

EDJ 2005/120021

TSJ de Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 26-1-2005, nº 35/2005, rec. 321/2004
Pte: Seoane Pesqueira, Fernando

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	2

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

EXTRANJEROS

EXPULSIÓN

Causas

Permiso de estancia no obtenido o no prorrogado

Impugnación

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.41apa.2 de RD 864/2001 de 20 julio 2001. Reglamento de Extranjería

Cita art.53 de LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social

Cita art.139apa.2 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación se interpone por LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL contra la Sentencia de fecha 22 de julio de 2.004 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de La Coruña, en el procedimiento abreviado que con el número 45/04 se sigue en dicho Juzgado y en cuya parte dispositiva se acordó: "Que debo estimar y estimo la demanda formulada por la Letrada Dª Elena María Várela Luaces en nombre y representación de D. Jesús, dejando sin efecto la orden que acuerda la expulsión del territorio nacional de D. Jesús dictada por la Subdelegación del Gobierno en La Coruña, de fecha 5 de diciembre de 2003; ello sin expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado en la representación que le es propia interpuso el recurso de apelación contra la referida sentencia, oponiéndose al mismo la representación del apelado, admitido el recurso se acordó remitir las actuaciones a esta Sala.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, se designó Ponente y quedaron las mismas sobre la mesa para resolver por el turno que corresponda.

CUARTO.- En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO SEOANE PESQUEIRA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

PRIMERO.- Habiendo interpuesto en su día D. Jesús recurso contencioso- administrativo contra la resolución de 20 de octubre de 2003 de la Subdelegación del Gobierno en A Coruña por la que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada durante tres años por la comisión de la infracción de estancia irregular en España prevista en el artículo 53.a de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España EDL 2000/77473 , modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de A Coruña lo estimó dejando sin efecto la orden de expulsión del territorio nacional, contra cuya sentencia interpone el Abogado del Estado el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- La resolución administrativa impugnada de 20 de octubre de 2003 por la que se acordó la expulsión del territorio nacional del recurrente se fundó en que entró en el territorio Schengen el 12 de agosto de 2001 por la frontera de Nickelsdorf (Austria), permaneciendo desde entonces en dicho territorio (del que España forma parte), sin haber obtenido prórroga de estancia o permiso de estancia, lo que motivó la concurrencia de la causa a) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social EDL 2000/77473 , reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Con ello se sale al paso de la afirmación del apelado de que la causa del acuerdo de expulsión proviene de la falta de arraigo familiar, pues evidentemente la razón por la que se adoptado aquella decisión no ha sido esa sino el encontrarse irregularmente en

territorio español por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos.

Novedosamente en el acto de la vista ante el Juzgado el actor aportó un documento del Registro Civil exclusivo de A Coruña de 13 de julio de 2004 en el que se participaba que en el mismo se tramitaba con el número 1067 de 2004-MS, expediente de matrimonio civil promovido por el actor, con pasaporte búlgaro, y D^a Sonia, con documento nacional de identidad español.

En base a este último documento, a cuya aportación se opuso el Abogado del Estado en base a que se trataba de un documento posterior a la vía administrativa y ajeno al expediente administrativo que contrariaba la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso administrativa, el Juzgado ha estimado la pretensión del actor de que se declarase contraria a Derecho la resolución administrativa impugnada razonando que aquel matrimonio (que ni siquiera habla sido contraído cuando se dictó la sentencia de primera instancia) constituía un indicativo de la intención del actor de residir, regularizar y realizar su vida social familiar en España, adquiriendo un estatuto personal por el que dejan de serle aplicables las razones que motivaron su expulsión.

El Abogado del Estado incide en la naturaleza revisora de esta jurisdicción y apela dicha sentencia del Juzgado.

TERCERO.- El documento acreditativo de la tramitación en julio de 2004 de expediente matrimonial en España no desdice ni contradice un ápice la causa de expulsión invocada en la resolución de expulsión ya que tanto en el momento en que se inicia el expediente sancionador como actualmente no ha llegado a demostrarse que el actor haya regularizado su situación en España con permiso de residencia y trabajo. Aquel documento, sobre todo después de haber contraído matrimonio, y la oferta de trabajo a que se refería en el curso del expediente administrativo, le pueden servir de base al recurrente para legalizar y regularizar su situación en España, pues si acredita una permanencia continuada en España durante tres años y arraigo personal o laboral puede solicitar un permiso de residencia temporal (artículo 41.2.d Real Decreto 864/2001 EDL 2001/24050), pero no demuestran que el acuerdo de expulsión fuere contrario a Derecho en el momento en que se dictó y con arreglo a las circunstancias tenidas en cuenta entonces.

Hay que tener en cuenta que si el control y fiscalización jurisdiccional consisten en la revisión de la legalidad de la actuación administrativa hay que situarse en la misma posición y con las mismas circunstancias que la Administración apreció cuando dictó el acto impugnado, pues en otro caso no se trataría de revisar sino de sustituir a la Administración en su cometido, lo cual no corresponde a esta jurisdicción. En definitiva, al tenerse en cuenta en la sentencia de primera instancia el documento acreditativo del expediente matrimonial, que no figuró en el expediente administrativo ni pudo ser tenido en cuenta por la Administración al resolver, no sólo se está dando pábulo a una auténtica desviación procesal, pues el actor pasa de impugnar la expulsión a tratar de justificar su arraigo de cara a una regularización de su situación, sino que se están variando esencialmente las circunstancias tomadas en consideración por la Subdelegación del Gobierno, con vulneración de la naturaleza revisora propia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Podría plantearse la posibilidad de que se tuvieran en cuenta esas circunstancias sobrevenidas si desdijesen o desmintiesen las bases de hecho en que se habla fundado la resolución administrativa de expulsión, pero en el caso presente no se trata de eso, pues no hacen desaparecer las causas que motivaron la expulsión (el actor permaneció dos años en territorio Schengen sin obtener permiso de residencia o documentación que legalizase su situación administrativa en España), sino de que en la actualidad han surgido nuevos hechos que podrían dar base a la solicitud de permiso de residencia temporal por arraigo personal, por lo que lo procedente es declarar conforme a Derecho el acuerdo de expulsión y dejar al actor abierta la posibilidad de deducir aquella solicitud novedosa.

Por todo lo cual procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y la desestimación del recurso contencioso administrativo formulado.

CUARTO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa EDL 1998/44323 , al acogerse la apelación no procede hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLO

que con acogimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo n° 4 de A Coruña de 22 de julio de 2004, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma, y en su lugar, desestimamos el recurso contencioso administrativo formulado por D. Jesús contra la resolución de 20 de octubre de 2003 de la Subdelegación del Gobierno en A Coruña por la que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada durante tres años por la comisión de la infracción de estancia irregular en España prevista en el artículo 53.a de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España EDL 2000/77473 , modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la advertencia de que es firme por no haber contra ella recurso ordinario alguno y devuélvanse los autos con el expediente y certificación de la misma al Juzgado de procedencia.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15030330012005100328