

ALICIA BARBANY CAIRO		Referencia	12/7092
Cliente	MOHAMED		
Letrado	BENET SALELLAS VILAR		
Procedimiento	505/12 Sección 2ª de lo Contencioso Administrativo		
Notificación	15/10/2013	Resolución	08/10/2013
Procesal			

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA**

Recurso de apelación contra sentencias nº 505/2012  
Partes: MOHAMMED  
C/ SUBDELEGACIÓ DEL GOVERN A GIRONA

**S E N T E N C I A N º 693**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**Doña Montserrat Figuera Lluch  
Don Héctor García Morago  
Doña María Mercedes Delgado López**

En la ciudad de Barcelona, a ocho de octubre de dos mil trece.

**VISTOS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA (SECCIÓN SEGUNDA)**, constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente sentencia en el rollo de apelación nº 505/2012, interpuesto por MOHAMMED , representado por la Procuradora de los Tribunales ALICIA BARBANY CAIRO y asistido de Letrado, contra la SUBDELEGACIÓ DEL

GOVERN A GIRONA, representada y defendida por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña María de las Mercedes Delgado López, quien expresa el parecer de la Sala.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado Contencioso Administrativo 1 de Girona dictó en el Procedimiento abreviado nº 132/2012, la Sentencia nº 193/2012, de fecha 5 de julio de 2012, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "PRIMER.- DESESTIMAR el recurs contenciós administratiu.

SEGON.- Imposar a la part recurrent les costes del present procediment."

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal previo emplazamiento de las partes, siendo parte apelante MOHAMMED y apelada SUBDELEGACIÓ DEL GOVERN A GIRONA.

**TERCERO.-** Desarrollada la apelación se señaló día y hora para votación y fallo, que ha tenido lugar el día 6 de septiembre de 2013.

**CUARTO.-** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de apelación la Sentencia de fecha 5 de julio de 2012, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo num. 1 de Girona, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el ciudadano marroquí D. Mohammed , contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Girona de fecha 25 de enero de 2012 que decretó la expulsión con prohibición de entrada en España por un período de 3 años, por infringir el art. 57.2 de la L.O. 4/2000, reformada por L. O. 8/2000, sobre derechos y libertades de los

Extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la ley 14/2003 de 20 de noviembre, reformada por LO 2/2009 y RD 2393/2004 de 30 de diciembre, al haber sido condenado a pena privativa de libertad superior a un año.

La sentencia recurrida confirmó la orden de expulsión, al entender que concurrían las circunstancias descritas en el precepto indicado, al haber sido condenado por sentencia firme de 11 de noviembre de 2010 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Girona a la pena de 2 años y 6 meses de prisión por delito continuado de robo con fuerza con la agravante de reincidencia, sin que estos antecedentes hayan sido cancelados, señalando además en cuanto al permiso de residencia de larga duración otorgado, después de transcribir el art. 57.5 de la Ley que, que no aparece ninguno de los datos referidos en el precepto que pueda no hacer necesaria la expulsión acordada.

La representación procesal de D. Mohammed , alega en el recurso de apelación interpuesto que se incurre en falta de motivación e incongruencia en la sentencia impugnada, lo que vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva sancionado en el art. 24 de la CE y ello sobre las siguientes consideraciones: que no se indica en la sentencia porque no concurre el arraigo alegado o las circunstancias excepcionales manifestadas en el escrito de demanda; que no se ha contestado a la caducidad del procedimiento alegada en la instancia; tampoco se ha pronunciado sobre la necesidad de tramitar el expediente por la vía de urgencia; no se pronuncia sobre la falta de motivación de la resolución administrativa recurrida por basarse en un modelo preexistente; falta de motivación por aplicar la medida excepcional de expulsión en lugar de multa; que existe una falta de valoración de las circunstancias excepcionales concurrentes como son el permiso de residencia permanente y la situación de arraigo, así como vulneración del art. 8 del TEDH, la falta de valoración de razones humanitarias, del principio non bis in idem y del principio de reeducación y reinserción social, finalmente alega la vulneración de la doctrina de los actos propios. A continuación desarrolla en su escrito de recurso cada una de las causas indicadas para reclamar finalmente que se revoque la sentencia impugnada y se dicte otra resolución que estime la falta de motivación alegada así como la indefensión provocada, revocando la orden de expulsión.

El Abogado del Estado se opone al recurso interpuesto, al considerar que se ha realizado una adecuada ponderación en la valoración de datos resultantes del expediente

administrativo sin que hayan resultado desvirtuados

**SEGUNDO.-** En relación con la incongruencia de la sentencia impugnada, la STS 399/2010, 21 de noviembre de 2012, entre otras, señala lo siguiente:

*"En respuesta a la posible incongruencia padecida por la sentencia, parece oportuno recordar que "La apreciación de la incongruencia omisiva con relevancia constitucional, como generadora de la indefensión proscrita por el artículo 24.2 de la Constitución, exige distinguir entre las meras alegaciones vertidas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas pero, respecto de las segundas, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor si bien es posible la desestimación tácita de la pretensión cuando la respuesta puede deducirse del conjunto de los razonamientos de la decisión. Así lo hemos mantenido, entre otras muchas, en nuestra STS de 13 de junio de 2010 (Rec. Cas. 1594/2007).*

*En este sentido, desde la STS de 5 de noviembre de 1992, esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia o incongruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. Argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposiciones que se han planteado ante el órgano jurisdiccional".*

En relación a la motivación, es doctrina del Tribunal Constitucional, recogida entre otras muchas en la sentencia 36/2006, y de este Tribunal Supremo, recogida también entre otras muy numerosas en la sentencia de 23 de febrero de 2010 (recurso 1760/08), que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan

tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, y que lo determinante es que la resolución judicial exprese los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, que explique de forma suficiente la razón de decidir.

Teniendo en cuenta la anterior doctrina, hemos de indicar que, en términos generales, la sentencia impugnada ni resuelve todas las cuestiones planteadas por la apelante en su recurso ni da una respuesta explícita a todas las pretensiones formuladas, pues así se observa con su mera lectura, donde no se tratan la mayoría de los asuntos planteados por la recurrente, como es el tema de la caducidad del procedimiento, la justificación del procedimiento preferente para tramitar el expediente, no se explicita las razones por las que no se entiende que concurren las circunstancias excepcionales que alega, salvo una referencia genérica del todo insuficiente, tampoco se pronuncia sobre la falta de motivación de la resolución administrativa impugnada ni sobre la falta de motivación en aplicar una medida excepcional de expulsión en lugar de multa, en definitiva, se trata de una resolución que, a todas luces, padece los vicios reclamados y que por consiguiente infringe el derecho a la tutela judicial efectiva pues el juez "a quo" no ha cumplido -como señala la STC 118/2006- con el deber de motivación de la resoluciones judiciales, constituyendo una garantía esencial para el justiciable a fin de que éste pueda comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, sin que tampoco haya resuelto todo lo que era objeto de debate, lo que da lugar a estimar, en este sentido, los motivos aducidos por la apelante de falta de motivación e incongruencia omisiva de la sentencia, debiendo entrarse por esta Sala a resolver las diversas cuestiones planteadas.

**TERCERO.-** En primer lugar, nos referiremos a la alegación sobre la falta de motivación de la resolución administrativa impugnada que estimamos no concurre en el presente caso. Conviene recordar, a estos efectos, que la jurisprudencia reiterada declara que la Administración Pública, mediante la motivación de sus actos, ha de permitir comprobar que su actuación merece la conceptualización de objetiva, por adecuarse al cumplimiento de sus fines. Los actos administrativos que no cumplan con este requisito incurren en causa de anulabilidad por insuficiente motivación (STS de 27 de enero de 2003, con remisión a otras anteriores de 21 de septiembre de 1990, 12 de enero de 1998, 14 de enero de 1998, 3 de febrero de 1998, 11 de mayo de 1998 y 13 de julio de 1998). Por lo que a la falta de motivación se refiere, es lo cierto que el Tribunal Supremo, en Sentencia, entre otras muchas, de 7 marzo 1991, ha señalado que no se precisa que los

actos administrativos que hayan de ser motivados contengan una prolija enumeración de todos los argumentos en los que la Administración Pública base su decisión, sino que bastará con una sucinta referencia a los hechos y los fundamentos de derecho en los que se apoye. Siendo que conforme a lo establecido en el artículo 63.2 de la LPAC, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión, es de ver si en el caso de autos se ha visto limitado el derecho a la defensa del recurrente por la falta de motivación de la resolución que fue objeto del recurso de los presentes autos. Y, así, la resolución rebatida se considera sucinta y suficientemente motivada en cuanto permite conocer al recurrente las razones por las que se le impuso la expulsión del territorio nacional y las circunstancias que concurrían en el caso para no tener en cuenta las alegaciones formuladas por el recurrente para pretender sustituir la expulsión por la sanción de multa, teniendo en cuenta toda la tramitación del expediente, permitiéndole con ello la defensa en vía administrativa y en vía judicial. En ese sentido, vemos como el Tribunal Supremo admite, y así lo explicita claramente en su Sentencia de 27 de mayo de 2008, la motivación "*in aliunde*" a partir del expediente administrativo en cuanto a la procedencia de la sanción de expulsión del extranjero infractor.

Lo anterior resulta extensible a la alegación de la recurrente sobre la falta de motivación en relación a la utilización del procedimiento preferente para tramitar la expulsión, procedimiento al cual ya se hizo mención en la propuesta de resolución que consta en el expediente administrativo de fecha 14 de diciembre de 2011, en el que se refiere explícitamente al art. 234 del RD 557/2011, de 20 de abril, precepto en que se regula los supuestos de aplicación del procedimiento preferente, entre los cuales se encuentra el relativo al art. 57.2 de la LO 4/00, por lo que no puede hablarse de falta de motivación según lo indicado pues se trata del cumplimiento de las prescripciones legalmente establecidas, como tal y como también se desprende de lo dispuesto en el art. 63 de la Ley 4/2000.

**CUARTO.-** En cuanto a la caducidad del procedimiento, el artículo 225 del RD 557/11, de 20 de abril, señala que: "*1. El plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución que resuelva el procedimiento será de seis meses desde que se acordó su iniciación, sin perjuicio de lo dispuesto para el procedimiento simplificado en el artículo 238.*

*Transcurrido dicho plazo sin haberse resuelto y notificado la expresada resolución*

*se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el órgano competente para dictar la resolución, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable a los interesados o en aquellos supuestos en que se hubiese acordado su suspensión”.*

La recurrente afirma que se ha producido la caducidad del procedimiento porque iniciado el mismo en fecha 10 de agosto de 2011, no se ha procedido a la notificación de la resolución hasta el 15 de febrero de 2012, por lo que ha transcurrido el plazo de 6 meses establecido en dicho precepto y procede el archivo del expediente.

No podemos aceptar las conclusiones consignadas por dicha parte recurrente por cuanto de las actuaciones resulta que iniciado el expediente en fecha 10 de agosto de 2011, se dictó la resolución definitiva el 25 de enero de 2012, siendo notificada al Letrado de la parte recurrente en fecha 30 de enero de 2012 e intentada la notificación personal al mismo en fecha 1 y 2 de febrero de 2012 en el domicilio indicado por el recurrente, no fue encontrado nadie, por lo que fue devuelto el oficio por la Policía, siendo posteriormente notificado el 15 de febrero de 2012.

A estos efectos, el art. 58.4 de la Ley 30/92 indica que *“Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado”*. En relación con este precepto, la STS de 17 de noviembre de 2003, RCA en interés de ley 128/02, fija la siguiente doctrina legal:

*“Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley*

*30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente".*

De conformidad con dicha doctrina legal, constando debidamente acreditado en el expediente el intento de notificación personal infructuoso dentro del plazo máximo establecido, no cabe apreciar la caducidad del procedimiento de expulsión.

**QUINTO.-** El resto de alegaciones contenidas en el recurso contencioso administrativo que se reiteran en el de apelación, pueden ser resueltas de forma conjunta. Nos referimos a las cuestiones suscitadas en torno al principio de legalidad y proporcionalidad de la sanción de expulsión impuesta, la falta de valoración de las circunstancias excepcionales concurrentes como son el arraigo y la residencia de larga duración de la que goza el apelante de conformidad con lo dispuesto en el art. 57.5 LOE, la vulneración del art. 8 del TEDH al considerar que la expulsión como medida desproporcionada respecto del derecho a la vida privada y familiar, la falta de valoración de razones humanitarias al no poder ser asistido de la grave adicción que padece, la infracción del principio non bis in idem y del principio de reeducación y reinserción social al no haberse orientado el cumplimiento de la pena a la finalidad resocializadora, así como de la doctrina de los actos propios por haberse renovado el permiso de residencia permanente pese a existir ya propuesta de expulsión.

En primer lugar, no puede ser apreciada la vulneración del principio de "non bis in idem " pues como recuerda la *STS de 19-11-2002*, "una cosa es que el actor haya traficado con droga, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad, y otra cosa es que su derecho a residir en España, que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden intereses públicos netamente diferentes (*STC 234/1991*). Que el actor haya cumplido la pena impuesta por la comisión de un delito, extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa sentencia condenatoria, no guarda relación ninguna con el dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la

pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley que regula ese derecho de residencia".

Por su parte, el *Tribunal Constitucional en la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre*, antes citada, ha excluido la vulneración del principio non bis in idem aducida por el recurrente afirmando que:

"Al margen pues de la naturaleza de la expulsión prevista en el *art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000*, lo determinante para rechazar la impugnación del precepto es la falta de identidad entre el fundamento de aquella medida y el fundamento de la sanción penal prevista en el mismo, que como se ha dicho constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem. El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la «causa de expulsión» que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. En este sentido, hemos declarado que la exigencia de un fundamento diferente requiere «que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de Ley). O, expresado en los términos de la *STC 234/1991, de 10 de diciembre*, no basta «simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio non bis in idem no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado" (F. 2)» (*STC 188/2005, de 4 de julio, F. 5*)."

Precisamente esa falta de identidad entre el fundamento de la medida de expulsión y

el fundamento de la sanción penal prevista en el mismo, que da lugar a la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes impide que pueda entenderse vulnerado el principio de reeducación y reinserción social, puesto que dicho principio está orientado al cumplimiento de la pena y no de la medida de expulsión impuesta al margen de la política criminal del Estado.

Sobre las demás cuestiones, hemos de señalar que esta Sala ya se ha pronunciado sobre un supuesto similar al examinado, sobre que "El art 57.2 LOEX establece que *"Asimismo constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados"*.

Este Tribunal había venido entendiendo hasta ahora que la medida de expulsión prevista en el art 57.2 LOEX carecía de naturaleza sancionadora, y de ahí había deducido la imposibilidad de aplicar en tal tesitura la ponderación de circunstancias que se contiene como un claro mandato en el art 57.5.b) LOEX para los supuestos de expulsión/sanción de ciudadanos extranjeros en posesión de una autorización de residencia de larga duración (léase: 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).

Sin embargo, al igual que lo han venido haciendo otras Salas de lo Contencioso-Administrativo (la de Extremadura, Sección 1ª, en sentencia de 25 de julio de 2013, recurso 65/2013; la de Canarias/Las Palmas, Sección 2ª, en sentencia de 11 de junio de 2013, recurso 319/2012; la de Andalucía/Sevilla, Sección 4ª, en sentencia de 26 de abril de 2013, recurso 552/2011; la de Cantabria, Sección 1ª, en sentencia de 24 de septiembre de 2012, recurso 112/2012; la de Castilla-León/Burgos, Sección 1ª, en sentencia de 11 de mayo de 2012, recurso 63/2012; y la de Aragón, Pleno, en sentencia de 30 de abril de 2012, recurso 427/2011, por citar las más significativas) esta Sala y Sección, tras un periodo de reflexión y de contraste de pareceres, ha considerado pertinente rectificar su posición tradicional sobre el asunto, para llegar a la conclusión de que la medida de expulsión prevista en el art 57.2 LOEX no les puede ser impuesta de forma automática a los ciudadanos extranjeros en posesión de una autorización de

residencia de larga duración. O lo que es lo mismo: no les puede ser impuesta sin una previa ponderación de circunstancias basada en las previsiones del art 57.5.b) LOEX. Sin perjuicio, claro está, de que la omisión de la susodicha ponderación en vía gubernativa, pueda verse corregida en sede judicial mediante el contraste de circunstancias realizado por el propio Tribunal.

En palabras de la primera de las sentencias citadas anteriormente (las negrillas serán nuestras):

*(...)II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.*

*(...)SEGUNDO .- Planteado el recurso de apelación en estos términos, preciso es comenzar recordando que es doctrina jurisprudencial pacífica de nuestros Tribunales Superiores de Justicia la que establece que el supuesto contemplado en el artículo 57.2 de la LO. 4/2000 no constituye una sanción, toda vez que no se impone por la comisión de una infracción administrativa, sino que es una "medida de expulsión", como la hemos definido en nuestra reciente STSJ de Extremadura de 02/07/2013, rec. 315/2012 o como también la califica la STS de 28/04/2011, rec. 32/2009 . Y si ello es así, ningún sentido tiene la alegación de que se le "vulnera el principio constitucional de presunción de inocencia, así como el principio in dubio pro reo, infringiendo también la regla general de la carga de prueba"(...)*

*(...)CUARTO .- En cuanto a las circunstancias alegadas ("Lleva 13 años en España, legales y dado de alta como trabajador por cuenta ajena, con permiso de residencia permanente y es padre de dos hijas españolas menores de edad que dependen económicamente de él"), la primera consideración a realizar es que "el artículo 57 no contempla la situación de arraigo como causa que pueda enervar la medida de expulsión" (STS de 28 de abril de 2011, rec. 32/2009).*

*Y al hilo de ello, la sentencia de instancia establece un total automatismo entre la condena penal a pena privativa de libertad superior a un año por una conducta dolosa y la medida de expulsión, conforme al criterio que esta Sala ha mantenido de forma pacífica desde hace años y que la STS mencionada expresa gráficamente diciendo que la imposición de la medida de expulsión es "imperativa" en éstos casos.*

*Sin embargo, la Sala entiende al día de hoy, y ello determina un cambio de*

*criterio, que tal automatismo puede conllevar una vulneración de lo establecido en 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 cuyo considerando 16 se establece que "los residentes de larga duración deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión", lo que se concreta posteriormente en el artículo 12 a cuyo tenor: "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". Nótese que el precepto habla de "decisión de expulsión", término éste que comprende, a nuestro juicio, tanto a la expulsión como "sanción" ( artículo 57.5 de la LO 4/2000) como a la expulsión como "medida" del artículo 57.2.*

*La primacía del Derecho Comunitario impone que el artículo 57.2 de la LO 4/2000 (cuya redacción, por cierto, data de la reforma llevada a cabo por la LO 8/2000, de 22 de diciembre y está vigente desde el 23/01/2001 y es por tanto anterior a la Directiva mencionada) deba ser interpretado en el sentido de que cuando estemos ante un residente de larga duración (y sólo en este caso), constituirá causa de expulsión la condena por una conducta dolosa a pena privativa de libertad superior a un año, siempre que tal conducta revele que el extranjero supone una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.*

*Seguimos así la línea argumental que han iniciado recientemente algunas Salas de otros Tribunales Superiores de Justicia en circunstancias análogas (valgan como ejemplo las sentencias de 23 de diciembre de 2011 y 11 de mayo de 2012, dictadas, respectivamente, por la Sección 1ª en ambos casos, de las Salas de Cantabria y Castilla-León/Burgos, en los autos 197/2011 y 63/2012).*

*Cuál sea la única solución justa, en el caso concreto, de esos conceptos jurídicos indeterminados depende de varios factores, destacadamente: el bien jurídico protegido por el delito cometido, la pena concreta impuesta y el relato de hechos probados de la sentencia penal, en cuanto expositor privilegiado de la conducta. Serán también tomados en consideración la existencia de otros antecedentes penales e incluso antecedentes policiales que permitan inferir la existencia de diligencia de instrucción en trámite. Finalmente, habrá que ponderar las circunstancias personales, familiares y sociales del condenado(...)"*

**TERCERO:** Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, debe revocarse la sentencia de instancia al no realizar una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en la parte apelante para acordar la anulación de la sanción impuesta, en la medida en que resultan de las actuaciones las circunstancias precisas para ello.

En el presente caso, si bien el actor ha sido condenado en sentencia firme de 11 de noviembre de 2010 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Girona a la pena de 2 años y 6 meses de prisión por delito continuado de robo con fuerza con la agravante de reincidencia, sin que estos antecedentes hayan sido cancelados, también hay que tener en cuenta que la sentencia se dictó de conformidad, aceptando y reconociendo el actor los hechos y la responsabilidad penal que se imputa, resultando que dicha pena fue suspendida por plazo de 4 años a condición de cumplir un tratamiento de desintoxicación que parece se está cumpliendo a tenor de la documental aportada, suspensión que de cumplirse finalizaría el 10 de noviembre de 2014. Además de esto, si tenemos en cuenta las circunstancias sociales, laborales y familiares que concurren en el actor, consistentes llevar residiendo en España mas de 10 años, la existencia de todos sus familiares residentes legales en España, el haber trabajado durante mas de 7 años según resulta de informe de vida laboral, el trabajo de voluntario realizado en diversas asociaciones debidamente acreditado, todo ello nos lleva a concluir que no es conforme a derecho la imposición de la expulsión al actor en la resolución administrativa impugnada.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 LJCA, no procede hacer imposición de las costas causadas en esta segunda y en primera instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### FALLAMOS

1º.- **ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 5 de julio de 2012 dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Girona, en el sentido de apreciar la existencia de falta de motivación e incongruencia omisiva de la sentencia recurrida.

2º.- **ESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el ciudadano marroquí D. Mohammed , contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Girona de fecha 25 de enero de 2012 que decretó la expulsión con prohibición de entrada en España por un período de 3 años, por infringir el art. 57.2 de la L.O. 4/2000, al haber sido condenado a pena privativa de libertad superior a un año, anulándose la sanción impuesta.

3º.- **NO EFECTUAR** imposición de las costas causadas en primera y en segunda instancia

Notifíquese la presente sentencia a las partes en la forma prevenida en la Ley, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, y llévase testimonio a los autos principales.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al presente procedimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.