

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO N.º 1**
Calle Sol 28
Santander
Teléfono: 942367323
Fax.: 942367325
Modelo: TX901

Proc.: **PROCEDIMIENTO
ABREVIADO**
N.º: **0000514/2011**
NIG: 3907545320110001527
Materia: Extranjería



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Intervención: Demandante Ddo.admon.estado	Interviniente: [REDACTED] DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN CANTABRIA	Procurador:	Abogado:
---	--	-------------	----------

SENTENCIA n.º 000454/2011

En Santander, a 21 de noviembre de dos mil once.

Vistos por D. Juan Varea Orbea, Juez del Juzgado de lo contencioso administrativo n.º 1 de Santander los autos del procedimiento abreviado 514/2010 en materia de extranjería, en el que actúa como demandante don [REDACTED], representado y defendido por la Letrado Sra. Villegas Rey siendo parte demandada la Delegación del Gobierno en Cantabria, representada y defendida por el Letrado del Estado, dicto la presente resolución con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Letrado Sra. Villegas Rey presentó, en el nombre y representación indicados, demanda de recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 14-6-2011 en la que se ordenaba la expulsión con prohibición de entrada en España por aplicación del art. 57.2 LODLE.

SEGUNDO.- Admitida a trámite, se dio traslado al demandado, citándose a las partes, con todos los apercibimientos legales, a la celebración de la vista el día 21 de noviembre de 2011.

TERCERO.- El acto de la vista se celebró el día y hora señalados, con la asistencia del demandante y del demandado. La parte demanda formuló su contestación oponiéndose a la pretensión. A continuación, se fijó la cuantía del procedimiento en indeterminada y se recibió el pleito a prueba. Tras ello, se practicó la prueba propuesta y admitida, esto es, la documental. Practicada la prueba, se presentaron conclusiones orales, manteniendo el actor las pretensiones de la demanda, en tanto que, los demandados reiteraron sus alegaciones iniciales y solicitaron la desestimación de la pretensión de la actora.

Terminado el acto del juicio, el pleito quedó visto para sentencia.

—

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de la demanda lo constituye la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria que ordena la expulsión con prohibición de entrada por aplicación del art. 57.2 LODLE.

Opone el demandante como motivo de su pretensión la inaplicación del art. 57.2 LO, la aplicación del art. 57.5, y la existencia de arraigo.

La demandada defiende la resolución combatida aduciendo que concurren datos negativos que justifican un plus de antijuridicidad.

SEGUNDO.- En la resolución del litigio han de partirse de una serie de hechos que están probados. Consta acreditado que el recurrente, de nacionalidad marroquí, cuenta con permiso de residencia de larga duración, que reside en España desde hace 10 años, cuenta actualmente con contrato de trabajo, ha sido condenado por delito contra la salud pública a pena de prisión superior a tres años y tiene pendientes dos causas penales por delitos de la misma naturaleza. 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



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”.

Igualmente y dado que se alega que el recurrente es residente de larga duración, ha de contemplarse 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 invocada, 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.

En la 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 LODLE, 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. Desde luego, no resulta de aplicación el RD 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya que, la supuesta relación sentimental (no acreditada) no está inscrita en registro alguno como precisa el art. 2. De igual forma, ha de señalarse que es irrelevante la alegada 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 art. 57.2 de la L.O. 4/2000... Pero es que además considera la Sala que no se dan en el presente caso las circunstancias previstas en el art. 57.5 y 57.6, ambos de la L.O. 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

...geros 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 en el padre, hoy apelante.”

CUARTO.- Partiendo de esto, ha de analizarse si debe o no aplicarse el art. 57.5 de la LODLE, 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 12-11-2010 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. Sin embargo, no se comparte, con todos los respetos, tales conclusiones. En primer término porque 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

es fundamental de la sociedad (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Rutili, 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 sí sería admisible. En el mismo sentido la sentencia de 3 de septiembre de 2000 (C-355/98, Comisión-Bélgica, Rec. P. I-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, Caifa, C-348/96, Rec. p. I-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.

Administración de Justicia

...es 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 contra la salud pública no es suficiente por sí sola, como ha reiterado la jurisprudencia para apreciar esa amenaza real y grave para el orden público. Se alude a que existen otras dos causas penales pendientes, pero tal argumento ha de rechazarse por tres razones. La simple condición de imputado no puede prevalecer sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y ello más, y esta es la segunda razón, cuando no constan los hechos que motivan esas causas, sus fechas de comisión y circunstancias, con lo que, difícilmente se podrá valorar la amenaza, real y actual para el orden público. Y en tercer lugar, porque en un procedimiento sancionador la Administración no puede suplir la falta de motivación y de prueba en el acto de 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 aquella (SSTC 161/2003, 193/2003).

Es por ello que no dándose los requisitos para la expulsión, la demanda debe ser estimada.

SÉPTIMO.- No se aprecian motivos que justifiquen la condena en costas.

FALLO

SE ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Letrado Sra. Villegas Rey, en nombre y representación de [REDACTED] contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 14-6-2011 y, en consecuencia **SE ANULA** la misma.

No se hace especial pronunciamiento en costas.

— ●

—

Notifíquese esta resolución al interesado, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, mediante escrito razonado que deberá contener las razones en que se fundamente, y que deberá presentarse ante este Juzgado, en el plazo de quince días, a contar desde el siguiente a su notificación. Para la interposición de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe previsto en tal norma, lo que deberá ser acreditado a la presentación del recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha.

