



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

Avda Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942 35 71 24

Fax.: 942 35 71 35

Modelo: TX801

Procedimiento Abreviado: 0000344/2013 - 00

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1 de Santander

Ponente: Esther Castanedo García

Proc.: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº: **0000181/2014**

NIG: 3907545320130000995

Resolución: Sentencia 000478/2014

Intervención:	Interviniente:	Procurador:
Apelante	DELEGACION DEL GOBIERNO EN CANTABRIA	
Apelado		CARMEN MARTÍNEZ GARCÍA

S E N T E N C I A nº 000478/2014

Ilmta. Sra. Presidenta en sustitución

Doña Clara Penín Alegre

Ilmos. Sres. Magistrados

Doña María Esther Castanedo García

Don Juan Piqueras Valls

Doña Paz Hidalgo Bermejo

En Santander, a quince de diciembre de dos mil catorce.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el recurso de apelación número 181/2014 interpuesto por **LA DELEGACION DE GOBIERNO EN CANTABRIA** representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo



nº 1 de Santander de fecha 10 de junio de 2014, siendo parte apelada representado por la Procuradora Sra. Martínez García y asistido por la Letrada Sra. Sanz Martínez.

Es ponente la Iltna. Sra. Doña María Esther Castanedo García, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso de apelación se interpuso el día 4 de julio de 2014 contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santander de fecha 10 de junio de 2014 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Se estima la demanda imponiendo las costas a la administración demandada."

SEGUNDO: Se dio traslado del recurso a la parte contraria, a efectos de poder formular su oposición, trámite que no formalizó.

TERCERO: En fecha 2 de octubre de 2014 se dictó diligencia elevando las actuaciones a esta Sala y no habiéndose solicitado la apertura de período probatorio, ni celebración de vista o conclusiones por escrito, se declaró el recurso concluso para sentencia, señalándose

para la votación y fallo el día diez de diciembre de 2014, en que se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se debate en el presente proceso la conformidad a Derecho de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santander cuyo fallo ya hemos reproducido.

La resolución objeto de recurso acuerda la expulsión en aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en atención a la condena por robo con fuerza en las cosas por la que cumple un año de prisión, incumpliendo así la condición previa para residir en España.

Estimado el recurso del extranjero, por la existencia de una autorización de residencia permanente vigente hasta el año 2017 que da lugar a la aplicación del régimen 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 y, en concreto, los artículos 9 y 12 de dicho

texto. En virtud de tal doctrina la sentencia estima el recurso por la valoración que hace de las circunstancias personales de arraigo social, laboral y familiar pues el extranjero lleva en nuestro país trece años, tiene cinco hijos, dos de los cuales son españoles y ha trabajado durante cinco años y ocho meses desde el año 2002. Tiene antecedentes penales por varios delitos, el más grave, por el que está cumpliendo la pena de un año de prisión es el de robo con fuerza en las cosas por haber entrado en un coche ajeno rompiendo la luna para sustraer objetos de escaso valor. Valora la juez de instancia la relación que tiene con sus hijos, que mantiene la patria potestad de los mismos.

Por el Abogado del Estado se esgrime que no se está apelando por la interpretación hecha en la sentencia del artículo 57.2 en relación con el 57.5.b) de la LO, sino por la valoración que hace la juzgadora de las circunstancias personales del extranjero, para anular la expulsión, con criterio contrario a la administración. Alega la apelación la existencia de dos informes, que motivan suficientemente la resolución administrativa de expulsión impugnada, que supone concluir que la estancia del extranjero en España supone la existencia de una amenaza seria, real y suficientemente grave para el orden público y la seguridad pública.

El extranjero no se opone al recurso

SEGUNDO. La parte recurrente invoca un precepto, el artículo 57.5, relativo a la sanción de expulsión que puede imponerse en atención al principio de proporcionalidad ex artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Sin embargo, no es éste el precepto aplicado por la Administración sino el 57.2, la expulsión como consecuencia de haber sido condenado por una conducta dolosa a pena superior a un año, salvo que los antecedentes hayan sido cancelados. Esta última excepción no concurre en este caso.

Es por eso que la Abogacía del Estado, dado que se cumple la existencia de una pena superior a un año de prisión concluye que se cumpliría el requisito jurisprudencial de riesgo serio y manifiesto para el orden y la seguridad pública, siendo una consecuencia legal, que no sanción, como indica la STSJ de Castilla León de 19 de octubre de 2007, y la Directiva 2003/109/CE contempla en el art. 15 esta posibilidad por grave riesgo, como así lo confirma la Sentencia de la Sala de 19 de enero de 2011.

Pero precisamente, la interpretación de las circunstancias personales del extranjero con tarjeta de

residencia de larga duración, es un requisito previsto en tal 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 y, en concreto, los artículos 9 y 12 de dicho texto. El primero de los citados prevé expresamente que los residentes de larga duración pierdan su derecho a mantener el estatuto de residente de larga duración cuando sea adoptada 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; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

En el presente supuesto la sentencia de primera instancia ha valorado todos estos elementos, concluyendo de modo contrario a como lo hizo la administración en vía administrativa, y sin que haya hechos dudosos o controvertidos. Simplemente las valoraciones difieren por hacer ponderaciones distintas de los elementos analizados.

TERCERO: Partiendo de que el precepto aplicado por la Administración es el 57.2, conviene recordar la efectiva condena del Tribunal 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». La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 mencionada, expresamente incorpora dicha Directiva. A dicha fecha el precepto aplicado, artículo 57.2, preveía ya la expulsión administrativa como consecuencia de la comisión de un delito con pena de prisión superior a un año. Previsión que fue examinada por el Tribunal Constitucional para concluir su adecuación a la Constitución. En sentencia del Pleno nº 236/2007, de 7-11, validó la constitucionalidad de dicho precepto introducido en la anterior regulación descartando la vulneración del principio «ne bis in idem» pues «la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6). Es decir, sin

mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado». En efecto, 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 establecida(s) 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). En el presente caso, la sentencia recurrida, se basa, como primer punto de su valoración, en la escasa gravedad de la conducta delictiva por la que el extranjero cumple una pena de prisión de una año consistente en "romper la luna de un coche para sustraer los objetos del interior".

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 Habdulaziz, 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)». En conclusión tanto el TUE como el TEDH subordinan la expulsión a la valoración de la gravedad del delito cometido, en este sentido no podemos más que mantener la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho quinto, por la naturaleza poco violenta y poco grave para la propiedad ajena cometida por el extranjero. El hecho de que existan otros antecedentes penales caducados, no ha sido valorado por la juez de instancia como circunstancia agravadora de la situación del extranjero, algo que debemos compartir.

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». Todas estas circunstancias se recogen y valoran en el fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada y refuerzan la idea de arraigo económico, social, y sobre todo familiar del extranjero. Por lo que respecta a los hijos del extranjero, dos de ellos españoles, siguen manteniendo relación con el mismo, quien todavía es titular de la patria potestad de los mismos, como lo demuestra el hecho de las visitas efectuadas a la prisión.

Lo cierto es que una condena como la examinada no puede, en principio, ser considerada por sí sola, causa suficiente 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". Para este fin deberían concurrir otros requisitos. 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/Paises Bajos, C-50/06, Rec. p. I-0000, apartado 41). 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, nº C-349/2006, Murat Polat).

QUINTO: De conformidad con el artículo 139 de la LJCA, al haber sido desestimado el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente, procede la imposición de las costas procesales, generadas en esta instancia, a dicha parte.

F A L L A M O S

Desestimamos el presente recurso de apelación promovido por **LA DELEGACION DE GOBIERNO EN CANTABRIA**, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de fecha 10 de junio de 2014, siendo parte apelada

, con expresa imposición de costas a la parte apelante.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

