



Roj: STSJ BAL 537/2015 - ECLI:ES:TSJBAL:2015:537
Id Cendoj: 07040330012015100423
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 1
Nº de Recurso: 160/2015
Nº de Resolución: 468/2015
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: FERNANDO SOCIAS FUSTER
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00468/2015

APELACIÓN

Rollo Sala

Nº **160/2015**

Autos Juzgado

Nº PA 174/2014

SENTENCIA

Nº 468

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 1 de julio de 2015.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

Dª Alicia Esther Ortuño Rodríguez

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los presentes autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte demandante apelante D. **Camilo**, representado por la Procuradora Doña Maria Ortiz Peñalver y asistido de la Letrada Dª Mª Cristina Molina Costa; y como Administración demandada apelada la General del **ESTADO**, representada y asistida del Abogado del Estado.

Constituye el objeto del recurso la resolución de la Oficina de Extranjeros de delegación del Gobierno en Illes Balears, de fecha 5 de junio de 2014, por la que acuerda imponer la sanción de **expulsión** del territorio nacional con prohibición de entrada por 3 años..

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia Nº 22, de fecha 29 de enero de 2015 dictada por la Ilma Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Palma, en los autos seguidos por los trámites del procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

" **DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña María Ortiz Peñalver, dirigido contra la Resolución de la Dirección de Gobierno de las Islas Baleares, de fecha 5 de junio de 2014, por la que acuerda imponer la sanción de **expulsión** del territorio nacional con prohibición de entrada por 3 años, confirmándolo en su integridad. "

SEGUNDO . Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalándose para la votación y fallo, el día 30 de junio de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION LITIGIOSA.

El recurrente, ciudadano marroquí, impugnó la resolución dictada por la Administración General del Estado y por medio de la cual se acuerda su **expulsión** del territorio nacional y prohibición de entrada en el mismo por período de 3 años al considerarse que está incurso en causa de **expulsión** prevista en el art. 57,2º de la L.O. 4/2000, de 11 de enero , modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, esto es, "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".

Todo ello en relación a las siguientes sentencias condenatorias firmes:

* Sentencia de fecha 31 de mayo de 2011 , por un delito de hurto-robo de uso de vehículos a la pena de prisión de 6 meses;

* Sentencia de 15 de octubre de 2009 por un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de 4 meses de prisión.

El interesado era titular de un permiso de residencia de larga duración concedido en fecha 26.08.2009 con efectos desde el 03.06.2009.

La sentencia apelada, tras reconocer que en aplicación del art. 12 de la Directiva 2003/109/CE y el nuevo criterio de esta Sala iniciado con sentencia Nº 151 de fecha 11 de marzo de 2014 -en la que se postula que para supuestos de **expulsión** del art. 57,2º de extranjeros con permiso de larga duración, debe justificarse que actualmente representan una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y que deben valorarse las circunstancias del art. 12,3º de la Directiva- se aprecia que en el caso que nos ocupa existe la suficiente justificación para acordar la **expulsión** por entender que " *concurrer en el actor circunstancias que lo hagan una amenaza grave y real para el orden público* ".

El expulsado de España interpone recurso de apelación, interesando que se anule la **expulsión** por cuanto:

1º) Las penas impuestas no suman el plazo mínimo de condena a pena privativa de libertad superior al año.

2º) Que la resolución administrativa impugnada no analiza los elementos indicados en el art. 12 de la Directiva 2003/109/CE , como en particular la toma de consideración sobre el tiempo de residencia en España, los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y su familia, o los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

La Administración se opone al recurso de apelación alegando que, sin desconocer el cambio de criterio de esta Sala iniciado con sentencia Nº 151 de fecha 11 de marzo de 2014 -en la que se postula que para supuestos de **expulsión** del art. 57,2º de extranjeros con permiso de larga duración, debe justificarse que actualmente representan una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública- se invoca que este caso, la resolución administrativa impugnada ha incluido una singular motivación sobre las razones por las que procede la **expulsión**, aún tratándose de un residente de larga duración.

SEGUNDO. LOS DELITOS COMETIDOS EN RELACIÓN AL ART. 57,2º L.O. EXTRANJ.

El recurrente invoca en primer lugar que las penas impuestas no suman el plazo mínimo de condena a pena privativa de libertad superior al año.

No obstante debemos precisar que la medida de **expulsión** del art. 57,2º LOEXtranj, es de aplicación por la condena penal 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* ". Es decir, con independencia de la pena efectiva a la que fuera condenado en sentencia. Se atiende así a la pena en abstracto prevista en el Código Penal para la referida conducta y no a la pena finalmente impuesta.

Para el caso, el robo con fuerza en las cosas, por el que fue condenado en sentencia de 15.10.2009 "será castigado con la pena de prisión de uno a tres años" (art. 240 del CP), por lo que al no constar cancelados los antecedentes penales derivados de dicho delito, le es de plena aplicación lo dispuesto en el art. 57,2º de la LOextranj.

TERCERO. ACERCA DE LA ESPECIAL MOTIVACION PARA LA **EXPULSIÓN DE EXTRANJERO RESIDENTE DE LARGA DURACIÓN.**

La resolución administrativa y la propia sentencia parten de la premisa de que al caso le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 57.5 b) de la Ley Orgánica 4/2000 , toda vez que el actor es titular de una autorización de residencia de larga duración y, en este caso, conforme a la nueva doctrina de esta Sala, la **expulsión** exige un análisis concreto de cada caso para averiguar si el expedientado constituye una amenaza real y lo suficientemente grave para el orden o la seguridad pública, así como un estudio concreto de la situación personal y familiar del extranjero.

La sentencia apelada examina dichas circunstancias y concluye que sí procede la **expulsión**, extremo del que discrepa la parte apelante.

El art. 12,1 º y 3º de la Directiva 2003/109/CE disponen 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".

"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."

Como ya hemos indicado en reiteradas sentencias, la valoración y exteriorización de su resultado (motivación) debe estar en el acto administrativo, sin que sea función del órgano jurisdiccional suplir la eventual falta de motivación de la resolución administrativa. Por lo tanto, el examen de legalidad debe proyectarse sobre la resolución de **expulsión** y, en concreto, sobre la motivación invocada: 1º) para justificar que el residente de larga duración representa "una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública , y; 2º) para la toma en consideración de los elementos de " duración de la residencia en el territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia, así como los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen"

Así pues, una vez admitido que concurren las circunstancias del art. 57,2º, sólo resta analizar si la administración ha valorado y motivado suficiente y correctamente la inaplicación del art. 57.5.b) de la LO 4/2000 en relación al art. 12.3º de la Directiva mencionada.

En la resolución administrativa se justifica que " a tenor de lo expuesto en el antecedente de hecho tercero (en relación a las condenas penales mencionadas) se constata que el interesado no ha observado de forma reiterada, reciente, grave y con extensión a lo largo del tiempo las normas de convivencia que se ha dado la sociedad española, habiendo sido condenado por delitos contra la propiedad. En consecuencia, dada entidad del ilícito penal cometido por el ciudadano extranjero, se concluye que el mismo representa una amenaza actual, real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública según los términos en que dicho concepto jurídico indeterminado ha sido precisado por el Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears (sentencia Nº 471/2012, de 20 de diciembre de 2012 : <....> CUARTO: por tanto la consecuencia legal de la conducta dolosa descrita es al **expulsión** del territorio español con prohibición de entrada en el país por un período de máximo de cinco años, si bien excepcionalmente...."

De la anterior explicación se puede entender que para el caso se hace una sucinta valoración de las circunstancias del 57.5 b) de la Ley Orgánica 4/2000, en relación a si el expedientado constituye una amenaza real y lo suficientemente grave para el orden o la seguridad pública, pero ya no se puede admitir que en la resolución se contenga expresión de la valoración sobre las demás circunstancias precisadas en la Directiva (duración de la residencia, edad de la persona implicada,....).

Curiosamente en la propia resolución impugnada se reconoce que la decisión de **expulsión** de quien, como el recurrente, dispone de permiso de residencia de larga duración, exige valorar " *la duración de la residencia en el territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familiar, así como los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen* ", sin embargo luego no lo valora o al menos no explicita dicha valoración en la resolución impugnada, porque no es motivación la afirmación contenida en el Fundamento de Derecho "Segundo" en el sentido de que " *valorados dichos extremos (en referencia a los del art. 12,3º de la Directiva) , se concluye que no existe condicionante suficiente arraigo familiar o social que impidiese la tramitación del presente expediente* ".

Se afirma " *valorados dichos extremos* ", pero no se contiene en la resolución administrativa el resultado de esta supuesta valoración que permanece así oculta para el interesado, lo que le impide combatirla.

La resolución administrativa que acuerda la **expulsión** valdría para un extranjero que incurriese en el supuesto del 57,2º L.O. 4/2000, pero no para cuando dicho ciudadano extranjero es titular de un permiso de larga duración, pues en la decisión de expulsarle no se pondera el tiempo que el extranjero lleva residiendo en España, lo que en relación a su edad y grado de vínculos con el país de origen respecto a los que le unen con España, incluidos los familiares, comportaría su **expulsión** o su no **expulsión**. Nada se pondera al respecto en la resolución administrativa, que deviene así anulable.

No es función del Juzgado de instancia suplir la ponderación que corresponde a la Administración explicitar en la resolución, por aquella que el interesado no ha tenido oportunidad de combatir. El recurso judicial contra una resolución inmotivada y la sentencia que le pone término no puede ser el instrumento para subsanar la resolución anulable.

Procede así, la estimación del recurso y de la apelación por ausencia de ponderación de las circunstancias del art. 12,3º de la Directiva 2003/109/CE .

CUARTO. COSTAS PROCESALES.

En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional /98, y ante la estimación del recurso de apelación, no procede expresa imposición de costas procesales en ninguna de las dos instancias.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1º) ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. **Camilo** contra la sentencia Nº 22, de fecha 29 de enero de 2015 dictada por la Ilma Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo Nº 2 de Palma , la cual se **REVOCA** y en su lugar se acuerda ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Oficina de Extranjeros de delegación del Gobierno en Illes Balears, de fecha 5 de junio de 2014, por la que acuerda imponer la sanción de **expulsión** del mencionado del territorio nacional con prohibición de entrada por 3 años. Resolución que ANULAMOS.

2º) No ha lugar a expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario.

Devuélvanse los depósitos prestados para recurrir (punto 8º de la Disposición Adicional 15ª LOPJ)

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.