



Roj: STSJ CLM 333/2016 - ECLI:ES:TSJCLM:2016:333
Id Cendoj: 02003330022016100080
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Albacete
Sección: 2
Nº de Recurso: 100/2014
Nº de Resolución: 10026/2016
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MIGUEL ANGEL NARVAEZ BERMEJO
Tipo de Resolución: Sentencia

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

ALBACETE

SENTENCIA: 10026/2016

Recurso Apelación núm. 100 de 2014

Ciudad Real

S E N T E N C I A Nº 26

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a doce de febrero de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **100/14** del recurso de Apelación seguido a instancia de **D. Diego** representado por la Procuradora Sra. Cuesta Herráez y dirigido por el Letrado D. Antonio Muñoz Muñoz, 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 Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Ciudad Real, de fecha 25-9-2013, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número de procedimiento abreviado 25/2013. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Diego contra la resolución de 13-11-2012 de la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real, que acuerda su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por un periodo de cinco años, debo declarar y declaro ajustada a derecho dicha resolución y, en consecuencia, no haber lugar a su anulación ni a las demás pretensiones de la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte actora".

SEGUNDO.- El recurrente 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 8-2-2016 a las 11,30 horas; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la sentencia apelada se desestimó el contencioso presentado contra la orden de expulsión de la Subdelegación del Gobierno amparada en la causa prevista en el art. 57.2 de la L.O. 4/2000 por considerarse que al haber sido condenado el ciudadano extranjero a una pena de 9 meses de prisión por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Ciudad Real de fecha 11-12-2009 por un delito que tiene señalada una pena abstracta superior a la de un año, con cita de diversas sentencias de esta Sala y de otros Tribunales Superiores de Justicia, se incurre en causa de expulsión al no ser aplicables al caso las excepciones del art. 57.5 de la L.O., sin que a ello se oponga la cancelación de los antecedentes penales del interesado al ser posteriores al acuerdo de la expulsión.

En el recurso de apelación presentado se combate la sentencia apelada desde la perspectiva de de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto al respeto del derecho a la vida privada y familiar y por resultar de aplicación lo dispuesto en el art. 57.5 de la L.O. 4/2000 por tratarse de un residente de larga duración con arraigo suficiente en nuestro país, debiendo tenerse en cuenta también que sus antecedentes penales ya han sido cancelados en fecha 17-6-2013.

La Abogacía del Estado solicita la confirmación de la sentencia y la desestimación del recurso por sus acertados fundamentos que comparte.

SEGUNDO.- La resolución administrativa que acordó la expulsión con prohibición de entrada durante cinco años, lo hizo por aplicación del art. 57.2 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece: *"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"*; habiendo sido condenado el interesado por delito de lesiones a la pena de 9 meses de prisión.

Consta en el expediente que el interesado tenía permiso de residencia de larga duración, con un periodo de estancia en España de aproximadamente 10 años. Consta asimismo que su madre tiene la nacionalidad española y está casada con español de cuyo matrimonio ha nacido un hijo. Asimismo su esposa tiene permiso de residencia temporal por reagrupamiento familiar y trabajo en nuestro país. Asimismo tiene una hija que está escolarizada en Centro público donde cursa estudios de 6º de Educación Primaria. De igual modo percibe el subsidio por desempleo y habita una casa donde reside con su familia en Ciudad Real por la que paga un alquiler.

Incoado expediente de expulsión se emitió informe en el que se afirmaba que en estos casos de expulsión derivada de la comisión de delito, del art. 57.2, no son valorables las circunstancias previstas en el art. 57.5, siendo la expulsión automática.

Se dictó resolución acordando la expulsión señalando que no constaban ni se alegaban las consecuencias para la interesada y para su familia de la expulsión, ni sus vínculos con Colombia.

En la demanda el letrado de la recurrente alegó que debía motivarse la aplicación de la medida de expulsión y que no se habían tenido en cuenta las circunstancias personales de la interesada; en especial su situación de arraigo y que no cabe la expulsión automática al ser beneficiario de un permiso de larga duración.

La sentencia de instancia desestimó el recurso siguiendo doctrina mantenida en su día por esta Sala según la cual la expulsión del art. 57.2 es automática y no admite la ponderación de circunstancias. Antes se habían dictado sendos autos de 6 y 11 de febrero de 2013, suspendiendo la ejecución de la expulsión con el fin de evitar la pérdida de la finalidad legítima del recurso al contemplarse la situación de arraigo del recurrente.

Se apela la sentencia invocando el arraigo del interesado en España, indicando que vive en Ciudad Real con toda su familia y que su madre es española.

El Abogado del Estado se opone a la apelación señalando que la expulsión en estos casos es automática.

TERCERO .- Debemos comenzar haciendo constar cuál es la última doctrina de la Sala en relación con la expulsión acordada en aplicación del art. 57.2, y que altera la que venía siendo aplicada y que el Juez de la instancia tuvo en consideración.

En efecto, la sentencia de instancia señala que este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que la expulsión en tales casos es automática, única medida posible de aplicación, sin que el arraigo o consideraciones de proporcionalidad permitan la opción por otro tipo de sanción. La sentencia de instancia hace cita de sentencias de esta Sala y de otros Tribunales Superiores de Justicia en cuanto a la automaticidad de las expulsiones por la vía del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 .

Esta afirmación debe ser objeto, sin embargo, de varias precisiones:

a) En primer lugar , aunque esta misma Sala ha citado en alguna ocasión las anteriores sentencias del Tribunal Supremo en el mismo sentido que dice el Juez de instancia, es preciso aclarar que en realidad el T.S. no ha realizado las afirmaciones que se dice ha realizado.

No puede admitirse como apoyo de las tesis que se patrocinan en la instancia la STS de 28-4-2011, recurso de revisión 32/2009 , en realidad en dicha sentencia el Tribunal Supremo se limitaba a transcribir la sentencia que había sido recurrida en revisión. No hay en esa sentencia, pues, toma de postura alguna del Tribunal Supremo en cuanto a esta cuestión, sino que lo que el Juez toma como manifestaciones del Tribunal Supremo lo eran en realidad de la Sala de instancia.

Por otro lado también la sentencia del T.S. de 7-1-2005, recurso de casación 3290/2001 , con relación al principio de automaticidad discutido enseña lo siguiente: "*... la sentencia recurrida afirma que «el supuesto de expulsión aquí aplicado invalida el arraigo invocado» (dadas, en suma, la gravedad y las características del delito doloso por el que el actor fue condenado, que se valoran en atención al principio de proporcionalidad y a la doctrina constitucional contenida en la STC de 22 de marzo de 1993). Es decir, la sentencia decide en el modo en que lo hace, no por la ausencia de prueba del arraigo invocado, sino por ser éste, en el caso enjuiciado, inhábil para anular la decisión administrativa de expulsión*". Esto es, la sentencia de instancia había admitido que el arraigo podía ser elemento capaz de que poner en cuestión la aplicación automática de la expulsión; pero había considerado que el arraigo era insuficiente. Ante el Tribunal Supremo se alegaba que el Juez de instancia había declarado indebidamente no probado el arraigo; el Tribunal Supremo constata que no es así, sino que, declarado probado, se había considerado insuficiente en ese caso dada la gravedad del delito y el principio de proporcionalidad; lo cual nada tiene que ver con una supuesta declaración del Tribunal Supremo a favor de la automaticidad en la aplicación de la expulsión.

b) En segundo lugar , la supuesta automaticidad ha sido ya fuertemente matizada en sentencias anteriores de esta Sala para ciertos casos. Así, se ha matizado la eficacia automática de la previsión del art. 57.2 en los casos en los que el extranjero es progenitor de un español menor de edad (consúltese por ejemplo la *sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005*, entre otras; así como nuestras *sentencias dictadas en los recursos de apelación 135/2008, 105/2008, 86/2008* D. Diego D. Diego D. Diego 7, 98/2007, 187/2006, 45/2005, 233/2005, 180/2005, 156/2005, 107/2005, 155/2005, 85/2005 o 234/2004; y la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 8 de marzo de 2011 - caso Ruiz Zambrano* -). Y también cuando el extranjero sea titular de un permiso de larga duración, como sucede en nuestro caso precisamente (consúltese *nuestra sentencia de 02 de mayo de 2014 Recurso: 34/2013*, donde se recoge cómo precisamente la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en el párrafo 5 del art. 57*, ha tenido que matizar la automaticidad de la expulsión en tales casos por imposición del derecho comunitario, en concreto 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). Lo que hace que deba replantearse también seriamente la afirmación que hemos hecho en diversas ocasiones, con carácter general, en el sentido de que los límites del art. 57.5 sean sólo aplicables a las expulsiones acordadas en aplicación de los arts. 53 y 54, y no a las del art. 57.2, pues vemos que esto no es así.

c) En tercer lugar , en la renovación de los permisos de residencia "*se valorará la existencia de antecedentes penales*" (31.7 Ley Orgánica 4/2000), es decir, la presencia de antecedentes no es causa de denegación automática de la renovación, lo cual no parece muy coherente con la idea de que sea causa automática de expulsión.

d) En cuarto lugar , en el ámbito penal, donde también se regula y aplica la expulsión -como alternativa a la pena-, se ha rechazado tajante y uniformemente por el Tribunal Supremo la posibilidad de una expulsión automática, sobre la base de los Tratados Internacionales y la jurisprudencia del TEDH que los interpreta,

lo cual es aplicable punto por punto a la expulsión administrativa. Por ejemplo, STS 20/02/2014 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Nº de Recurso: 10842/2013: " *En el primer párrafo del art. 89 del C. Pena, según la redacción de la LO 5/2010, que es la aquí aplicable, se preceptúa lo siguiente: "Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España"* .

El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su redacción anterior a la reforma de 2010, adecuando así su interpretación a las exigencias de los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. A este respecto, en las SSTS 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo, se argumentó sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Por último, consideró este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23-11 ; 35/2007, de 25-1 ; 108/2007, de 13-2 ; 140/2007, de 26-2 ; 166/2007, de 14-2 ; 682/2007, de 18-7 ; 125/2008, de 20-2 ; 165/2009, de 19-2 ; y 498/2009, de 30-4, entre otras).

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia 242/2004, de 20 de julio, con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal basada en el C. Penal de 1995, argumentó que " precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión " .

e) En quinto y último lugar, la doctrina del TEDH puede efectivamente poner en cuestión sin duda alguna una interpretación de la legalidad como que implica la expulsión automática sin consideración a ningún elemento, siquiera sea el arraigo familiar. El art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone: " 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás " . Existe un amplio grupo de derechos, entre ellos los reconocidos en los artículos 8 y 12, en los que la nacionalidad del individuo carece de trascendencia desde el punto de vista de su titularidad, puesto que, al constituir el imprescindible reflejo de la dignidad de la persona, han sido enunciados con fórmulas genéricas como «toda persona» (derecho a la vida privada y familiar), «el hombre y la mujer» (derecho a casarse y a fundar una familia), etc. A través del derecho al respeto a la vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido produciendo una rica jurisprudencia sobre los derechos de los extranjeros en relación con supuestos de reagrupación familiar (asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985) o de ruptura de la vida familiar derivada de las medidas de expulsión o no renovación de permiso de residencia (asuntos Boujlifa c. Francia, de 21 de octubre de 1997; Dalia c. Francia, de 19 de febrero de 1998; Baghli c. Francia, de 30 de noviembre de 1999; Ciliz c. Países Bajos, de 11 de julio

de 2000; Ezzhoudic. Francia, de 13 de febrero de 2001, y Üner c. Países Bajos, de 18 de octubre de 2006). Así, centrándonos en el segundo aspecto, por lo que respecta a la eventual ruptura de la vida familiar derivada de las medidas de expulsión o no renovación de permiso de residencia, el *TEDH declaró en el asunto Boultif c. Suiza, de 2 de agosto de 2001*, que «expulsar a una persona de un país donde estén viviendo miembros cercanos de su familia puede llegar a vulnerar el derecho al respeto de la vida familiar tal como se garantiza en el artículo 8.1 del Convenio» (39). También que cuando la expulsión se derive de un acto delictivo «es necesario establecer unos principios orientativos para examinar si la medida era necesaria en una sociedad democrática»; el TEDH concreta a continuación los criterios a tener en cuenta: - la naturaleza y gravedad del delito cometido por el demandante; - la duración de la estancia del demandante en el país de donde va a ser expulsado; - el tiempo transcurrido desde que el delito fue cometido, así como la conducta del demandante en ese período; - las nacionalidades de las personas implicadas; - la situación familiar del demandante, así como el tiempo que el matrimonio lleva junto y otros factores que expresen la realidad de la vida familiar de la pareja; - si el cónyuge sabía del delito en el momento en que entró en la relación familiar; - y si hay niños en el matrimonio, y si es así, su edad. En el asunto Üner c. Países Bajos, de 18 de octubre de 2006, la Gran Sala del Tribunal concretó dos criterios que, a su juicio, están implícitamente incluidos en los reconocidos en el asunto Boultif: el interés y el bienestar de los menores y, en particular, la gravedad de las dificultades a las que se enfrentarán en el país al que se realizará la expulsión y la solidez de las relaciones sociales, culturales y culturales entre el país en el que se encuentran y el país al que se irán en el supuesto de expulsión.

Todo lo anterior se indica a efectos puramente ilustrativos de hasta qué punto la afirmación de que la expulsión debe ser automática y ajena a cualquier consideración sobre el arraigo resulta desviada de lo que es doctrina constante del TEDH.

CUARTO. - Aclarado lo anterior, ya hemos dicho que el extranjero es en este caso residente de larga duración, con un periodo de residencia en nuestro país de al menos 10 años.

Como acabamos de señalar, la automaticidad en la expulsión no es en estos casos admisible, sino que hay que tener en cuenta 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 Moustaquim*, 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 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, a diferencia de lo que habíamos afirmado en algunas ocasiones anteriores.

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 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 forma automática 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 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.

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 el supuesto de autos no se ha dado cumplimiento a estas exigencias reforzadas de análisis y motivación. El interesado reside legalmente en España como mínimo desde hace cinco años más otros tantos en situación no aclarada, siendo titular de un permiso de residencia de larga duración no es aceptable la afirmación de la sentencia de que no hay arraigo aboral, pues dicho permiso exige cinco años anteriores de permisos ininterrumpidos, percibiendo el subsidio por desempleo. Además, consta que está casado con ciudadana de su país que tiene permiso de residencia por reagrupamiento familiar y trabajo como empleada de hogar, y son padres de una menor que está escolarizada con permiso de residencia por la misma causa que la anterior. Asimismo su madre es española, casada con ciudadano de nuestro país con el que ha tenido un hijo. Todos estos son datos acreditados documentalmente y no discutidos, los cuales revelan un altísimo grado de integración laboral y familiar en España que no ha sido debidamente considerado por la Administración ni por la sentencia de instancia, dada la inercia propia de la anterior doctrina que tendía a considerar la expulsión en estos casos como automática. Ciertamente cabe admitir la relativa gravedad del delito imputado, pero visto que cumplió la condena correspondiente por el mismo y que los antecedentes penales los tiene ya cancelados, no basta la mera invocación del mismo sin una motivación reforzada suficiente que se sobreponga a los datos de arraigo relevantes que ya se han mencionado. Lo cual debe conducir a la anulación de la resolución de expulsión.

SEXTO .- 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 a ninguna de las partes. Por lo que respecta a las costas de la primera instancia, deben ser impuestas a la Administración General del Estado.

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

FALLAMOS

1- Estimamos el recurso de apelación y revocamos la sentencia apelada.

2- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Diego contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real de 13 de noviembre de 2012, por la que se acordó la expulsión del interesado del territorio nacional, con prohibición de entrada por cinco años, en aplicación de lo previsto 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; con anulación de dicha resolución y con las consecuencias inherentes a dicha declaración.

3- No hacemos imposición de las costas procesales de la apelación.

4- Imponemos a la Administración General del Estado las costas procesales de la primera instancia.

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. Miguel Ángel Narváez Bermejo , 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 doce de febrero de dos mil dieciséis.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ