

# JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE VITORIA - GASTEIZ(E)KO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 3 ZK.KO EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ 18-1ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004936  
Fax: 945-004941

N.I.G. P.V./ IZO EAE: 01.02.3-13/000533  
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN :01.059.45.3-2013/0000533  
Proced.abreviado / Prozedura laburtua 175/2013 - c

Demandante / Demandatza:  
Representante / Ordezkarria:

Administración demandada / Administrazio demandatza: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN ALAVA - NEGOCIADO DE  
EXTRANJEROS y ABOGADO DEL ESTADO  
Representante / Ordezkarria:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:  
FRENTE A RESOLUCION DE FECHA 16.05.13, DICTADA EN EXPEDIENTE DE EXTRANJERIA  
010020130001410 POR LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO.

## CEDULA DE NOTIFICACION

## JAKINARAZPEN ZEDULA

En el recurso contencioso - administrativo de referencia, se ha dictado la resolución que a continuación se reproduce:

Alpatutako administrazioarekiko auzi-errekurratza  
hurrengo ebazpena eman da.

## SENTENCIA Nº 217/2013

En Vitoria a 14 de noviembre de 2013

Vistos por mí, D<sup>a</sup>. Mónica Basurto Garrido, juez del Juzgado Contencioso Administrativo Nº3 de Vitoria, los precedentes autos del procedimiento abreviado 175/13 en los que son partes:

DEMANDANTE: U  
Aztiria.

Estado y representado por el letrado Sr.

**DEMANDADO:** Subdelegación del Gobierno de Álava asistido por el letrado Sr. Ferreras.

Versa la litis sobre impugnación de la Resolución de 16/5/2013 dictada por la Subdelegación del Gobierno de Álava en virtud de la cual se acuerda la expulsión de del territorio español con prohibición de entrada por espacio de 5 años.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El 26/6/2013, D. [ ] interpone ante este tribunal demanda de procedimiento abreviado contra la Subdelegación del Gobierno de Álava alegando los hechos en que se basa, con los correspondientes fundamentos de derecho que ha tenido por conveniente y suplicando se dicte sentencia por la que estimándose la demanda se decrete lo interesado en el suplico de la misma.

**SEGUNDO.** En fecha 2/9/2013 se dicta decreto admitiendo a trámite la demanda, se da traslado de la misma a la parte demandada y se cita a las partes con las advertencias legales oportunas a la celebración de la vista el día 14/11/2013.

**TERCERO.** En el día de hoy se ha celebrado la vista con la asistencia de las partes en la forma indicada en el encabezamiento.

En la vista, la actora se ratificó en la demanda y la demandada contestó oponiéndose a la misma. Tras la propuesta, admisión, práctica y valoración de la prueba obrante en autos quedaron los mismos vistos para sentencia.

Del juicio se procedió a la grabación de la vista.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. D.** interpone demanda contenciosa contra la Subdelegación del Gobierno de Álava en la que interesa que se declare la nulidad de la Resolución de 16/5/2013, dictada por la Subdelegación del Gobierno de Álava, en virtud de la cual se acuerda su expulsión del territorio español con prohibición de entrada por espacio de 5 años. El recurrente fundamenta su pretensión en que el procedimiento sancionador preferente no era el adecuado para la tramitación del expediente administrativo (art. 62.1e) Ley 30/92), y además, teniendo en cuenta que el actor es residente de larga duración resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 57.5b LO 4/2000; subsidiariamente, el recurrente interesa que se sustituya la expulsión del territorio y la prohibición de entrada por cinco años por una multa adecuada a la situación económica del recurrente. Asimismo interesa que se impongan las costas a la administración recurrida.

Por su parte, la Subdelegación del Gobierno de Álava solicita que se desestime íntegramente la demanda alegando que la resolución impugnada es ajustada a derecho habida cuenta de que la expulsión acordada se realiza en virtud de lo dispuesto en el art. 57.2 LO 4/2000, es decir la condena por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, siendo que en este caso no resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 57.5 LO 4/2000.

**SEGUNDO.** En cuanto a las alegaciones de nulidad de pleno derecho del expediente sancionador y del acto administrativo conforme al art. 62.1e) de la Ley 30/92, debe señalarse que el análisis de este motivo de nulidad exige partir de las circunstancias conocidas por la administración al tiempo de adoptar la decisión de tramitar el procedimiento como preferente, en el sentido de si las mismas son indicativas de una infracción que lleva aparejada la sanción de expulsión

Según consta en el expediente administrativo, la situación en la que se encontraba el ciudadano extranjero era de estancia regular pero condenado por un delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año, y por lo tanto, acreedora, prima facie, de la sanción de expulsión, con independencia de la medida que finalmente llegue a imponerse e, incluso, de la decisión judicial que sobre ella, y caso de ser impugnada, se adoptase.

Por ello, la decisión administrativa de seguir el procedimiento de carácter preferente previsto en el artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España, es, en consecuencia, plenamente ajustada a derecho y aparece convenientemente motivada en cuanto recoge el hecho en el que se basa y aplica al mismo la consecuencia jurídica prevista en la norma que aplica.

Y ello en razón de que a la vista del concreto hecho infractor, consistente en la condena por delito castigado con pena privativa de libertad de más de un año resultaba perfectamente previsible la imputación de la comisión por el recurrente de una infracción sancionable con la expulsión y no con la imposición de una sanción de multa.

De forma que a partir de la anterior premisa, por aplicación del artículo 63 de la Ley Orgánica 4/2000, el procedimiento sancionador para depurar una conducta subsumible en el 57.2 y susceptible de ser sancionada con la expulsión del territorio nacional debía de tramitarse con el carácter de preferente.

Por otro lado, el citado procedimiento no comporta menores garantías para la defensa del interesado de manera que ni en razón del procedimiento seguido para la expulsión, ni en razón de los derechos de defensa del interesado puede declararse la nulidad de la resolución recurrida, debiéndose de añadir que el procedimiento seguido no representa una excepción del ordinario, sino la consecuencia que la ley anuda a un supuesto de hecho determinado.

**TERCERO.** Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución de 16/5/2013 dictada por la Subdelegación del Gobierno de Álava en virtud de la cual se acuerda la expulsión de [ ] del territorio español con prohibición de entrada por espacio de 5 años en aplicación de lo dispuesto en el art. 57.2 LO 4/2000.

A tal efecto el art. 57.2 dispone 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"*, siendo que en este supuesto la expulsión no constituye una sanción impuesta por la comisión de una infracción administrativa, sino una medida prevista en la ley, si bien, en el presente caso concurre la circunstancia de que [ ] es residente de larga duración, lo cual incide, tal y como vamos a ver en la aplicación del art. 57.2 LO 4/2000.

En primer lugar, del expediente administrativo resulta acreditado que D. D. [ ] actualmente interno en el Centro Penitenciario de Araba (Álava), ha sido condenado por la Audiencia Provincial de Álava, en sentencia de fecha 8/8/2012, firme el 15/2/2013, entre otras, a la pena de 2 años y 6 meses de prisión por la comisión de un delito de agresión sexual (178 CP).

Visto lo expuesto, 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 prevé expresamente en su art. 9 que los residentes de larga duración pierden su derecho a mantener el estatuto de residente de larga duración cuando se adopte

una medida de expulsión. Medida que el artículo 12 permite tomar cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, tomando 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; y d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

Partiendo de que el precepto aplicado por la Administración es el 57.2 LO 4/2000, conviene recordar la efectiva condena del Tribunal de Justicia, ahora de la Unión Europea, a España mediante Sentencia 15-11-2007, nº C-59/2007, por falta de adaptación del Derecho español a la Directiva 2003/109, dada la respuesta que el Reino de España dio mediante escrito de 11 de septiembre de 2006, de encontrarse "preparando las medidas necesarias", siendo que la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, fue la que expresamente incorporó dicha Directiva.

Pues bien, a dicha fecha el precepto aplicado, artículo 57.2, preveía ya la expulsión administrativa como consecuencia de la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a un año, siendo que dicha previsión fue examinada por el Tribunal Constitucional para concluir su adecuación a la Constitución mediante la sentencia del Pleno nº 236/2007, de 7-11. Así, el TC validó la constitucionalidad de dicho precepto introducido en la anterior regulación descartando la vulneración del principio "ne bis in idem", pues "la expulsión contemplada en el precepto impugnado consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquéllos sean titulares con fundamento en el art. 19 CE (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 8). De ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las «legalmente establecidas» o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España» (art. 26.1, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000). Al respecto, 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 (SSTED caso Habduláziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, 28 de noviembre de 1996). (ATC 331/1997, FJ 4)."*

Pero no es el problema del *bis in idem* el que aquí se plantea sino la consideración de las circunstancias personales, más bien su ausencia, para adoptar la medida en cuestión, que la Administración considera automática. Cuestión que excede de la competencia del Tribunal Constitucional en cuanto a su compatibilidad con el derecho de la Unión, que goza de efecto primacia frente al nacional.

**CUARTO.** 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, nº 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, siendo que 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 la 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, Dillenkofer, C-200/98, 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, Ruttil, 36/75,

Rec. p. 1219, apartado 27; Boucherëau, 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 Kutni, 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 si misma (STJ 4-10-2007, nº C-349/2006, Murat Polat).

En este supuesto, no es que las circunstancias personales del recurrente se hayan obviado, como así ha sido, sino que ni siquiera constan las de las condenas, 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, en la que la citada es sólo una muestra, cabe colegir la imposibilidad de interpretar el artículo 12 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 traspuesta 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 transposición del artículo 12 de la Directiva y de la citada jurisprudencia, y en ningún momento hacen distinción respecto de expulsión alguna y la causa que la genera.

Conclusión que conlleva a la estimación parcial del recurso, ya que el incumplimiento de estas exigencias nos lleva a anular la resolución impugnada por falta de motivación y justificación de la expulsión acordada en función de la normativa que le es aplicable, y ello por cuanto en un procedimiento de esta naturaleza la administración no puede suplir la falta de motivación y prueba durante el juicio según constante jurisprudencia. Así, el proceso judicial no puede ser utilizado por la Administración para ejercer sus potestades sancionadoras o para subsanar vicios, omisiones o vulneraciones de derechos de la fase previa (ATC 59/2004) ni por el órgano judicial para castigarlos por aquella (STSC 161/2003, 193/2003).

Por tanto, procediendo 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, proceda 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 (STSJ Cantabria 23/12/2011).

**QUINTO.** En materia de costas, estimada parcialmente la demanda, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la tramitación del presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA.

## FALLO

Se estima parcialmente la demanda interpuesta por D. . . . .ente a la la Resolución de 16/5/2013, dictada por la Subdelegación del Gobierno de Alava, en virtud de la cual se impone al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional como responsable de la situación prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, con prohibición de entrada al territorio español por espacio de cinco años, se declara la nulidad de la resolución impugnada y se acuerda la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, a fin de que por la Administración se valoren los hechos por los que fue condenado el recurrente y las circunstancias personales que en él concurren con carácter previo a la adopción de la resolución final. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y contra ella cabe interponer ante este tribunal recurso de apelación en el plazo de 15 días, contados desde el siguiente al de su notificación (art. 81 y 85 LJCA) y del que conocerá la Ilma. Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco BANESTO con el número «3837.0000.94.0175.13». Consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

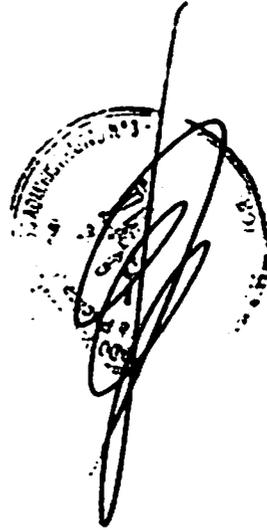
Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo

Y para que sirva de notificación a quien figura al pie de esta cédula, extendiendo la presente en VITORIA - GASTEIZ, a quince de noviembre de dos mil trece.

EL SECRETARIO JUDICIAL

Zedula honen behetako aldean zehaztuta dagoenak jakinarazteko belfo izan dezan, data hau egiten dut, VITORIA - GASTEIZ(e)n, bi mila eta hamabost(e)ko azaroaren hamabost(e)an

IDAZKARI JUDIZIALA

A circular stamp with illegible text is partially obscured by a large, handwritten signature in black ink.

JON AZTIRIA PEREIRO  
AVENIDA GASTEIZ Nº 32. 1º D. OFIC 2  
01008. VITORIA