



Roj: **STSJ BAL 47/2017 - ECLI: ES:TSJBAL:2017:47**

Id Cendoj: **07040330012017100030**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2017**

Nº de Recurso: **376/2016**

Nº de Resolución: **29/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **PABLO DELFONT MAZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00029/2017

### **APELACIÓN**

**ROLLO SALA Nº 376 de 2016**

**AUTOS JUZGADO Nº 129 de 2015**

**SENTENCIA Nº 29**

En la ciudad de Palma de Mallorca a 31 de Enero de 2017

### **ILMOS. SRS. PRESIDENTE**

D. Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRADOS.

**D. Pablo Delfont Maza**

**D<sup>a</sup>. Carmen Frigola Castellón.**

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y numero de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte apelante, D. Juan Alberto , representado por la

Procuradora. Sra. Ortiz, y asistido por la Letrada Sra. Molina; y como apelada, la **Administración General del Estado** , representado y asistido por su Abogado.

Constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo la resolución de la Delegación del Gobierno, de 3 de marzo de 2015, por la que s consideraba incurso al Sr. Juan Alberto en la causa legal prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 y:

**1.-** Se adoptaba la medida de expulsión, con prohibición de entrada en España durante un periodo de cinco años.

**2.-** Se declaraba extinguida la autorización de residencia de larga duración de la que era titular el Sr. Juan Alberto .

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. **Pablo Delfont Maza**, quien expresa el parecer de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia número 199 de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca , en los autos seguidos por el procedimiento abreviado y de los que trae causa el



presente rollo de apelación, ha desestimado el recurso contencioso-administrativo promovido por el Sr. Juan Alberto y no le ha impuesto las costas del juicio porque "[...] *no se aprecian motivos que determinen una especial imposición de las costas procesales* ". ,

**SEGUNDO** .-Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante, siendo admitido en ambos efectos.

**TERCERO** .- No se ha interesado la práctica de prueba en esta apelación ni trámite de vista o conclusiones.

**CUARTO** .-Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 31 de Enero de 2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- El ahora apelante, Sr. Juan Alberto , ciudadano del Reino de Marruecos y titular de autorización de residencia de larga duración, fue condenado el 29 de noviembre de 2011, en lo que al caso puede interesar, a pena de dos años de prisión por la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas cometido el 21 de noviembre de 2010. Pero el Sr. Juan Alberto no cumplió la condena porque ésta se suspendió. Pese a ello, el Sr. Juan Alberto , ha tenido que llegar hasta la Sala para hacer ver que no es correcto que se pueda considerar que actualmente representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público.

El 30 de agosto de 2012 se inició expediente dirigido a la aplicación de la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 , terminándose por resolución de 31 de enero de 2013 que así lo acordó. Pero esa resolución fue anulada por la sentencia nº 350/2014 del Juzgado nº 2, acordándose la retroacción de las actuaciones para que se valorasen tanto los antecedentes penales del Sr. Juan Alberto como su arraigo familiar y laboral y cualquier otra circunstancia.

Habiéndose procedido a dicha retroacción, se incorporó al expediente administrativo -30 de diciembre de 2014- un informe del Abogado del Estado en el que se señalaba:

- 1.- Que el Sr. Juan Alberto representaba actualmente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público.
- 2.- Que el Sr. Juan Alberto no había acreditado "[...] *ningún arraigo familiar, social o laboral* [...]"
- 3.- Que no consta que el Sr. Juan Alberto cuente con "[...] *empadronamiento regular* [...]"
- 4.- Que el Sr. Juan Alberto no ha justificado que conviva con su pareja y su hija menor nacida en España, ni tampoco "[...] *que la niña dependa económicamente del padre* ".

El 3 de marzo de 2015 la Delegación del Gobierno acordó de nuevo la expulsión del Sr. Juan Alberto y, por aplicación de los artículos 57.4 y 58.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000 , también impuso la prohibición de entrada en España durante cinco años y extinguió la autorización de residencia de larga duración de la que era titular Sr. Juan Alberto . Esa decisión se basaba, en resumen, en lo siguiente:

- 1.- En el informe del Abogado del Estado emitido en el expediente administrativo -30 de abril de 2014-.
- 2.- En que en el caso del Sr. Juan Alberto "[...] *no existe condicionante suficiente de arraigo familiar o social* [...]".
- 3.- En que "[...] *dada la entidad de los ilícitos penales cometidos por el ciudadano extranjero, se concluye que el mismo representa una amenaza actual, real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública* ".

En la resolución la Delegación del Gobierno 3 de marzo de 2015 también se invocan las sentencias de la Sala nº 471/2012 y nº 151/2014 .

En esa resolución la Delegación del Gobierno de 3 de marzo de 2015, como acabamos de decir, se invoca la sentencia de la Sala nº 471/2012, se señala también que es de fecha 20 de diciembre de 2012 y se transcribe una parte de la misma. Pero la sentencia de la Sala nº 471/2012 no es de fecha 20 de diciembre de 2012 ni es relativa a extranjería. En efecto, la sentencia de la Sala nº 471/2012 es de fecha 28 de junio de 2012 y se trata de la impugnación del Decreto CAIB 90/2010, de 16 de julio (BOIB nº 109 de 22/7/2010) que adopta medidas urgentes para reducir el déficit público y afecta al personal docente no universitario de los centros privados concertados de las Islas Baleares. Naturalmente, la porción transcrita en la resolución recurrida no corresponde a la sentencia de la Sala nº 471/2012 . Este extremo no ha sido ni advertido ni aclarado, pues, por la Administración en ningún momento del juicio.



Agotada la vía administrativa mediante la resolución la Delegación del Gobierno 3 de marzo de 2015 e instalada la controversia en el Juzgado nº 3, en la demanda -27 de mayo de 2015- se adujo, en síntesis, lo siguiente:

1.- Que no se ha tenido debidamente en cuenta la Directiva 2009/109/CEE porque [...] *resulta insostenible que se diga que el arraigo familiar.... es insuficiente cuando TODA su familia reside en España [...]*".

2.- Que el Sr. Juan Alberto residía en España desde hacía 11 años, que su esposa tenía autorización de residencia de larga duración, que ambos tenían una hija menor nacida en España, y que los tres se encontraban empadronados en un mismo domicilio en DIRECCION000 , junto con otras dos personas, padres del Sr. Juan Alberto y también titulares de autorización de residencia.

3.- Que en cuanto al arraigo laboral hay que considerar que contar con la autorización de residencia de larga duración "[...] *supone el haber cotizado durante un largo periodo de tiempo, y si en estos momentos no trabaja es porque se ha extinguido su autorización* ".

Junto con la demanda se aportó documentación sobre la identidad y autorizaciones de las personas citadas y un certificado de empadronamiento, pero extendido éste después de la decisión de la Administración, en concreto el 19 de marzo de 2015. Y en ese certificado tampoco se recoge desde cuándo figuraban las cinco personas empadronadas.

En la demanda, con la que se dio inicio a la controversia en sede jurisdiccional, el Sr. Juan Alberto solicitó al Juzgado nº 3 la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de la expulsión acordada. Pues bien, el Juzgado nº 3 concedió la medida cautelar solicitada por el Sr. Juan Alberto -Auto nº 180/2015, de 22 de julio de 2015-. Y lo hizo señalando que de las alegaciones de la demanda "[...] *se desprende su arraigo en España* ", bien que, al no valorarse entonces la documentación aportada, también se señaló que "[...] *tales circunstancias las deberá acreditar en su momento [...]*"

Ese momento sería, primero, la demanda ya presentada, debiendo tenerse en cuenta la documentación que a ella se adjuntó, y, después, en la vista del juicio, señalada para el día 6 de abril de 2016. En el momento de valorar la prueba presentada, es decir, en la sentencia ahora apelada -14 de abril de 2016 - se ha desestimado el recurso del Sr. Juan Alberto , en resumen, por lo siguiente:

1.- Aceptando la conclusión del informe emitido por el Abogado del Estado en el expediente administrativo sobre el Sr. Juan Alberto , y señalándose así en la sentencia que "[...] *constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad, cual es la convivencia, la seguridad o el bienestar* ".

2.- Tomando como apoyo la doctrina de la sentencia de la Sala nº 163/2016 , que se refería a persona de la que en esa sentencia se decía "[...] *que no se conoce en nuestro país otra actividad que la delictiva* ".

En el recurso de apelación, además de reiterar lo expuesto ya en la demanda, señala, en resumen, lo siguiente:

1.- Que la sentencia apelada no concreta "[...] *qué se considera orden público o seguridad ciudadana [...]*".

2.- Que el Sr. Juan Alberto no puede aceptar "[...] *que se discuta su arraigo familiar porque no se acreditó que la convivencia con su hija nacida en España sea de afectividad ni que cumpla con los deberes inherentes a la patria potestad* ".

**SEGUNDO.** - Como ya hemos dicho, el Sr. Juan Alberto , ciudadano del Reino de Marruecos y titular de autorización de residencia de larga duración, fue condenado en 2011 a pena de dos años de prisión por la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas, pero no llegó ni a cumplir la condena porque ésta se suspendió.

El artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 dispone que

"[...] 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".

Esa causa de expulsión, que es aplicable a todo extranjero, cuando, como en el caso del Sr. Juan Alberto ocurre, afecta a un nacional de un tercer país residente de larga duración, debe atender, en primer término, a lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Directiva 2003/109/CE , que es lo siguiente:

" 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".

El Sr. Juan Alberto lleva en España desde el año 2004. Se trata, pues, de una residencia de duración ciertamente prolongada. El Sr. Juan Alberto tiene hoy en día 36 años, está casado, su mujer cuenta también con autorización de residencia de larga duración, tienen una hija menor nacida en España y, junto con sus padres, aparecen ahora mismo empadronados todos en el mismo domicilio de la ciudad de DIRECCION000 .

Si se observa la resolución administrativa recurrida, puede verse -hecho sexto- que de la conjugación del antecedente penal de la condena suspendida y de los factores a que acabamos de referirnos, la única conclusión que ha extraído la Delegación del Gobierno es que el Sr. Juan Alberto "[...] *podría representar una amenaza actual, real y suficientemente grave contra el orden público* ".

Y esa conclusión, respaldada en el informe emitido el 30 de diciembre de 2014 por el Abogado del Estado en sede administrativa, ha hecho también fortuna en la sentencia ahora apelada.

No hay ninguna razón a la vista para una conclusión así.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2007 -ROJ: STS 3514/2007 , ECLI: ES: TS: 2007:3514) examina el caso de un condenado en 1995 a 25 años de prisión por la comisión en 1992 de un delito de tráfico de drogas, respecto del que la Administración dispuso en 2002 su expulsión al amparo del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 . La sentencia anula la decisión de la Administración tomando en cuenta, en general, que residía en España desde 1998, que convivía con sus dos hijos en un inmueble de su propiedad y que estaba trabajando a satisfacción de la empresa empleadora. Y, específicamente, por lo que se refiere a la noción "razones de orden público", examina ese concepto jurídico indeterminado y, en concordancia con la jurisprudencia comunitaria, en síntesis, viene a señalar:

- 1.- Que es preciso que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.
- 2.- Que no basta con la mera existencia, esto es, por sí sola, de condenas penales, y ello porque toda infracción de la ley supone una alteración del orden social.
- 3.- Que sí que basta cuando esas condenas penales evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público.
- 4.- Que no se entiende como comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público los posibles defectos de integración social de una persona o las menciones a su conflictividad indefinida.

Por lo tanto, no cabe, pues, invocar como "razón de orden público" ni aquello que no tenga relación directa con el caso concreto ni tampoco razones de prevención general.

Naturalmente, si el Sr. Juan Alberto no fue considerado como una amenaza cuando en 2011 fue condenado, y no lo fue porque precisamente se consideró que en su caso procedía precisamente la suspensión de la condena, hubiera sido preciso que la Administración explicase en la resolución recurrida por qué en 2015 el Sr. Juan Alberto sí que representa una amenaza real. Pero esa explicación falta en el informe del Abogado del Estado en que se basa la resolución recurrida y falta, pues, también en la resolución recurrida. Seguramente porque no se puede explicar.

Sentado ya todo lo anterior, conviene incluso recordar que en el caso examinado por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 186/2013 , referente a la decisión de expulsión de una ciudadana argentina por el hecho de haber sido condenada por la comisión de un delito castigado con una pena superior a un año, denegado el amparo y demandado el Estado español ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por no haberse tomado en consideración que tenía una hija menor de edad en España, esto es, demandado así por posible vulneración del derecho a la intimidad familiar reconocido en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) , se desembocó en la decisión del TEDH de 17 de marzo de 2015 -asunto G.V.A. contra España-. A esa decisión se llegó una vez que el Abogado del Estado ante el TEDH:

- 1.- Ofreció reconocer que España había violado los derechos de la ciudadana argentina.
- 2.- Se comprometió a dejar sin efecto la expulsión y a indemnizar a la ciudadana argentina.
- 3.- También se comprometió a que en el futuro el Estado español, antes de adoptar la decisión de la expulsión de cualquier extranjero por la circunstancia de haber sido condenado por un delito castigado con una pena



superior a un año, tomaría en consideración **(i)** el tiempo de su residencia en España, **(ii)** los vínculos creados, **(iii)** su edad, **(iv)** las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y **(v)** los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

Del artículo 8.1 del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta -por todas, STEDH de 16 de abril de 2013, asunto Udeh contra Suiza - deriva que la Administración está obligada a ponderar la afectación que una decisión de expulsión tiene sobre el derecho a la intimidad personal o familiar del interesado. Si bien el CEDH no garantiza ningún derecho a un extranjero a entrar o residir en el territorio de un Estado, expulsarlo del país en el que vive puede constituir una injerencia en su intimidad personal o familiar.

La expulsión puede afectar a la intimidad personal en tanto que los lazos sociales entre los inmigrantes residentes y la comunidad en la que viven se integran en la noción de vida privada en el sentido del artículo 8 CEDH .

Y la expulsión puede afectar también a la intimidad familiar si es que, además, el ciudadano extranjero ha constituido o forma parte de una familia.

En uno y otro caso, justifican la expulsión: **(i)** que la medida esté prevista por ley, **(ii)** que la medida esté justificada por un fin legítimo, y **(iii)** que la medida sea necesaria en una sociedad democrática.

En el caso de expulsiones por infracción de la normativa migratoria, del artículo 8.2 del CEDH se desprende que la medida de expulsión está justificada por un fin legítimo cuando concurren razones de orden público, a las que ya antes nos hemos referido.

En cuanto a la exigencia de que la expulsión sea una medida necesaria en una sociedad democrática, en las SSTEDH de 24 de noviembre de 2009 y de 15 de noviembre de 2012

-asunto Omojudi contra Reino Unido y asunto Shala contra Suiza, respectivamente- se distingue:

**1.-** Los supuestos en que se ve afectada solo la intimidad personal. En estos casos, siendo la persona a expulsar un adulto sin hijos o un joven adulto que no ha fundado todavía una familia, los criterios a ponderar son: **(i)** la naturaleza y gravedad de la infracción cometida, **(ii)** la duración de la residencia del interesado en el país del que ha de ser expulsado, **(iii)** el tiempo transcurrido desde la infracción cometida, y el comportamiento del ciudadano extranjero durante el mismo, **(iv)** la **nacionalidad** de las distintas personas afectadas, **(v)** la firmeza o consistencia de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino, **(vi)** la situación médica, y **(vii)** el carácter temporal o definitivo de la expulsión

**2.-** Los supuestos en que se ve afectada la intimidad familiar. En los casos en que la persona a expulsar conforma una familia hay que atender, desde luego, a los mismos criterios que cuando se ve afectada solo la intimidad personal, pero, además, hay que tener en cuenta también: **(i)** la situación de la familia del ciudadano extranjero, la duración del matrimonio y otros factores que reflejen la realidad de la vida familiar de una pareja, **(ii)** si el cónyuge conocía la infracción cuando se inició la relación familiar, **(iii)** si el matrimonio tiene hijos y, en ese caso, su edad, **(iv)** la gravedad de las dificultades que el cónyuge se va a encontrar en el país al que el ciudadano extranjero va a ser expulsado, **(v)** los intereses y bienestar de los hijos, en concreto la gravedad de las dificultades que los hijos del ciudadano extranjero podrían encontrarse en el país al que va a ser expulsado, y **(vi)** la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino.

Por último, cabe recordar también que en los casos de ciudadanos extranjeros con estancias desde la minoría de edad, la STDH de 15 de noviembre de 2012 antes ya mencionada -asunto Shala contra Suiza- instauró la siguiente regla de inversión de la carga de la prueba:

"Cuando se trata de examinar la necesidad del alejamiento de una persona que ha llegado al país de acogida a edad temprana, ha recibido su educación y trabajado durante cierto tiempo en dicho país, en el que vive la mayor parte de sus amigos y familiares, y que solo conserva con su país de origen el vínculo de la **nacionalidad**, las autoridades han de acreditar, mediante razones pertinentes y suficientes, que existía la necesidad social imperiosa de expulsarla y, especialmente, que la medida guardaba proporción con el propósito legítimo que se perseguía".

Nada de todo lo anterior ha sido tenido en cuenta en la resolución administrativa que constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo, esto es, la resolución de la Delegación del Gobierno 3 de marzo de 2015

Llegados a este punto, cumple la estimación de la apelación.

**TERCERO.-** Conforme a lo previsto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998 , no procede imponer las costas causadas en la presente apelación. En cuanto a las costas en la primera instancia, las limitaremos hasta un máximo de 500,00 euros por todos los conceptos.



En atención a lo expuesto.

## FALLAMOS

**PRIMERO** .-Estimamos el recurso de apelación presentado contra la sentencia número 199 de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 y la revocamos.

**SEGUNDO** .-Estimamos el recurso contencioso-administrativo.

**TERCERO**.- Declaramos no ser conforme a Derecho y anulamos la resolución de la Delegación del Gobierno 3 de marzo de 2015.

**CUARTO**.- Imponemos a la Administración las costas causadas en la primera instancia, pero hasta un máximo de 500,00 euros por todos los conceptos.

**QUINTO**. - Sin costas en la apelación.

Contra esta sentencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 7/2015 en la Ley 29/1998, caben los siguientes recursos:

1.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998 , en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. Téngase en cuenta el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-, y/o

2.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sección de casación esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998 , en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Se tendrá en cuenta también el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación

-BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN**. -Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. **Pablo Delfont Maza** que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Letrado de la Administración de Justicia, rubricado.