

## SENTENCIA 162/13

En Málaga, a 28 de mayo de 2013.

Miguel Ángel Gómez Torres, magistrado en comisión de servicio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de esta Ciudad, habiendo visto el presente recurso contencioso-administrativo número 831/11, sustanciado por el trámite del procedimiento abreviado, interpuesto por **don** (provisto de N.I.E. nº X-: ), representado y asistido por el abogado don José Luis Rodríguez Candela, contra la **Subdelegación del Gobierno en Málaga** (en adelante, Subdelegación del Gobierno), representada y asistida por la Abogacía del Estado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### PRIMERO.

La representación procesal de la parte actora presenta en el Decanato en fecha 8 de noviembre de 2011 recurso contencioso-administrativo contra la resolución de fecha 27 de octubre de 2011 dictada por la Subdelegación del Gobierno en el expediente nº 290020110015348, por la cual se impone a su principal la sanción de expulsión del territorio español, con prohibición de entrada en España y territorio de los países acogidos al Convenio Schengen por periodo de diez años y la extinción de su autorización para permanecer en España. Con base en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, en síntesis y en cuanto importa para la solución del recurso jurisdiccional, alega que su mandante es titular de una tarjeta de residencia de larga duración, con fecha de caducidad 13 de abril de 2006. Tiene toda su familia residiendo en España. Su pareja de nacionalidad española, con quien está en trámites de inscripción como pareja de hecho y su hija también de nacionalidad española. Reside de forma legal y continuada en España desde hace más de 11 años. Por tanto resulta de plena aplicación el supuesto de residencia segura, a lo que debe añadirse la situación de arraigo y el que no supone ningún tipo de amenaza real y actual contra el orden público, pues resultó condenado en la vía penal en el año 2004 y se le impuso una pena privativa de libertad que fue suspendida por auto de 16 de octubre de 2006. Alega también prescripción de la infracción por haber transcurrido más de 6 años desde la condena penal y caducidad del procedimiento de expulsión. Por todo lo anterior, interesa que se dicte sentencia por la que se estime íntegramente el presente recurso, se declare la inadecuación a derecho y se

deje sin efecto la resolución recurrida, todo ello con expresa condena en costas a la Administración.

## **SEGUNDO.**

Admitido a trámite el recurso y recibido el expediente administrativo, la vista se celebra el 23 de mayo de 2013 a la que asisten ambas partes. La parte actora se ratifica en su demanda. La Administración demandada formula su contestación en la que interesa el dictado de una sentencia conforme a Derecho.

La cuantía del procedimiento se fija en indeterminada con acuerdo de las partes. Se propone y se practica como prueba la documental. Tras los informes y conclusiones orales de las partes, quedan los autos sobre mi mesa vistos para sentencia.

## **TERCERO.**

En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales salvo los plazos debido al cúmulo de asuntos pendientes en este Juzgado.

# **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

## **PRIMERO.**

La resolución recurrida impone al recurrente la sanción de expulsión del territorio español, con prohibición de entrada en España y en el territorio de los países acogidos al Convenio de aplicación del Tratado de Schengen, por un periodo de diez años, conllevando la expulsión la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado, y ello por haber sido condenado el actor a la pena de prisión de 1 años y 6 meses por delito contra la salud pública, de conformidad con los arts.57.2 y 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre y 2/2009, de 11 de diciembre), que disponen 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"* y que *"Excepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años"*.

El actor tenía reconocida autorización de residencia de larga duración y autorización para trabajar válida hasta el 13-04-2016 (doc.2 del escrito de demanda). El art.57.5 de la LO 4/2000 que se invoca en el escrito de demanda para impugnar la orden de expulsión establece que *"La sanción de expulsión no*

podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 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 asistencial 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”.

Sobre la procedencia de aplicar en casos como el presente lo recogido en el art.57.5 de la LO 4/2000, puede citarse, verbigracia, la sentencia traída a colación por la dirección jurídica del actor en el acto de la vista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sección 1ª, de 15 de octubre de 2012, en la que se dice:

*“Por lo que se refiere, y de mayor trascendencia para la resolución de este pleito, respecto de si procede aplicar o no procede aplicar lo recogido en el art. 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000 , teniendo en cuenta que se trata de un extranjero con autorización de residencia permanente, esta Sala ha venido recogiendo en las últimas sentencias la influencia que ha tenido, en la interpretación de este precepto en relación con el art. 57.2, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2.003 , realizada a través de la Ley Orgánica 2/2009. Esta Sala recientemente se ha pronunciado en un supuesto de un residente de larga duración, en sentencia de fecha once de mayo de dos mil doce, dictada en el recurso de apelación 27/2012 , de la que ha sido Ponente Don Eusebio Revilla Revilla, en la que se recoge también el criterio seguido por anteriores sentencias en las que se trataba igualmente de expulsiones de residentes de larga duración, de la siguiente manera:*

*“Y para clarificar los términos en que se ha planteado el presente debate, además de dar por reproducidos los criterios jurisprudenciales expuestos en la sentencia de instancia y sobre todo el reiterado criterio que sobre la interpretación y aplicación del art. 57.2 de la L.O. 4/2000 ha venido haciendo esta Sala (y que es sobradamente conocido por las partes) es preciso igualmente recordar que sobre una cuestión similar, aunque no totalmente idéntica, por cuanto que se refiere a la expulsión de residentes de larga duración por aplicación del citado art. 57.2 (situación de residencia de larga duración que al menos formalmente no se da en el caso de autos), se ha pronunciado tanto esta Sala en sus sentencias de fecha 16.12.2011 dictada en el recurso de apelación 222/2011 y de fecha 30.3.2012 dictada en el recurso de apelación 13/20121 como también la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Valladolid , de este mismo TSJCyL de fecha 20.4.2012, dictada en el recurso de apelación núm. 703/2011, la cual en su fundamentación jurídica recoge diferentes pronunciamientos realizados sobre esta cuestión y lo expone y desarrolla con el siguiente tenor, que a continuación transcribimos pese a su extensión por resultar de interés:*

*“Por otro lado, el artículo 57.5 en su redacción anterior a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre , de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establecía 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 -es decir, "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"-, 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 que tengan reconocida la residencia permanente", y tras dicha modificación, vigente desde el 13 de diciembre de 2009, 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:...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, por reconocimiento de la Exposición de Motivos de la L.O. 2/2009 -y dada la condena al Reino de España a la que seguidamente haremos referencia- a la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, entre otras, 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.

En efecto, el incumplimiento de esta obligación dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (CE) Sala 5ª, nº C-59/2007, de 15 de noviembre de 2007, con la siguiente decisión:

"1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva. 2) Condenar en costas al Reino de España".

En lo que ahora interesa conviene significar que tras señalar el artículo 6 de la Directiva que "1. Los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública. Al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia. 2. La denegación contemplada en el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico", y el artículo 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". Este precepto, relativo a la protección contra la expulsión, dispone 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".

Asimismo, es muy expresivo, por contradictorio, el alegato de la Abogacía del Estado en defensa de su pretensión de que se desestimara el recurso promovido por la Comisión de las Comunidades Europeas, en el sentido, según relato de los antecedentes de la STJ, de que "9. Sin embargo, el Reino de España subraya que en el ordenamiento jurídico español está regulada ya la figura de la residencia permanente de los nacionales de terceros países. 10. Por una parte, el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que el estatuto de residencia permanente, que se obtiene cuando se haya gozado de una autorización de residencia temporal continuada por un período de cinco años, autoriza a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. Por otra parte, el artículo 57, apartado 5, de la misma Ley prevé que los residentes permanentes solamente podrán ser expulsados cuando hayan participado en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones del Reino de España con otros países o cuando estén 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 sea, la Abogacía del Estado quiso hacer valer ante el Tribunal de Justicia una interpretación del artículo 57.5 que aparentemente beneficiaba a todos los residentes permanentes y según la cual la expulsión se les aplicaría "solamente... cuando hayan participado en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones del Reino de España con otros países o cuando estén 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", obviando, sin embargo, la automaticidad en la aplicación de la expulsión que la Administración viene sosteniendo ante la previa condena penal a que se refiere el artículo 57.2 .

Así las cosas, la STSJ de Castilla y León, sede en Burgos, Sección 1, de 16 de Diciembre del 2011, trata la cuestión litigiosa señalando que:

"La redacción dada a este artículo 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000, por la Ley Orgánica 2/2009, es de especial trascendencia por cuanto que se realiza, a través de la misma, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2003/109/CE, si bien considerando la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre : que añade que "merece destacarse la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública" ( art. 6). Asimismo, la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001 ), contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de "condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año" (art. 3). Es, por tanto, 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 que se ve corroborada 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 Moustaquim, 18 de febrero de 1991 , y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996 : ATC 331/1997, de 3 de octubre , FJ 4)", añadiendo la STSJ de Castilla y León, sede en Burgos que venimos citando, que "Transpuesta

la Directiva a nuestro derecho por la Ley Orgánica 2/2009, se debe atender a los efectos que procede conferir al art. 57, en sus puntos 2 y 5, para considerar que la finalidad pretendida por la directiva ha sido recogida por la legislación interna de España. En este sentido, 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 anteriormente expresada, se debe 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 aplicable directamente lo dispuesto en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 para considerar que realmente se produce una amenaza real y suficientemente grave, 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, y ello 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 las recogidas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, a la que también se remite dicho artículo 54.1.a)", y aunque esta sentencia concluye con la desestimación del recurso contencioso-administrativo ello no es por aplicación automática del artículo 57.2 sino por apreciar la existencia en el caso concreto de una amenaza real y suficientemente grave para el orden público unido a que "tiene pocos vínculos con este país, pues el domicilio que legalmente tiene establecido se encuentra muy lejos. A esta circunstancia cabe añadir que no se acredita trabajo que haya venido realizando con anterioridad a adoptarse la medida de expulsión, lo que evidencia un nulo arraigo laboral. Tampoco se acredita un arraigo social, y no puede considerarse suficiente el hecho de que conviva con sus dos hermanos y que haya adquirido una vivienda frente a la gravedad del delito, muy superior a la gravedad que pueda suponer el orden público y la seguridad ciudadana a que se refiere la Ley Orgánica 1/92. Tampoco se acredita adecuadamente un domicilio estable... Concorre sobradamente la causa de expulsión adoptada por la administración en la resolución impugnada, sin que se aprecie error alguno en la sentencia dictada, que es objeto de apelación, y sin que se pueda apreciar la concurrencia de circunstancias de las previstas en el art. 57.5.d) de la LO 4/2000, que recoge las comprendidas en el número 3 del artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE. Por lo que procede mantener la expulsión acordada por la resolución administrativa".

Por otro lado, la STSJ de Cantabria, Sección 1ª, de 23 de diciembre de 2011, señala que: "En este marco, el artículo 57.2 de aplicación no resulta en sí incompatible con la Directiva 2003/109/CE. Pero su aplicación exige adecuarla a las directrices jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. Los artículos 9 y 12 de la normativa comunitaria referida (por todas, STJ 8-12-2011, num. C-371/2008, caso Ziebell) prevén que «el residente de larga duración de que se trate sólo puede ser expulsado cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública... (omitimos transcribir estos preceptos para evitar reiteraciones). Y la excepción basada en el orden público en materia de libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Unión... debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (véase, en particular, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bozkurt, antes citada, apartado 56 y jurisprudencia citada).

Cierto es que 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". Pero no lo es menos 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). El Tribunal de Justicia siempre ha destacado 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/Paises 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, MuratPolat).

En este supuesto, no es que las circunstancias personales del recurrente se hayan obviado, como así han sido. Es que siquiera constan las de la propia condena, por lo que difícilmente se han podido valorar por la Administración.

Conforme a esta jurisprudencia en relación a los extranjeros con residencia de larga duración, de la que la citada es sólo una muestra, cabe colegir 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 . Normativa que, se aduce por el legislador, es traspuesta con la última reforma de la Ley de extranjería. Y si con la redacción anterior, conforme a la cual «los residentes permanentes solamente podrán ser expulsados cuando hayan participado en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones del Reino de España con otros países o cuando estén 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 EDL1992/14544 Ciudadana», el Tribunal concluyó que no se había traspuesto adecuadamente nuestra legislación a 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. Es más. Se produce expresamente respecto del supuesto de expulsión como consecuencia de una condena y, sin entrar en cuestiones de naturaleza jurídica en que pretende escudarse la abogacía del Estado, concluye la necesidad de ese análisis personalizado que aquí se ha obviado.

Conclusión que conlleva la estimación parcial del recurso. Apreciando causa de anulabilidad por ausencia de la valoración de las circunstancias personales y de los hechos por los que fue condenado el recurrente, necesaria para motivar la decisión de expulsión en cuanto residente de larga duración, este defecto resulta subsanable. Y en consecuencia, procede retrotraer las actuaciones para que por la Administración se valoren éstas de conformidad con el precepto invocado y la jurisprudencia comunitaria y resuelva en consecuencia".

Compartiendo en lo esencial las consideraciones contenidas en ambas sentencias -discrepamos del sentido subsanador del fallo- la interpretación sistemática y teleológica de la normativa aplicable a los extranjeros que tienen reconocida la residencia permanente, hoy residentes de larga duración, nos conduce a lo siguiente:

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 fundamenta en la resolución, sin que pueda justificarse por razones de orden económico.

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 )".*

*Igualmente hemos de reseñar que esta Sala en su sentencia de 30.3.2012 dictada en el recurso de apelación 13/2012 , y también en relación con un residente de larga duración, se ha pronunciado con el siguiente tenor (aunque al final con un pronunciamiento distinto al dictado en la sentencia de 16.12.2011 dictada en el recurso de apelación núm. 222/2011 ):*

*"Transpuesta la Directiva a nuestro derecho por la Ley Orgánica 2/2009, se debe atender a los efectos que procede conferir al art. 57, en sus puntos 2 y 5, para considerar que la finalidad pretendida por la directiva ha sido recogida por la legislación interna de España. En este sentido, 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 anteriormente expresada, se debe considerar una amenaza real y suficientemente grave la conducta que ha sido tenida en cuenta para adoptar la expulsión .*

*Si bien es cierto que, a pesar de la extraña redacción dada por esta Ley Orgánica 4/2000, debe considerarse la comisión de un delito como más grave que la comisión de una infracción administrativa, como son las previstas en la Ley Orgánica 1/92, pero, en este caso concreto, no puede considerarse que estemos ante un supuesto de amenaza real y efectiva, puesto que se le ha concedido la remisión condicional y ha transcurrido (a esta fecha) el plazo impuesto, por lo que denota una ausencia de peligrosidad. Además, no es razonable que proceda la expulsión de persona que goza de residencia de larga duración por la comisión de un delito cuando se encuentra en situación de remisión condicional de la pena, y sin embargo se le pueda conceder la renovación de la residencia temporal, como establece el artículo 54.9 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("9. Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en esta sección, excepto el recogido en el apartado 1.b) del artículo anterior. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena").*

*Elo sin perjuicio del tiempo que lleva el aquí recurrente-apelante en España, de que en España residen su hija y su madre, de que ha comprado una vivienda, de su informe de vida laboral y de que consta que actualmente se encuentra dado de alta como autónomo en la actividad de "comercio al por menor en establecimiento.*

*Ante todas estas circunstancias, y, sobre todo, ante la existencia de un delito por el que se le ha impuesto la pena mínima, habiéndose acordado la suspensión del cumplimiento de la condena y habiendo obtenido la remisión definitiva de la misma (así consta al folio 69 de las actuaciones), no procede imponer la expulsión al aquí recurrente apelante".*

*A la vista de lo expuesto no ofrece ninguna duda que la interpretación y aplicación del supuesto y de la expulsión contemplada en el art. 57.2 de la L.O. 4/2000 no solo debe verificarse en el contexto y sistemática de dicha Ley, sino que también y sobre todo cuando el expulsado se trata de un extranjero con residencia permanente o de larga duración, es decir del supuesto contemplado en el art. 57.5.b) de la citada Ley , debe aplicarse en el contexto de la normativa comunitaria reseñada y de las directrices jurisprudenciales del TJCE, y ello como consecuencia de la aplicación de los principios de efecto directo y de primacía que se predica del Derecho Comunitario en relación con el Derecho interno, y más aún cuando, como ocurre en el caso de autos ya ha vencido el plazo para transcribir la directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2.003, y cuando el propio legislador reconoce en la Exposición de Motivos de la L.O. 2/2009 que modifica la L.O. 4/2000 que aquella Ley también se dicta para incorporar a*



*nuestro ordenamiento jurídico mencionada directiva; queremos decir con esto, que si la trasposición de dicha directiva se hubiera realizado de forma imprecisa o defectuosa por el legislador español en esta cuestión de los residentes de larga duración no existiría obstáculo legal alguno para que los tribunales nacionales pudieran aplicar dicha directiva y ello como consecuencia del efecto directo que se reconoce a la misma tanto en el Derecho Comunitario como por diferentes sentencias del TJCE, en concreto en la sentencia Pretore de Saló de 11.6.1987 , en la sentencia Francovich, de 19.11.1991 , en la sentencia Simmenthal, de 9.3.1978 , en la sentencia FratelliCostanzo, de 22.6.1989 .*

*Por otro lado, resulta evidente que el criterio aquí expuesto en orden a la interpretación que debe hacerse del art. 57.2 en relación con el art. 57.5.b), ambos de la L.O. 4/2000 , introduce alguna matización, también cierta modificación o incluso rectificación en alguno de los extremos y consideraciones jurídicas expuestas por esta Sala en la sentencia de fecha 22.10.2010 , y que ha sido trascrita por la sentencia de instancia, y que este Tribunal ha reiterado en otras muchas sentencias, pero la presente modificación de criterio en relación con los residentes de larga duración o de residencia permanente viene motivada y justificada en la aplicación de los criterios normativos del derecho comunitario antes dichos y de los criterios jurisprudenciales reseñados”.*

Desciendo al caso de autos, queda acreditado que el demandante reside en España, al menos, desde el año 2000, fecha desde la que ha estado dado de alta en la Seguridad Social y ha cotizado como trabajador de diversas empresas, siendo preceptor incluso de la prestación por desempleo que tiene reconocida desde el 18/04/11 al 17/04/13 –lo que por sí sólo determinaría la aplicación del art.57.5 de conformidad con el apartado d)-, tiene pareja de nacionalidad española, con la que ha iniciado los trámites para inscribirse en el Registro Municipal de Parejas de Hecho del Ayuntamiento de Málaga, con la que tiene una hija menor nacida en junio del año 2005 de nacionalidad española, está empadronado en Málaga con su familia desde el año 2004 y ha realizado cursos de formación profesional (docs.3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 y 15 de la demanda). Como consta en el expediente administrativo el recurrente fue condenado a 1 año y 6 meses de prisión por tráfico de estupefaciente en la ejecutoria nº 836/04 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Algeciras, habiéndosele concedido el beneficio de remisión condicional de la pena por auto de 16 de octubre de 2006 (doc.8 de la demanda), y aportándose en el acto de la vista certificado de 23/03/12 del Ministerio de Justicia acreditativo de la cancelación de sus antecedentes penales.

Ninguna de estas circunstancias se han tenido en cuenta, ni considerado por la resolución administrativa impugnada. Es indudable que el delito por el que fue condenado en su día y la pena impuesta no denotan una peligrosidad, una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, puesto que la ejecutoria en la que recayó la sentencia firme data del año de 2004, no se acredita que con posteridad haya cometido delito alguno y los antecedentes penales han sido cancelados. El resto de circunstancias personales apreciadas demuestran su total integración en España, su falta de arraigo con su país de origen y un arraigo familiar y laboral en nuestro país, lo que llevan a la ineludible consecuencia de que no procede la expulsión por aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, por encontramos en la necesidad de aplicar el número 5 de este artículo 57, y ello sin necesidad de entrar a valorar la prescripción de la infracción y la caducidad del expediente administrativo que se alegan en el escrito de

demanda.

En consecuencia, se estima el recurso y se declara la nulidad de la resolución administrativa impugnada.

## **SEGUNDO.**

Por lo que se refiere a las costas y según lo dispuesto en el párrafo primero del punto 1 del artículo 139 de la L.J.C.A., conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la L.J.C.A., en la nueva redacción dada por la Ley 37/11, de 10 de octubre, resulta procedente imponer a la Administración demandada las costas procesales devengadas en esta instancia al estimarse íntegramente el recurso jurisdiccional.

Vistos los preceptos citados, los invocados por las partes y demás de pertinente aplicación al caso de autos, resuelvo:

## **F A L L O**

**Estimo íntegramente** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **don** . y, en consecuencia, declaro la no conformidad a Derecho de la resolución impugnada descrita en el antecedente de hecho primero, que declaro anulada, con expresa imposición a la Administración demandada de las costas procesales devengadas en esta instancia.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente a su notificación, indicándose la necesidad, en su caso, de constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/ 2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 2984 de este Juzgado y con la advertencia de que no se admitirá a trámite el recurso si no está constituido dicho depósito y así se acredita.

Y poniendo testimonio en los autos principales, inclúyase la misma en el Libro de su clase. Una vez firme devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia, junto con testimonio de esta sentencia.

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

**Diligencia.** Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe