

NOT. 2/10/2012

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Avda Pedro San Martin S/N
Santander

Teléfono: 942 35 71 24
Fax: 942 35 71 35

Modelo: TX901

Procedimiento Abreviado 0000514/2011 - 00

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 de Santander

Ponente: Rafael Losada Armada

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000112/2012**

NIG: 3907545320110001527

Resolución: Sentencia 000695/2012

Intervención:

Apelante

Apelado

Interviniente:

DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA

Procurador:

GABRIELA MIRAPEIX ECKERT

S E N T E N C I A n° 000695/2012

Iltmo. Sr. Presidente:

Don Rafael Losada Armada

Iltmas. Sras. Magistradas:

Doña María Josefa Artaza Bilbao

Doña Esther Castanedo García

En la ciudad de Santander, a veinticuatro de septiembre de dos mil doce.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el **recurso de apelación nº 112/2012** formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 21 de noviembre de 2011 por **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO (DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA)** representada y defendida por el abogado del Estado siendo parte apelada

representado por la procuradora doña Gabriela Mirapeix Eckert bajo la dirección jurídica de la letrada doña Adriana Villegas Rey.

Es ponente el presidente don Rafael Losada Armada
quien expresa el parecer de la sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se interpuso el día 3 de enero de 2012 contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 21 de noviembre de 2011 que estima el recurso contencioso administrativo formulado contra resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 14 de junio de 2011 por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de cinco años del demandante, nacional de Marruecos por aplicación del art. 57.2 LO 4/2000 de 11 de enero reformada por LO 2/2009 de 11 de diciembre que establece como 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 delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

SEGUNDO.- Del recurso de apelación se dio traslado al extranjero que formuló oposición al mismo y solicitó de la sala su desestimación.

TERCERO.- En fecha 15 de febrero de 2012 se elevaron las actuaciones a esta sala y no habiéndose solicitado la apertura de período probatorio, ni celebración de vista o conclusiones por escrito, quedaron pendientes de votación y fallo el día 18 de julio de dos mil once, aunque fue posteriormente cuando se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los siguientes.

PRIMERO.- Se debate en el presente proceso la conformidad a derecho de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 21 de noviembre de 2011 que estima el presente recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 14 de junio de 2011 por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de cuatro años del demandante, nacional de Marruecos, en aplicación del art. 57.2 LO 4/2000 de 11 de enero reformada por LO 2/2009 de 11 de diciembre que establece como 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 delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Al recurrente se le inicia expediente de expulsión del territorio nacional por haber sido condenado a la pena de tres años tres meses y un día por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Santander, ejecutoria 174/2009, por delito contra la salud pública; actualmente se encuentra en libertad definitiva desde el 10 de abril de 2011 por haber extinguido la pena impuesta; el 14 de junio de 2011 se ordena su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por tiempo de cinco años en aplicación del art. 57.2 LOEx.

Sin embargo, la sentencia apelada al considerar que el extranjero es residente de larga duración pues

cuenta con permiso, reside en España desde hace diez años y cuenta con contrato de trabajo, tras analizar lo prevenido en el art. 57.5.b) LOEx, así como la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre sobre el estatuto de de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, termina por resolver que como la condena por delito contra la salud pública no es suficiente por sí sola para apreciar la amenaza real y grave para el orden público es por lo que considera que no se dan los requisitos para la expulsión del extranjero.

SEGUNDO.- Los motivos de apelación que el abogado del Estado articula contra la referida sentencia son:

1º La expulsión no es una sanción sino que opera ex lege cuando el extranjero es condenado por una conducta que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior al año, sin que resulte de aplicación el art. 57.5 LOEx.

2º La LO 2/2009 que transpone la Directiva 2003/109/CE impide la aplicación directa de ésta última.

3º Aun cuando se entienda que la sentencia no aplica la directiva sino que sólo la utiliza como elemento interpretativo, equipara el concepto jurídico indeterminado de "amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública" con las conductas previstas en el art. 54.1.a) LOEx, equiparación que no se hace por la jurisprudencia comunitaria ni por la española y que, incluso, hace de mejor condición al extranjero no comunitario residente de larga duración que al ciudadano comunitario y sus

familiares a los que se aplica el régimen previsto en el RD 240/2007.

TERCERO.- El extranjero apelado aduce en su escrito de oposición que no existen causas penales pendientes y que la conducta del extranjero no constituye una amenaza real actual y suficientemente grave que afecta a un interés de fundamental de la sociedad, además de que la expulsión del art. 57.2 LOEx es una consecuencia por delito y es posible enervar su aplicación automática con las causas que recoge el art. 57.5 LOEx.

CUARTO.- Como ha manifestado esta sala en sentencia de 23 de diciembre de 2011, recurso contencioso administrativo nº 197/2011:

"En este marco, el artículo 57.2 de aplicación no resulta en sí incompatible con la Directiva 2003/109/CE. Pero su aplicación exige adecuarla a las directrices jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. Los artículos 9 y 12 de la normativa comunitaria referida (por todas, STJ 8-12-2011, num. C-371/2008, caso Ziebell) prevén que «el residente de larga duración de que se trate sólo puede ser expulsado cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Seguidamente, se afirma que la decisión de expulsión no podrá justificarse por razones de orden económico. Por último, se precisa que, antes de adoptar tal decisión, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deberán tomar en consideración la duración de la residencia del interesado en el territorio de ese Estado, su edad, las consecuencias de la expulsión para la persona afectada y para los

miembros de su familia, y los vínculos de esa persona con el Estado de residencia o la ausencia de vínculos con el Estado de origen». Y la excepción basada en el orden público en materia de libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Unión... debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (véase, en particular, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bozkurt, antes citada, apartado 56 y jurisprudencia citada).

Cierto es que una condena como la examinada puede, en principio, ser considerada para denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública tomando en consideración "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública". Pero no lo es menos que, como ha indicado expresamente el Tribunal de Justicia, «la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (véanse, en particular, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchèreau, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 28; de 19 de enero de 1999, Calfa, C- 348/96, Rec. p. I-11, apartado 24, y de 7 de junio de 2007, Comisión/Paises Bajos, C-50/06, Rec. p. I-0000, apartado 41). El Tribunal de Justicia siempre ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, que debe ser interpretada de

forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75, Rec. p. 1219, apartado 27; Bouchereau, antes citada, apartado 33; de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania, C-441/02, Rec. p. I-3449, apartado 34, y Comisión/Paises Bajos, antes citada, apartado 42). Según una jurisprudencia reiterada, la utilización, por parte de una autoridad nacional, del concepto de orden público requiere, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (sentencias Rutili, antes citada, apartado 27; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartado 66, y Comisión/Alemania, antes citada, apartado 35)». Incluso la existencia de varias condenas penales carece a estos efectos de relevancia por sí misma (STJ 4-10- 2007, num. C-349/2006, Murat Polat).

En este supuesto, no es que las circunstancias personales del recurrente se hayan obviado, como así han sido. Es que siquiera constan las de la propia condena, por lo que difícilmente se han podido valorar por la Administración.

Conforme a esta jurisprudencia en relación a los extranjeros con residencia de larga duración, de la que la citada es sólo una muestra, cabe colegir la imposibilidad de interpretar el artículo 57.2 de la forma automática que pretende la Administración sino de conformidad con las exigencias jurisprudenciales y, ahora, con el

artículo 12 de la Directiva 2003/109. Normativa que, se aduce por el legislador, es transpuesta con la última reforma de la Ley de extranjería. Y si con la redacción anterior, conforme a la cual «los residentes permanentes solamente podrán ser expulsados cuando hayan participado en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones del Reino de España con otros países o cuando estén 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», el Tribunal concluyó que no se había traspuesto adecuadamente nuestra legislación a la normativa comunitaria, lógicamente no cabe sino interpretar que el artículo 57.5.b) debe ser aplicado en todo caso de expulsión de un extranjero. No sólo por razones sistemáticas sino porque es la trasposición del artículo 12 de la Directiva y de la citada jurisprudencia, que en ningún momento hacen distinción respecto de expulsión alguna y la causa que lo genera. Es más. Se produce expresamente respecto del supuesto de expulsión como consecuencia de una condena y, sin entrar en cuestiones de naturaleza jurídica en que pretende escudarse la abogacía del Estado, concluye la necesidad de ese análisis personalizado que aquí se ha obviado.”

Lo que significa que el art. 57.5.b) LOEx resulta de aplicación en este caso de residente de larga duración, sin que pueda compartir esta sala que la conducta del interesado constituya una amenaza real,

actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad, como afirma el abogado del Estado, toda vez que se desconocen las circunstancias del delito contra la salud pública cometido y las detenciones por delitos similares ni siquiera han sido tenidas en cuenta en la resolución objeto de recurso contencioso administrativo.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139.2 LJCA procede la imposición de costas a la administración apelante.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

F A L L A M O S

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación promovido por **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO (DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA)** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 21 de noviembre de 2011 que estima el presente recurso contencioso administrativo formulado y anula la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 14 de junio de 2011 por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de cinco años de la demandante, nacional de Marruecos por aplicación del art. 57.2 LO 4/2000 de 11 de enero reformada por LO 2/2009 de 11 de diciembre, con imposición de las costas procesales causadas a dicha parte apelante.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su

caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos
y firmamos.