

SENTENCIA N° 3106/12
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACION N° 1202/10

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

Dº MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

Dº CRISTINA PEREZ-PIAYA MORENO



Sección 1ª

En la Ciudad de Málaga a catorce de diciembre de dos mil doce.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación 1202/10 que viene interpuesto por la Subdelegación de Gobierno de Málaga contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cinco de Málaga con fecha veintidós de enero de dos mil diez.y como parte apelada

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D.MARIA DEL ROSARIO CARDENAL GOMEZ , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representacion procesal del hoy apelante se interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número cinco de Málaga recurso contencioso administrativo contra registrándose el recurso con el número 1202/10

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó resolución, cuya parte dispositiva se da aquí por reproducida en su contenido.

TERCERO.- Contra dicha resolución, por la representación procesal de la parte apelante se interpuso Recurso de Apelación, el que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince días, para formalizar su oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número 1202/10.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Las alegaciones del apelante son las siguientes:

“El juzgador de Instancia estima el recurso contencioso-administrativo en cuestión al considerar que se ha producido la nulidad del procedimiento administrativo por haberse acordado la expulsión estando pendiente de resolver un previo recurso de reposición interpuesto por el interesado contra la resolución denegatoria recaída respecto de su anterior solicitud de permiso de residencia por circunstancias excepcionales, según queda reflejado en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia impugnada por el presente acto.

La sentencia recurrida señala en su fundamento de Derecho Cuarto que el recurso de reposición del Interesado, antes referido, fue interpuesto ante la Subdelegación del Gobierno de Huelva con fecha de registro de entrada de 26 de abril de 2009. Asimismo, en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia se indica que el expediente de expulsión le fue incoado al Interesado el día 3 de julio de 2009.

De conformidad con el art. 117.2 de la Ley 30/92 los recursos de reposición habrán de ser resuelto y notificada la resolución acordada en el plazo de un mes, de manera que transcurrido ese plazo sin adoptarse decisión administrativa se habrá de entender la desestimación presunta de aquellos.

En el presente caso se aprecia que en el momento de iniciarse el expediente de expulsión sobre el Interesado había transcurrido el plazo para resolver el recurso de reposición en su día interpuesto contra la resolución denegatoria a su solicitud de residencia por circunstancias excepcionales, debiendo considerarse, por ello, desestimada.

Así pues, a la vista de las alegaciones anteriores, a juicio de esta Parte no se ha producido en la tramitación del expediente sancionador en cuestión la concurrencia de procedimiento regulada en el art. 134 del R.D. 2393/2004, siendo la resolución por la que se acordó la expulsión del interesado y prohibición de entrada en el territorio nacional español, conforme a derecho “.

SEGUNDO. La impugnación al recurso de apelación por parte de la representación procesal de D. es del siguiente tenor literal:

“Olvida la abogacía del estado que el silencio administrativo no es un derecho de la Administración sino del administrado. Y el artículo 43.3º de la Ley 30/1992 en su redacción dada por la Ley 4/1999 precisa que la “desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso contencioso-administrativo que resulta procedente”. De este modo se configura el silencio administrativo negativo no como un acto, sino como una ficción legal para permitir al administrado la interposición de recursos.

El Tribunal Supremo mediante sentencia 30/2003 de 23 de Enero de 2004, rectificando la doctrina fijada hasta entonces estableció que la regulación que del silencio administrativo negativo se hace en la L.R.J.A.P. y P.A.C. tras la reforma de 1999 la configura como una ficción y no como un acto presunto, es decir después de la Ley 4/1999 no hay “actos presuntos negativos” sino solo una ficción que tiene “los solos efectos” de permitir al administrado la interposición del recurso mantenga el incumplimiento de la Administración de resolver corrigiéndose así con esta doctrina una

situación de justicia, por cuanto no debe olvidarse que el conflicto parte del incumplimiento de la Administración que debe resolver expresamente (artículo 42.1º LRJPAC). En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en sentencia de 16 de Septiembre de 2005- sección 1º recurso 789/2003-

Por lo anterior, no puede escudarse la administración en un "desestimación presunta"- que no la hay como acto- del recurso de reposición interpuesto por mi mandante. Es decir, nunca ha habido, ni puede haberlo, un "acto presunto de desestimación de la reclamación" sino simple silencio que permite al interesado, si quiere, recurrir, pero de no hacerlo, no hay acto presunto alguno que gane firmeza ya que la administración sigue obligada a resolver.

Por todo ello, es evidente que en el momento de acordarse la expulsión sobre mi mandante estaba pendiente de resolverse un previo recurso de reposición interpuesto por mi defendido, no pudiendo alegar la administración su desestimación por silencio administrativo."

TERCERO . La Sala acepta los acertados argumentos de la sentencia de Instancia y los de la parte apelada, no siendo posible conceder eficacia, a los efectos de este recurso, a la desestimación presunta de un recurso de reposición, pues solamente es una ficción a favor del recurrente para que pueda interponer los recursos que le correspondan, evitando así la dilación temporal que le supodría la espera hasta la resolución administrativa del propio recurso.

Debe, pues desestimarse el recurso de apelación, imponiéndose las costas causadas en esta instancia a la Administración apelante, en aplicación del art. 139.1 LJ.

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de apelación con imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante

Librese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Firme que sea la misma y con testimonio de ella, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-