



T. S. J. CASTILLA-LEON SALA CON/AD
BURGOS

SENTENCIA: 00462/2012

o

***SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE
CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS***

SECCION 1ª

Presidente/a Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

SENTENCIA DE APELACIÓN

Número: 462/1012

Rollo de APELACIÓN N.º: 136/2012

Fecha : 15/10/2012

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Burgos, Procedimiento Abreviado 231/11.

Ponente D. José Matías Alonso Millán

Secretario de Sala: Sr. Ruiz Huidobro

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla

D. José Matías Alonso Millán

D.ª. M. Begoña González García

En Burgos a quince de octubre de dos mil doce.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación el

recurso contencioso-administrativo número 136/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2012, dictada en el Procedimiento Abreviado 231/2011 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos, por la que se acuerda desestimar la demanda presentada contra la resolución de fecha 25 de mayo de 2011 de la Subdelegación del Gobierno en Burgos, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 5 de abril de 2011, por la que se acuerda la expulsión del ciudadano brasileño D. xxxxxxx, con NIE: xxxxxxx, del territorio nacional con prohibición de entrada por un período de 10 años, lo que conlleva la extinción de la residencia permanente concedida el 16 de agosto de 2006.

Habiendo sido parte en la instancia y en la presente apelación, como apelante, D. .xxxxxxx, representado por la procuradora doña Blanca Herrera Castellanos, y defendida por el letrado don Juan Luis Villada y, como parte apelada, la Administración del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Que por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 2 de Burgos, en Procedimiento Abreviado número 231/11, se dictó sentencia cuya parte dispositiva dice: "Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. xxxxxxx contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno de 5 de abril de 2011 por la que se acuerda la expulsión del recurrente con prohibición de entrada en el territorio español por un periodo de 10 años, y todo ello sin realizar especial pronunciamiento respecto de las costas".

SEGUNDO- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos, en el que solicitaba se dicte sentencia declarando la nulidad de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Burgos de 5 de abril de 2011 o, subsidiariamente, la nulidad parcial de la misma en cuanto al periodo de prohibición de entrada en territorio español que impone, reduciéndolo a un año o a otro inferior a cinco años que la Sala determine.

Dado traslado del mismo a la Administración demandada, se contestó solicitando la desestimación del recurso interpuesto de adverso.

Remitidos los autos a esta Sala, se señaló para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2012.

TERCERO- En la tramitación del presente recurso de apelación se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se apeló la sentencia porque entiende que es contraria al ordenamiento jurídico en base a las siguientes alegaciones:

1.-El expediente de expulsión se encuentra viciado de nulidad de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 62.1.e) de la Ley 30/92. El expediente se tramitó bajo el procedimiento sancionador preferente, por los trámites previstos en el artículo 63 de la Ley Orgánica 2/2009; procedimiento que viene regulado en el artículo 130 del Real Decreto 2393/2004. Ninguna de las infracciones establecidas para seguir este procedimiento le ha sido imputada al aquí apelante, ya que el expediente se sustenta en la infracción del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Éste resulta ser el supuesto de hecho contemplado en el procedimiento regulado por el art. 122 del Real Decreto 2393/2004. En consecuencia, se han seguido los trámites de un procedimiento inadecuado, a resultas del cual han resultado claramente mermadas las garantías que ofrece el procedimiento que legalmente se establece. Así lo valora la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sección 2ª, de fecha 16 de noviembre de 2009.

2.-La sentencia impugnada niega la aplicación al presente supuesto del art. 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000, negando igualmente la relevancia para el presente supuesto del hecho de que el actor acredite arraigo en España, y ello por considerar que la medida impuesta no constituye sanción. Pero lo cierto es que se puede afirmar todo lo contrario, por dos razones: 1.-Dicha medida ha sido adoptada en el seno de un procedimiento sancionador. 2.-En el ordinal 4º del Acuerdo de incoación se recoge que la sanción que puede llegar a imponerse... Por lo tanto, la medida adoptada ha de calificarse como sanción. Han de tenerse en cuenta, para el caso de expulsión de residentes de larga duración, las consideraciones que se recogen en el art. 57.5.b) de la Ley Orgánica 4/2000.

3.-Habida cuenta de que el actor es hijo de ciudadana española, con quien convive y a sus expensas, al carecer actualmente de trabajo, como se encuentra acreditado en autos, le resulta de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007. Se debe tener en cuenta lo recogido en los artículos 2 y 15 de este Real Decreto, especialmente en lo que se refiere a que el art. 15 establece una serie de garantías que deben presentarse para el caso de que se adopten medidas contra los ciudadanos a quienes resulta aplicable el Real Decreto. Resulta imprescindible hacer una valoración que concluya que el comportamiento personal constituya una amenaza actual para el orden público, no bastando con razones de prevención general. Esta cuestión ha sido abordada con gran minuciosidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, sección 1ª, en sentencia de fecha 15 de febrero de 2011. En consecuencia, se impone a la Administración una motivación, siquiera mínima. Tales carencias de la decisión administrativa impugnada configuran la nulidad de la misma, al

haber adoptado con absoluta ignorancia, tanto de las garantías legalmente establecidas, como de la motivación que asimismo la ley establece.

4.-Se invoca frente a la sentencia razones de humanidad, habida cuenta de las circunstancias en que se encuentra el aquí actor, que reside en España desde su minoría de edad, pues llegó a España a los 16 años, acompañado de su madre, nacionalizada española, y en cuya compañía reside junto con el marido español de ésta, diagnosticado de una enfermedad mental por la que le ha sido reconocida una discapacidad del 65% y para cuyo tratamiento requiere medicación continua, que su madre se encarga de administrarle. Resulta también el hecho de que el recurrente carece de vínculos familiares o sociales en su país de origen. Tales razones fueron tenidas en cuenta por la Sala en sentencia de fecha 20 de febrero de 2012, rollo de apelación 239/2011. También se debe considerar lo recogido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede de Valladolid, en sentencia de 1 de octubre 2010.

5.-Es infundadamente excesivo el periodo de prohibición teniendo en cuenta que la norma establece que su vigencia no excederá de 10 años (artículo 58.1 de la Ley Orgánica 4/2000). La amenaza de tal “amenaza grave” ha de ser argumentada y sustentada en razones que la apoyen. No obstante, la resolución administrativa no contiene ninguna fundamentación que sustente la adopción de tan excepcional medida. Esta cuestión ha sido abordada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sección 5ª, en sentencia de fecha 30 de marzo de 2006. No existiendo en la normativa vigente un período mínimo de prohibición de entrada; ante la carencia de fundamentación de la decisión administrativa se interesa que, caso de decidirse la expulsión del territorio nacional, la prohibición de regreso no se extienda más allá de un año.

Por su parte, el Abogado del Estado formuló las siguientes alegaciones:

1.-El recurso de apelación alega los motivos de que la sentencia no ha apreciado la causa de nulidad de pleno derecho porque el acuerdo se adoptó a través de un procedimiento sancionador preferente cuando no era lo procedente, así como que la sentencia no ha aplicado el régimen previsto en el Real Decreto 240/2007. Estos motivos son totalmente ajenos a los planteados en la instancia, por ello su examen en sede de recurso de apelación es inadmisibile; puesto que no fueron alegados en la instancia. En ese sentido la sentencia de esta misma Sala de fecha 18 de junio de 2010, recurso 101/2010.

2.-El acuerdo de expulsión se funda en el motivo de que la expulsión o extrañamiento que tiene notoria cobertura legal, cual es el motivo especial de expulsión del art. 57.2 de la Ley de Extranjería. El actor ha sido ejecutoriamente condenado en España como autor de tres delitos, uno de ellos de lesiones a una pena privativa de libertad superior a un año. No se ha acreditado que los antecedentes penales estuvieran cancelados en el

momento en que se dictó el acuerdo de expulsión, por lo que no es de aplicación la excepción final que se contiene en el mismo art. 57.2.

3.-La limitación del artículo 58.5 no es aplicable en los supuestos de expulsión del art. 57.2, sino que sólo resultará de aplicación a los supuestos de "expulsión sanción". Esta vinculación entre los supuestos de la expulsión sanción del art. 57.1 y el art. 57.5 fue confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional número 260/2007, de 20 de diciembre. La expulsión de un extranjero, incurso en la causa de expulsión del art. 57.2, puede acordarse incluso en el caso de que el extranjero sea titular de una autorización de residencia de larga duración. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 18 de junio de 2010, dictada en rollo de apelación 66/2010. Se reitera esta doctrina en otra sentencia posterior de fecha 29 de octubre de 2010, rollo de apelación 176/2010. Esta excepción del número 5 del art. 57 no se aplica al supuesto del art. 57.2, ya que aquí no se trata propiamente de una sanción de expulsión.

SEGUNDO.- Por el Abogado del Estado, en su escrito de oposición al recurso de apelación, se manifiesta que procede la inadmisibilidad del recurso de apelación en cuanto a dos motivos de los alegados por la parte apelante, basándose en que no fueron alegados en la demanda. Estos motivos son: a) Que no procede entrar a resolver sobre la causa de nulidad de pleno derecho por no haberse seguido el procedimiento sancionador preferente por cuanto que no se alegó en la demanda y b) Que tampoco se alegó la aplicación del régimen previsto en el Real Decreto 240/2007, respecto de que el hijo es de una ciudadana española. Es cierto que estos dos motivos no fueron alegados en la demanda, por lo que no pudieron ser apreciados, motivados y estimados o desestimados en la sentencia puesto que no fueron en ningún caso alegados, y el recurso de apelación se formula contra la Sentencia, no contra la resolución administrativa impugnada. Este criterio ha sido estudiado por la sentencia que indica el señor Abogado del Estado, entre otras, y que procede traer aquí lo recogido en su fundamento de derecho cuarto. La sentencia núm. 449/2010, de 8 de junio, dictada en el Rollo de apelación 101/2010, ponente: D. Eusebio Revilla Revilla, recoge:

"En orden a la resolución el presente recurso de apelación, la Sala hace suyos y acepta los acertados fundamentos de derechos esgrimidos en la sentencia de instancia para desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora, los cuales en ningún caso resultan desvirtuados ni rebatidos con éxito por la parte apelante. Y no resultan desvirtuados por cuanto que mientras la actora en la instancia basaba su impugnación en la falta de motivación de las resoluciones administrativas que acordaban la expulsión y en que concurría la caducidad y/o prescripción tanto de la acción administrativa para sancionar como de la infracción administrativa, sin embargo en el recurso de apelación modifica su discurso y ahora frente a la sentencia de instancia y sendas resoluciones administrativas opone que se ha vulnerado los principios de responsabilidad, de proporcionalidad, de "non bis in idem" y el art. 89 del C.P., es decir

que se opone unos motivos totalmente nuevos y distintos a los argumentos esgrimidos en la estancia.

Dicha forma de proceder bastaría para concluir que procede desestimar el recurso de apelación, primero porque se esgrimen motivos "ex novo" que no han podido ser debatidos en la instancia frente a las resoluciones administrativas impugnadas, y segundo porque dicha forma de proceder revela que en ningún caso se discute ni se pone en tela de juicio los razonamientos jurídicos esgrimidos en la sentencia de instancia; y no discutiéndose los mismos, tampoco pueden considerarse desvirtuados, y si no se desvirtúan solo queda resolver desestimándose el recurso de apelación.

Y para corroborar este criterio basta recordar lo establecido al respecto tanto por esta Sala como por la Jurisprudencia del T.S. en la sentencia de 18.7.2008, dictada en el rollo de apelación núm. 86/2008:

<<Expuestos en dichos términos los motivos de impugnación, su examen exige recordar el criterio expuesto por la Jurisprudencia relativo a la prohibición de plantear en apelación cuestiones nuevas no planteadas en la instancia al amparo del art. 33.1 de la LRJCA. Así, a este respecto señala la STS, Sala 3ª, Sec. 3ª de 6 abril 1992, dictada en el recurso núm. 4615/1990 lo siguiente, que:

"Una jurisprudencia reiterada de esta Sala viene declarando que, en razón de la naturaleza de recurso ordinario del recurso de apelación la pretensión de apelación traslada al Tribunal «ad quem» el total conocimiento del litigio en condiciones de valorar los elementos probatorios y de pronunciarse nuevamente sobre las cuestiones planteadas en la primera instancia, aunque no puede extender su resolución en perjuicio del recurrente por virtud de la prohibición de la «reformatio in peius»."

Más precisa al respecto es la STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, de fecha 22.1.1999, dictada en el recurso de casación núm. 3536/1995 (siendo ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Goded Miranda) cuando sobre dicha cuestión señala que: *"Ninguna de estas alegaciones se formuló en el proceso de instancia, en que la demanda basó la defensa del actor en la vulneración del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras y en la infracción del principio "non bis in idem", así como en la gravedad de la sanción impuesta, que entendía no se ajustaba al principio de proporcionalidad. Se trata pues de cuestiones nuevas, que no fueron planteadas en la instancia, no habiéndose sometido al principio de contradicción en relación con las facultades de alegación y prueba que las partes tienen en el proceso de instancia, por lo que no pueden ser alegadas ahora en casación, recurso de carácter extraordinario cuya finalidad es revisar la adecuación al ordenamiento de las declaraciones contenidas en la sentencia impugnada, cuando se hace valer por el cauce del número 4º del artículo 95.1."* En los mismos términos se pronuncia la STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de fecha 10.12.2001, dictada en el recurso. 264/2001 (Pte: Murgoitio Estefanía, Luis Javier) cuando señala que: *<<Tanto la cuestión sobre la aplicabilidad de la Ley 18/1.997, 21 de noviembre EDL 1997/26567, como la relativa a la quiebra del principio de presunción de inocencia, participan en buena medida de una condición común, que es al de constituir cuestiones nuevas no planteadas en su día en el escrito rector del proceso en la instancia - Folios 40 a 47-. Esto es directamente aplicable al primero de tales puntos, e indirectamente al segundo, que si bien fue ya objeto de exposición por el actor en el escrito de conclusiones de los folios 350 a 352 de*

los autos, quedaba asimismo fuera del normal contenido de la sentencia dictada en la instancia. -artículo 65.1 LJCA EDL 1998/44323 -.

Frente a ellas es de decir necesariamente que si no cabe actuar la pretensión impugnatoria de la sentencia de instancia sin empleo de alegaciones, tampoco cabrá cuestionar la misma desde pretensiones, temas litigiosos o planteamientos que no han sido suscitados en la primera instancia ni han quedado comprendidos en el ámbito de congruencia en el que la respuesta jurisdiccional se ha debido producir de acuerdo con los artículos 33 EDL 1998/44323 y 67.1 LJCA EDL 1998/44323 .

La jurisprudencia es también en este punto abrumadora y como nos dice, entre otras, la STS. de 10 de noviembre de 1.998 EDJ 1998/30860 , "es en relación con ese temario, razonado en la sentencia, con el que debían producirse las alegaciones apelatorias; mas estas, no obstante, no se atienden estrictamente a tal pauta, sino que se hacen en parte planteamientos nuevos, distintos de los de la instancia, y, como tales, inaccesibles a la apelación, según constante jurisprudencia, olvidando que dicho recurso no tiene como objeto directo el acto, cuya impugnación lo es del recurso contencioso-administrativo, sino la impugnación de la sentencia, debiendo ser esta el blanco de las críticas de la parte apelante, y ello, respetando la relación entre la sentencia y las alegaciones en ella enjuiciadas".>>

Aplicando tales criterios al caso de autos resulta que la Administración demandada, hoy apelante, en su escrito de contestación a la demanda se limitó a argumentar como oposición a la demanda, que en el presente caso no se había iniciado el procedimiento por falta de dinero o presupuesto, y que por ello no se instó informe de subvencionalidad al no existir procedimiento, y que por tal motivo considera que no cabía aplicar el art. 84 de la Ley 30/1992. Sin embargo dicha parte en su condición de apelante, modifica su discurso y las causas que esgrime para apoyar sus pretensiones, y ahora denuncia que la entidad ASOPIVA, constituye una asociación sin ánimo de lucro, de naturaleza jurídico-privada, que al haber sido seleccionada por la Orden de 8 de abril de 2.002 de la Consejería de Agricultura y Ganadería como grupo de Acción Local de Castilla y León, para la iniciativa comunitaria de desarrollo rural Leader Plus (2000-2006), ello no le atribuye el ejercicio de potestades públicas sino de actuaciones privadas bajo la tutela inspectora de la Junta de Castilla y León, motivo por el cual la actuación de dicha Asociación no supone el sometimiento al Derecho Administrativo sino al régimen jurídico específico resultante del Convenio de Colaboración firmado al efecto; y añade que por ello la sentencia de instancia incurre en un defecto por cuanto que enjuicia la resolución de 19.11.2003 mediante la aplicación de las normas del Derecho Administrativo, cuando este derecho resulta inaplicable al procedimiento de gestión de fondos que tramita la entidad ASOPIVA.

Este cambio de discurso y el hecho de que la apelante esgrima mencionadas causas nuevas para atacar la sentencia, cuando las mismas no las esgrimió pudiendo hacerlo en la instancia es lo que lleva a desestimar de plano tales motivos de impugnación de conformidad con lo que resulta del criterio Jurisprudencial expuesto...>>."

Por tanto, no puede ser objeto de estudio en este momento, sin perjuicio de la trascendencia que pudiese tener para resolver respecto de las demás cuestiones planteadas.

TERCERO.-Por lo que se refiere, y de mayor trascendencia para la resolución de este pleito, respecto de si procede aplicar o no procede aplicar lo recogido en el art. 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000, teniendo en cuenta que se trata de un extranjero con autorización de residencia permanente, esta Sala ha venido recogiendo en las últimas sentencias la influencia que ha tenido, en la interpretación de este precepto en relación con el art. 57.2, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2.003, realizada a través de la Ley Orgánica 2/2009. Esta Sala recientemente se ha pronunciado en un supuesto de un residente de larga duración, en sentencia de fecha once de mayo de dos mil doce, dictada en el recurso de apelación 27/2012, de la que ha sido Ponente Don Eusebio Revilla Revilla, en la que se recoge también el criterio seguido por anteriores sentencias en las que se trataba igualmente de expulsiones de residentes de larga duración, de la siguiente manera:

“Y para clarificar los términos en que se ha planteado el presente debate, además de dar por reproducidos los criterios jurisprudenciales expuestos en la sentencia de instancia y sobre todo el reiterado criterio que sobre la interpretación y aplicación del art. 57.2 de la L.O. 4/2000 ha venido haciendo esta Sala (y que es sobradamente conocido por las partes) es preciso igualmente recordar que sobre una cuestión similar, aunque no totalmente idéntica, por cuanto que se refiere a la expulsión de residentes de larga duración por aplicación del citado art. 57.2 (situación de residencia de larga duración que al menos formalmente no se da en el caso de autos), se ha pronunciado tanto esta Sala en sus sentencias de fecha 16.12.2011 dictada en el recurso de apelación 222/2011 y de fecha 30.3.2012 dictada en el recurso de apelación 13/20121 como también la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Valladolid, de este mismo TSJCyL de fecha 20.4.2012, dictada en el recurso de apelación núm. 703/2011, la cual en su fundamentación jurídica recoge diferentes pronunciamientos realizados sobre esta cuestión y lo expone y desarrolla con el siguiente tenor, que a continuación transcribimos pese a su extensión por resultar de interés:

<<Por otro lado, el artículo 57.5 en su redacción anterior a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establecía que “La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54, letra a) del apartado 1 –es decir, “Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”-, 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 tras dicha modificación, vigente desde el 13 de diciembre de 2009, dispone que “La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:...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". Esta modificación responde, por reconocimiento de la Exposición de Motivos de la L.O. 2/2009 –y dada la condena al Reino de España a la que seguidamente haremos referencia- a la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, entre otras, 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, cuyo artículo 26, párrafo primero, establece que los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva a más tardar el 23 de enero de 2006 e informar de ello inmediatamente a la Comisión.

En efecto, el incumplimiento de esta obligación dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (CE) Sala 5ª, nº C-59/2007, de 15 de noviembre de 2007, con la siguiente decisión:

"1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva. 2) Condenar en costas al Reino de España".

En lo que ahora interesa conviene significar que tras señalar el artículo 6 de la Directiva que "1. Los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública. Al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia. 2. La denegación contemplada en el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico", y el artículo 9 que "1. Los residentes de larga duración perderán su derecho a mantener el estatuto de residente de larga duración en los casos siguientes:...b) aprobación de una medida de expulsión en las condiciones previstas en el art. 12". Este precepto, relativo a la protección contra la expulsión, dispone que:

"1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico.

3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes:

- a) la duración de la residencia en el territorio;
- b) la edad de la persona implicada;
- c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia;
- d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

4. Una vez adoptada la decisión de expulsión, el residente de larga duración tendrá derecho a interponer los recursos jurisdiccionales o administrativos, legalmente previstos en el Estado miembro de que se trate.

5. Los residentes de larga duración que carezcan de recursos suficientes tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en que residan".

Asimismo, es muy expresivo, por contradictorio, el alegato de la Abogacía del Estado en defensa de su pretensión de que se desestimara el recurso promovido por la Comisión de las Comunidades Europeas, en el sentido, según relato de los antecedentes de la STJ, de que "9. Sin embargo, el Reino de España subraya que en el ordenamiento jurídico español está regulada ya la figura de la residencia permanente de los nacionales de terceros países. 10. Por una parte, el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que el estatuto de residencia permanente, que se obtiene cuando se haya gozado de una autorización de residencia temporal continuada por un período de cinco años, autoriza a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. Por otra parte, el artículo 57, apartado 5, de la misma Ley prevé que 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". O sea, la Abogacía del Estado quiso hacer valer ante el Tribunal de Justicia una interpretación del artículo 57.5 que aparentemente beneficiaba a todos los residentes permanentes y según la cual la expulsión se les aplicaría "solamente... 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", obviando, sin embargo, la automaticidad en la aplicación de la expulsión que la Administración viene sosteniendo ante la previa condena penal a que se refiere el artículo 57.2.

Así las cosas, la STSJ de Castilla y León, sede en Burgos, Sección 1, de 16 de Diciembre del 2011, trata la cuestión litigiosa señalando que:

"La redacción dada a este artículo 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000, por la Ley Orgánica 2/2009, es de especial trascendencia por cuanto que se realiza, a través de la misma, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2003/109/CE, si bien considerando la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre; que añade que "merece destacarse la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública" (art. 6). Asimismo, la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001), contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de "condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año" (art. 3). Es, por tanto, lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH caso Abdulaziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996: ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 4)", añadiendo la STSJ de Castilla y León, sede en Burgos que venimos citando, que "Transpuesta la Directiva a nuestro derecho por la Ley Orgánica 2/2009, se debe atender a los efectos que procede conferir al art. 57, en sus puntos 2 y 5, para considerar que la finalidad pretendida por la directiva ha sido recogida por la legislación interna de España. En este sentido, la Directiva exige "una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública" para que una persona que tenga reconocida una residencia de larga duración pueda ser expulsada. Conforme a lo recogido por nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia anteriormente expresada, se debe considerar una amenaza real y suficientemente grave el hecho de haber cometido un delito de cierta gravedad, remitiéndose precisamente a un delito castigado con pena superior a un año, por lo que es aplicable directamente lo dispuesto en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 para considerar que realmente se produce una amenaza real y suficientemente grave, sin que sea preciso que se haya cometido una infracción de las recogidas en el art. 54.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000 en sentido estricto, y ello porque sin duda es más grave realizar una conducta constitutiva de delito de cierta gravedad, que realizar una conducta que sólo es constitutiva de una infracción administrativa, como las recogidas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, a la que también se remite dicho artículo 54.1.a)", y aunque esta sentencia concluye con la desestimación del recurso contencioso-administrativo ello no es por aplicación automática del artículo 57.2 sino por apreciar la existencia en el caso concreto de una amenaza real y suficientemente grave para el orden público unido a que "tiene pocos vínculos con este país, pues el domicilio que legalmente tiene establecido se encuentra muy lejos. A esta circunstancia cabe añadir que no se acredita trabajo que haya venido realizando con anterioridad a adoptarse la medida de expulsión, lo que evidencia un nulo arraigo laboral. Tampoco se acredita un arraigo social, y no puede considerarse suficiente el hecho de que conviva con sus dos hermanos y que haya adquirido una vivienda frente a la gravedad del delito, muy superior a la gravedad que pueda suponer el orden público y la seguridad ciudadana a que se refiere la Ley Orgánica 1/92. Tampoco se acredita adecuadamente un domicilio estable... Concorre sobradamente la causa de expulsión adoptada por la administración en la resolución impugnada, sin que se aprecie error alguno en la sentencia dictada, que es objeto de apelación, y sin que se pueda apreciar la concurrencia de circunstancias de las previstas en el art. 57.5.d) de la LO 4/2000, que recoge las comprendidas en el número 3 del artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE. Por lo que procede mantener la expulsión acordada por la resolución administrativa".

Por otro lado, la STSJ de Cantabria, Sección 1ª, de 23 de diciembre de 2011, señala que: "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... (omitimos transcribir

estos preceptos para evitar reiteraciones). 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, Bouchereau, 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/Países 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/Países 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 EDL1992/14544 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.

Conclusión que conlleva la estimación parcial del recurso. Apreciando causa de anulabilidad por ausencia de la valoración de las circunstancias personales y de los hechos por los que fue condenado el recurrente, necesaria para motivar la decisión de expulsión en cuanto residente de larga duración, este defecto resulta subsanable. Y en consecuencia, procede retrotraer las actuaciones para que por la Administración se valoren éstas de conformidad con el precepto invocado y la jurisprudencia comunitaria y resuelva en consecuencia".

Compartiendo en lo esencial las consideraciones contenidas en ambas sentencias –discrepamos del sentido subsanador del fallo- la interpretación sistemática y teleológica de la normativa aplicable a los extranjeros que tienen reconocida la residencia permanente, hoy residentes de larga duración, nos conduce a lo siguiente:

a) El supuesto contemplado en el artículo 57.2 de la LOEx ("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") puede erigirse en causa de expulsión de los extranjeros que tengan reconocida la residencia permanente, hoy residentes de larga duración, siempre que su conducta personal constituya además una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y así se fundamente en la resolución, sin que pueda justificarse por razones de orden económico.

b) Antes de adoptar la decisión de expulsión la Administración deberán tomar en consideración los elementos siguientes: la duración de la residencia en el territorio; la edad de la persona implicada; las consecuencias para él y para los miembros de su familia; y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

El incumplimiento de estas exigencias en el caso que nos ocupa nos lleva a anular la Resolución impugnada por falta de motivación y justificación de la expulsión acordada en función de la normativa que es aplicable, y ello por cuanto en un procedimiento de esta naturaleza la Administración no puede suplir la falta de motivación y de prueba durante el juicio, según constante jurisprudencia. Así, el proceso judicial no puede ser utilizado por la Administración para ejercer sus potestades sancionadoras ni para subsanar vicios, omisiones o vulneraciones de derechos de la fase previa (SSTC 59/2004) ni por el órgano judicial para ejercitarlas por aquélla (SSTC 161/2003, 193/2003)>>.

Igualmente hemos de reseñar que esta Sala en su sentencia de 30.3.2012 dictada en el recurso de apelación 13/2012, y también en relación con un residente de larga duración, se ha pronunciado con el siguiente tenor (aunque al final con un pronunciamiento distinto al dictado en la sentencia de 16.12.2011 dictada en el recurso de apelación núm. 222/2011):

"Transpuesta la Directiva a nuestro derecho por la Ley Orgánica 2/2009, se debe atender a los efectos que procede conferir al art. 57, en sus puntos 2 y 5, para considerar que la finalidad pretendida por la directiva ha sido recogida por la legislación interna de España. En este sentido, la Directiva exige "una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública" para que una persona que tenga reconocida una residencia de larga duración pueda ser expulsada. Conforme a lo recogido por nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia anteriormente expresada, se debe considerar una amenaza real y suficientemente grave la conducta que ha sido tenida en cuenta para adoptar la expulsión.

Si bien es cierto que, a pesar de la extraña redacción dada por esta Ley Orgánica 4/2000, debe considerarse la comisión de un delito como más grave que la comisión de una infracción administrativa, como son las previstas en la Ley Orgánica 1/92, pero, en este caso concreto, no puede considerarse que estemos ante un supuesto de amenaza real y efectiva, puesto que se le ha concedido la remisión condicional y ha transcurrido (a esta fecha) el plazo impuesto, por lo que denota una ausencia de peligrosidad. Además, no es razonable que proceda la expulsión de persona que goza de residencia de larga duración por la comisión de un delito cuando se encuentra en situación de remisión condicional de la pena, y sin embargo se le pueda conceder la renovación de la residencia temporal, como establece el artículo 54.9 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ("9. Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en esta sección, excepto el recogido en el apartado 1.b) del artículo anterior. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena").

Ello sin perjuicio del tiempo que lleva el aquí recurrente-apelante en España, de que en España residen su hija y su madre, de que ha comprado una vivienda, de su informe de vida laboral y de que consta que actualmente se encuentra dado de alta como autónomo en la actividad de "comercio al por menor en establecimiento.

Ante todas estas circunstancias, y, sobre todo, ante la existencia de un delito por el que se le ha impuesto la pena mínima, habiéndose acordado la suspensión del cumplimiento de la condena y habiendo obtenido la remisión definitiva de la misma (así consta al folio 69 de las actuaciones), no procede imponer la expulsión al aquí recurrente apelante>>.

A la vista de lo expuesto no ofrece ninguna duda que la interpretación y aplicación del supuesto y de la expulsión contemplada en el art. 57.2 de la L.O. 4/2000 no solo debe verificarse en el contexto y sistemática de dicha Ley, sino que también y sobre todo cuando el expulsado se trata de un extranjero con residencia permanente o de larga duración, es decir del supuesto contemplado en el art. 57.5.b) de la citada Ley, debe aplicarse en el contexto de la normativa comunitaria reseñada y de las directrices jurisprudenciales del TJCE, y ello como consecuencia de la aplicación de los principios de efecto directo y de primacía que se predica del Derecho Comunitario en relación con el Derecho interno, y más aún cuando, como ocurre en el caso de autos ya ha vencido el plazo para transcribir la directiva 2003/109/CE,

del Consejo, de 25 de noviembre de 2.003, y cuando el propio legislador reconoce en la Exposición de Motivos de la L.O. 2/2009 que modifica la L.O. 4/2000, que aquella Ley también se dicta para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico mencionada directiva; queremos decir con esto, que si la trasposición de dicha directiva se hubiera realizado de forma imprecisa o defectuosa por el legislador español en esta cuestión de los residentes de larga duración no existiría obstáculo legal alguno para que los tribunales nacionales pudieran aplicar dicha directiva y ello como consecuencia del efecto directo que se reconoce a la misma tanto en el Derecho Comunitario como por diferentes sentencias del TJCE, en concreto en la sentencia Pretore de Saló de 11.6.1987, en la sentencia Francovich, de 19.11.1991, en la sentencia Simmenthal, de 9.3.1978, en la sentencia Fratelli Costanzo, de 22.6.1989.

Por otro lado, resulta evidente que el criterio aquí expuesto en orden a la interpretación que debe hacerse del art. 57.2 en relación con el art. 57.5.b), ambos de la L.O. 4/2000, introduce alguna matización, también cierta modificación o incluso rectificación en alguno de los extremos y consideraciones jurídicas expuestas por esta Sala en la sentencia de fecha 22.10.2010, y que ha sido trascrita por la sentencia de instancia, y que este Tribunal ha reiterado en otras muchas sentencias, pero la presente modificación de criterio en relación con los residentes de larga duración o de residencia permanente viene motivada y justificada en la aplicación de los criterios normativos del derecho comunitario antes dichos y de los criterios jurisprudenciales reseñados.

En el supuesto presente, nos encontramos con una persona que ha sido condenada por sentencia de fecha 18 de mayo de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, por un delito de lesiones a la pena de dos años y seis meses de prisión, por un delito de lesiones por imprudencia a la pena de tres meses de prisión y por un delito contra la administración de justicia a la pena de un año de prisión y multa de seis meses, además de las penas accesorias. Los hechos por los que fue condenado el aquí apelante ocurrieron el día 1 de mayo de 2004 (respecto de los dos primeros delitos) y el día 4 de mayo del mismo año, según se recoge en la propia sentencia penal; además se considera en la resolución sancionadora la detención realizada el día 2 de mayo de 2004 (como consecuencia de los dos primeros delitos cometidos) y el día 13 de septiembre de 2007 por reclamación judicial. No constan otros motivos por los que se haya acordado la expulsión, y el aquí recurrente-apelante acredita que reside en España con su madre española, que llegó a España cuando tenía 16 años, que ha realizado algunos estudios de secundaria y programas de garantía social de iniciación profesional en España, que ha trabajado cotizando durante 1098 días desde el año 2002, hasta el año 2009 (folios 34 y 35 de las actuaciones) y manifiesta que en su país no tiene arraigo alguno pues murió su padre; a ello se ha de añadir que también se alega en el expediente administrativo una enfermedad mental, que recoge la sentencia de la Audiencia Provincial en la que se expresa que se le diagnosticó un cuadro psicótico sin etiquetar el día 22 de septiembre de 2004 (último párrafo de los Hechos Probados) y que en las actuaciones aporta informe médico con alguna mayor precisión, constando el reconocimiento de alguna discapacidad o dependencia, indicándose un 65,0 grado de discapacidad (folio 38 de las actuaciones).

Ninguna de estas circunstancias se han tenido en cuenta, ni considerado por la resolución administrativa impugnada, que simplemente las ha rechazado porque dice que no es aplicable el art. 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000. Y que por este mismo motivo no se ha considerado la práctica de la prueba propuesta por el recurrente. Esto evidentemente nos lleva a la ineludible necesidad de anular la resolución impugnada, por falta de motivación y de posibilidad de proponer y practicar prueba; ahora bien, no es preciso acordar la retroacción de actuaciones si de las pruebas que constan en las actuaciones se pueden tener en cuenta y analizar todas estas circunstancias a las que se refiere el artículo 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000, así como a tener en cuenta y fundamentar adecuadamente la peligrosidad de esta persona en atención a su comportamiento, como exige la Directiva traspuesta por la Ley Orgánica 2/2009.

Es indudable que los delitos por los que ha sido condenado y las penas impuestas denotan una peligrosidad, una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública; si bien, esta amenaza no puede considerarse actual, puesto que ocurrieron los hechos en mayo de 2004 y no se acredita que con posterioridad haya cometido delito alguno, siendo todos los hechos circunscritos respecto de una misma actividad realizada en un breve período temporal (tres días); por lo que, no apreciándose una actuación posterior contraria al orden público o la seguridad pública, no puede entenderse y considerarse como actual esta amenaza. Además a esta circunstancia procede añadir que ha trabajado, estando dado de alta en la Seguridad Social durante 1098 días, lo que demuestra un arraigo laboral. Por otra parte, en España reside junto con su madre y consta que su madre es viuda (según figura en el libro de familia de la misma), por lo que lo manifestado por el recurrente de que su padre ha muerto es creíble; lo que acredita la inexistencia de vínculos con su país de origen. Por otra parte, consta que reside en España desde el año 1999, y así se apreciaba del "Libro de Escolaridad de la Enseñanza Básica" del mismo. Este mismo libro también acredita que llegó a España muy joven, a los 16 años. Todas estas circunstancias demuestran su total integración en España, su falta de arraigo con su país de origen y un arraigo familiar y laboral en nuestro país; que añadido al hecho de que realmente la amenaza contra el orden público o la seguridad no es actual, llevan a la ineludible consecuencia de que no procede la expulsión por aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, por encontrarnos en la necesidad de aplicar el número 5 de este artículo 57.

En consecuencia, se estima el recurso de apelación interpuesto y se declara la nulidad de la resolución administrativa impugnada

ÚLTIMO.-Respecto de las costas, al estimarse el recurso interpuesto y conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la ley 29/98, de 18 de julio, no procede la imposición de costas, respecto de las causadas en esta apelación, a ninguna de las partes.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente

FALLO

Que se estima el recurso de apelación registrado con el número 136/2012, interpuesto por el ciudadano brasileño D. xxxxxxxx con NIE: xxxxxxxx, contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2012, dictada en el Procedimiento Abreviado 231/2011 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos, por la que se acuerda desestimar la demanda presentada contra la resolución de fecha 25 de mayo de 2011 de la Subdelegación del Gobierno en Burgos, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 5 de abril de 2011, por la que se acuerda la expulsión del ciudadano brasileño D. Rogerio Rodrigues Correia, con NIE: X3393342Z, del territorio nacional con prohibición de entrada por un período de 10 años, lo que conlleva la extinción de la residencia permanente concedida el 16 de agosto de 2006; y, en virtud de esta estimación del recurso, se revoca la sentencia y se dicta otra por la que se anulan las resoluciones administrativas impugnadas, dejándolas sin efecto.

No procede hacer especial imposición de costas respecto de las causadas en esta apelación.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Dese el destino legal al depósito consignado para la interposición de este recurso de apelación.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución para ejecución y cumplimiento.

Así lo acuerdan y firman los Illmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.