la expulsión del territorio español del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que la de no haber lugar a la expulsión, y se anule la resolución recurrida, referente a la expulsión del territorio nacional de la recurrente.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, se acordó sustanciarlo por las normas del Procedimiento Abreviado, reclamándole a la Administración demandada el expediente administrativo, el cual se puso de manifiesto en este Juzgado hasta el día señalado para la vista con el resultado que obra en el acta correspondiente.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la recurrente se impugna la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Albacete y que acuerda la expulsión del recurrente con prohibición de entrada en España por un período de cinco años, alegando, en síntesis, que por la Administración demandada no se que el recurrente es titular de una tarjeta de residente de larga duración concedida el 15.02.2002 y renovada sucesivamente, estando en vigor hasta el 27 de agosto de 2017. Circunstancia ésta que habrá de tenerse en cuenta conforme a lo previsto en el Artículo 57.5 de la L.O 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Por su parte, el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso y confirmación de la resolución recurrida por ser conforme a Derecho, alegando que no cabe la sustitución de la expulsión por multa al encontrarnos en el supuesto previsto en el 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 y que la sanción de expulsión conlleva la extinción de cualquier autorización para residir legalmente en España.

SEGUNDO.- En la resolución del litigio han de partirse de una serie de hechos que están probados. Consta acreditado que el recurrente cuenta con permiso de residencia de larga duración desde el año 2002, que reside en España desde hace 14 años, tiempo durante el cual ha trabajado legalmente en España y cotizado a la Seguridad Social. Asimismo, de la diligencia de informe de antecedentes penales que obra al Folio 11 del Expediente Administrativo se constata:

1º) Que el recurrente ha sido condenado por sentencia firme de fecha 16/03/2010, impuesta por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Albacete, en la causa Ejecutoria nº 188/2.9010:

- Por dos delitos de violencia doméstica y de género. Lesiones y maltrato familiar, artículo 153 CP en calidad de autor, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad por cada uno de los delitos.
- Por un delito de violencia doméstica y de género. Coacciones Artículo 172.2 CP, en calidad de autor, a la pena de 40 días de trabajo en beneficio de la comunidad.
- Por un delito de violencia doméstica y de género. Maltrato habitual, Artículo 173.2 CP, en calidad de autor, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión.

2º) El recurrente ha sido condenado sentencia firme de fecha 02/09/2010, impuesta por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Albacete, en la causa Ejecutoria nº 506/2010:

- Por un delito de violencia doméstica y de género. Lesiones y maltrato familiar, Artículo 153 CP, en calidad de autor, a la pena de 70 días en beneficio de la comunidad.

3º) El recurrente ha sido condenado en sentencia firme de fecha 24.09.2010, impuesta por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Albacete, en la causa Ejecutoria nº 492/2010, por conducción bajo influencias de bebidas alcohólicas o drogas, Artículo 379.2 CP, en calidad de autor, a la pena de 4 meses de prisión, 8 euros día durante 160 días, 30 días de trabajos en beneficio de la comunidad, y 12 meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Partiendo de tales hechos, ha de contemplarse la siguiente normativa invocada.

El art. 57.2 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."

En relación a este precepto, ha de señalarse el art. 57.5 que dispone que "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:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- 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.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencia! de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo".

Igualmente y dado que se alega que el recurrente es residente de larga duración, ha de contemplarse que 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, ya ha sido traspuesta por LO 2/2009, de 11 de diciembre, que reforma precisamente el art. 57 LODLE.

Según su art. 1 "La presente Directiva tiene por objeto establecer:

- a) las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración, y derechos correspondientes, otorgado por un Estado miembro a los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio, y
- b) las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que les haya concedido el estatuto de larga duración de los nacionales de terceros países que gocen de dicho estatuto".

Su art. 12 establece que:

"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".

TERCERO.- Hay que comenzar aclarando que el expediente tramitado es para la aplicación de la causa de expulsión del art. 57.2 L.O 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que no constituye una sanción por comisión de una infracción sino una causa legal que determina la consecuencia de la expulsión cuando concurren las circunstancias que prevé. Es por ello que no es una sanción que se imponga en sustitución de la de multa. Esta naturaleza es admitida por la jurisprudencia, caso de las SSTSJ de Cantabria de 10-5-2010, 23-4-2010, STSJ de Castilla León de 12-11-2010, 19-10-2007, STSJ de Castilla La Mancha de 1-6-2010.

Pues bien, resulta clara la aplicación del precepto al caso a la vista de la pena impuesta y la falta de cancelación de los antecedentes. De igual forma, ha de señalarse que es irrelevante la situación de arraigo familiar o laboral, pues como se ha dicho que estamos ante una causa de expulsión y no ante una sanción por la comisión de una infracción administrativa que sea alternativa a otras como la multa. Es una causa legal que opera automáticamente siempre que se den los supuestos previstos en la ley y que no se enerva por circunstancias como la situación de arraigo. Así, la STS de 28-4-2011 señala que "Sin embargo la apelante insiste en primer lugar en que la situación de arraigo en que se encuentra el mismo en territorio Español debe evitar dicha expulsión, sin embargo esta pretensión no puede ser aceptada primero porque esa situación de arraigo no existe en el momento en que se decide sobre la expulsión y segundo porque, en el Art. 57 no se contempla la situación de arraigo como causa que pueda enervar la medida de expulsión impuesta por vía del Artículo 57.2 de la LO 4/2000... Pero es que además considera la Sala que no se dan en el presente caso las circunstancias previstas en el Artículo 57.5 y 57.6 de la LO 4/2000 que pudiera evitar la medida de expulsión impuesta; y así no se dan las circunstancias del Art. 57.5 citado porque el apelante ni ha nacido en España, ni tiene reconocida la residencia permanente, tampoco ha sido español de origen ni es beneficiario de una prestación por incapacidad ni tampoco de otra prestación contributiva; e igualmente tampoco concurre ninguna de las circunstancias del Art. 57.6 pese a que el apelante es padre de tres hijos que se encuentran residiendo legalmente en España con una antelación de dos años,

primero porque dicho apelante no se encuentra a cargo de sus hijos extranjeros y segundo y sobre todo porque sus hijos, como extranjeros que son y nacionales de Colombia, no se encuentra en ninguna de las situaciones señaladas en el Art. 57.5 y que tampoco concurrían el padre hoy apelante."

CUARTO.- Partiendo de esto, ha de analizarse si debe o no aplicarse el Art. 57.5 de la L.O 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, lo cual constituye el verdadero objeto jurídico de debate.

Existe jurisprudencia en contra de tal aplicación como la STSJ de Castilla y León de 19-10-2007, coincidente con la posterior de 1241-2010 donde se exponen importantes argumentos al respecto que se resumen en que no estamos ante una sanción, que no es alternativa a la multa, que el propio Art. 57.5 se refiere expresamente a que la expulsión lo sea por sanción, por ser contraria la solución al espíritu de la norma y porque se haría de mejor derecho al extranjero no comunitario frente al comunitario. Esta doctrina ha venido siendo la aplicada por esta juzgadora en supuestos de hecho similares a los de objeto de enjuiciamiento en el presente recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, y tras un estudio y análisis de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales en esta materia, esta juzgadora se va a apartar de dicha doctrina por los motivos que se expondrán a continuación. Y así, en primer término, señalar que la STS 28-4-2011 citada sí analiza la posible aplicación del precepto para la causa de expulsión y en segundo lugar, en atención al origen de la redacción del precepto, en la LO 2/2009 que dice trasponer la Directiva 2003/109/CE, a pesar de las diferencias de contenido con el Art. 12 antes citado. Según esta directiva, solo es posible la expulsión de residentes de larga duración en las condiciones ya citadas y, se trata de una Directiva lo suficientemente precisa como para ser aplicada y que, en cualquier caso, ha de servir para interpretar la norma que se trata de aplicar aquí.

Es por ello que se entiende que solo cabe acordar la expulsión (ya sea por comisión de infracción o por la causa legal) de un extranjero con autorización de residencia permanente cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, lo cual, viene a coincidir con la remisión al supuesto del Art. 54.1 a) (a) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional 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, y atendiendo a las circunstancias de duración de la residencia, edad, consecuencias para él y su familia y vínculos con el país de origen, las cuales contempla el Art. 57.5.

QUINTO.- En relación al concepto de orden público, la STSJ de Extremadura de 15-2-2011 establece, en relación a ciudadanos de la UE, que

"Recientemente, la STJCE de 10-7-2008, C- 33/2007 , se pronuncia sobre las facultades de los Estados de limitar la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias por razones de orden público o de seguridad pública, y declara: "(23) la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Rutilli, apartado 28, y Bouchereau, apartado 35 así como la sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493-01, Rec. p. I-5257, apartado 66)". Y prosigue: "24. Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general». No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general. Habrá que acudir a la Jurisprudencia para determinar el alcance del concepto de orden público a los efectos buscados.

Ya el Tribunal de Justicia Europeo en su Sentencia de 27 de octubre de 1997 (Asunto "Mónica contra Marcos "), en el sentido de que esa sentencia podría ser indicativa a su vez de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (Fundamento de Derecho 29), de tal modo que pueda pensarse que el mismo se mantendrá en el futuro (Fundamento de Derecho 29), con lo que si sería admisible. En el mismo sentido la sentencia de 3 de septiembre de 2000 (C-355/98, Comisión-Bélgica, Rec. P. 1-10405, punto 28) que señala que tratándose de razones de orden público y de seguridad pública se debe recordar de una parte que la noción de orden público supone una amenaza real y

suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Como todas las derogaciones de un principio fundamental de trato la excepción del orden público debe ser interpretada de manera restrictiva. En igual sentido sentencia de 19 de enero de 1999, Ciada, C-348/96, Rec. p. 1-11, puntos 21 y 23).".

Para apoyar en razones de orden público o seguridad pública el rechazo de la solicitud del interesado hubiera sido preciso que la Delegación del Gobierno motivara mínimamente la concurrencia del resto de los requisitos ya mencionados, esto es, que aparte de la perturbación social que constituye cualquier infracción penal, la conducta del solicitante representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad. De la condena y el cumplimiento por

tráfico de drogas, no evidencia por sí sola una conducta personal de aquél que constituya una amenaza real y actual para el orden público, no habiendo puesto de manifiesto la Administración ninguna otra circunstancia en la actuación del interesado de la que pueda deducirse una amenaza de esa naturaleza, máxime cuando de las actuaciones se deduce lo contrario debido al buena conducta del penado."

También la STSJ de Madrid de 24-3-2008 "En este sentido debe tenerse igualmente presente que el concepto de orden público aplicable al presente recurso es un concepto "europeo", restrictivo, como ha indicado el Tribunal del Luxemburgo; es un concepto jurídico indeterminado del que puede decirse que contraría el orden público quien realiza actividades que impiden el libre desenvolvimiento de los derechos y libertades individuales, sociales y colectivos o impide o menoscaba el normal desenvolvimiento de las instituciones..De acuerdo con lo hasta ahora expuesto debemos tener presente que el "orden público" no es una cláusula habilitante para el ejercicio de una potestad sancionadora omnímoda, carente de límites; es, por contra, un tipo sancionador concreto que como tal tiene un contenido claro y preciso (tipicidad), para cuya apreciación e integración debe acudir a una calificación no vulgar sino jurídica del hecho y aplicarlo tan sólo después de haber realizado una actividad probatoria mínima capaz de destruir el principio de presunción de inocencia del que siempre se parte."

Son reiteradas las sentencias que concluyen que no basta la comisión de un delito para acordar la expulsión de un ciudadano de la UE o asimilado, siendo necesario que su conducta sea indicativa de un comportamiento personal que

constituya amenaza actual contra el orden público (STJCE 27-10-1997 , 19-1-1999 , STS 29-1-1993 , 6-10-2000 , 20-6-2001).

SEXTO.- Pues bien, en el presente caso, la condena por delito por maltrato habitual e incluso la condena por conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, entendemos que no es suficiente por sí sola, como ha reiterado la jurisprudencia para apreciar esa amenaza real y grave para el orden público. A ello debe unirse el hecho de que el recurrente lleva en España 14 años, que durante este tiempo ha tenido una dilatada vida laboral, como se acredita con la documental acompañada con el escrito de demanda. Es por ello que no dándose los requisitos para la expulsión, la demanda debe ser estimada. En este mismo sentido se ha pronunciado la reciente STSJ de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de fecha 15.10.2012 (rec. 136/2012), a la que nos remitimos expresamente ya que hace un estudio detallado de la aplicación del Artículo 57.2 de la L.O 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a los extranjeros que tengan concedida la residencia permanente o de larga duración, como es el caso que nos ocupa.

SÉPTIMO.- El Artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece en materia de costas, tras la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal que: “En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá la costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”. En consecuencia, y de acuerdo con lo expuesto habiéndose produciendo una estimación total de la demanda, la parte demandada deberá abonar las costas causadas en el presente procedimiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que **ESTIMANDO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dª Justa Mª Elbal Muñoz, en nombre y representación

de Dº MOHAMED EL YAJOURI contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Albacete de fecha 26 de septiembre de 2012, por la que se acuerda la expulsión del territorio español del recurrente con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de 5 años, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** su nulidad por no ser conformes a Derecho. Todo ello con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, ante este Juzgado, en el plazo de QUINCE DÍAS siguientes al de su notificación, para su resolución por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, para cuya admisión a trámite será necesario haber constituido en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado el depósito previsto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica de Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, indicando el tipo de recurso y el código correspondiente, estando exentos de la consignación del depósito indicado para recurrir el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de los anteriores.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen una vez firme.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por la Sra. D^a INMACULADA DONATE VALERA, Magistrado Juez del Juzgado de lo



Contencioso-Administrativo nº 1 de ALBACETE, estando la misma celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.