



Juzgado Contencioso-administrativo núm. 2 de Girona.

Procedimiento abreviado núm. 74/12

Demandante: Tz
Representante:
Demandada: Subdelegación del Gobierno
Representante: Abogado del Estado

SENTENCIA NÚM. 1/13

Magistrado Juez: Isabel Hernández Pascual.

Girona, 7 de enero de 2013.

He visto las actuaciones del **procedimiento abreviado** seguido con el **número 74/12**, a instancias de Tz representado y defendido por el letrado C, sustituido en la vista del recurso por el letrado Pau Massó i Frauca, que interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de 19 de enero de 2012, del subdelegado del Gobierno en Girona, en la que se desestimó el recurso de reposición formulado por el demandante contra la resolución del mismo subdelegado, de 7 de diciembre de 2011, en la que se le impuso la sanción de expulsión del territorio nacional, prohibiéndole la entrada por dos años, por la comisión de una infracción grave del artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido prórroga de estancia o autorización de residencia, habiéndosele denegado una autorización de residencia y trabajo por resolución de fecha 23 de agosto de 2011, contra la que el demandante interpuso recurso de reposición, desestimado el 28 de octubre de 2011, así como por figurar encartado en las diligencias previas número 1311/11, del Juzgado de Instrucción número dos, por presunto delito de falsificación de documentos.

El Abogado del Estado ha sido parte, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado ante el Juzgado Decano de los de esta capital, el letrado C, en la representación que acreditó, interpuso recurso contencioso-administrativo contra los actos reseñados en el encabezamiento.



SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo, se dio traslado del escrito de demanda a la Administración demandada, a la que se reclamó el expediente administrativo, señalándose fecha para la celebración de la vista.

La abogada del Estado presentó un escrito, oponiéndose a la demanda.

En la vista, la parte demandante se ratificó en su escrito de demanda, se remitió a los documentos aportados a las actuaciones, y solicitó la unión de nuevos documentos, lo que fue admitido.

De oficio se solicitó del Juzgado de Instrucción número dos, un informe sobre el estado de las diligencias previas 1311/11, y, en su caso, testimonio de la resolución que les hubiera puesto fin.

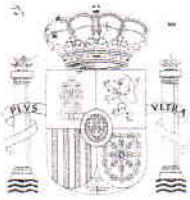
El Juzgado de Instrucción número dos de Girona informó que las diligencias 1311/11 se encontraban en Fiscalía, estando a la espera de la conversión de las diligencias en procedimiento abreviado o de la práctica de nuevas diligencias de instrucción.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se dirige contra la resolución de 19 de enero de 2012, del subdelegado del Gobierno en Girona, en la que se desestimó el recurso de reposición formulado por el demandante contra la resolución del mismo subdelegado, de 7 de diciembre de 2011, en la que se le impuso la sanción de expulsión del territorio nacional, prohibiéndole la entrada por dos años, por la comisión de una infracción grave del artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido prórroga de estancia o autorización de residencia, habiéndosele denegado una autorización de residencia y trabajo por resolución de fecha 23 de agosto de 2011, contra la que el demandante interpuso recurso de reposición, desestimado el 28 de octubre de 2011; así como por figurar encartado en las diligencias previas número 1311/11, del Juzgado de Instrucción número dos, por presunto delito de falsificación de documentos.

SEGUNDO.- De lo actuado, resulta que, al parecer, el demandante presentó una oferta de trabajo presuntamente falsa para solicitar autorización de residencia y trabajo, pero no constan datos o hechos de los que pueda inferirse que se pueda imputar al demandante la falsificación de la oferta, y que, realmente, no sea víctima de la falsedad cometida por otro para obtener el pago por el demandante de un precio por la obtención de la oferta de trabajo, por todo lo cual, y a falta de una sentencia condenatoria contra el demandante, o, siquiera una acusación formal de falsedad, la instrucción de las diligencias penales no pueden tomarse en consideración



para justificar su expulsión, por exigirle así el derecho a la presunción de inocencia, y porque el demandante podría ser víctima del hecho delictivo cometido por un tercero.

TERCERO.- El demandante solicitó una autorización de residencia por circunstancias excepcionales y autorización de trabajo que le fue denegada por resolución de 24 de agosto de 2011, contra la que interpuso recurso de reposición el 14 de octubre de 2011.

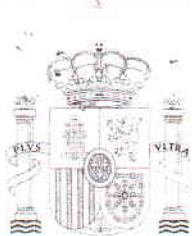
La resolución de expulsión, de 7 de diciembre de 2011, recoge como probado que el recurso de reposición fue desestimado en resolución de 28 de octubre de 2011, pero no consta esa resolución y su notificación en el expediente, ni tampoco se han aportado a estas actuaciones, pese a que el demandante expresamente alegó en el procedimiento de expulsión que todavía no se había resuelto tal recurso y que en consecuencia no se había decidido definitivamente sobre su situación en España, y reiteró la alegación de falta de resolución de ese recurso de reposición en el recurso que interpuso contra la resolución de expulsión, pese a lo cual, y como se ha dicho, nada se alega ni se acredita por la Administración, a lo que debe añadirse que el instructor del expediente, en la propuesta de 2 de noviembre de 2011, nada dijo sobre la resolución expresa del recurso de reposición, se supone que el 28 de octubre, y en la pantalla de información sobre el estado del expediente, de 10 de enero de 2012, tampoco aparece que el recurso de reposición se hubiera resuelto con anterioridad - documento 5 folio 55 del expediente.

Por tanto, la resolución recurrida se fundamenta en la resolución expresa desestimatoria del recurso de reposición contra la denegación de la autorización de residencia y de trabajo, pero este hecho fue negado por dos veces por el demandante, y no se ha probado por la Administración, a quien corresponde la carga de la prueba, y quien debería tener en su poder la resolución expresa del recurso de reposición con la notificación al demandante en fecha anterior a la resolución de expulsión.

Es reiterada la doctrina según la cual la estancia en España no es ilegal cuando está pendiente de decisión administrativa o judicial la regularidad de la estancia del extranjero en nuestro territorio - STS de 26 de junio de 1993 (RJ 1993\ 4747), STSJ Cataluña de 10 de julio de 1998 (RJCA 1998\ 3006) en sentido contrario, y STSJ Madrid de 12 de junio de 2000 (JUR 2001\ 56574) entre otras.

Según esta doctrina, "la expulsión en tales casos vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues se estima que dado que la expulsión se basa en conceptos o realidades jurídicas, la integración del tipo sancionador requiere que el acto administrativo que deniega sea una resolución firme, es decir, que contra la misma ya no quepa recurso alguno ni administrativo ni judicial" - última sentencia citada.

Además, el Tribunal Constitucional, en sentencia 94/1993, de 22 de marzo



(Aranzadi 1993/94), estableció que "la Administración no puede expulsar por carecer de la documentación preceptiva a quien ha instado su expedición sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia, pues de lo contrario vulnera el derecho fundamenta que el artículo 19 CE otorga limitadamente a los extranjeros".

La resolución recurrida sanciona la estancia ilegal en España del demandante en la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento, pero, en esa fecha, el 13 de octubre de 2011, la denegación de la autorización no era firme porque el recurso en su contra se interpuso el 14 de octubre, y tampoco consta que en fecha anterior a la resolución de expulsión, el 7 de diciembre de 2011, se hubiera desestimado el recurso del demandante contra la denegación del permiso de residencia y trabajo, que se le hubiera notificado dicha resolución, que la misma fuera firme, y que, por tanto, a la fecha de la expulsión, su situación en España fuera efectivamente irregular, integrándose el tipo de la infracción que justifica la expulsión, por lo que, a esa fecha, el demandante no podía ser sancionado con la expulsión.

CUARTO.- No procede la condena del demandante al pago de las costas procesales causadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de legal y pertinente aplicación.

FALLO

Estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de T

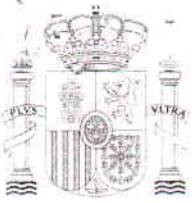
Anulo la sanción impugnada por no ser conforme a derecho.

No hay condena al pago de las costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que, en su contra, se puede interponer recurso de apelación en el plazo de quince días a contar desde el siguiente a su notificación.

Líbrese testimonio para su unión a las actuaciones e inserción en el libro de sentencias definitivas del Juzgado.

Así lo mando y firmo.



PUBLICACIÓN.- Hoy la magistrada juez Isabel Hernández Pascual ha leído y publicado la Sentencia anterior en audiencia pública. Doy fe.