

## **S E N T E N C I A**

**Ilmos. Sres.:**

**DON HERIBERTO ASENSIO CANTISÁN**

**DON GULLERMO SANCHIS FERNÁNDEZ - MENSAQUE**

**DON JAVIER RODRIGUEZ MORAL**

En Sevilla, a 31 de octubre de 2.004.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, ha visto el recurso de apelación registrado con número 260/2005 interpuesto por DRISS LEHANOUI contra sentencia de 261/2005 de 27 de mayo del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Córdoba que desestimó el recurso presentado contra la resolución de 18 de agosto de 2004 de la Subdelegación del Gobierno en la capital de la Provincia por la que se acordó su expulsión del territorio nacional.

Ha sido Ponente el Magistrado D. Javier Rodríguez Moral.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte apelante interpuso el 1 de julio de 2005 recurso de apelación contra la sentencia identificada en el encabezamiento y previo traslado a la parte contraria, se elevó el asunto a la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla, donde el día 28 de octubre de 2005 tuvo lugar la deliberación y fallo.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia de Revisados los datos que ofrece el expediente, así como las alegaciones de las partes litigantes tendentes a desvirtuar o refrendar la sentencia apelada, debemos manifestar lo que sigue, principiando por aquel de sus razonamientos que relativiza la doctrina jurisprudencial –STS 22 de marzo de 2003- que señala que cuando se encuentre pendiente alguna solicitud

por parte del extranjero incurso en supuesto de infracción, no es dable a la Administración competente promover la expulsión del presunto infractor; es decir, que afirma que no están incursos en situación irregular, y por tanto no procede ordenar su expulsión, aquellos extranjeros a la espera de que recaiga decisión sobre su regularización, o a los que se deniegue la autorización correspondiente mientras que no haya ganado firmeza el acto denegatorio; en palabras del Tribunal Supremo (sentencia de 26 de junio de 2003), *la falta de firmeza de una resolución que juega como presupuesto de hecho base para el ejercicio de la potestad sancionadora surte efectos desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia... la presunción de inocencia se mantiene tanto si la parte acusadora no ha llevado una actividad probatoria diligente como si no resuelve la duda de la legalidad del hecho determinante de la sanción... porque al fin y al cabo aquella presunción de validez - la del acto administrativo que deniega la renovación o permiso- se basa en una norma ordinaria, mientras que ésta última constituye un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, luego más fuerte y enérgico.* De esta doctrina se hace uso en la sentencia cruzándola con las reglas sobre la carga de probar que en caso pesa sobre el recurrente, y que se reputa incumplida *„ en tanto que de la documentación incorporada al expediente no se desprende la existencia de una solicitud de permiso de trabajo pendiente al tiempo de dictarse la resolución aquí recurrida, ni en el acto del Juicio Oral tampoco se ha acreditado nada en este sentido“.*

Discrepamos de la apreciación del Juzgador de la primera instancia en atención a lo siguiente. En la propuesta de resolución elevada al Subdelegado, y como hecho probado se admite que el apelante dirigió solicitud de regularización - concretamente, al parecer, mediante formula de reagrupación familiar- el 3 de abril de 2004. Dado que la iniciación del procedimiento de expulsión tiene lugar en junio de 2004, no es posible tachar la petición de fraudulenta, o considerar que obedece a un ardid o a una simple intención dilatoria del curso de las actuaciones sancionadoras. A partir de este primer dato, y al no informar- como suele ser habitual - la propuesta de resolución o ésta misma de haberse dictado y notificado al interesado resolución sobre solicitud es cierto que era perfectamente posible entender desestimada la solicitud por el juego del silencio negativo-Disposición adicional primera de la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España-; ahora bien, el silencio negativo es una simple ficción procesal a la que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común- Ley 30/1992, de 26 de noviembre- atribuye los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o

contencioso –administrativo que resulte procedente, y que no exime a la Administración de la obligación de dictar resolución expresa sin vinculación alguna al sentido del silencio, de ahí que al actor le fuese lícito entender , precisamente en consideración al carácter puramente procesal del silencio desestimatorio y de la obligación administrativa de resolver – que inversamente, supone un derecho a la par que una garantía para el administrado-que la solicitud oportunamente deducida se hallaba todavía pendiente de ser contestada en firme por la Administración ,y por tanto que la doctrina del Tribunal Supremo ya aludida desplegaba plenamente su eficacia. La espera de quien ha visto desestimada por silencio su petición es una espera legítima , que se transmutaría en ilegítima o simplemente desfavorable de aceptar una interpretación de signo contrario a la que aquí proponemos, que indirectamente menoscaba la concepción que del silencio negativo trata de mantener la Ley de Procedimiento, convirtiendo la falta de resolución en presupuesto de la expulsión y la pereza o desidia a la hora de resolver en condición suficiente de la ulterior actividad sancionadora. Teniendo en cuenta lo expuesto, lo que procede es la estimación del recurso de apelación ,con revocación de la sentencia apelada y anulación de la resolución administrativa objeto del proceso.

**SEGUNDO .-** Los razonamientos anteriores conducen a la estimación de la apelación interpuesta, sin imposición de costas a ninguna de las partes de conformidad con el artículo 139, 2 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente aplicación.

## F A L L A M O S

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR DRISS LEHANOUTI CONTRA LA SENTENCIA 261/2005 DE 27 DE MAYO DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° DOS DE CÓRDOBA QUE DESESTIMÓ EL RECURSO PRESENTADO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 18 DE AGOSTO DE 2004 DE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LA CAPITAL DE LA PROVINCIA POR LA QUE SE ACORDÓ SU EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL, Y EN CONSECUENCIA, ANULAMOS LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA OBJETO DEL RECURSO.

SIN IMPOSICION DE COSTAS .

A su tiempo, con certificación de ésta sentencia para su cumplimiento, devuélvase el expediente administrativo al lugar de procedencia.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos