

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN N° 788/2016**

**SENTENCIA NUMERO 213/2017**

ILMOS. SRES.  
PRESIDENTE:  
DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:  
DON ÁNGEL RUIZ RUIZ  
DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a tres de mayo de dos mil diecisiete.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación, contra la sentencia nº 108/2016, de 6 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, que desestimó el recurso 374/2015, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 18 de noviembre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, que acordó la expulsión en aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería.

Son parte:

- **Apelante:** , representado por el Procurador Garikoitz Aldama Lopez y dirigido por la Letrada María Teresa Pey González.

- **Apelada:** Administración General del Estado [-Subdelegación del Gobierno en Bizkaia -], representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Ángel Ruiz Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia que estime el recurso interpuesto, revoque, deje sin efecto y anule la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación, habiendo dejado transcurrir el plazo concedido sin haberla verificado.

**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 02/05/17, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación:**

El ciudadano nacional de Marruecos, recurre en apelación la sentencia nº 108/2016, de 6 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, que desestimó el recurso 374/2015, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 18 de noviembre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, que acordó la expulsión en aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería.

La resolución administrativa recurrida plasmó que el interesado había sido condenado por sentencia judicial firme, por delito contra la salud pública, a pena de 3 años y 1 día de prisión, que estaba cumpliendo en el Centro Penitenciario de Basauri, además de a pena de multa de 300.000 euros.

## **SEGUNDO.- La sentencia apelada.**

Identifica la resolución recurrida, retoma el planteamiento de demandante y de Administración demandada, tras lo que es en el FJ 4º en el que da respuesta a las cuestiones que precisó se había planteado, tres cuestiones diferentes, así: sobre la objeción al procedimiento por el que se adoptó la resolución; sobre la eventual limitación de medios de prueba y la falta de motivación de la resolución; y sobre la aplicabilidad y los requisitos para aplicar la medida de expulsión conforme al artículo 57.2 de la LO 4/2000.

Tras ello razona como sigue:

<< 1. Discuten las partes si es procedente la aplicación del procedimiento preferente que regula el artículo 63 de la LO 4/2000 y los artículos 234 y siguientes el Real Decreto 557/2011, 20 de abril, por el que se aprobó su reglamento y sobre las consecuencias que para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente ha tenido la aplicación de éste si no era adecuada.

Es cierto que la tramitación del expediente resulta más rápida si el aplicado es el procedimiento del artículo 63 y ello puede tener consecuencias para la aportación de los elementos probatorios o, en función de la resolución, en el modo de producirse la salida del sancionado del territorio nacional. Pero los términos del artículo 63.1 son claros: "Incoado el expediente en el que pueda proponerse la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados en el artículo (...) 57.2, la tramitación del mismo tendrá carácter preferente". La cuestión no puede tratarse separadamente de la sustancial. No resulta preciso por tanto considerar si concurre alguna de las otras circunstancias del precepto y no procede estimar el motivo de recurso.

2. El demandante aduce que durante la instrucción del expediente sancionador, la Administración denegó medios de prueba propuestos para justificar el arraigo familiar social y laboral del demandante; que no se ha expresado en la resolución el grado de culpabilidad, daño producido o riesgo derivado de su infracción que constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte un interés fundamental de la sociedad; recuerda que la existencia de condenas penales no constituye por sí sola

razón para adoptar la medida de expulsión; y considera que no se ha respetado el principio de motivación suficiente en los actos administrativos.

La alegación sobre la denegación de los medios de prueba requiere respuesta independiente. Las restantes han de resolverse conjuntamente con las alegaciones sustanciales, en el punto siguiente.

La defensa del recurrente no detalla en qué medida han sido relevantes los medios de prueba no admitidos durante el procedimiento. Un procedimiento que trata de ser rápido limita, obviamente, los plazos para allegar pruebas y obliga a las partes a un esfuerzo acelerado. Pero constan en el expediente y acompañan a la demanda elementos probatorios consistentes para sustanciar la pretensión de la parte recurrente. Y ello demuestra que, como opone la letrada de la Administración, el recurrente formuló las alegaciones que estimó pertinentes, con independencia de que no fueran consideradas suficientes por la Administración para justificar una decisión favorable.

No procede, en consecuencia, estimar este motivo de impugnación.

3. El fondo de la cuestión obliga a resolver si resulta justificada la expulsión prevista por el art. 57.2 de la LO 4/2000, como concluye la resolución impugnada, o si las razones de hecho y derecho opuestas por el recurrente han de ser estimadas.

El apartado primero del artículo 57 establece que "cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción". El apartado segundo prevé que: "Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los

antecedentes penales hubieran sido cancelados". Y el apartado quinto del mismo precepto prevé que "la sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren", entre otros, en el supuesto de: "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".

La defensa de la Administración sostiene que el artículo 57.2 resulta aplicable y obliga a la expulsión sin margen de valoración alguno para la Administración, lo que impide tener en cuenta las circunstancias de proporcionalidad, arraigo, efectos familiares y las demás del apartado 4 del mismo precepto.

Sin embargo, la cuestión ha sido analizada y resuelta de modo distinto en una doctrina jurisdiccional reiterada de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En los términos de la sentencia 462/2015, de su Sección Segunda, la aplicación de la regulación de la LO 4/2000 "ya sea a los efectos de la imposición de la sanción de expulsión, ya sea a los de concesión de autorizaciones de residencia" debe realizarse valorando "la circunstancia de ser el interesado progenitor de un menor de nacionalidad española, cuando está debidamente acreditado que está a su cargo o que aun no estándolo cumple respecto de él los deberes paterno filiales" de manera que "prevalece el interés del menor y que la salvaguarda de sus derechos, y entre ellos el derecho a una vida familiar con su progenitor, prevalece sobre el interés público en la imposición de la sanción, y que en tales circunstancias no cabe imponer la sanción de expulsión sin menoscabo de tales derechos prevalentes".

Conforme al criterio anterior, la aplicación del principio de proporcionalidad exige tener en cuenta las circunstancias negativas concurrentes, pero también la presencia de hijos menores de nacionalidad española, la nacionalidad española del otro progenitor, la constancia de medios de vida y el que el menor esté o no a cargo de quien recurre la expulsión.

La sentencia citada rechaza que la reiteración delictiva del recurrente prevalezca sobre su arraigo familiar, por la relevancia que la expulsión del padre pueda tener – si supone indirectamente la de un menor que se halla bajo su guarda y custodia - de privar al menor de los derechos inherentes a la nacionalidad y su efecto grave sobre el derecho a la vida familiar reconocido por el art. 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas del 4 de noviembre de 1950 (CEDH) y por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Unión Europea (CDFUE), que remite como derecho propio de la Unión Europea el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, en la redacción dada por el tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Aun cuando se razonara que la menor puede continuar con su madre en España pese a la expulsión del padre, la ruptura de la vida familiar es incuestionable.

A su vez, la sentencia del Tribunal Constitucional 186/2013 el 4 de noviembre, niega que el derecho a la vida familiar derivado del art. 8.1 CEDH encuentre acomodo en el derecho a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 Constitución Española (CE) y como consecuencia de ello su infracción sea susceptible de amparo. Pero concluye que debe ser ponderado por los jueces y tribunales en la aplicación del art. 57.2 de la LO 4/2000. Así se infiere del fundamento jurídico séptimo de dicha sentencia, conforme al cual: "procede declarar que es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el "derecho a la vida familiar" derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la CDFUE no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y que

aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1) y de los niños (art. 39.4), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la directiva 2001/40/CE de 28 de mayo de 2001 del Consejo.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE 2013-137, de 8 de mayo, 2012-374 de 6 de diciembre y las restantes que recoge la sentencia citada) ha establecido que el estatuto de ciudadano de la Unión Europea del menor que convive y se halla a cargo de un progenitor nacional de un país tercero, impide su expulsión si conlleva la ruptura de la familia y obliga al menor a abandonar el territorio de la Unión Europea siguiendo a su progenitor expulsado, no sólo por exigencias del derecho a la vida íntima y familiar reconocido por el art. 8.1 del CEDH del 4 de noviembre de 1950 y el 7 CDFUE, sino también porque indirectamente comporta la privación de los derechos inherentes a dicho estatuto al menor ciudadano de la Unión.

La STS de 26 de enero de 2005, contemplando el supuesto de expulsión de la madre - nacional de un Estado tercero a la Unión Europea - de un menor de nacionalidad española, concluyó en idéntico sentido.

La sentencia 532/2015 de 16 septiembre, de la Sección Segunda del Tribunal Superior de Justicia de Aragón concurre al análisis de la cuestión jurídica sustancial y los requisitos que han de ser atendidos en los términos siguientes: el artículo 57.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, después de la reforma efectuada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, ha recuperado como supuesto de expulsión administrativa la condena penal,

como ha recogido la STS de 20-9-2007. Esta medida de expulsión se ha mantenido en las reformas sucesivas operadas en la Ley Orgánica por la LO 14/2003, de 20 de noviembre y la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que ha dado al artículo 57 la redacción transcrita. En ella basa la letrada de la Administración la defensa de la resolución impugnada.

Por otra parte, 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, ha sido incorporada al Derecho interno por la referida LO 2/2009. Su artículo 12. 1 establece que "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". Su punto 3 establece que: "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."

Tratándose de un residente de larga duración, producida la transposición de la Directiva a la Ley y puesto que en ningún momento en aquella se hace distinción respecto de expulsión alguna y la causa que la genera en el artículo 12 de la Directiva, la STSJA 532/2015 referida interpreta la cuestión entendiendo que no se puede acordar la expulsión sin entrar a valorar las circunstancias concurrentes, por lo que el artículo 57. 2 de la LO 4/2000 no es de aplicación automática y la medida de expulsión adoptada por la resolución administrativa recurrida ha de ser analizada desde los criterios que establece la Directiva. Entre otros:

(1) La existencia de una amenaza contra la seguridad pública, conforme al punto 8 de la propia Directiva, que podrá apreciarse por la existencia de una condena por la comisión de un delito grave; y

(2) La presencia de un menor de edad español a cargo del extranjero. En este caso, incluso ante la presencia de una condena previa, se considera que debe prevalecer el interés del menor ciudadano español



que, en principio, tiene derecho a residir en su propio país. La nacionalidad española del menor, el hecho de que éste se encuentre a cargo del extranjero sujeto a la medida de expulsión y la larga permanencia de éste en España pueden conducir a considerar improcedente la expulsión.

Sin embargo, a partir de la prueba practicada, las circunstancias personales del recurrente y del hijo menor de nacionalidad española pueden no impedir la adopción de la expulsión. Ha de valorarse:

- Si el arraigo laboral existe o si es dudoso, irregular o antiguo, a la vista de la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social u otras pruebas aportadas;

- La convivencia con el menor, que se puede acreditar por existencia de certificación de empadronamiento junto con el hijo menor o, por el contrario, la existencia de actuaciones para atribuir o retirar la custodia al progenitor;

- La contribución del recurrente al sostenimiento de éste, para lo que será preciso comprobar si el extranjero ha acreditado medios de vida, su aportación efectiva o si ha habido reclamaciones de alimentos;

- Si el derecho del menor a permanecer en España se ve o no afectado a partir de la existencia del padre, de la posibilidad de que se haga cargo de ella y a partir de la realidad: de quién haya quedado a cargo del menor; y de que la alteración de la vida familiar viene motivada por la propia actuación delictiva que da lugar a la propuesta de expulsión.

En los términos de la sentencia 462/2015, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ya referida, no basta con "la circunstancia de ser el interesado progenitor de un menor de nacionalidad española". Ha de estar "debidamente acreditado" que el menor "está a su cargo o que aun no estándolo cumple respecto de él los deberes paterno filiales". Y ha de estar acreditada, lógicamente, la propia paternidad del extranjero.

La valoración conjunta de la actividad probatoria desarrollada, comprendidos el contenido del expediente administrativo, la prueba aportada con la demanda y solicitada en ella y la practicada en la vista oral, arroja dudas sobre cada uno de los extremos: los únicos elementos

probatorios para sostener que la menor española hija de D<sup>a</sup> I

lo sea también del recurrente es el testimonio de la señora I  
en la vista y la afirmación del propio recurrente, pues éste no  
consta registrado como padre ni hay matrimonio que permita presumirlo  
conforme al Código Civil.

La existencia de una relación familiar en el sentido requerido por la  
regulación nacional y de la Unión Europea y la jurisprudencia citadas por el  
recurrente se apoyan solamente en lo afirmado por el recurrente en su  
demanda y por la testigo en la vista oral y por el empadronamiento, junto a  
otras dos personas, en la misma vivienda: la señora I desde el  
26 de mayo de 2015 (documento 36 del expediente) y el recurrente desde  
el 19 de agosto del mismo año (documento 23 del expediente) – antes del  
inicio del expediente sancionador. El recurrente y la testigo no se  
encuentran inscritos en un registro municipal de uniones civiles del  
Ayuntamiento ni consta matrimonio.

Tampoco ha quedado acreditado que la menor esté a cargo del  
recurrente, que éste contribuya a su sostenimiento o que su expulsión del  
territorio nacional pueda dificultar en modo alguno la permanencia de la  
menor en el territorio nacional o su posibilidad de ejercicio de los derechos  
inherentes a la nacionalidad española de la menor.

Consta el alta del recurrente en el régimen especial de trabajadores  
por cuenta propia (24 del expediente), pero no una actividad económica  
con ingresos regulares que permita concluir que cuenta con medios de vida  
para sí o para contribuir al sostenimiento de la menor de nacionalidad  
española.

El recurrente no se encontraba indocumentado y tenía domicilio  
conocido por diversas Administraciones (por su empadronamiento y su  
afiliación en la Seguridad Social) en el momento de la iniciación del  
expediente, frente a lo que afirma el acuerdo de iniciación de 30 de  
septiembre de 2015. Pero la Administración ha acreditado que fue  
condenado en sentencia firme el 7 de diciembre de 2011 por el Juzgado de  
lo Penal nº 3 de Santa el Cruz de Tenerife, en el procedimiento abreviado  
158/2010, por la que se encontraba cumpliendo condena.

La ponderación judicial de los elementos y circunstancias del recurrente a que obligan la Directiva y la jurisprudencia citadas, conforme al artículo 53 de la Constitución Española, arrojan una conclusión insatisfactoria: el recurrente pudiera encontrarse en el momento inicial de un cambio de vida que responda a los propósitos resocializadores de las penas, con los estímulos que faciliten una integración familiar y social. Pero la actividad probatoria desplegada no ha acreditado su relación familiar: no es posible en el momento en que ha de hacerse la valoración, ni lo era en el que fue dictada la resolución, dar por acreditados su arraigo familiar, laboral o social. Tampoco, en particular, el hecho de que tuviera relación paterno-filial o estuviera manteniendo a la menor de nacionalidad española hija de D<sup>a</sup> >>.

### **TERCERO.- El recurso de apelación.**

Interesa de la Sala que se estime, para revocar la sentencia apelada y tras ello estimar el recurso contencioso-administrativo para anular la resolución de expulsión de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia de 18 de noviembre de 2015, por no ser conforme a derecho.

1.- En el motivo primero, razona sobre la inadecuación del procedimiento preferente y sobre la indefensión generada.

En relación con lo que razonó y concluyó el Juzgador de instancia, el apelante defiende que debe tenerse en consideración la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, la directiva de retorno, que consagra como prioritaria la salida voluntaria, con remisión al artículo 7, frente a la expulsión, añadiendo que la salida voluntaria conlleva la no imposición de la prohibición de entrada, que de otra forma resulta obligatoria en la decisión de retorno, o resolución que pone fin al expediente.

En relación con ello se remite a lo que razonó el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en sentencias de 22 de junio de 2015, de 10 de julio de 2015, de 13 de julio de 2015 y de 30 de diciembre de 2015, así como de 5 de febrero de 2016 para tomar razonamientos recogidos en pronunciamiento de dicha Sala en sus Fundamentos Tercero y Cuarto.

A ello añade la merma de garantías derivadas del procedimiento sancionador preferente, que había causado indefensión en el apelado, no solo porque como consecuencia de su privación de libertad, habiéndose incoado el expediente en el Centro Penitenciario de Basauri, siendo posteriormente trasladado a Álava, aludiendo al acceso a

documentos y aportación de pruebas que resultó complicada, además de incidir en el acortamiento de los plazos para formular alegaciones.

Considera inmotivada la denegación de prueba propuesta, añadiendo que el apelante no se encontraba en situación irregular en España, a pesar de lo que recogió el expediente, constando con domicilio conocido, precisando que la policía tiene acceso al padrón desde la STC 17/2013 de 31 de enero, teniendo trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, antes y después de la estancia en prisión, con remisión al documento 1, alude a las relaciones familiares, con remisión al documento 2.

Resalta que son circunstancias que la Administración inadmitió o negó directamente y se centró exclusivamente en la condena penal, por unos hechos acaecidos el 27 de febrero de 2008, por delito de tráfico de drogas sin causar graves daños, considerando que penalmente sería menos grave.

Tras ello insiste en la nulidad de pleno derecho, con remisión al artículo 62 de la Ley 30/92 y al artículo 24 de la Constitución, trasladando razonamiento parcial de la SSTC 179/2012 y 145/2011 de 3 de septiembre.

2.- El motivo segundo razona sobre la ausencia de motivación e infracción del principio de proporcionalidad, así como sobre el error en la valoración de la prueba, con infracción del artículo 12 de la Directiva 2003/101/CE de 25 de noviembre, sobre el Estatuto de los extranjeros de larga duración y sobre el art. 57.5.b) de la Ley Orgánica de Extranjería.

Ello enlazando con la conclusión de la sentencia apelada, en el punto 3 del FJ 4º, respecto a la aplicación del artículo 57 de la Ley Orgánica de Extranjería, resumiendo lo que trasladó el demandante de que su aplicación no era automática.

Precisa que llega a tal conclusión tras análisis de las sentencias que refiere, añadiendo la más reciente Sentencia de esta Sala de 23 de febrero de 2016, de Catilla la Mancha de 11 de febrero de 2016 y de Madrid de 18 de febrero de 2016, así como de 30 de marzo de 2016, aunque tras ello realizó una interpretación superficial y errónea de la prueba obrante en las actuaciones, como de las circunstancias que la Administración debió evaluar al dictar la resolución sancionadora, destacando la exigencia de motivación impuesta por la ley, hablando de ausencia total de motivación, no pudiendo ser subsanada por el juzgador de instancia para no quebrantar el carácter revisor de la jurisdicción.

Junto a los vínculos familiares del apelante, se hace referencia a la proporcionalidad, insistiendo en que la Administración debió valorar el grado de culpabilidad, el daño producido y los riesgos derivados de la infracción y su trascendencia, en relación con la gravedad del delito enlazando con las pautas del artículo 6 y 12 de la Directiva del Estatuto de los Residentes de la Larga Duración, dado que sobre ello no se detiene la sentencia apelada.

Con ello defiende que es incorrecta la afirmación de la sentencia apelada, en relación con las circunstancias personales, sociales, laborales y familiares del apelante.

Defiende que la valoración de los documentos obrantes en autos es superficial.

En primer lugar, los oficios remitidos por la Tesorería General de la Seguridad Social y la Dirección General de Policía, que desprende que el apelante reside y trabaja de forma continuada en España desde hace 11 años, septiembre de 2005, por lo que concluye como incorrecta la afirmación de la sentencia apelada de que no consta actividad económica con ingresos regulares que permita concluir que el apelante contaba con medios de vida, para sí o para contribuir al sostenimiento de la menor de nacionalidad española.

Añade referencia a los folios del Expediente Administrativo, al 18, abono de la tasa de renovación de la tarjeta de residencia de larga duración del apelante, al 28 in fine, propuesta de resolución y 39.

Defiende que el apelante procedió con carácter previo a incoarse el expediente sancionador a renovar la autorización de residencia con la que contaba, habiéndose procedido por la Administración a su extinción cuando había sido renovada por silencio positivo, con remisión a la Disposición Adicional Primera, apartado 2 de la Ley Orgánica de Extranjería, destacando que no cabe la revocación sin procedimiento habilitado a tal fin con remisión a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Catilla La Mancha, de fecha 7 de marzo de 2016.

3.- En tercer lugar, se dice que tampoco se valora, como exige la Directiva del Estatuto de los Residentes de Larga Duración y la Ley Orgánica de Extranjería, que la condena se produjo hace 5 años, el 11 de marzo de 2011, por delito de tráfico de drogas sin causar grave daño a la salud, insistiendo en la consideración en el Código Penal como menos grave, y por hechos ocurridos en el 2008, hace 8 años, por lo que se rechaza que se esté ante una amenaza real, actual y suficientemente grave para el Orden público y la seguridad pública que justifiquen una medida tan drástica como la expulsión acordada.

En relación con el ámbito personal y familiar, se dice que no se tiene en consideración la reforma operada en el Real Decreto 240/2007 por el Real Decreto 987/2015 de 30 de octubre, con remisión a los artículos 2 apartado 4 B), así como que tampoco, como consecuencia de la privación de libertad, se le permitió efectuar salida del Centro Penitenciario de Álava para la inscripción de su hija, como explicó en el Acto del Juicio su pareja,

Tras ello, traslada lo que razona la sentencia de esta Sala 82/2016, recurso de apelación 613/2015, en su FJ 5º, en relación con el debate referido a la aplicación del artículo 57.2 y 5. b) de la Ley Orgánica de Extranjería en relación con ciudadano extranjero titular de autorización de residencia de larga duración.

Por ello concluye que la resolución de la Subdelegación del Gobierno adolecía de motivación y conculcó no solo el deber que le impone el ordenamiento jurídico a cualquier resolución sancionadora, con reflejo en la Directiva sobre el Estatuto de Nacionalidades de Terceros países residentes de larga duración, y en la Ley Orgánica de Extranjería, no entendiendo el apelante que por el carácter revisor de la jurisdicción el Juzgador de instancia pueda suplir las claras deficiencias que en el asunto se constata, tanto en la tramitación del expediente sancionador como en la resolución, insiste en la singularidad del estatuto de larga duración y por ello que el tratamiento está vinculado a la Directiva 2003/101/CE, aludiendo a protección reforzada contra la expulsión, que se dice inspirada en criterios de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, remitiéndose a pautas de su artículo 12 y del artículo 6, en relación con lo que puede justificar la denegación de tal estatuto, en relación con los motivos de orden público y seguridad pública, y las exigencias para su aplicación, insistiendo en que, en este supuesto, ni la resolución de la Subdelegación del Gobierno, ni la sentencia apelada examinan las circunstancias concurrentes, por lo que se está exclusivamente ante la existencia de la condena, sin examinarse el fondo que lleve a la decisión razonada adoptada mediante la ponderación singularizada de los valores e intereses generales y personales que pudieran concurrir.

La Administración General del Estado no formuló oposición en el recurso de apelación, dejando caducar el trámite, como reflejó la diligencia de ordenación de 27 de julio de 2016.

**CUARTO.- Estimación del recurso; artículo 57.2 y 5 b) de la LOEX y ciudadano extranjero titular de una autorización de residencia de larga duración.**

Al responder a las cuestiones que se plantean con el recurso de apelación, al que como recogemos no presentó formal oposición la Administración del Estado, debemos enlazar con la sentencia de la Sala 82/2016 de 23 de febrero, recaída en el recurso de apelación 613/2015, a la que expresamente se refiere el apelante, y con ella tener presente las pautas de aplicación del artículo 57.2 y 5.b) de la Ley Orgánica de Extranjería, porque ante un extranjero titular de autorización de residencia de larga duración nos encontramos; en ella razonábamos en el FJ 5º como sigue:

<< Con los argumentos que vamos a trasladar, la Sala tendrá que acoger el recurso de apelación y, por ello, estimar el recurso, siendo relevante, en este caso, tener presente que la Administración acordó la expulsión en aplicación del art. 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, que ha de ponerse en relación con el apartado 5.b), teniendo presente que el apelante era titular de autorización de residencia de larga duración.

Para ratificar la conclusión anticipada, debemos tener presente lo que la Sala ha razonado en los FF JJ 2º y 3º de la sentencia nº 165/2014, de

19 de marzo, recaída en el recurso de apelación 697/12, [- lo que, entre otras, hemos tenido presentes en las sentencias 263/2014, de 13 de mayo, recurso de apelación 533/13 y 63/2015, de 10 de enero, recurso de apelación 743/15 -] donde se hicieron las oportunas precisiones sobre las pautas de aplicación del art. 57.2, en relación con al punto 5 del mismo, por ser el recurrente titular de autorización de residencia de larga duración, ello al ser los preceptos relevantes, como se desprende de lo hasta ahora expuesto; en ellos razonábamos como sigue:

<< Segundo: *Es relevante en el examen del presente recurso tener presente que el apelante es titular de una autorización de residencia de larga duración, hecho que se reconoce expresamente en la primera diligencia del expediente, ya que se instó la iniciación del procedimiento de expulsión cuando se disponía a renovar la tarjeta de identidad de extranjero, tras constatar los funcionarios policiales que tenía antecedentes penales (folio 4 del expediente administrativo). Consta además en el propio expediente una copia de la tarjeta de identidad de extranjero en la que consta la autorización de residencia de larga duración.*

*Por dicha razón, y aunque el recurso de apelación no incida expresamente en ello y se limite a alegar el arraigo del interesado, el examen del caso ha de hacerse a la luz de lo dispuesto por los arts. 32.5.b) y 57.5.b) LOEX, que trasponen al ordenamiento español el marco normativo de los arts. 6, 9.1.b) y 12 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.*

*En esencia, la Directiva 2003/109/CE estableció un estatuto de los ciudadanos de terceros países residentes de larga duración que, en lo que aquí importa, establece que únicamente cabe adoptar 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, y que, en todo caso, no se puede imponer sin tomar en consideración el tiempo de su residencia en España, los vínculos creados, su edad, consecuencias para el interesado y los miembros de su familia y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.*

*El art. 57.5.b) LOEX, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que traspone al ordenamiento español la Directiva 2003/109/CE, establece:*

*<<5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una*

*infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:*

*.../...*

*b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.>>*

*El art. 57.5.b) LOEX concreta el concepto jurídico de amenaza real y suficientemente grave del orden público o de la seguridad ciudadana que prevé el art. 12.1 de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 25 de noviembre de 2003, a los supuestos de la falta grave del art.54.1.a) de "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" o de "reincidencia en la comisión, en el plazo de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con expulsión."*

*Pero incluso cuando concurren tales presupuestos justificativos de la sanción de expulsión, no cabe imponerla sin una valoración del tiempo de residencia en España del extranjero, de su edad, de los vínculos creados y consecuencias de la expulsión para el interesado y los miembros de su familia, y de los vínculos con el país al que va a ser expulsado.*

*La cuestión que se suscita es si pese al tenor de dicho art. 57.5 LOEX, es posible la expulsión de extranjeros residentes de larga duración en aplicación del art. 57.2 LOEX.*

*La sentencia de la Sala 115/2014, de 26 de febrero (Recurso de apelación nº710/2012), examina en el fundamento jurídico tercero el estado de la cuestión en los pronunciamientos efectuados al respecto por distintos Tribunales Superiores de Justicia, resultando que, pese al tenor del apartado 5 del art.57 LOEX, concluyen que es aplicable asimismo a los extranjeros de larga duración el art. 57.2 LOEX, fundamentalmente porque se acomoda a la Directiva 2003/109/CE en cuanto condiciona la expulsión a una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, porque se considera ilógico que el art. 57.5 LOEX admita la expulsión por infracciones graves de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana y, sin embargo, no resulte posible ex art.57.2 LOEX por la comisión de un delito doloso que lleve aparejada pena de prisión superior a*



*un año y, finalmente, porque se considera que en la interpretación que excluye la aplicación del art. 57.2 LOEX se hace de mejor condición a los extranjeros de larga duración que a los comunitarios, que podrían ser expulsados por la comisión de un delito doloso que lleve aparejada pena privativa de libertad superior a un año.*

*Ahora bien, aun cuando concluyamos que es aplicable el art. 57.2 LOEX a los extranjeros residentes de larga duración, no basta con apreciar la existencia de la condena por un delito doloso con pena de prisión superior a un año, sino que, aun cuando no lo contempla expresamente el art. 57.2 LOEX, en aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE, es necesario que la resolución que imponga la expulsión lleve a cabo una ponderación del tiempo de su residencia del extranjero en España y de los vínculos creados, de su edad, y de las consecuencias de la expulsión para el interesado y para los miembros de su familia, y de los vínculos con el país al que va a ser expulsado*

*Tercero: Pues bien, la resolución recurrida prescinde por completo de dicho régimen jurídico relativo al estatuto de los extranjeros residentes de larga duración, ya que omite toda consideración al hecho relevante y debidamente acreditado de que el interesado era titular de una autorización de residencia de larga duración, y tomando en consideración la condena impuesta por sentencia firme de 11/02/2002 de la Audiencia Provincial de Tarragona a la pena de 7 años de prisión por un delito de abusos sexuales, y, adicionalmente la condena por sentencia de 29/04/2011 del Juzgado de lo Penal Número 1 de Huesca a la pena de 8 meses de prisión por la comisión de un delito de amenazas, en aplicación del art. 57.2 LOEX impone la sanción de expulsión, sin efectuar la ponderación de las circunstancias de arraigo concurrentes, por lo que infringe el art.12.3 de la Directiva 2003/109/CE, de directa aplicación ante la deficiente trasposición efectuada por el art. 57.2 LOEX, razón por la cual debemos estimar el recurso de apelación, y revocar la sentencia apelada, dictando otra en su lugar por la que, estimando el recurso interpuesto, se declare la disconformidad a derecho de la resolución recurrida y se anule >>.*

En este supuesto, enlazando con el analizado en el precedente que traemos a colación, nos encontramos con que la resolución administrativa recurrida, estando a su contenido, prescindió del régimen jurídico relativo al estatuto de los extranjeros residentes de larga duración, al omitir de toda consideración sobre el hecho relevante acreditado, que el interesado era titular de un autorización de residencia de larga duración, imponiendo la expulsión, en aplicación del art. 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, sin realizar la ponderación exigida de las circunstancias de arraigo

concurrentes, por lo que se debe concluir en la infracción del art. 12.3 de la Directiva 2003/109/CE de aplicación, en relación con lo que hemos considerado deficiente transposición efectuada por el art. 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería.

En relación con el contenido de las actuaciones, en los que se insiste por el recurso de apelación, es relevante retomar como datos significativos, por un lado, que el apelante tenía permiso de residencia de larga duración en España, con vigencia hasta el 13 de noviembre de 2016, recordando que la Administración declaró su extinción el 14 de abril de 2014, en la fecha de notificación de la resolución de expulsión, en aplicación del art. 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, que ha de entenderse como consecuencia de los efectos de la extinción en los términos recogidos en el art. 57.4 de la Ley Orgánica de Extranjería.

También debemos tener presente que la Seguridad Social reconoció en su momento la prestación por desempleo, periodo 12 de marzo de 2015 a 11 de septiembre de 2015, como se acreditó también documentalmente, además de enlazar con el informe de vida laboral, reflejando 1.501 días cotizados, así como con la existencia de incapacidad temporal derivada de accidente, como se reconoció por el Instituto Nacional de la Seguridad Social; estas son circunstancias singulares y relevantes, sin que sea necesario incidir en las de carácter personal, en cuanto a la acreditación de que la cónyuge del apelante era titular de tarjeta de residente comunitario permanente en España, circunstancia en relación con la esposa que incluso lleva a traer a colación al apelante las previsiones del art. 57.6 de la Ley Orgánica de Extranjería como obstáculo también para la expulsión.

Sobre la condena penal, solo cabe reiterar que la Administración no hizo la valoración específica exigida en cuanto a tratarse de un ciudadano que supusiera una amenaza para el orden público y la seguridad pública, porque no se cumplió por la Administración la obligación, con carácter previo a la decisión de expulsión, de tomar en consideración el tiempo de residencia en España y los vínculos creados en relación con las circunstancias personales y, en concreto, respecto a las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia y sobre los vínculos con el país al que debía ser expulsado. [...] >>.

Aquí no cabe sino ratificar que la resolución de la Administración no cumplió las exigencias derivadas de la Ley Orgánica de Extranjería, en concreto las pautas del artículo 57.5.b) y por ello de los mandatos incorporados en la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003, relativo al Estatuto de los nacionales o terceros países residentes de larga duración, en los términos que hemos referido.

Situación de residencia de larga duración del apelante que ya constató el acto de denuncia con el que se inició el expediente, folio 2, que enlaza con la copia del documento del permiso de residencia que así lo refleja, folio 17; documentos los referido unidos a los autos, folios 16 y 24.

La resolución de la Administración, como se refleja en las actuaciones y hemos recogido en el FJ 1º, no hace consideración alguna sobre las circunstancias que concurren en el interesado, en concreto ser residente de larga duración, al trasladar exclusivamente referencia a la condena impuesta por delito contra la salud pública, al estar cumpliendo la pena impuesta en el Centro Penitenciario de Basauri.

Con ello, debemos concluir acoger el recurso de apelación, que implica revocar la sentencia apelada, y estimar el recurso contencioso-administrativo para dejar sin efecto la expulsión, sin que necesario sea introducirnos en lo debatido respecto al procedimiento seguido, que lleva asimismo a que no sea necesario incidir en profundidad en relación con lo que se debatió respecto a lo que se valoró como ausencia de arraigo familiar por parte de la sentencia apelada, en relación con la contribución del apelante al sostenimiento de la menor de nacionalidad española, sin perjuicio de asimismo tener que considerar relevante a estos efectos esa circunstancia, ser padre de una menor nacional española, y sin poder desconocer que la condena penal lo fue por hechos ocurridos en marzo de 2011, lo que ha de ponerse en relación con la exigencia de ser una amenaza real actual y suficientemente grave para el orden público y la seguridad pública que justifique la expulsión, todo ello al margen de tener que ratificar que la relevante es que la Administración no ponderó las circunstancias concurrentes al interesado, en los términos que debió serlo.

Por ello, ratificamos la estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia apelada y estimación de las pretensiones ejercitadas con la demanda, por ello con declaración de nulidad de la expulsión.

#### **QUINTO.- Costas.**

Estando a los criterios en cuanto a costas del artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, como consecuencia de las conclusiones alcanzadas, en relación con los antecedentes, no se hará expreso pronunciamiento en relación las de ambas instancias.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

## FALLO

Que, estimando el **recurso de apelación 788/2016** interpuesto por  
l, nacional de Marruecos, contra la sentencia nº 108/2016, de 6 de mayo de 2016,  
del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, que desestimó el recurso  
374/2015, seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado contra resolución de 18  
de noviembre de 2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, que acordó la  
expulsión en aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, debemos:

1º.- Revocar la sentencia apelada.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimar las pretensiones  
ejercitadas con la demanda y declarar la nulidad de la resolución de 18 de noviembre de  
2015 de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia que acordó la expulsión en aplicación  
del artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería.

3º.- No hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas  
instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe  
interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del  
Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días  
(Artículo 89.1 de la LRJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta  
resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo  
89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de  
20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE  
nº 162 de 6 de julio de 2016, y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y  
Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000  
01 0788 16, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del  
documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado,  
las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos  
dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo  
pronunciamos, mandamos y firmamos.