

**SENTENCIA 127/2015 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE
FECHA 04/03/15**

No procede expulsión del interno. Sus circunstancias personales, familiares y sociales ponderadas, son más favorables. No concurre una amenaza grave y seria a la seguridad y orden público.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.— Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: “Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de D. Ernesto, contra la resolución de 12 de marzo de 2013 del Subdelegado del Gobierno en Pontevedra, por la cual se acuerda la expulsión por un periodo de 10 años al ciudadano de Marruecos don Ernesto, resolución que confirmo por ser ajustada a derecho”.

SEGUNDO.— Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.— No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que han de entenderse sustituidos por los que a continuación se contienen.

SEGUNDO.— Por el ciudadano marroquí, Ernesto, se interpuso recurso de apelación contra la Sentencia 188/2014 de 10 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de Pontevedra, en el Procedimiento Abreviado 356/2013, por la que se desestimó el recurso interpuesto por el mismo contra el Acuerdo de la Subdelegación del Gobierno de 12 de marzo de 2013, por lo que se acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada durante un período de 10 años.

El recurrente fundamenta el recurso en que la administración, primero, y la sentencia, después, no han ponderado debidamente las circunstancias que rodean la estancia del apelante en nuestro país, después de señalar que vino a España con tan solo 13 años, disfrutó de distintos trabajos y sigue su proceso de formación, entiendo que deben ponderarse las siguientes circunstancias:

- Lleva desde los 13 años en España, por lo que carece de vinculación con su país de origen.
- Tiene residencia legal.
- Se ha formado profesional y laboralmente realizando numerosos cursos y estudios.
- Ha tenido diversos trabajos.
- Tiene una hija española con la que se relaciona y ayuda a su manutención.

Admite el recurrente que su ingreso en prisión ha supuesto un enfriamiento de la relación de pareja, pero no así con su hija a quién visita a través de la pastoral penitenciaria.

Por lo que después de citar diversas sentencias que exigen la ponderación para acordar la expulsión de los residentes de larga duración, termina interesando que se dicte sentencia por la que, con estimación del recurso, se revoque la de instancia declarando que la expulsión no resulta proporcionada al presente caso, ordenando el archivo y el sobreseimiento de expulsión.

TERCERO.– Por la Letrada del Estado se opuso al recurso en atención a que estamos ante un supuesto de expulsión por una condena penal que no admite otra alternativa.

Advierte que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 ya ordenó la retroacción de actuaciones a fin de realizar una ponderación de las circunstancias alegadas y resulta que se pudo comprobar que no tiene relación alguna con su hija ni la madre de ésta, figurando empadronados en diferentes localidades desde 2011 (Vilagarcía y Cambados). Por otra parte señala que la documental aportada por el recurrente se encuentra desactualizada, en todo caso resulta que carece de empleo desde 2010, se rompieron los lazos familiares en 2011 y carece de cualquier medio lícito de vida.

Por lo que termina interesando la desestimación del recurso.

CUARTO.– Con carácter previo al fondo del asunto han de extractarse los antecedentes de la resolución recurrida:

1.– En fecha 1 de febrero de 2012 se inició el procedimiento sancionador con propuesta de expulsión del territorio nacional.

2.– Por Resolución de 12 de marzo de 2012 se ordenó la expulsión con prohibición de entrada durante 10 años, en base exclusivamente a la previsión contenida en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería y la acreditación de que el recurrente se encuentra cumpliendo en el Centro Penitenciario de A Lama una condena de un año por un delito de lesiones y otra de 2 años por un delito de robo con violencia (folio 101).

3.– Por sentencia 107/2013 de 14 de mayo, dictada en el Procedimiento Abreviado 259/2012 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Pontevedra, se anuló la resolución de expulsión y se ordenó la retroacción del expediente para que se llevara a cabo la ponderación de las circunstancias concurrentes (folio 77 del expediente).

4.– Requerida la Subdelegación del Gobierno por la diligencia de ordenación de la Secretaria del Juzgado de 15 de mayo de 2013 de ejecución del pronunciamiento judicial (folio 76) por la Subdelegación mediante oficio de 21 de mayo de 2013 se le requiere para que acredite las siguientes circunstancias:

- La duración de residencia en el territorio.
- La edad de la persona implicada.
- Las consecuencias para él y para los miembros de su familia.
- Los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen (folio 72).

5.– En cumplimiento del requerimiento una abogada efectuó la aportación de diversa documentación, entre la que merece destacar la siguiente:

- Libro de familia en el que consta que es padre de una menor nacida el NÚM000 de 2010.
- Certificados de asistencia a cursos de capacitación profesional como pintor y chapista-pintor de vehículos.
- Empadronamiento en Cambados con su hija y la madre de ésta fechado el 21 de julio de 2010.
- Empadronamiento en Vilanova de Arousa desde el 3 de marzo de 2011 y fechado el 23 de mayo de 2011.
- Autorización a su pareja Micaela para cobrar la ayuda para la vivienda. Indicando que tienen una hija en común.
- Notas otorgadas en prisión por la participación en las actividades programadas.
- Contrato de arrendamiento de vivienda suscrito el 13/5/2009.
- Denuncia por extravío/hurto de documentación.
- Compromiso de contratación laboral como ayudante de camarero fechado el 6 de agosto de 2013.
- Nómina percibida por los trabajos realizados en A Lama de julio de 2013.

– Nóminas percibidas en febrero de 2008, septiembre de 2009, agosto de 2010, nómina y finiquito de agosto de 2010.

– Copia contrato de trabajo a tiempo parcial por circunstancias de la producción fechado en el municipio de Yaiza, su ampliación a tiempo completo y su prórroga.

– Contrato de trabajo como camarero a tiempo completo por 3 meses, desde julio a septiembre de 2009 en Cambados.

– Contrato de trabajo a tiempo parcial como ayudante de cocina desde mayo a agosto de 2010.

6.– A petición de la Subdelegación del Gobierno el Secretario del Ayuntamiento de Cambados certifica que estuvo como residente en el municipio desde el 21/8/2008 hasta el 3/3/2011, fecha en la que causó baja por su traslado al municipio de Vilanova de Arousa (folio 69).

7.– Por la Subdelegación del Gobierno se dictó Resolución fechada, curiosamente, el día 12 de marzo de 2012, por la que se acuerda la expulsión del recurrente y su prohibición de entrada durante al menos 10 años. En la que se señala:

– La mayoría de la documentación aportada por el interesado ya figuraba en el expediente por el que se instruyó el procedimiento sancionador.

– La Subdelegación vuelve a comprobar que se trata de un residente de larga duración, con autorización vigente hasta el 3 de mayo de 2013, que lleva más de 10 años residiendo en España.

– Constata que desde agosto de 2010 no volvió a desarrollar ninguna actividad laboral.

– Se admite que es madre de una menor nacida el NÚM000/2010 que tuvo con una ciudadana española, pero se desconoce si sigue conviviendo con ambas y, sobre todo, si se ocupa de la alimentación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción de su hija.

– Se constata el empadronamiento en diferentes municipios.

– Se cuestiona la oferta de trabajo por entender que si fuera real debió aportar no solo el compromiso sino el contrato suscrito.

En atención a lo expuesto termina decretando la expulsión del recurrente con prohibición de entrada durante 10 años (folio 6) que fue notificada al recurrente en el Centro Penitenciario de A Lama el 24 de octubre de 2013 (folio 7).

QUINTO.– Con carácter previo ha de advertirse en relación con la aplicación de la medida de expulsión a los residentes de larga duración esta Sala en la reciente sentencia de 5 de marzo de 2014, recaída en el recurso de apelación 344/2013, cambió el criterio que venía sustentando con anterioridad y sentó lo siguiente:

“... QUINTO.– En el presente caso se plantea por el recurrente la aplicabilidad a los extranjeros con el estatuto de residentes de larga duración la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería. Esta cuestión está generando criterios contradictorios entre las diferentes Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Así unas consideran que la decisión de expulsión resulta aplicable a los extranjeros de larga duración porque se trata de la única medida prevista legalmente para estos casos, sin tener la alternativa de la multa y que la exigencia de ponderación se limita a los casos en los que la expulsión es una sanción, llegándose a señalar que sería un contrasentido que pudiendo resultar expulsados los extranjeros residentes de larga duración que incurran en una infracción contra el orden público (artículo 54.1 letra a) y no aquellos que hubiesen merecido el reproche de la condena penal, añadiendo, en algunos casos, que de lo contrario estaríamos haciendo de mejor condición al extranjero no comunitario que al ciudadano comunitario que puede ser expulsado en estos casos (en este sentido se pronuncian los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid sentencia 15/1/2014 Rec. 851/2013; Murcia sentencia 20/1/2014 Rec.152/2012 y Baleares en la sentencia 31/1/2014 Rec. 242/2013).

En tanto que otros Tribunales Superiores de Justicia vienen señalando que la causa de expulsión contenida en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica exige, cuando pretenda aplicarse a los extranjeros que gocen del estatuto de residente de larga duración, que se ponderen los efectos de la medida con las circunstancias del extranjero, atendiendo al tiempo de su estancia en España, sus vínculos, su edad, y las consecuencias que para el mismo y su familia pueda tener la decisión de expulsión y los vínculos que conserve con el país al que va a ser expulsado. Esta línea era minoritaria, pero recientemente se ha ido incrementando con Salas que antes seguían el criterio contrario (así además de las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-León con sede en Burgos y Cantabria –que son las citadas por el recurrente en su recurso–, nos encontramos con las Salas Extremadura sentencia 31 de enero de 2014, Rec. 222/2013; Cataluña sentencia 23 de enero de 2014, Rec. 308/2013; La Rioja sentencia 19 de diciembre de 2013, Rec. 118/2013; Baleares sentencia 10 de diciembre de 2013, Rec. 236/2013).

Pues bien, esta Sala venía, hasta la fecha, alineándose con la primera de las anteriores alternativas en base a los criterios que se refieren por la juzgadora de instancia en la sentencia recurrida (en ese sentido cabría citar, entre otras, la sentencia de 8 de mayo de 2013, recaída en el Recurso de apelación 111/2013, la sentencia de 27 de noviembre de 2013, recaída en el recurso de apelación 314/2013 y la sentencia 10 de octubre de 2012 recaída en el recurso 211/201) pero apreciada la variación experimentada por otras Salas, decidió reconsiderar la situación y mudar su criterio en base a las siguientes razones:

1º.– Si bien seguimos manteniendo que la expulsión en relación con los residentes condenados por delitos es una medida de reacción legal frente al comportamiento del extranjero condenado siendo, como dice el T.S. en su sentencia de 19 de diciembre de 2007 (Rec. 148/2005) “... lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, con la de no haber cometido delitos de cierta gravedad...” y que el número 5 del artículo 57 comienza refiriéndose a la “sanción de expulsión” y no a la medida. No cabe desconocer que al tiempo de referirse en su apartado b) a los residentes de larga duración la ley no emplea el término “sanción” sino el más amplio de “decisión de expulsión” al ordenar “b. Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”.

Pues bien, el término “decisión de expulsión” comprende tanto la expulsión-sanción (artículo 57.5) como la expulsión-medida consecuencia de la condena penal (artículo 57.2) con la consecuencia de que para ambos casos se debe exigir la ponderación. En estos términos se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 31 de enero de 2014 (recaída en el Rec. 222/2013).

2º.– Incidiendo en lo anteriormente referido ha de advertirse que siendo el artículo 57.5 una trasposición de la Directiva Comunitaria 2003/109/ CEE después de señalar en su considerando 16 que los residentes de larga duración deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión, ordena en su artículo 12 que “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”. Pues bien, si a la conclusión alcanzada en el ordinal anterior, de que la decisión de expulsión comprende tanto la sanción como la medida, le unimos la matización temporal de la directiva derivada del adverbio “únicamente” la conclusión es obvia, solo con una debida ponderación de las circunstancias concurrentes cabe adoptar la decisión de extrañar a un residente de larga duración de nuestro país.

3º.– La directiva comunitaria entró en vigor el 23 de enero de 2004 y el plazo para su trasposición había finalizado el día 23 de enero de 2006, por lo que si con arreglo al artículo 6 de la misma los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública, debiendo tener en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la

persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia, hemos de convenir que los mismos parámetros habrán de regir para la adopción de la decisión de expulsión que, conviene no olvidar, constituye una causa de extinción de la autorización de residencia de larga duración (artículo 32.5 letra b) de la Ley Orgánica 4/2000 y artículo 166 letra b) del Real Decreto 557/2011).

4º.- Por otra parte si bien expresamente el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, referido a los permisos de residencia de larga duración no exige la carencia de antecedentes penales del extranjero ni incluye su condena penal entre las causas de extinción, tampoco cabe desconocer, por una parte, que la condena penal podría reconducirse a un presupuesto para el dictado de una orden de expulsión de la que derivaría la extinción del permiso de residencia de larga duración con arreglo a la letra b) del apartado 5 del artículo 32 de la Ley Orgánica y, por otra parte, que con arreglo al artículo 149.2 letra f) del Real Decreto 557/2011 se exige la aportación de un certificado de antecedentes penales del país de origen y del país o países en los que hubiese residido durante los últimos 5 años con la prevención de que en él que no debe constar condenas por delitos previstos en el ordenamiento español, de lo contrario, debe inferirse de lo expuesto, cabría la denegación del permiso de residencia de larga duración.

Pero en cualquier caso, del mismo modo que se decía en el anterior criterio que el apartado 5 del artículo 57 sólo resultaba aplicable a la sanción de expulsión y no a la medida en base a la literalidad con la que comienza el apartado, la redacción del artículo 242 del Real Decreto sirve para la interpretación contraria desvirtuando la anterior, porque el mismo comienza con la siguiente frase “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000 ...Asimismo, constituirá causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados...” lo que nos lleva a entender que la salvedad contenida de los supuestos del apartado 5 del artículo 57, entre los que se incluyen los residentes de larga duración, también comprende la medida de expulsión como consecuencia de una condena penal.

5º.- Por otra parte, merece la pena transcribir, siquiera parcialmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 10 de diciembre de 2013 que señala:

“... Tal como se recuerda en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de diciembre de 2011, asunto C-371/08, con arreglo a los considerandos primero, segundo y sexto de la Directiva 2003/109/de la Constitución Española del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, ese estatuto debe aproximarse –sin equipararse– al de los nacionales de los Estados miembros, con lo que una persona que disponga de un permiso de residencia de larga duración en un Estado miembro ha de contar con un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión Europea; y ello ha de ser de ese modo por cuanto esa residencia legal, ininterrumpida y prolongada en el tiempo testimonia el enraizamiento de la persona en el país.

Como es lógico, y así se señala en los considerandos octavo y decimosexto de esa Directiva, los nacionales de terceros países que deseen adquirir y conservar ese estatuto de residente de larga duración no deben constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública, pudiendo incluir el concepto de orden público una condena por la comisión de un delito grave.

Por otro lado, el Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios a la seguridad pública.

Pues bien, debiendo los residentes de larga duración contar con una protección reforzada contra la expulsión y señalándose en el artículo 28 de la Directiva 2004/38, referente a la expulsión del territorio del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión, que la expulsión del que ha residido durante los diez años anteriores no puede adoptarse salvo motivos imperiosos de seguridad pública definidos por el Estado miembro, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala, primero, que el régimen de protección frente a la expulsión de que gozan los ciudadanos de la Unión no es equivalente –y no puede, pues, aplicarse *mutatis mutandis*– al régimen de los nacionales de Estado que cuenta con Acuerdo de

Asociación ni al régimen de los demás extranjeros, y, segundo, que del artículo 12 de la Directiva 2003/109 se desprende lo siguiente:

1.– El residente de larga duración sólo puede ser expulsado cuando, primero, represente actualmente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública y, segundo, la medida de expulsión resulte imprescindible para la defensa de un interés fundamental de la sociedad del Estado de acogida.

2.– La decisión de expulsión no puede justificarse por razones de orden económico.

3.– La autoridad competente del Estado de acogida, antes de adoptar la decisión de expulsión, debe 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, es decir, su integración social y cultural, o la ausencia de vínculos con el estado de origen.

4.– La expulsión por razones de orden público o seguridad pública, sin que éstas precisen ser de un nivel particularmente elevado de gravedad, sólo puede adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso, se ponga de manifiesto que la conducta individual de la persona en cuestión representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro.

5.– La expulsión por razones de orden público o seguridad pública no puede adoptarse de un modo automático a raíz de una condena penal o con una finalidad de prevención general para disuadir a otros extranjeros de que cometan infracciones...”.

6º.– La posibilidad de enervar la medida de expulsión cuando se trata de un residente de larga duración se encuentra implícitamente admitida por el Tribunal Superiores en la sentencia de 28 de abril de 2011 dictada en el recurso 32/2009 en la que en relación con una sanción de expulsión por la vía del artículo 57.2 a un ciudadano colombiano que no tenía la condición de residente de larga duración pero que acreditaba cierto arraigo por su relación con una extranjera residente legal y sus tres hijos dijo:

“... Sin embargo la apelante insiste en primer lugar en que la situación de arraigo en que se encuentra el mismo en territorio Español debe evitar dicha expulsión, sin embargo esta pretensión no puede ser aceptada primero porque esa situación de arraigo no existe en el momento en que se decide sobre la expulsión y segundo porque, en el artículo 57 no se contempla la situación de arraigo como causa que pueda enervar la medida de expulsión impuesta por vía del artículo 57.2 de la LO 4/2000... Pero es que además considera la Sala que no se dan en el presente caso las circunstancias previstas en el Artículo 57.5 y 57.6 de la LO 4/2000 que pudiera evitar la medida de expulsión impuesta; y así no se dan las circunstancias del artículo 57.5 citado porque el apelante ni ha nacido en España, ni tiene reconocida la residencia permanente, tampoco ha sido español de origen ni es beneficiario de una prestación por incapacidad ni tampoco de otra prestación contributiva; e igualmente tampoco concurre ninguna de las circunstancias del artículo 57.6 pese a que el apelante es padre de tres hijos que se encuentran residiendo legalmente en España con una antelación de dos años, primero porque dicho apelante no se encuentra a cargo de sus hijos extranjeros y segundo y sobre todo porque sus hijos, como extranjeros que son y nacionales de Colombia, no se encuentra en ninguna de las situaciones señaladas en el artículo 57.5 y que tampoco concurrían el padre hoy apelante”.

7º.– Por último no podemos dejar de advertir que en los casos en los que la medida judicial o administrativa afecte a derechos fundamentales la exigencia de motivación aparece reforzado, así resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2013 de 11 de febrero, en cuyo fundamento jurídico tercero se señala:

“... debe recordarse que “el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (Sentencias del Tribunal Constitucional 131/1990, FJ 1; y 112/1996, FJ 2),... ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (Sentencias del Tribunal Constitucional 122/1991, FJ 2; 5/1995, FJ 3; y 58/1997, FJ 2).

En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere “arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable” no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1987, FJ 3; 112/1996, FJ 2; y 119/1998, FJ 2). Y, por último, y no menos relevante, si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (Sentencias del Tribunal Constitucional 62/1996, FJ 2; 34/1997, FJ 2; 175/1997, FJ 4; 200/1997, FJ 4; 83/1998, FJ; 116/1998, FJ 4; y 2/1999, FJ 2, entre otras)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Y por último, “también en este caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ha de ser ponderada atendiendo al canon de motivación reforzado” (Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6).

Pues bien, de conformidad con todas las razones apuntadas esta Sala ha decidido cambiar el criterio mantenido en anteriores Sentencias y, de conformidad con el criterio que se va convirtiendo en mayoritario, sin excluir la posibilidad de que un extranjero que ostente la condición de residente de larga duración pueda ser expulsado, procede exigir en cada caso que la administración realice la ponderación de las circunstancias concurrentes y que la misma venga justificada por representar el extranjero afectado un peligro real y grave para el orden y/o seguridad pública que, lógicamente, puede resultar de la precedente condena penal pero ha de ponerse en relación con las circunstancias personales y familiares del mismo señaladas...”.

SEXTO.— Transcrito el criterio seguido actualmente por esta Sala en relación con la aplicabilidad de la causa de expulsión a los residentes de larga duración, ha de tenerse en cuenta que en el presente caso la exigencia de ponderación ya venía impuesta por la sentencia de 14 de mayo de 2013 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Pontevedra y, en atención a la misma, la administración se limitó a ordenar la retroacción del expediente y a consignar los documentos aportados por el interesado, para desvirtuarlos con la afirmación de que los mismos ya figuraban en el expediente o contener una afirmación genérica de que no se acreditó la relación del recurrente con su hija, sin reparar que se trata de un extranjero que se encontraba recluso en un centro penitenciario y de una niña que no alcanza los 5 años de edad, ya que nació el NÚM000 de 2010.

El proceder mecánico y formulario de la administración resulta de la circunstancia de que ni siquiera se modificara la fecha de la resolución decretando la expulsión, pues en el encabezamiento se consigna como fecha la de 12/3/2013, que es la de la anterior orden de expulsión que resultó anulada por la precedente sentencia y que a todas luces resulta errónea cuando en el cuerpo del escrito no solo se hace referencia a una sentencia de fecha posterior sino también de los trámites concedidos a raíz de su dictado que, lógicamente, también son posteriores. También en la circunstancia de que se reproche al recurrente no haber aportado el contrato de trabajo, limitándose a presentar un compromiso de contratación, entendiéndose que dado el tiempo transcurrido pudo haber presentado aquél, cuando resulta que la resolución le fue notificado al recurrente en la cárcel y es evidente que tal circunstancia impide cualquier relación laboral.

En cualquier caso, al margen de ese error de fechado de la resolución recurrida, lo verdaderamente relevante a la hora de resolver el presente recurso, es que la sentencia de instancia, por una parte, mantiene el criterio superado por esta Sala en cuanto al “automatismo” de la expulsión por la condena penal por delitos sancionados con pena superior a un año aplicable a los extranjeros con permiso de larga duración y, por otra que prescinde de la valoración del informe documental de la Consejería de Políticas Sociales de Canarias sobre las circunstancias de acogida del recurrente, remitiéndose informe por parte del Jefe del Servicio de Prevención y Protección de Menores del que interesa destacar lo siguiente:

Ingresó en el Dispositivo Especial de Emergencia para menores extranjeros no acompañados el 26 de septiembre de 2002; se le determinó una edad de 14 años, siendo declarado en situación de desamparo. Siendo trasladado a diversos centros de acogida de menores en las Islas de Lanzarote y Gran Canaria. Constando una medida de amparo que fue revocada por haber alcanzado la mayoría de edad en 2006.

En todo caso el examen procedencia de la medida de expulsión al presente supuesto exigiría tener en cuenta, al menos, los siguientes datos:

1.– El recurrente contaba con permiso de residencia de larga duración con validez hasta el 3 de mayo de 2013.

2.– El interesado se encuentra en España, al menos, desde 2002. Habiendo sido declarado en situación de desamparo y en situación de guardia legal. Siendo acogido en diversos centros de protección de menores.

3.– El interesado se encuentra cumpliendo condena en virtud de la ejecutoria 467/2009 del Juzgado de lo Penal número 3 de los de Arrecife, habiendo sido condenado a la pena de 1 año de prisión por un delito de lesiones y otra de 2 años por robo con violencia. No constan las sentencias condenatorias en el expediente ni tampoco las fechas de comisión de los delitos y las circunstancias de los mismos.

4.– Al menos desde el 21/8/2008 hasta el 3/3/2011 estuvo empadronado en Cambados junto con su hija Lidia y la madre de ésta. En aquella fecha causó baja en el padrón de habitantes al darse de alta en el municipio de Vilanova de Arousa.

5.– Ha compaginado su formación en aras a su capacitación profesional y trabajos temporales en la construcción y en la hostelería.

6.– En el establecimiento penitenciario realiza trabajos remunerados con diversas cantidades. De los ingresos que percibe transfiere cantidades variables a la cuenta de la madre de la menor, así figuran los siguientes:

3/4 100 # 5/6 100 #

25/4 130 # 1/7 300 #

1/6 130 #

7.– El recurrente cuenta con una oferta de contrato de trabajo por parte de D. Jerónimo como ayudante de camarero.

8.– El capellán del Centro Penitenciario de A Lama informó que el recurrente disfrutó de varios permisos penitenciarios con Pastoral Penitenciaria, en un piso de acogida en Vigo y durante los mismos se relaciona con su hija, hasta el punto de que en una de las visitas lo acompañó y constató “la intensa relación mutua entre padre e hija”.

Ciertamente los delitos por los que el recurrente se encuentra cumpliendo condena son graves y, en la mayoría de los casos, justifican la expulsión aún para los residentes de larga duración. Pero en el presente caso, si tenemos en cuenta que los mismos fueron cometidos – como revela el número de la ejecutoria, ya que no constan las sentencias condenatorias– mucho antes del nacimiento de su hija, del mantenimiento de una relación estable con una española y madre de su hija, de su inserción laboral y en un espacio físico muy alejado a su actual residencia –ya que en materia penal rige el principio de territorialidad en su enjuiciamiento y la ejecutoria procede de un Juzgado de Arrecife– cabe albergar la duda de podemos estar en presencia de una reacción penal tardía respecto de comportamientos delictualmente totalmente abandonados en cuando se dicta la resolución de expulsión.

Si a lo anterior añadimos, que el recurrente mantiene una estrecha relación con su hija menor –así lo acredita el informe del Capellán– y que, dentro de sus posibilidades, contribuye a sufragar sus necesidades –como acreditan las transferencias de su cuenta de peculio– contando, además, con un compromiso de contratación una vez extinga su condena y que carece de vínculo alguno con su país de origen, hemos de concluir que la medida de expulsión resulta extraordinariamente desproporcionada en atención a las circunstancias concurrentes, lo que conduce derechamente a la estimación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y la anulación de la resolución recurrida.

SÉPTIMO.– De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LRJCA en los recursos de apelación las costas se impondrá al recurrente sí se desestima totalmente el recurso, por lo que en el presente caso no procede imponérselas a ninguna de las partes, al revocarse la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS:

Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Ernesto contra la Sentencia 188/2014 de 10 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de los de Pontevedra, en el Procedimiento Abreviado 356/2013, por la que se desestimó el recurso interpuesto por el mismo contra el Acuerdo de la Subdelegación del Gobierno de 12 de marzo de 2013, por lo que se acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada durante un período de 10 años, REVOCANDO LA MISMA y, con estimación del recurso, ANULANDO LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.