

Demanda contencioso administrativa a instancias de [REDACTED], contra resolución de expulsión del territorio nacional de fecha 01.08.2013, dictada por el subdelegado del Gobierno en Valencia, en el seno del expte. sancionador 460020130008173, con solicitud de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión y mantenimiento de los derechos de residencia y trabajo de los que es titular en su condición de residente permanente.

A LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE VALENCIA.

[REDACTED], **Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia,** [REDACTED], con domicilio profesional en [REDACTED] granero@icav.es, en nombre y representación de [REDACTED], según apoderamiento que será conferido *apud acta* ex art. 24 L.E.Civ. o acreditada la representación por aportación de poder notarial, ante el Juzgado comparezco y, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que, por medio del presente escrito y dentro del plazo legal, formulo DEMANDA EN RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO por el procedimiento abreviado de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa 29/98 contra la **RESOLUCIÓN DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL DE [REDACTED], POR CINCO AÑOS, DICTADA EL 1 DE AGOSTO DEL AÑO 2.013 POR EL SUBDELEGADO DEL GOBIERNO EN VALENCIA, en el expte. [REDACTED].**

El presente recurso es de **cuantía indeterminada.**

Todo ello de acuerdo con los siguientes

HECHOS:

PRIMERO.- El Sr. Subdelegado del Gobierno en Valencia resolvió el 1 de Agosto del año 2.013 imponer a [REDACTED] la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de 5 años, por haber incurrido en el supuesto de infracción previsto en artículo 57.2 de la LO 4/2000 –como DOC. NÚM. UNO se adjunta copia de la resolución que se recurre-; ésto es, por haber sido condenado por conducta dolosa que constituye delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

SEGUNDO.- Sin embargo en dicha resolución únicamente se hace referencia a que a dicho [REDACTED] *“le constan varias condenas”* sin concretar cuáles puedan ser éstas y haciendo referencia a una sola

Demanda contencioso administrativa a instancias de [REDACTED], contra resolución de expulsión del territorio nacional de fecha 01.08.2013, dictada por el subdelegado del Gobierno en Valencia, en el seno del expte. sancionador 460020130008173, con solicitud de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión y mantenimiento de los derechos de residencia y trabajo de los que es titular en su condición de residente permanente.

condena: la que es objeto de la ejecutoria [REDACTED], del Juzgado de lo Penal nº 14 de Valencia y que lo es por un año de prisión.

TERCERO.- La resolución que se recurre contiene el aserto de que “*no le consta ninguna autorización de residencia temporal*”, pero lo cierto es que [REDACTED] tiene la condición de Residente de Larga Duración –como DOC. DOS se adjunta copia de la tarjeta de residente permanente-, estatus jurídico cualificado que determina una serie de derechos añadidos a los que simplemente disfrutaban los residentes temporales. Entre estos derechos figura el de no ser expulsado del país, salvo que se incurra en determinadas conductas muy graves contrarias al orden público –circunstancia que no concurre en el presente supuesto, sin que en la resolución se haga referencia alguna a qué concretos hechos atribuibles al recurrente pudieran ser incardinados en tal motivo de expulsión de los ciudadanos nacionales de terceros Estados titulares de la autorización de residencia permanente-, o que haya reincidencia en la comisión de una infracción sancionada con la expulsión –lo que tampoco ocurre-.

CUARTO.- Aún siendo el recurrente titular de la autorización de residencia permanente y que la pena privativa de libertad a la que se hace referencia en el “resultando” primero de los ANTECEDENTES DE HECHO no es superior a un año –como exige el art. 57.2 LOEX, que dispone que la expulsión al amparo de este precepto requiere que sea “la pena privativa de libertad superior a un año”-, la Administración acuerda la imposición de una sanción de expulsión, obviando ambas importantes circunstancias, lo que constituye una clara y evidente infracción de Ley.

A mayor abundamiento, concurre en el recurrente desde el pasado 31.10.2013 la circunstancia de ser cónyuge de ciudadana española – [REDACTED], según se acredita, respecto al matrimonio con la copia que se adjunta como DOC. NÚM. TRES, y la nacionalidad española de la misma, con el certificado de nacimiento que se acompaña como DOC. NÚM. CUATRO-, lo que provoca el efecto de que ya no le sea de aplicación la normativa de extranjería prevista para los nacionales de terceros Estados no miembros de la Unión Europea –L.O. 4/2000, en su redacción vigente tras las reformas operadas en la misma por la LL.OO.4/2000, 8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009, 10/2011, 4/2013, y por el R.D.Ley 16/2012, y el R.D. 557/2011, con la reforma llevada a cabo por el R.D.844/2013-, sino la más privilegiada reservada para los nacionales de los Estados de la Unión Europea y los familiares que se concretan en el art. 2 del R.D. 240/2007 –cuyo apdo. a) dispone la aplicación de tal norma, entre otros, al cónyuge del ciudadano de la Unión Europea-, circunstancia ésta a la que se hará referencia en el OTROSI DIGO SEGUNDO -en el que se solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución de expulsión del territorio nacional y el mantenimiento de los derechos de residencia y trabajo para el demandante durante la pendencia del procedimiento-y en el OTROSI

Demanda contencioso administrativa a instancias de [REDACTED], contra resolución de expulsión del territorio nacional de fecha 01.08.2013, dictada por el subdelegado del Gobierno en Valencia, en el seno del expte. sancionador 460020130008173, con solicitud de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión y mantenimiento de los derechos de residencia y trabajo de los que es titular en su condición de residente permanente.

DIGO TERCERO –por el que se participa al Juzgado que, por razón de dicho matrimonio, se va a solicitar, ex art. 105.1 L. 30/92, la revocación de la resolución, lo que, de ser acogido por la Administración, será puesto en conocimiento del Órgano Jurisdiccional a los efectos oportunos, si bien se presente esta demanda a los efectos de que no alcance firmeza la resolución administrativa que se recurre-.

QUINTO.- Adoleciendo la resolución que se recurre de una no muy clara redacción –ya que aunque en el “resultando” primero de los ANTECEDENTES DE HECHO se expone que al recurrente “*no le consta ninguna autorización de residencia temporal*”, acto seguido afirma que “*según lo dispuesto en el Art. 57.4 de la citada L.O. 4/2000 ... queda extinguida con la presente resolución*”, lo que motiva la pregunta de ¿qué es lo que se extingue, si en la frase inmediata anterior a la que declara la extinción se indica que no hay autorización temporal alguna?, aunque posteriormente en el último párrafo de la parte resolutive se advierte que “*en aplicación de lo dispuesto en el Art. 57.4 de la citada L.O. 4/2000, la expulsión conllevará en todo caso la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la fuese titular el extranjero expulsado*”, de la misma se desprende que tiene un doble contenido: por un lado, imponer una sanción de expulsión, y, por otro, como consecuencia de la expulsión, extinguir la autorización de residencia permanente de la que es titular el recurrente –extinción que por la Administración se pretende sin observancia del procedimiento establecido en el R.D. 1778/1994-.

Siendo evidente que no concurre en el presente supuesto de hecho el requisito de estar acreditado en el expediente administrativo en el que el recurrente ha sido sancionado con la expulsión del territorio nacional ex art. 57.2 L.O. 4/2000 de haber sido condenado por delito a pena privativa de libertad superior a un año, a lo que debe unirse que habiendo infringido la Administración el procedimiento previsto en el R.D. 1778/1994 para que pudiera proceder a la extinción de la autorización de la que es titular, continúa el demandante teniendo la consideración de residente de larga duración, también resulta evidente que la actuación de la Administración al dictar la resolución que se recurre sólo como ilegal puede ser reputada.

Con su actuación ilegal al dictar la resolución de 01.08.2013, la Administración ha dejado al recurrente en la irregularidad, sin acceso al mercado de trabajo regular, y expuesto al riesgo inminente de ser expulsado, a un ciudadano que lleva más de cinco años en España, donde se encuentra profundamente arraigado, trabajando con continuidad, cumpliendo con sus obligaciones fiscales. En suma: su proyecto vital es España -simple y llanamente- y, sin embargo, la Administración le ha impuesto una sanción en base a un supuesto –el art. art. 57.2 L.O. 5/2000- que no es de aplicación, al no aparecer en el expediente administrativo acreditado que hubiera sido condenado a pena

de prisión superior a un año, y que, aunque lo hubiera sido, no le debería haber sido impuesto dada su condición de residente de larga duración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PROCESALES.

1.- El conocimiento de la cuestión que se somete a la jurisdicción contencioso-administrativa viene dado por tratarse de pretensiones que se deducen de la relación con actos de la Administración Pública sujetos a Derecho Administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción y por ser asunto de extranjería de la Administración Periférica del Estado, conforme establece el artículo 8.4 de la vigente redacción de la Ley Jurisdiccional dada por la LO 19/2003 de 23 de diciembre.

2.- Los artículos 1, 2, 14, 18, 19, 22, 23, 25, 26, y 46 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998 de 13 de julio, en cuanto a la competencia, procedencia del presente procedimiento, capacidad procesal, legitimación activa y pasiva, representación, objeto y plazo de interposición. El artículo 30 en cuanto a la procedencia del procedimiento abreviado y la interposición mediante demanda. El artículo 78.1 de la nueva redacción de la Ley Jurisdiccional dada por la LO 19/2003 de 23 de diciembre, en cuanto a que por tratarse de un asunto de extranjería, procede el procedimiento abreviado.

En cuanto a las alegaciones para el acto del Juicio y prueba, de deja citada y se interesa la aplicación de la doctrina resultante de la Sentencia del T.C. 58/2009, de 09.03.2009, en cuanto que tratándose el Procedimiento Abreviado de un Juicio Verbal, sobre posibilidad de efectuar, una vez recibido el expediente administrativo, nuevas alegaciones sin alterar el *petitum* de la demanda, y de proponer pruebas sobre extremos relativos tanto a la demanda inicial como a aquéllos que tengan relación con el expediente administrativo.

3.- El artículo 56 de la misma Ley, en cuanto a los requisitos de la demanda.

FUNDAMENTOS MATERIALES

4.- Se impugna la resolución por la que la Administración acuerda expulsar al ciudadano [REDACTED], con autorización de residencia

permanente, por estimar que en dicho ciudadano no se cumple el supuesto de hecho del artículo 57.2 de la LO 4/2000, artículo que fundamenta la resolución de expulsión.

Señala el artículo 57.2 que:

“2. 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”.

Sin embargo, del tenor de la resolución dictada por la Administración, aún cuando contiene una alusión genérica a que *“le constan varias condenas”* y que ha estado *“internado en ... Centro Penitenciario ... (por) una condena por lesiones a un año de prisión”*, no aparece que concorra el supuesto del art. 57.2 L.O. 4/2000, ya que este precepto exige, por un lado, la acreditación de concretas condenas penales, y, por otro, que la privación de libertad impuesta sea superior a un año. Aparece acreditado en el expediente administrativo que el recurrente fue condenado a la pena de privación de libertad de un año, pero siendo la condena inferior al tiempo previsto en la Ley de Extranjería –*“pena privativa de libertad superior a un año”*, es el tenor del art. 57.2 LOEX-, los hechos que la resolución administrativa de 01.08.2013 considera como probados no constituyen supuesto de infracción de expulsión. Sin embargo la Administración se aparta de la pena individualizada que le impuso la Jurisdicción penal, e intenta pasar por encima de ésta aplicando una sanción en base a que la pena abstracta prevista en el Código Penal para el delito de lesiones por el que resultó condenado el recurrente *“constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año”*.

Según el tenor literal del artículo 57.2 de la LO 04/2000, varios son los requisitos para cumplir el supuesto de hecho que permite su aplicación:

- El extranjero debe haber sido condenado por conducta dolosa, dentro o fuera de España.
- Dicha conducta en la que incurrió el extranjero, tiene que ser constitutiva de delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.

- Los antecedentes penales no tienen que haber sido cancelados.

De ello se deduce que la aplicación de este artículo gira en torno a la **conducta concreta** en que haya podido incurrir el extranjero, y, sobre todo, a **cómo ha sido delimitada y calificada tal conducta por la jurisdicción penal, y qué consecuencias penales le ha atribuido**. Es la jurisdicción penal la encargada de especificar cuál fue la conducta concreta del acusado y de individualizar al caso concreto la abstracta pena prevista en el Código Penal y así, en función de la culpabilidad, del grado de participación, y de la magnitud de la lesión del bien jurídico protegido, aplicarle unas consecuencias jurídicas u otras. Se pasa pues de una conducta típica abstracta del Código Penal, a la que éste asocia una pena también abstracta, con una extensión generalmente abierta en nuestro sistema, a una conducta concreta que, según en qué grado vulnere el tipo penal, da paso a una pena u otra. Y de esa conducta individual del extranjero, y de cómo fue delimitada por la jurisdicción penal, depende la aplicación del artículo 57.2 de la LO 4/2000: el sujeto tiene que haber sido condenado -cuestión de la que es competente lógicamente la jurisdicción penal-, la conducta del extranjero debe ser dolosa, y no imprudente, apreciación que se deducirá de los hechos probados de la sentencia penal; y la conducta individual del extranjero tiene que ser una conducta que constituya un delito sancionado por el juez penal a una pena de privación de libertad superior a un año. No es la pena abstracta prevista para el delito en el Código Penal la que debe tomarse como referencia para la aplicación del art. 57.2 L.O. 4/2000, sino que debe estarse a la concreta pena impuesta por la Sentencia dictada por la Jurisdicción Penal. Es decir, qué pena fue impuesta. Y en función de esa pena impuesta al condenado por conducta dolosa, **sólo se podrá aplicar el artículo 57.2 de la LOEX si dicha condena lo fue a pena privativa de libertad superior a un año**.

Esta interpretación no sólo es la que se deduce directamente de la Ley, sino que es, desde el punto de vista de la lógica más elemental, el único al que debe arribarse -la que permite evitar caer en absurdos como los que se producirían en casos como el presente, en los que de aplicarse la pena en abstracto, cuando esta tuviera un límite máximo superior al año pero también un límite mínimo inferior, estaríamos a la vez ante un delito sancionado con una pena privativa de libertad inferior al año y ante un delito sancionado con una pena privativa de libertad superior al año que establece la ley como límite a la hora de facultar a la Administración para aplicar la expulsión del sujeto condenado-. La interpretación que hace la Administración sobre la aplicación del art. 57.2 L.O. 4/2000 en función de la pena en abstracto prevista en el Código Penal, supondría la potestad de decidir discrecionalmente, en cada caso, cuando aplicar o no este

artículo 57.2 L.O. 4/2000; en suma: cuando expulsar o no a un ciudadano extranjero condenado, cuando la pena abstracta comprende entre sus límites máximo y mínimo el año de privación de libertad.

Esta interpretación, aún siendo concedor el Letrado que suscribe la presente demanda de la contraria tesis que se viene manteniendo por el T.S.J.C.V. —así, entre otras, las SS. de la Sala de lo Contencioso Administrativo nº 741, de 25.06.2013, de la Secc. 1ª, o la nº 607, de 31.05.2013, de la Secc. 1ª, de las que es Ponente la Magistrada Sra. IRUELA-, es la que viene siendo mayoritariamente aplicada de forma reiterada por la jurisprudencia.

Así, entre otras, la Sentencia nº 19/2012, de 16.01.2012, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Cantabria, dictada en el recurso de apelación 299/2011, de la que es Ponente la Magistrado Dª Maria Esther Castanedo García; la Sentencia nº 210/2012, de la Secc. 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, del T.S.J. de Andalucía, dictada en el Recurso de Apelación 219/2012 de la que es Magistrado Ponente D. Pablo Vargas Cabrera, o la Sentencia de 30.03.2007, de la Secc. 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Aragón. En los tres pronunciamientos judiciales se resuelve sobre supuestos de hecho en los que a los recurrentes les fue decretada la expulsión ex art. 57.2 de la L.O. 4/2000, siendo titulares de la residencia de larga duración y habiendo resultado condenados a penas de privación de libertad no superiores a un año por delitos cuya pena genérica resultaba penada en cuanto a su máximo con pena de privación de libertad superior a un año, y por cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia que las dictan se razona que para la aplicación del art. 57.2 L.O. 4/2000 se exige la condena concreta a pena privativa de libertad superior a un año y, además, en los supuestos del extranjero titular de una autorización de residencia de larga duración, que represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. En la última de las Sentencias referidas expresamente se razona:

“TERCERO.- Por último, señala que ha de atenderse a la pena efectivamente impuesta y que la pena a imponer, al tratarse de un supuesto de tentativa, nunca pudo llegar a un año de prisión -dicha alegación se fundamenta implícitamente en el hecho de que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, dispone en su artículo 240 que "el culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años", y que el artículo 62 dispone que "a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos

grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado"-.

A la hora de decidir la cuestión planteada debe recordarse que el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que aquí resulta aplicable según se ha expuesto en el fundamento de derecho precedente dispone que "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".

La sentencia apelada funda su decisión en la afirmación de que el precepto atiende a la pena en abstracto, lo que permite una más fácil comparación en el caso de condenas en el extranjero y que lo que se pretende es identificar conductas, al margen del tipo de participación, así como la peligrosidad de las conductas, al margen de que las mismas puedan o no frustrarse. No obstante, aun reconociendo que el precepto en su redacción plantea dudas interpretativas, lo cierto es que el mismo se refiere al extranjero condenado por una conducta dolosa, como es el caso del recurrente, pero que constituya en nuestro país "delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año", y es lo cierto que la conducta por la que fue condenando el actor, en nuestro país, constituye delito sancionado con pena privativa de libertad de seis meses, tal y como declara la sentencia firme de la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de febrero de 2004 , y por lo tanto, pena privativa de libertad inferior a un año, lo que excluye la aplicación del precepto que sirve de fundamento a la expulsión que es objeto de impugnación."

Y no es que sea novedosa la interpretación que se expone en esta demanda del art. 57.2 L.O. 4/2000 respecto de los extranjeros titulares de una autorización se residencia de larga duración, sino que pronunciamientos judiciales más antiguos, como la Sentencia 855/2003, de 18.06.2003, de la Secc. 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Cataluña, ya la aplicaban.

Descendiendo al peldaño inferior a los T.S.J. constituido por los pronunciamientos de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, son

también mayoritarios los que son partidarios de la tesis de inaplicación del art. 57.2 L.O. 4/2000 a los extranjeros residentes de larga duración en la forma que esta parte propone. Entre otros muchos pronunciamientos:

- Sentencia 146/2011, de 10.05.2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Zaragoza: *“en este caso estamos ante un extranjero con residencia de larga duración, anteriormente llamada permanente, y la misma supone que deba tenerse en cuenta el art. 57.5.b y rl 54.1.a ... De ... (lo que) resulta que, pese al delito cometido y a la gravedad del mismo, no puede conllevar la expulsión a menos que su comisión sea constitutiva de la infracción del art. 54.1.a de la L.O. 4/2000”*.
- Sentencia 502/2011, de 13.07.2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Huelva: *“Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada ... por la que se decretaba la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada durante 10 años y la extinción de cualquier autorización de la que fuera titular, como responsable de la infracción prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 14/2003 ... La Ley Orgánica 8/2000 ... en su artículo 57.5.b establece lo siguiente: ... Considerando ... que el recurrente ha ... en autos que tiene permiso de residencia concedido con carácter permanente ... es procedente tener en cuenta y valorar las circunstancias recogidas en el artículo 57.5 anteriormente citado ... a los efectos de dejar sin efectividad la resolución por la que se acuerda la expulsión del recurrente y anularla, pues no se recoge motivación alguna en la resolución administrativa en cuanto a estas circunstancias especiales concurrentes en el presente caso”*.
- Sentencia nº 454/2011, de 21.11.2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santander: *“... el expediente tramitado es para la aplicación de la causa de expulsión del art. 57.2 LODLE ... 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 ... 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 ... Es por ello que no dándose los requisitos para la expulsión, la demanda debe ser estimada.*

- Sentencia nº 100, de 22.03.2013, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Albacete: *“el recurrente es titular de una tarjeta de residente de larga duración ... el Abogado del Estado (entiende que se está) en el supuesto previsto en el Art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 ... Ha de analizarse si debe o no aplicarse el Art. 57.5 de la L.O. 4/2000 ... 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”.*

Aplicando la interpretación del artículo 57.2 L.O. 4/2000 que resulta de los pronunciamientos jurisdiccionales reseñadas, y **siendo la conducta por la que fue condenado el recurrente acto doloso sancionado a pena privativa de libertad de un año, se debe excluir la aplicación del precepto que sirve de fundamento a la expulsión que es objeto de impugnación.**

5.- A mayor abundamiento, de cuanto queda expresado en el Fundamento de Derecho anterior, no procede la expulsión del ciudadano extranjero recurrente, no sólo por aplicación indebida del art. 57.2 L.O. 4/2000 como acaba de quedar evidenciado, sino porque además reúne la condición de **residente de larga duración**, y es por tanto uno de los sujetos a los que no se puede aplicar la expulsión de acuerdo con el artículo 57.5 de la Ley, que dispone lo siguiente:

“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.*

Demanda contencioso administrativa a instancias de [REDACTED], contra resolución de expulsión del territorio nacional de fecha 01.08.2013, dictada por el subdelegado del Gobierno en Valencia, en el seno del expte. sancionador 460020130008173, con solicitud de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión y mantenimiento de los derechos de residencia y trabajo de los que es titular en su condición de residente permanente.

- **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”.

A tenor del citado artículo, no se puede imponer la sanción de expulsión a ninguno de los sujetos contemplados en el mismo, **regla general de imposibilidad de expulsión** que cuenta con **dos únicas excepciones**:

- que se trate de la infracción prevista en el artículo 54.1.a) de la Ley, o
- que se trate de una reincidencia, en el término de un año, en la comisión de una infracción sancionable con la expulsión.

En el presente caso, como claramente se ve en la **resolución de expulsión** que se recurre, consta en el Fundamento de Derecho Primero que:

*“Los hechos probados citados anteriormente son constitutivos de los **supuestos de infracción de expulsión previstos en el apartado 2) de Artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000**”,*

Consta asimismo en Fundamento de Derecho tercero que:

*“De la **mencionada infracción** se considera responsable a D./D^a [REDACTED] ...”*

Por lo que la Administración resuelve:

Demanda contencioso administrativa a instancias de [REDACTED], contra resolución de expulsión del territorio nacional de fecha 01.08.2013, dictada por el subdelegado del Gobierno en Valencia, en el seno del expte. sancionador 460020130008173, con solicitud de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión y mantenimiento de los derechos de residencia y trabajo de los que es titular en su condición de residente permanente.

“Imponer a D./D^a [REDACTED] la sanción de EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL, con la consiguiente PROHIBICION DE ENTRADA en el mismo por un PERIODO de 5 AÑOS”.

Se trata por lo tanto en el presente caso de la aplicación de la sanción de expulsión por incurrir en la infracción prevista en el artículo 57.2 de la Ley, supuesto distinto de la infracción prevista en el artículo 54.1.a) y de la reincidencia en la comisión de una infracción sancionada con la expulsión. No siendo una de las dos excepciones a la regla general de imposibilidad de expulsión del artículo 57.5, procede la aplicación de dicha regla general.

Así, siendo el demandante [REDACTED] residente permanente -se aporta fotocopia de su tarjeta permanente como DOC. NÚM. DOS-, estatus jurídico que desde la aprobación de L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, ha pasado a denominarse como residencia de larga duración, estando los residentes de larga duración entre los supuestos de aplicación del artículo 57.5.b) de la L.O. 4/2000, no procedía la imposición de la expulsión, cosa que hizo de forma indebida la Administración.

Este el criterio defendido por la jurisprudencia de diversos Tribunales Superiores de Justicia. Así, en la **Sentencia de 26 de junio de 2008, el TSJ de Cataluña** estimó el recurso del apelante, ciudadano que había sido condenado a 4 años y un día de prisión, por un delito contra la salud pública, al apreciar su condición de residente permanente al tiempo de iniciarse el expediente de expulsión, y aplicar así la regla de imposibilidad de expulsión a los extranjeros que se hallen en tal situación:

*“La sentencia toma en cuenta que el propio recurrente admitió haber sido **condenado por la Audiencia Provincial de Girona a la pena de cuatro años y un día de prisión por un delito contra la salud pública**, señalando que en el caso de una sentencia condenatoria penal, el derecho del extranjero a residir en España se extingue al incumplir el requisito legal de no cometer un delito dolo de cierta gravedad. Señala, asimismo, que resulta irrelevante a los efectos examinados que el recurrente dispusiese de permiso de **residencia permanente**, ya que las excepciones a la expulsión se encuentran tasadas en el apartado 5 del artículo 57 y el recurrente no se encuentra en ninguno de los supuestos legales.*

Para resolver la cuestión suscitada, conviene reproducir el contenido del artículo 57.5 de la LO 4/2000 que nos dice “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: ...b) los que tengan reconocida la residencia **permanente...**, y el artículo 54, letra a) nos dice que: "Son infracciones muy graves: a) participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado 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, por su parte, el artículo 24 de esta Ley Orgánica señala que: "Las infracciones tipificadas en los apartados a), b), c), d), e), f), h), i), l), n), p) y q) del anterior artículo, podrán ser consideradas muy graves, teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública, hubieran alterado el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se hubieran producido con violencia o amenazas colectivas.", en tanto que el artículo al que se remite -el 23 - enumera las actividades que constituyen infracciones graves, sin que, de lo actuado, se constate que el recurrente haya sido condenado por ninguno de sus apartados, ya que el punto "i) La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos" no parece encajar con la conducta por la que fue condenado el recurrente.*

SEGUNDO.- *Por tanto, siendo que al tiempo de iniciarse el expediente de expulsión -11 de febrero de 2004-, **el recurrente gozaba de un permiso de residencia permanente en vigor (folio 12 del expediente administrativo) y no constando que la conducta por la que fue condenado se encuentre en ninguna de las excepciones previstas en el citado artículo 57.5 de la LO 4/2000, la expulsión no puede ser impuesta al mismo, por lo que el recurso debe prosperar.***

Así mismo, en la **Sentencia de 16 de septiembre de 2008 del TSJ de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria**, se falla que:

*"... constando en el expediente administrativo (folio 25) que al recurrente le fue concedida la **autorización de residencia permanente** con fecha 16 de junio de 2.006, y **no encontrándonos ante una infracción contemplada en el art 54, letra a) del apartado 1 ni ante una reincidencia en la comisión, no resultada procedente**, con arreglo al precepto antes mencionado, **el dictado de la resolución de expulsión**, que sirve de base a la extinción del permiso concedido objeto del presente recurso..."*

Y finalmente, la Sentencia del **TSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 5 Jun. 2008**, indica que en aplicación del 57.2, se puede dictar la expulsión, siempre que el extranjero no tenga residencia permanente, pues en tal caso regiría la regla del 57.5.

"1.- El art. 89 del Código penal no resulta aplicable al caso que nos ocupa. Regula cuestión muy distinta cual es la facultad del juez penal de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión, lo que poco tiene que ver con las facultades administrativas para aplicar la L.O. 4/2000 .

2.- No ha habido revisión de acto firme. Aun teniendo permiso de residencia cabe la expulsión si aquella no es permanente. Véase el art. 57.5.b) de la ley citada.

3.- Si el art. 57.2 es contrario al 25.1 de la C.E. la no aplicación del primero exigiría el correlativo planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que ni la parte ha pedido ni a esta Sala le parece justificada. La antinomia art. 57.2 L.O. 4/2000 "versus" art. 137. 2 Ley 30/1992 -que en nuestra opinión tampoco existe como dijimos en sentencia 21-12-08 - se resolvería según el principio "lex posterior derogat lex anterior".

*4.- La situación personal y, en definitiva, el arraigo en España son valorables de cara a la concesión de la residencia, pero no en la aplicación de **las tasadas causas de expulsión frente a las que solo opera como excepciones las previstas en el citado apartado 5 del art. 57**, en ninguno de cuyos supuestos se encuentra el recurrente".*

Por todo lo cual, procede la anulación de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valencia de 01.08.2013, por la que se

Demanda contencioso administrativa a instancias de [REDACTED], contra resolución de expulsión del territorio nacional de fecha 01.08.2013, dictada por el subdelegado del Gobierno en Valencia, en el seno del expte. sancionador 460020130008173, con solicitud de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión y mantenimiento de los derechos de residencia y trabajo de los que es titular en su condición de residente permanente.

impuso al demandante la sanción de expulsión del territorio nacional y la extinción de su autorización de residencia permanente, las cuales deben dejarse sin efecto.

EN CUANTO A LAS COSTAS.

6.- Artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, por el que, admitida que sea la demanda, procede la condena en costas a la Administración demandada. En este caso merece ser subrayado que concurren los requisitos de mala fe y temeridad por parte de la Administración para que se produzca una condena en costas, por lo que ésta se constituye en una petición muy cualificada, ya que, la Administración ha procedido a dictar una sanción de expulsión contra el demandante en aplicación de un artículo previsto para condenas superiores a un año de prisión, a sabiendas de que, por un lado, su condena no fue superior al año de privación de libertad, y por otro, que reúne la condición de inexpulsable por tratarse de residente de larga duración (no concurriendo ninguna de las dos excepciones a la regla de imposibilidad de expulsión de los residentes permanentes).

Por todo lo cual:

SUPLICO AL JUZGADO: Que, previo requerimiento al demandante para que otorgue la apoderamiento a favor del Letrado en la forma *apud acta* indicada o por aportación de poder para pleitos, tenga a bien admitir a trámite la presente, teniendo por interpuesta **DEMANDA EN RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**, dándose traslado al Abogado del Estado para que conteste y, en su día, dicte sentencia por la que se anule la resolución recurrida de expulsión de [REDACTED] del territorio nacional con la consiguiente condena en costas a la Administración demandada.

PRIMER OTROSÍ DIGO.- Que conforme establece el artículo 45.2 de la Ley Jurisdiccional se acompaña a la presente, tanto como fundamento probatorio de la presente demanda como de la medida cautelar que en segundo otrosí se solicitará, la siguiente documentación:

- DOC. NÚM. UNO: copia de la resolución que se recurre.
- DOC. NÚM. DOS: copia de la tarjeta de residencia permanente del demandante, con vigencia hasta el 21.11.2014.

Demanda contencioso administrativa a instancias de [REDACTED], contra resolución de expulsión del territorio nacional de fecha 01.08.2013, dictada por el subdelegado del Gobierno en Valencia, en el seno del expte. sancionador 460020130008173, con solicitud de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión y mantenimiento de los derechos de residencia y trabajo de los que es titular en su condición de residente permanente.

- DOC. NÚM. TRES: copia del Libro de Familia del demandante, del que resulta que su esposa es de nacionalidad española.
- DOC. NÚM. CUATRO: certificado de nacimiento de la esposa del demandante, del que resulta que la misma es de nacionalidad española.
- DOCS. NÚM. CINCO y SEIS: certificados de empadronamiento del demandante y de su esposa, en el domicilio sito en [REDACTED], calle [REDACTED], nº [REDACTED].

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que, dadas las circunstancias que a continuación se exponen, procede dictar, conforme al art. 130 de la L. 29/1998, **MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA EXPULSIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE RESIDENCIA Y TRABAJO COMO RESIDENTE DE LARGA DURACIÓN.**

La finalidad con la que se pide esta medida cautelar es la de atemperar las consecuencias negativas que irradia una resolución que, a primera vista, presenta serias dificultades para encajar en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La suspensión provisional que se interesa tiene su regulación en nuestro Derecho en lo que establecen los artículos 129.1, 130.1, y 131 de la L. 29/1998, y el artículo 24.1 de la C.E., considerando que la ejecución del acto que se recurre haría perder su finalidad legítima al recurso, puesto que lesionaría o pondría en grave riesgo intereses personales imposibles o muy difíciles de restablecer, y puesto que no se sigue de la no ejecución una perturbación grave de los intereses generales o de tercero prevista en el artículo 130.2, o lo que es lo mismo, conforme ha desarrollado reiterada jurisprudencia:

1.- **ARRAIGO EN ESPAÑA:** se está ante una persona que, como resulta del certificado de empadronamiento que se adjunta –DOC. NÚM. CINCO-, está residiendo desde el año 2.005 en el mismo domicilio en Valencia, dónde ha asentado de forma estable y duradera un proyecto de vida, en el marco del cual, ha trabajado de forma continua y regular, contribuyendo contribuido mediante el pago de sus obligaciones fiscales al sostenimiento del Estado del bienestar.

2.- **FUMUS BONI IURIS:** la mera comparación somera de la resolución en la que el único fundamento es el cumplimiento de una condena de prisión por un período de 1 año con el precepto que posibilita la expulsión de condenados a más de un año de

privación de libertad, y dictar expulsiones por esa mera causa, obviando además el estatus legal de residente permanente del recurrente –DOC. NÚM. DOS-, ya presupone, sin defecto de lo que finalmente pueda dictarse, una futura estimación, que es lo que constituye lo que la Jurisprudencia ha venido en llamar *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

3. - La no concesión haría perder su finalidad legítima al recurso. Es evidente que se da el supuesto del artículo 130 de la L. 29/1998: si el demandante es expulsado y posteriormente se anula la resolución que acuerda la expulsión, la Sentencia final deja de tener sentido, pues ya habrá desplegado sus peores efectos sobre el demandante, es decir, el recurso pierde su legítima finalidad.

4.- Ausencia de perjuicio a los intereses generales: en nada se perjudican éstos porque, entre tanto se resuelve el fondo del asunto, se suspenda la sanción de expulsión y se mantenga la vigencia del permiso de residencia permanente de un señor profundamente arraigado en nuestra sociedad, que si bien es cierto que ha resultado condenado a pena de prisión, la duración de ésta no fue superior a un año, y, además, ya ha sido cumplida.

5.- Gravedad de los perjuicios al interesado: la resolución administrativa que acuerda la expulsión y los efectos que de ella se desprenden dejan al demandante en una complicadísima situación en la que sufriría, de no ser aquella suspendida, una serie de perjuicios de difícil o imposible reparación, pues si fuera expulsado, ello le originaría el abandono forzoso de un proyecto de vida estable en virtud del cual ha trabajado con continuidad. No hay que olvidar que la resolución administrativa tiene una doble vertiente: se dicta una sanción de expulsión y se extingue el permiso de residencia permanente de nuestro mandante. La suspensión es procedente desde estos dos puntos de vista: para que no se le expulse, y para que mantenga su estatus de residente legal, pues de lo contrario se quedaría en un limbo jurídico como residente de hecho pero sin poder trabajar al carecer de autorización, lo cual le ocasionaría un grave perjuicio económico

6.- Ausencia de computabilidad económica de los perjuicios: la situación de inactividad o de actividad irregular a la que se vería forzado el demandante, la ausencia de un estatus estable y reconocido que le permita, por ejemplo, viajar a su país con garantías de poder volver, etc., constituyen elementos de la

situación que no son traducibles en este caso en una cantidad concreta de dinero –sin perjuicio de que puedan existir otros que sí y con ellas fundar la eventual reclamación de responsabilidad patrimonial-, por lo que tampoco resulta de recibo que se mantenga la vigencia íntegra de los efectos positivos de la resolución a expensas de una eventual indemnización futura que no resarciría de ninguna manera todos esos efectos no cuantificables.

7.- Y se ha dejado para el final la mención a la circunstancia de que desde el pasado 31.10.2013 el demandante es esposo de ciudadana española –DOC. NÚM. TRES-, lo que hace que el mismo sea merecedor de la protección que resulta del art. 2 del R.D. 240/2007, como cónyuge de familiar de ciudadano de la Unión Europea.

Viene siendo criterio pacífico de la Secc. 4ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.V. de la Comunidad Valenciana que en supuestos como el que es objeto de la presente demanda –en el que se interesa la adopción de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo de expulsión basado en el art. 57.2 L.O. 4/2000 y que afecta a extranjero titular de autorización de residencia permanente condenado penalmente- resuelva acordando la suspensión. Por todas, se deja citada la Sentencia 122/2013, de 04.03.2013, de la que es Ponente el Magistrado D. Miguel-Angel Olarte Madero.

Por cuanto queda expuesto, **AL JUZGADO SUPLICO**, que haya por efectuada solicitud de adopción de medida cautelar necesaria para asegurar la efectividad de la Sentencia de **SUSPENSION DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE RECORRE**, y, previa la apertura de la correspondiente pieza separada para su tramitación, con audiencia a la Abogacía del Estado, se sirva dictar Auto **concediendo la suspensión de la resolución recurrida con mantenimiento al demandante de los derechos de residencia y trabajo dimanantes de la autorización de residencia permanente de la que es titular**, comunicándose la decisión que sobre la medida se adopte a la Subdelegación del Gobierno en Valencia.

TERCER OTROSI DIGO: PARTICIPACIÓN AL JUZGADO QUE POR EL DEMANDANTE SE VA A SOLICITAR, EX ART. 105.1 DE LA L. 30/92, LA REVOCACION DE LA EXPULSIÓN ACORDADA POR LA RESOLUCIÓN QUE SE RECORRE, DADA LA CONDICIÓN SOBREVENIDA DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UNIÓN

Demanda contencioso administrativa a instancias de [REDACTED], contra resolución de expulsión del territorio nacional de fecha 01.08.2013, dictada por el subdelegado del Gobierno en Valencia, en el seno del expte. sancionador 460020130008173, con solicitud de la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la expulsión y mantenimiento de los derechos de residencia y trabajo de los que es titular en su condición de residente permanente.

EUROPEA POR CONSECUENCIA DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO CON NACIONAL ESPAÑOLA, SI BIEN SE FORMULA LA PRESENTE DEMANDA A LOS EFECTOS DE QUE NO ALCANCE LA MISMA FIRMEZA.

Se participa al Juzgado que por el demandante se va a solicitar, ex art. 105.1 de la L. 30/92 –que faculta a las Administraciones Públicas a revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico- y siendo que concurre la circunstancia sobrevenida de ser desde el pasado 31.10.2013 cónyuge de ciudadano de la Unión Europea -lo que ha sido en ocasiones acogido por la Administración como causa bastante para adoptar el acuerdo de revocación de la resolución de expulsión adoptada (así, en la resolución de 23.01.2008, de la Delegación del Gobierno en Aragón, en el expediente 500020070056806)-, la revocación de la resolución de expulsión, lo que, de ser acogido por la Subdelegación del Gobierno en Valencia, será trasladado a S.S^a a los efectos de interesar la terminación del procedimiento por satisfacción extraprocésal.

Valencia, a 8 de Noviembre del año 2.013.