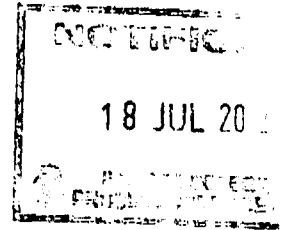




TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo



APELACION Nº 164/2012

APELANTE: DELEGACION DEL GOBIERNO EN ASTURIAS

REPRESENTANTE: SR. ABOGADO DEL ESTADO

APELADO: D. [REDACTED]

PROCURADORA: Dª MARTA MARIA ARIJA DOMINGUEZ

SENTENCIA DE APELACIÓN nº 250/2012

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Julio Gallego Otero

Magistrados:

D. Rafael Fonseca González

D. José Manuel González Rodríguez

ES COPIA

En Oviedo, a diecisiete de julio de dos mil doce.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación número 164/2012, interpuesto por la DELEGACION DEL GOBIERNO EN ASTURIAS, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo apelado D. [REDACTED], representado por la Procuradora Dª Marta María Arija Domínguez, asistido de la Letrada Dª Ana Taboada Coma. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Julio Luis Gallego Otero.



PRINCIPADO DE ASTURIAS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento Abreviado nº 134/2011, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Oviedo.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 13-2-2012. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día trece de julio pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sr. Abogado del Estado interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 2 de Oviedo, que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la letrada Doña Ana Taboada Coma, en nombre y representación de Don ~~XXXXXXXXXXXX~~ contra la resolución de la Delegación de Gobierno en Asturias, de fecha 16 de febrero de 2011, que desestima el recurso de reposición formulado por el recurrente contra la resolución de 27 de diciembre de 2010 que le deniega la autorización de residencia por circunstancias excepcionales (arraigo social), declarando la anulación de la misma por no ser conforme a derecho, reconociendo el derecho del actor al permiso de residencia en los términos solicitados.



Con la formulación del recurso pretende se revoque la sentencia recurrida declarando la adecuación a derecho de la resolución impugnada, denegatoria del permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Pretensión revocatoria de la sentencia apelada que se fundamenta en los motivos siguientes: Infracción por inaplicación del artículo 45.1 b) del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, debido a que el ciudadano extranjero no reunía los requisitos para acceder a la residencia por circunstancias excepcionales, como es el no tener prohibición de entrada en España ni en el resto de los países del Espacio Schengen, y en segundo lugar, que el contenido de la decisión adoptada por el Juzgador "a quo" incurre en exceso jurisdiccional al resolver sobre el fondo de una petición de concesión de un título administrativo, decisión que corresponde improrrogablemente a la Administración General del Estado.

SEGUNDO.- Examinados los motivos del recurso, basados en la existencia de una orden de expulsión y prohibición de entrada no cumplida ni prescrita, hecho que el Juzgador de instancia no tiene en cuenta como motivo impositivo de la autorización de residencia solicitada, cuando es causa de inadmisión de la petición y sirve para desestimarla, sino que compele a la Administración a revocar dicha resolución de expulsión que lleva anudada la prohibición de entrada, lo que supone entrar en un exceso de jurisdicción, no siendo aplicable el Real Decreto 557/2011, que contempla estos supuestos de revocación.

Del análisis anterior conjuntamente con los motivos de oposición al recurso de apelación de la parte apelada de que estamos ante una orden de expulsión no ejecutada, que el recurrente interesó su revocación, y que existen actos administrativos favorables a la revocación y a la concesión de la autorización en caso de concurrencia de circunstancias excepcionales por la aplicación de la Ley orgánica de extranjería en el sentido más favorable al administrado de acuerdo con los principios que rigen el derecho administrativo sancionador, sin necesidad de aplicar un nuevo Reglamento que desarrolla la citada Ley, que dispone que la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente.

Para resolver la cuestión jurídica planteada en torno al presente supuesto de hecho de una orden de expulsión no ejecutada y la admisión a trámite de la solicitud



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

de autorización por la Administración, en lugar de su inadmisión por la circunstancia reseñada y la consecuencia que impone de extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España de la que fuese titular el extranjero expulsado. Este acto previo dictado en base a una Instrucción de la propia Administración para hacer frente a solicitudes anteriores sobre situaciones que contempla la reglamentación posterior, no es cierto que carezca de trascendencia; como razona el Sr. Abogado del Estado con el alcance desestimatorio de la petición sino más bien la admisión de la concurrencia de las circunstancias de la autorización solicitada al haber cambiado las de estancia del ciudadano extranjero desde que entró irregularmente en España y se le conminará posteriormente a la salida obligatoria y la expulsión sin que fuera ejecutada, dando lugar a una situación contraria a los principios de la política migratoria reconocidos por primera vez a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, principios entre los que se encuentran la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con la situación nacional de empleo, la integración social de las personas inmigrantes, la lucha contra la inmigración irregular y las relaciones con terceros países en materia de inmigración. Estamos pues, ante un supuesto de revocación de la expulsión, que si bien es recogido en la nueva reglamentación de extranjería, que resulta inaplicable a la presente solicitud por aplicación de las disposiciones transitorias, no teniendo sus normas sobre los permisos naturaleza sancionadora para aplicar retroactivamente la norma posterior más favorable, no excluye para evitar la incoherencia en la actuación de la Administración de admitir la solicitud de residencia para posteriormente sin valorar la concurrencia de las circunstancias desestimarla, que puede ser tenido en cuenta para descartar que sea un impedimento para conceder la autorización, sin incurrir por ello en exceso de jurisdicción, aplicando como acertadamente se razona en la sentencia apelada las disposiciones generales cuando la propia solicitante interesa la revocación de la expulsión al interponer recurso de reposición contra la resolución denegatoria de la autorización, y que la propia Administración admite en la resolución de 16 de febrero de 2011 que no se inadmite a trámite la solicitud ante la posibilidad de que al instruir el expediente pueda concurrir en el mismo los requisitos para acceder a una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, lo que en el presente caso



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



no fue así, reiterando lo razonado hasta ahora, ya que de lo contrario conduciría a la anulación de la resolución recurrida para que se inadmitiera la solicitud para ser coherente con la normativa de extranjería, pero esa solución sería contraria con los principios de seguridad jurídica y economía procesal con efectos perjudiciales para el interesado, al diferir el juicio de valor en un procedimiento posterior, cuando la Administración no ha cuestionado al tramitar el expediente la concurrencia de las circunstancias para obtener la autorización.

Por lo expuesto y los demás argumentos de la sentencia de instancia y de aquellas resoluciones a las que se remite la parte que se opone al recurso de apelación, procede desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado.

TERCERO.- En el presente caso concurren circunstancias especiales para excluir la aplicación del criterio del vencimiento objetivo, toda vez que se plantea la problemática jurídica de aplicación de la normativa posterior a situaciones anteriores, y si bien hay antecedentes de la Administración favorables siguiendo al efecto una Instrucción basada en criterios de oportunidad, la tesis que defiende su representante legal se sustenta en la interpretación de la normativa aplicable y aplicación del régimen transitorio. Por lo que no procede imponer a la parte apelante las costas devengadas en esta alzada según establece el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2012, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 2 de Oviedo. Sin expresa imposición de las costas devengadas en esta alzada.



ESCOPIA



Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, y contra la que no cabe interponer recurso ordinario alguno, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

ES COPIA

