



A S O C I A C I O N  
DE JUECES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Dirección  
Natalia Velilla Antolín

Coordinación  
Óscar Rojas de la Viuda



# BOLETÍN DIGITAL DE CONTENCIOSO

NÚMERO 14. ABRIL 2017

## **EL IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE PLUSVALÍA DE TERRENOS DE NATURALEZA URBANA. SU CONSTITUCIONALIDAD**

STC 26/2017 DE 16 DE FEBRERO

JAVIER ALBAR GARCÍA

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-  
Administrativo nº 2 de Zaragoza

## **CONTROL JUDICIAL DE LAS EXPULSIONES DEL ARTÍCULO 57.2 DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000**

FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-  
Administrativo nº 9 de Sevilla

## 1.- EL IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE PLUSVALÍA DE TERRENOS DE NATURALEZA URBANA. SU CONSTITUCIONALIDAD

STC 26/2017 de 16 de febrero de 2017

**JAVIER ALBAR GARCÍA**

*Magistrado*

**Voces: Cuestión de Inconstitucionalidad. Plusvalía. Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. IIVTNU. Capacidad económica.**

*Se plantea cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado nº 3 de San Sebastián en relación con el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, IIVTNU, conocido como plusvalía, en relación con los artículos 107 y 110.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo que aprueba el TR de la Ley reguladora de Haciendas Locales y los artículos 1, 4 y 7.4 de la Norma Foral 16/1989 de Guipúzcoa, en cuanto dichas normas establecen un sistema de determinación de la base imponible de modo tal que siempre, aunque no haya habido un incremento real en el valor del terreno, con una transmisión con pérdidas, sale una base imponible positiva y se ha de tributar.*

*El TC inadmite la cuestión respecto del RDL 2/2004 por considerar que la norma aplicada es, por la particularidad del País Vasco, la Norma Foral 16/1989, si bien la consideración que se hace sobre los artículos de la misma, trasunto de los preceptos mencionados de la norma nacional, hacen previsible que se resuelva del mismo modo en las cuestiones planteadas sólo sobre el RDL 2/2004.*

*El fallo dice “2º Estimar parcialmente la cuestión prejudicial de validez planteada en relación con los arts. 4.1, 4.2 a) y 7.4, de la Norma*

*Foral 16/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana del Territorio Histórico de Guipúzcoa, y, en consecuencia, declararlos inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor. 3º Desestimar la cuestión prejudicial de validez en todo lo demás”.*

## COMENTARIO

La STC sienta diversos criterios:

En primer lugar, considera que el tributo no puede gravar una capacidad económica inexistente, debiendo ser cuando menos potencial.

En segundo lugar, que el principio de la capacidad económica del Art. 31.1 CE debe predicarse de cada uno de los impuestos, no del sistema tributario en su conjunto, siendo por ello un límite al poder legislativo en materia tributaria, y si no hay una riqueza potencial o real, no se puede gravar.

En tercer lugar, considera que ese efecto acorde con la capacidad económica debe serlo respecto de cada ciudadano, puesto que la CE habla de “su” capacidad económica y no de “la” capacidad económica, de lo que se sigue que debe atenderse al resultado concreto, pues debe gravar un hecho imponible en el que haya “alguna fuente de capacidad económica”.

En cuarto lugar, una vez determinada la existencia de capacidad económica, ya no se exige una modulación en función de la concreta capacidad económica revelada en cada tributo, considerando que en ese caso sí que debe atenderse al sistema tributario “en su conjunto”,

siempre que no agote la riqueza imponible, en cuyo caso es confiscatorio.

En quinto lugar, y entrando en el meollo, considera aceptable que se grave el incremento de valor puesto de manifiesto en la transmisión, pero no un sistema que parte de un incremento de valor ficticio, que se produce por el mero hecho de aplicar unas fórmulas, en la medida que grava incluso los supuestos en que ha habido un decremento, siendo además un efecto que no se produce de forma excepcionalísima, sino que se puede producir de forma generalizada en situaciones de crisis económica, hablando de “supuestos generales perfectamente definibles como categoría conceptual”.

En sexto lugar, no desautoriza la fórmula en todo caso, sino en la medida en que pueda dar un resultado de gravamen cuando no ha habido incremento, lo que precisará de una regulación específica para establecer cómo se fijará todo esto. Eso sí, considero que lo que no debe entenderse es que esa fórmula pervive siempre que haya incremento, pues la fórmula se anula, sino que lo que viene a decir es cómo debe ser el resultado para que pueda considerarse constitucionalmente válida.

En séptimo lugar, y es una de las cuestiones más relevantes para la Jurisdicción, rechaza la posibilidad, fundamento 6, de aplicar una interpretación forzada, como hemos venido haciendo muchos Juzgados y Tribunales, considerando que si no hay incremento no puede aplicarse el tributo, pues considera que “la normativa reguladora no admite como posibilidad ni la eventual existencia de un incremento ni la posible presencia de un decremento” -generándose para la norma el incremento por la mera titularidad y su transmisión- pues entiende que ello sería reconstruir la norma, algo que corresponde al legislador, no al aplicador. Es decir, aun dando la razón a los órganos judiciales respecto del fondo, les desautoriza respecto del procedimiento.

La consecuencia práctica de esto último es que los órganos judiciales deberían o plantear la cuestión de inconstitucionalidad o, más razonable, suspender los autos en espera de que se resuelvan las ya planteadas respecto del RDL 2/2004, por ejemplo la nº 409/2016 promovida por el Juzgado nº 22 de Madrid, BOE de 8-3-2016.

Una vez dictada sentencia por el TC, habría un vacío normativo, planteándose a mi juicio, esencialmente, respecto de las liquidaciones ya realizadas, dos posibles interpretaciones.

La primera es que tal situación permitiría a los jueces, para las liquidaciones ya hechas, sin el obstáculo actualmente existente en los preceptos cuestionados, aplicar el principio de que sin hecho imponible no hay tributo, en el cual, en espera de que se dicten normas en las que se establezca cómo determinar si ha habido o no incremento, los juzgados y tribunales deberán operar en función de reglas generales de la prueba (comparar escrituras de adquisición y transmisión, aportación de periciales, etc).

La segunda interpretación sería maximalista, y es que, habiéndose anulado la fórmula, simplemente no puede liquidarse y los juzgados no pueden establecer sus propios parámetros para determinar si ha habido o no incremento, ya que si lo hiciesen estarían “presumiendo” que la fórmula es relativamente válida y debe aplicarse si hay un incremento, contradiciendo con ello lo dicho en la STC. Tal interpretación llevaría a anular todas las liquidaciones.

Aún cabría una intermedia, y sería la posibilidad de anular plenamente, por razones de fondo, aquellas en las que claramente no hay incremento -el caso más evidente es cuando se ha comprado por un precio y se ha subastado judicialmente el bien por precio mucho menor- y de anular por falta de procedimiento de determinación de si hay incremento, en aquellas en que sea más dudoso (vgr. cuando proceden

de herencia, o cuando la diferencia es tan pequeña que se puede invocar que computando el IPC ha habido decremento), en cuyo caso podría volverse a liquidar en función de lo que se regule respecto del modo de determinar si hay incremento.

En cuanto a las transmisiones que se produzcan a partir de la sentencia, creo que los Ayuntamientos se encontrarán con un vacío normativo, pues no hay regulación sobre cómo determinar si hay o no incremento, que les debería llevar –es mi humilde opinión– a suspender las liquidaciones hasta que se despeje el panorama legal, pues hay definición del hecho imponible pero falta el instrumento de determinación de si concurre o no. La índole del fallo crea dudas, pero yo entiendo que está dirigida al legislador, es decir, le indica cómo puede no ser inconstitucional la norma que dicte, pero a los aplicadores nos dice que no podemos aplicar la norma verificando si hay incremento o no, al haber sido anulada aquella y no tener reglas para ello.

Respecto del alcance -para los particulares que ya han pagado- de las futuras sentencias del TC, entiendo que, habiendo mecanismos específicos para reclamar un pago tributario indebidamente hecho, Art. 221 LGT, y mientras no haya prescrito, se podrá reclamar.

Nos esperan días de mucha incertidumbre.

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25265>

## 2.- CONTROL JUDICIAL DE LAS EXPULSIONES DEL ARTÍCULO 57.2 DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000

FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS

*Magistrado*

**VOCES: Expulsión. Extranjería. Motivación. Pena en abstracto. Ámbito de aplicación. Orden público. Seguridad pública.**

### 1.- NATURALEZA JURÍDICA Y DEBER DE MOTIVACIÓN

Las Sentencias del Tribunal Constitucional STC 131/2016, de 18 de julio de 2016 (BOE 15/08/2016) y STC 201/16, de 28 de noviembre de 2016, (BOE 099/01/2017) se refieren a expulsiones no derivadas de la mera estancia irregular de un ciudadano tercero respecto a la Unión, sino a dos supuestos derivados de la aplicación del art. 57.2 de la Ley orgánica 4/2000, que establece:

*“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”.*

Sobre la base de esta redacción, en primer lugar, debe motivarse en cualquier caso la Sentencia que aplique la anterior norma.

Las STC 131/2016, en relación a una expulsión del art. 57.2 de la Ley orgánica 4/2000, entiende que existe falta de motivación en la resolución y en su Fundamento jurídico 6 dice:

5. (...) Como se ha expuesto anteriormente, el demandante aduce que no se han tenido en cuenta las alegaciones que formuló en el procedimiento administrativo acerca de sus circunstancias personales y de arraigo, en particular, el tiempo de residencia en España del interesado, los vínculos con nuestro país, la inexistencia de antecedentes en España, el hecho de que en el momento en que se dictó la resolución tenía dos hijos escolarizados en un colegio público de Gandía, y que tenía un negocio propio desde 2008. Esas circunstancias se pusieron de manifiesto a la Administración en escrito datado el 7 de octubre de 2011, al que acompañaba copia del libro de familia, permiso de residencia de su esposa e hijos, tarjeta censal de autónomo, copia de la declaración del impuesto sobre la renta, y también permiso de residencia. Y añadía que tenía cuenta bancaria abierta para atender a sus necesidades y a la sanción que se le pudiera imponer, manifestando también que no constaba en el expediente ningún documento en relación con la condena en Bélgica, ni si había sido cancelada o no (según ha acreditado el actor ante este Tribunal, por medio de certificación oficial de la correspondiente oficina belga, a agosto de 2014 carece de antecedentes penales en Bélgica). Sin embargo, nada de lo anterior ha sido tenido en cuenta por la Administración, en un procedimiento que podríamos tachar de formulario, dirigido al claro objetivo de expulsar al actor sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia que no fueran las que permitían la aplicación del art. 57.2 LOEx. En este sentido, resulta ilustrativo de esa naturaleza formularia y estereotipada del procedimiento el hecho de que el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador preferente de expulsión, a pesar de reconocer que el actor contaba con permiso de residencia, resuelve iniciar el expediente a la vista de las circunstancias personales del extranjero, que «no acredita ser titular de autorización que le habilite para permanecer o residir en Territorio Nacional, tampoco acreditando a juicio de esta Instrucción una situación de arraigo; no disponiendo por otra parte, de medios económicos suficientes ... ni está en disposición de obtenerlos legalmente (a través de una autorización

de trabajo y residencia concedido como marca la Ley)». Por su parte, la propuesta de resolución, de 10 de octubre de 2011, manifestaba que al interesado le constaban dos prohibiciones de entrada, una por Bélgica y otra por Holanda, y que fue condenado por las autoridades de Bélgica a una pena de prisión de tres años y se añadía que le constaba autorización de residencia permanente con fecha de 27 de enero de 2006. También se indicaba que en el plazo legalmente establecido se recibieron alegaciones y «una vez analizadas estas, en nada desvirtúan el presente procedimiento y por otra parte, el citado no acredita disponer de medios suficientes», apreciación ésta que se formula en los mismos términos que en el acuerdo de incoación, añadiendo a continuación: «toda vez que según la jurisprudencia en su art. 57.2, se trata de una situación fáctica en la que no ha lugar a modificación en el transcurso del procedimiento sancionador» (en mayúsculas en el original). Por último, es significativo que el instructor manifieste que «en el procedimiento no se han tenido en cuenta otros hechos, circunstancias, alegaciones ni pruebas aducidas por el interesado». Es decir, que nada de lo alegado o aportado por el recurrente fue tenido en cuenta. Finalmente, el expediente concluyó con la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valencia, fechada el día siguiente al de la propuesta de resolución, en la que se señalaba la existencia de las dos prohibiciones de entrada por Holanda y Bélgica (dato que no aparece adverbado por ningún documento en el procedimiento) y la condena por las autoridades belgas a una pena de prisión de tres años, sin concretar por qué delito, y la existencia de «una solicitud» de autorización permanente, que quedaba extinguida por la resolución. En relación con las alegaciones formuladas por el interesado, se limitaba a indicar que «fueron consideradas improcedentes al no desvirtuar los hechos que motivaron la apertura del presente expediente», sin ninguna otra explicación. Aparte de ello, la resolución añade, como hechos probados, circunstancias nuevas no acreditadas en ningún momento en el expediente, como que el actor ha sido detenido en numerosas ocasiones o que ha sido objeto de condena penal en España. En

definitiva, existe una clara negativa de la Administración a valorar las circunstancias alegadas por el actor, ya que se limita a rechazar las alegaciones mediante fórmulas estereotipadas, en lugar de llevar a cabo una motivación más detallada y apegada al caso, en la que se ponderaran de manera constitucionalmente adecuada los derechos en juego y las circunstancias personales y familiares del actor. 6. A priori, la constatación de las carencias de la resolución administrativa impugnada debería conducirnos a reconocer que se ha producido efectivamente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del actor por la ausencia de motivación de aquélla.

No obstante, dado que la Administración ha incoado, tramitado y concluido el procedimiento como un expediente sancionador, ha tipificado la conducta del demandante de amparo como una infracción y ha resuelto imponerle «la sanción de expulsión del territorio nacional», el debate procesal se ha extendido en el presente recurso a la discusión de la naturaleza de la medida de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx. Así la Abogada del Estado considera que tal medida no se acuerda en el ejercicio del ius puniendi del Estado, y que, en consecuencia, no serían aplicables las exigencias de motivación que se han expuesto. No obstante, debe subrayarse que el deber de motivación en el ámbito administrativo con relevancia constitucional no sólo se produce en el supuesto de las sanciones administrativas, pues, como se señala en la STC 17/2009, de 26 de enero, FJ 2, «frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras)». En esta misma línea se pronuncia la STC 46/2014, de 7 de abril, FJ 4 (relativa a un supuesto de

denegación de la renovación de la autorización de residencia), al afirmar que «cuando se coarta... el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos» (STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 14; doctrina reiterada, por todas, en las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12, y 17/2009, de 26 de enero, FJ 2)». Y, en este caso, encontraríamos una clara limitación a derechos fundamentales del actor que, como consecuencia de acordarse su expulsión del territorio nacional, se ha visto privado de su autorización de residencia, lo que implica la alteración de su propia condición de ciudadano y de la posibilidad del ejercicio de los derechos y libertades inherentes a la misma, aparte de las consecuencias que la medida tiene en su vida familiar y, especialmente, en el cumplimiento de los deberes derivados de las relaciones paterno filiales, particularmente por cuanto, como consta en las actuaciones, sus dos hijos menores dependen económicamente de él. En cualquier caso, si no fuera así, esto es, si la resolución administrativa impugnada no pudiera vulnerar el art. 24 CE por no tener carácter sancionador, el deber de motivación del art. 24.1 CE alcanzaría ineludiblemente a las resoluciones judiciales que han enjuiciado la actuación administrativa, y, más en concreto, a la dictada en apelación que, bajo el entendimiento de que el art. 57.2 LOEx contempla una medida adoptada legítimamente por el Estado español en el marco de su política de extranjería, sin que sea aplicable lo establecido en la LOEx para las sanciones, y, en particular, el art. 57.5, ni tampoco el art. 55.3 sobre el principio de proporcionalidad, consideró que no cabía valorar las circunstancias personales del actor ni su arraigo, porque tal circunstancia no tiene «ninguna relevancia respecto a ese motivo de expulsión». Es decir, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

la Comunidad Valenciana ha incurrido efectivamente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, al haberse opuesto, en su labor de fiscalización de los actos administrativos recurridos, a la ponderación de las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del citado derecho fundamental. Al estar en juego, asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los arts. 18.1 y 24.2 CE (STC 46/2014, FJ 7), una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) en relación con el mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del art. 39.4 CE, el órgano judicial debió ponderar las «circunstancias de cada supuesto» y «tener en cuenta la gravedad de los hechos», sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación (STC 46/2014, FJ 7)».

La STC 201/16, también en relación a una expulsión del 57.2, ésta claramente sobre un residente de larga duración en España, manifiesta:

“2. Como ponen de relieve la Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, el presente recurso coincide, en su esencia, con el recientemente resuelto en la STC 131/2016, de 18 de julio, identidad que debe llevar, sin más preámbulo, a la estimación del recurso planteado por vulneración del art. 24.1 CE. En el caso que ahora nos ocupa, ninguna de las resoluciones impugnadas, pese a reconocer la condición del recurrente de residente de larga duración en España, aborda la necesaria ponderación de sus circunstancias personales y familiares. Las resoluciones administrativas se limitan, por una parte, a despachar con fórmulas estereotipadas las alegaciones del actor relativas a su arraigo, lo que, como bien afirma el Fiscal, pone de manifiesto «una

patente renuencia de la Administración a valorar la circunstancias alegadas», mientras que las resoluciones judiciales consideran, de otro lado, que la naturaleza jurídica no sancionadora de la medida impuesta exime del deber de ponderar las circunstancias personales y familiares del extranjero, ya que la expulsión del art. 57.2 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) constituye, según se razona, una consecuencia legalmente tasada que procede imperativamente ante una circunstancia —la comisión de un delito castigado con pena superior a un año de prisión— que evidencia el incumplimiento sobrevenido de las circunstancias en las que se asienta la autorización para residir en España. Ninguna de las razones expuestas es suficiente para cumplir con el deber de motivación que en el presente caso pesaba tanto sobre la Administración como sobre los órganos del Poder Judicial por imperativo del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

3. Razones de lógica nos llevan a comenzar nuestro escrutinio por el argumento seguido por las resoluciones judiciales. Afirman estas que a la Administración no le era exigible ningún tipo de ponderación. Es obvio que solo si dicho argumento es rechazado tiene sentido examinar, después, la corrección de las valoraciones que se contienen en las resoluciones administrativas sobre las circunstancias de arraigo personal y familiar del recurrente. En otras palabras, si las resoluciones judiciales estuvieran en lo cierto, cabría descartar, sin mayor indagación, que el derecho a la tutela judicial efectiva hubiera sido vulnerado, ya que ni la Administración ni los órganos judiciales habrían tenido deber alguno de ponderar las circunstancias del actor, circunstancia que permitiría descartar de plano la lesión del derecho fundamental. En las resoluciones judiciales impugnadas se sostiene, en efecto, que la Administración, al adoptar la decisión de expulsión al amparo del art. 57.2 LOEX, no tenía por qué realizar ponderación alguna relativa a las circunstancias personales y familiares del ahora

demandante de amparo, pues le bastaba, de acuerdo con el tenor del aludido precepto, la simple constatación de la existencia de una condena no cancelada por delito doloso castigado con pena de prisión superior a un año. Solo si la medida impuesta por la Administración hubiera tenido naturaleza sancionadora habría sido precisa, desde esta óptica, una motivación adicional relativa a la proporcionalidad de la «sanción de expulsión» en relación con las circunstancias personales y familiares del individuo sancionado, tal y como expresamente contempla el art. 57.5 LOEX. Pues bien, el argumento expuesto no puede ser aceptado, ya que, dejando de lado su dudosa compatibilidad con lo que, en el ámbito de la legalidad ordinaria, se dispone en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración —cuyo art. 12 obliga a ponderar las circunstancias familiares en toda decisión de expulsión (también, por tanto, en la que no tiene naturaleza sancionadora)—, la medida de expulsión impuesta por la Administración estaba sujeta en todo caso, por el grado de gravamen que representa en intereses constitucionalmente salvaguardados, a especiales exigencias de motivación, y esto aun cuando no pudiera atribuírsele una naturaleza jurídica sancionadora. (...).

## **2.- PENA EN ABSTRACTO O EN CASO CONCRETO.**

Atendida la expresión contenida en el artículo 57.2 LOEX delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, se plantea si la norma hace referencia a la pena “en abstracto” (es decir, la prevista en el Código penal para el delito en concreto, con independencia de la que se haya aplicado en el caso concreto) o “en concreto” (la impuesta por el órgano jurisdiccional penal en aquel caso y que puede ser inferior a un año, sea por el grado de participación, o de ejecución o por aplicarse atenuantes o cualquier supuesto similar). Las posiciones de la jurisprudencia no son unánimes y a favor de la aplicación del criterio de

que la pena de privación de libertad superior a un año deba ser considerada en abstracto o en concreto. A modo de ejemplo la STSJ de Baleares, de 25 de marzo de 2015 (ROJ: STSJ: BAL 257/2015), en cuyo Fundamento jurídico 3º aplica el criterio de tener en cuenta la pena en abstracto: se atiende a la conducta delictiva valorada en abstracto conforme a la tipificación del código penal y con independencia de la efectivamente impuesta. Este criterio conduciría a un resultado desproporcionado, por ejemplo, en una tentativa de delito de hurto condenado a pena privativa de libertad de seis meses supondría la expulsión. Por otra parte, si la pena a considerar fuera la concreta impuesta, quedaría en manos del Juez penal la decisión de la expulsión, mientras en el caso de que se contemple en abstracto implica que es el legislador decide en qué casos procede la expulsión y contradice la dicción literal del precepto.

Un tercer supuesto, que estimo el más correcto y ajustado al tenor literal de la norma, sería aquel en el que el tipo de la pena comprende una horquilla que va desde un período de tiempo superior al año a otro mayor (vg. penas que van de 1 a 3 años). En efecto, el art. 57.2 no se refiere a una condena en concreto, sino a un delito que sea sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, no se aplican en función de criterios relativos al sujeto del delito. Por lo tanto, eso excluye los delitos que puedan ser sancionados con penas inferior a un año, estimo que este debe ser el mínimo de la sanción, pues si un delito puede ser sancionado con una pena inferior no se cumple el requisito de la norma. El artículo 57.2 no precisa que alguno de sus tramos sea superior a un año, en consecuencia, no procede matizar la norma. El legislador no afirma que el delito “pueda” ser sancionado con pena superior al año – como requeriría la aplicación del criterio de la pena en abstracto-, sino que “constituya” delito sancionado y “constituir” debe ser en todos los supuestos no solo en algunos. Además, una interpretación extensiva de una disposición para restringir un derecho, como es el de residencia y del que pueden resultar

afectados otros intereses constitucionales dignos de protección como se ha expuesto anteriormente, no es acorde con los principios de seguridad jurídica y garantía que deben imperar en la actuación administrativa.

En todo caso, para la correcta motivación de la sentencia se debería solicitar que se integren en el expediente las sentencias dictadas en los procedimientos penales que sirven de base a la aplicación del art.57.2 LOEX.

### **3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

Se plantea la cuestión relativa a la expulsión derivada de la aplicación del art. 57.2 de la Ley orgánica 4/2000, para ciudadanos extracomunitarios, puesto que a los comunitarios les resulta aplicable el art. 15 del Real Decreto 240/2007.

En lo que afecta a los titulares de un permiso de residencia de larga duración que incurren en causa de expulsión del art. 57.2 resulta de aplicación directa 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, según la cual (artículo 12) 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. La Directiva prohíbe la adopción de la medida por razones de orden económico y ordena, antes de adoptar la decisión, tomar en consideración los factores relativos a: 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.

Señalar que, en congruencia con el contenido de las STC 131/2016 y 201/2016 la expulsión de un ciudadano extranjero extracomunitario incurso en la causa de expulsión del art. 57.2 y que no es titular de autorización de residencia de larga duración, con independencia que se considere o no una sanción, no proceden cuando sus vínculos con el país de acogida sean tales que no resultare proporcional la expulsión. Es decir, los órganos judiciales, para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, deben fiscalizar los actos administrativos recurridos, ponderando las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que respete el canon constitucional de motivación del citado derecho fundamental. Máxime cuando, posiblemente puedan estar en juego derechos fundamentales como los contemplados en los arts. [18.1](#) y [24.2 CE](#) ([STC 46/2014](#) , FJ 7) y una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia ([art. 39.1 CE](#)) en relación con el mandato del [art. 10.2 CE](#), así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del [art. 39.4 CE](#), el órgano judicial debió ponderar las “circunstancias de cada supuesto” y “tener en cuenta la gravedad de los hechos”, sin que puedan ampararse en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación ([STC 46/2014](#) , FJ 7). En este sentido se pronuncia la [STC 186/2013](#) , de 4 de noviembre, FJ 7, que en un caso similar, ante la presencia de derechos e intereses constitucionales de esa naturaleza, entre los que se incluían el derecho a la vida familiar derivado de los [art. 8.1 CEDH](#) y 7 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#), que se encuentra, dentro de nuestro sistema constitucional “en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad ([art. 10.1 CE](#)) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia ([art. 39.1 CE](#)) y de los niños ([art. 39.4 CE](#))”, manifestó que “los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas

las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo”.

#### **4.- RAZONES DE ORDEN O DE SEGURIDAD PÚBLICOS**

Finalmente, cabe hacer alusión a la STJUE de 8 de diciembre de 2011, nº C-371/08, Ziebell (ECLI: EU:C:2011:809), que, si bien, se refiere a un nacional turco residente en Alemania, al que, le resulta de aplicación el acuerdo entre la UE y el Estado de Turquía (“Acuerdo de Asociación”), también analiza la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, analiza la Directiva 2004/38:

“82. Así pues, las medidas justificadas por razones de orden o de seguridad públicos sólo pueden adoptarse cuando, tras una valoración caso por caso por parte de las autoridades nacionales competentes, 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. Al llevar a cabo esa valoración, tales autoridades están obligadas, además, a velar por el respeto tanto del principio de proporcionalidad como de los derechos fundamentales del interesado y, en particular, del derecho al respeto de su vida privada y familiar (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bozkurt, antes citada, apartados 57 a 60 y jurisprudencia citada). 83. En consecuencia, dichas medidas no pueden 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 (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bozkurt, antes citada, apartado 58 y jurisprudencia citada).

Puesto que la existencia de varias condenas penales anteriores carece, pues, de relevancia en sí misma para justificar una expulsión que prive a un nacional turco de los derechos que para el mismo se derivan directamente de la Decisión n° 1/80 (véase la sentencia Polat, antes citada, apartado 36), el mismo criterio debe seguirse, a fortiori, respecto de una justificación basada en la duración de la prisión sufrida por la persona de que se trate. 84. Por lo que se refiere al momento que debe tomarse en consideración para determinar el carácter actual de la amenaza concreta para el orden o la seguridad públicos, conviene también recordar que los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta, en el momento de analizar la legalidad de una medida de expulsión adoptada contra un ciudadano turco, los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el interés fundamental en cuestión, la conducta de la persona de que se trate (véase, en particular, la sentencia de 11 de noviembre de 2004, Cetinkaya, C-467/02 , Rec. p. I10895, apartado 47). 85. Tal como señaló el Abogado General en los puntos 62 a 65 de sus conclusiones, el órgano jurisdiccional remitente deberá sopesar, a la luz de la situación actual del Sr. Ziebell, por una parte, la necesidad de la restricción del derecho de residencia de éste que se pretende decidir para proteger el objetivo legítimo perseguido por el Estado miembro de acogida y, por otra parte, si concurren efectivamente factores de integración que permitan al interesado reinsertarse en la sociedad del Estado miembro de acogida. A tal efecto, corresponderá a tal órgano jurisdiccional apreciar, más concretamente, si la conducta del nacional turco representa actualmente una amenaza suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad, habida cuenta del conjunto de las circunstancias concretas que concurren en la situación de éste y entre las que figuran no sólo los elementos presentados en la vista ante el Tribunal de Justicia (véase el apartado 39 supra), sino también los vínculos particularmente estrechos que el extranjero en cuestión ha creado con la sociedad de la

República Federal de Alemania, en cuyo territorio ha nacido, ha vivido regularmente durante un período ininterrumpido de más de 35 años, ha contraído matrimonio con una nacional de ese Estado miembro, y actualmente mantiene una relación profesional”.

