

La expulsión de extranjeros que se encuentran en trámite de regularización.

I. Planteamiento

Ocurre en ocasiones que un ciudadano extranjero se encuentra en situación irregular en España, y en tales circunstancias solicita una autorización de residencia del tipo que sea, iniciándose así el correspondiente procedimiento que debe ser resuelto por la Administración. Pero puede ocurrir que entre tanto a ese ciudadano extranjero se le abra un procedimiento sancionador por permanencia irregular en España.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la incidencia de esa solicitud de autorización de residencia en el expediente sancionador, analizándose la legislación y la jurisprudencia que tratan sobre esta cuestión.

II. La sentencia 94/1993 de 22 de marzo del tribunal constitucional

1. Los hechos de la sentencia

El Tribunal Constitucional se planteó y resolvió la cuestión en una ya antigua sentencia, en concreto la 94/1993 de 22 de marzo.

Los hechos fueron los siguientes, tal como se recogen en la propia sentencia: La recurrente, de nacionalidad filipina, obtuvo en 1986 un primer permiso de trabajo y de residencia en España; el 19 de octubre de 1987 solicitó la renovación, que tuvo que reproducir el 2 de febrero de 1988 por extravío de la anterior solicitud. Dicha solicitud le fue concedida por lo que al permiso de trabajo se refiere.

Entre tanto, el 1 de febrero de 1988 se inició el expediente administrativo de expulsión de la recurrente, que concluyó por Acuerdo de la Dirección de la Seguridad del Estado, de 15 de marzo de 1988, por el que se decidía la expulsión del territorio nacional de la actora así como la prohibición de entrada en éste por un período de tres años.

Recurrido este acto administrativo por la vía especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, el recurso fue estimado por la Audiencia

Nacional mediante sentencia de 30 de noviembre de 1988, que declaró la nulidad del acto administrativo de expulsión. Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, fue estimado por el Tribunal Supremo, mediante sentencia de 12 de julio de 1989 (R. 5350/1989)¹, que revocó la apelada, confirmando la regularidad del acto administrativo. Contra esta sentencia la interesada interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

¹ El número R. de identificación de sentencias se refiere al dado por el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Las sentencias del Tribunal Constitucional se mencionan por el número de las mismas.

La recurrente alegaba la violación de los derechos reconocidos en los art. 19, 14, 24 y 25 de la Constitución (CE, en lo sucesivo).

En relación con los hechos expuestos, conviene destacar una serie de datos importantes. En primer lugar, entonces estaba en vigor la Ley orgánica 7/1985 de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, acordándose la expulsión en aplicación de lo dispuesto en los art. 26.1.a) y b) (encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueren exigibles; no haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido)². Asimismo se encontraba en vigor el Reglamento de dicha Ley, aprobado por Real Decreto 1119/1986 de 26 de mayo.

² La regulación actualmente vigente (la Ley orgánica 4/2000 con sus múltiples reformas) tiene diferencias de importancia en la redacción, como veremos en su momento.

Otro dato importante es que en el momento de resolverse el procedimiento de expulsión la interesada ya era titular del permiso de trabajo, como reconoce la propia sentencia constitucional. Pero además en los antecedentes de la sentencia se refleja otro dato fundamental: según la demanda de amparo, cuando se inició el expediente de expulsión, el 1 de febrero de 1988, la actora había solicitado la renovación del permiso meses antes y poseía el correspondiente resguardo que, según el art. 48 del Real Decreto 1119/1986, surtía los mismos efectos que el permiso hasta que se resolviera el expediente.

También es dato importante el que la recurrente solicitaba una renovación del permiso, no un permiso inicial. Aquélla ya había sido titular de un permiso de trabajo y lo que quería era renovarlo. Cabe por tanto plantearse si la respuesta del Tribunal Constitucional hubiera sido la misma si lo solicitado hubiera sido un permiso inicial³.

³ En la doctrina, Borrajo Iniestaparece dar importancia a esta distinción: «es importante subrayar que el mero transcurso del plazo de estancia o residencia no conlleva la obligación de salir, si se ha solicitado la

correspondiente *prórroga o renovación* (y se es poseedor del valioso 'resguardo' que documenta la solicitud, pendiente de resolución por la Administración). Y a continuación menciona la doctrina de la STC 94/1993, además de las del Tribunal Supremo de 25-06-1980 (R. 3344/1980) y 3-07-1980 (R. 3404/1980). Vid. Borrajo Iniesta, I., *La libertad de circulación de los extranjeros en España*, en el libro colectivo coordinado por P. Biglino Campos, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 72.

2. La doctrina de la sentencia constitucional

A) El Tribunal Constitucional concedió el amparo, por entender lesionado el derecho fundamental reconocido en el art. 19 CE, es decir la libertad de circulación y de residencia. Dice el Tribunal Constitucional que la decisión de expulsar o extrañar a una persona del territorio nacional, prohibiendo su regreso durante un período de tiempo, afecta directamente a la libertad de circulación que contempla dicho precepto constitucional, pudiendo vulnerarla o no, según el fundamento y alcance de la medida.

Se plantea entonces el Tribunal la cuestión de si un extranjero puede ser considerado titular del derecho fundamental de circulación, y en su caso con qué alcance. La respuesta que da sienta la doctrina fundamental de la sentencia: los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19. Al afirmar lo contrario –continúa razonando el Tribunal Constitucional- la sentencia del Tribunal Supremo recurrida en amparo rompió, de manera abrupta e inexplicada, con una firme línea jurisprudencial del propio Tribunal Supremo, que se mantiene desde sus sentencias de 25 de junio y 3 de julio de 1980 (R. 3344/1980 y 3404/1980)⁴.

⁴ Borrajo Iniesta alude a las diversas sentencias dictadas en la época (Borrajo Iniesta, I., *El status constitucional de los extranjeros*, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, tomo II, pág. 718 ss). Realmente quien rompió con esa línea fue el propio Tribunal Constitucional con su Auto 182/1985 de 13 de marzo, que declaró –ciertamente de manera innecesaria en aquel caso, ya que lo hizo «a mayor abundamiento»- que el art. 19 CE era aplicable solo a los españoles. La propia STC 94/1993 reconoce la innecesariedad de la afirmación (Fundamento Jurídico –FJ en lo sucesivo- 2 in fine). También en la STC 99/1985 se había resaltado que los art. 19, 23 y 29 se refieren expresamente a españoles.

Cuestión distinta, sin embargo, es –continúa la sentencia- el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España. La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. Por tanto, es lícito que las leyes y los

tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella. Pero la libertad del legislador no es absoluta, «como da por supuesto la sentencia impugnada en el recurso de amparo», y menciona al efecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, sus art. 12 y 13), «que no puede ignorado a la hora de interpretar los art. 19 y 13 de la Constitución, por imperativo de su art. 10.2».

Así pues, los extranjeros que por disposición de una Ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 de la Constitución. O, dicho de otra manera, presupuesto para poder invocar el art. 19 CE es que los extranjeros han de tener el derecho a residir en España. Y aun así, la protección del art. 19 CE no es necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las Leyes y tratados a los que se remite el art. 13.1 CE.

Se trata por tanto de un derecho constitucional de configuración legal, ya que no se trata de un derecho fundamental ligado a la dignidad humana, sino que se encuentra más próximo a los derechos recogidos en el art. 23 CE⁵.

⁵ Diez-Picazo, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, pág. 139-140. Los extranjeros tienen derechos constitucionales, si bien pueden ser de configuración legal, motivo por el cual cabe acudir en su defensa a la vía de amparo constitucional. Se rechaza así la opinión según la cual el derecho de circulación y residencia de los extranjeros en España no sería un derecho fundamental, sino de rango meramente legal, de tal manera que su lesión impediría acudir a la vía especial de protección de los derechos fundamentales y al recurso de amparo.

Atendiendo a tales pautas interpretativas, cuando la medida consiste en la expulsión de un extranjero, *siempre que éste se halle legalmente en el territorio nacional*, para ser respetuosa con la libertad de circulación que el art. 19 CE reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio, la decisión de expulsión o extrañamiento debe fundarse en alguno de los supuestos previstos por la Ley de Extranjería, u otro texto legal de igual valor, para adoptar esa grave medida. Asimismo, la conformidad con la Ley de la medida de expulsión depende de si concurren realmente los hechos determinantes de la expulsión, que deben quedar acreditados en el procedimiento administrativo o, en caso de contencioso, ante el Tribunal que conozca de él; y también depende de que concurren razones que justifiquen que, en vez de imponer la multa que con carácter general prevé el art. 27 de la Ley de Extranjería, haya de imponerse la decisión de expulsión, indudablemente más gravosa. Finalmente, deben ser respetados el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos, y los arts. 13, 19 y 24 de la Constitución, precepto este último que es plenamente aplicable a los extranjeros.

Así expuesta, esta doctrina es solo aplicable a los extranjeros que se encuentran *legalmente* en territorio nacional, en cuyo caso la decisión de expulsión debe basarse en alguno de los supuestos legalmente previstos. Y obviamente la medida de expulsión depende de que realmente concurren los hechos determinantes de la expulsión y se respeten las garantías procedimentales.

B) Así las cosas, a la vista de los hechos, el Tribunal Constitucional podía haber terminado su razonamiento en este punto, afirmando que la interesada había solicitado la renovación del permiso con anterioridad a la tramitación del expediente de expulsión, y que, al resolverse éste, ya tenía un permiso de trabajo y por tanto se encontraba en situación legal y con derecho a residir en España, lo que impedía dictar tal resolución de expulsión.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional se desvía de este razonamiento y opta por otro: la razón determinante del otorgamiento del amparo estriba en que la decisión de expulsión fue adoptada prescindiendo completamente de si la ciudadana extranjera tenía o no derecho a permanecer en España. Los funcionarios del Ministerio del Interior –dice la sentencia- se aferraron a la circunstancia de que los permisos de residencia y de trabajo de la interesada habían expirado, e ignoraron las alegaciones de ésta de que había solicitado con anterioridad su renovación. En el proceso contencioso administrativo quedó probado que la recurrente había instado varios meses antes la renovación de su permiso ante las autoridades laborales, quienes además lo habían otorgado, aun cuando fuera unos días después de haber sido incoado el procedimiento gubernativo de expulsión. Resulta, pues, palmario –concluye la sentencia- que el motivo que dio lugar a la expulsión de la demandante de amparo no se adecuaba a la realidad, lo que lleva derechamente a la anulación de la resolución administrativa impugnada.

Es decir, el Tribunal Constitucional pone de relieve el grave error en que había incurrido el expediente de expulsión, por considerar que la recurrente no había solicitado y obtenido un permiso de residencia y trabajo cuando lo cierto es que sí lo había solicitado y obtenido.

Y como colofón a este razonamiento introduce un párrafo que sigue su pauta: 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 fundamental

que el art. 19 CE otorga limitadamente a los extranjeros.

La anterior conclusión –añade la sentencia- no prejuzga si la demandante de amparo tenía derecho a continuar residiendo en España, ni tampoco cuál era la sanción adecuada al retraso en que incurrió al solicitar la renovación de sus permisos de trabajo y de residencia, pues tales cuestiones son ajenas a las planteadas en el recurso de amparo, debiendo ser resueltas por las autoridades competentes en aplicación de las leyes y de los tratados vigentes.

Nótese por otra parte, que, tal como está redactada la sentencia, no impide imponer una sanción de otro tipo, por ejemplo la pecuniaria. Además, no dice que no pueda iniciarse un procedimiento de expulsión, sino que no se puede expulsar, es decir, dictar una resolución de expulsión. Por tanto, podría entenderse que la cuestión de la regularidad o irregularidad por la petición de un permiso es una cuestión incidental en el propio procedimiento de expulsión. En definitiva, lo que exige la sentencia es que antes de resolver sobre la expulsión debe resolverse sobre la cuestión incidental de la solicitud del permiso que se ha presentado, pues si procede su concesión, resulta improcedente acordar la expulsión. Es decir, de lo que se trata es de tener en cuenta ese dato como una incidencia importante, bien como causa de exención o de justificación.

En cualquier caso, parece que esta cuestión tiene difícil encaje con el derecho a la libertad de circulación y residencia, porque se trata más bien de una cuestión de naturaleza procedimental que no tiene por qué afectar a esas libertades.

Además hay que hacer notar que esta doctrina no es aplicable a supuestos de procedimientos de expulsión en los que no se encuentra en juego un procedimiento de regularización (por ejemplo, cuando la expulsión se basa en actividades contrarias al orden público), porque en tales supuestos el interesado puede tener incluso el permiso de residencia.

3. La trascendencia de la sentencia constitucional

La sentencia del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, STC) 94/1993 supuso en su momento un cambio en la doctrina de este Tribunal en lo referente a la aplicación del art. 19 CE a los extranjeros, como ha puesto de relieve la doctrina⁶.

⁶ Vid., por ejemplo, Aja, E., *Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional*, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, tomo I, Madrid, 2002, pág. 446.

En varias sentencias posteriores el Tribunal Constitucional ha reiterado la doctrina



según la cual el art. 19 CE es aplicable también a los extranjeros que se encuentran residiendo legalmente en España (por ejemplo, 116/93, 242/94, 160/2007). Sin embargo, en esas sentencias posteriores se observa un cierto matiz de autolimitación. En primer lugar, no ha vuelto a reiterar la doctrina de que no se puede expulsar mientras esté pendiente de resolver una solicitud de permiso de residencia.

Y en cuanto al núcleo de la sentencia 94/1993 (el art. 19 no solo es de aplicación a los españoles), las sentencias posteriores son contundentes en su remisión a la ley, poniendo el acento en que las personas que no poseen la nacionalidad española *sólo* tienen derecho a residir en España, y a circular dentro del territorio nacional, cuando se lo otorga la disposición de una ley o de un tratado, o la autorización concedida por una autoridad competente. Es muy significativa la utilización del adverbio «sólo» en sentencias tales como las STC 86/1996, 24/2000, 53/2002 y 260/2007, razonando esta última que «la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE, y STC 107/1984, FJ 3), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano». Es asimismo muy significativa la STC 236/2007 (Fundamento 14), según la cual la entrada y residencia en España no es un derecho fundamental del que los extranjeros sean titulares con fundamento en el art. 19 CE, remitiéndose asimismo a la STC 72/2005 (Fundamento 8)⁷.

⁷ La STC 72/2005 introdujo un notorio cambio de interpretación acerca del contenido del art. 19 CE. Sobre ello, vid. Vidal Fueyo, C., *La sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005 de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España*, en *Teoría y Realidad constitucional*, 18, 2006, pág. 430. Comentando la STC 236/2007, Casas Bahamonde pone de relieve el importante aumento de asuntos de extranjería en el Tribunal Constitucional a partir de 2003, así como el aumento de la complejidad de la materia como consecuencia de la evolución jurídica y social del fenómeno de la inmigración (Casas Bahamonde, M.E., *El Tribunal Constitucional ante el fenómeno de la extranjería*, en *XXIX Jornadas de Estudio. Derecho, inmigración e integración*. Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, especialmente pág. 484 y 487.

III. La jurisprudencia de los tribunales ordinarios

1. La doctrina del Tribunal Supremo

La idea de 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 no es original

del Tribunal Constitucional, sino que ya había sido acogida anteriormente por el Tribunal Supremo en varias sentencias. Así, cabe citar las de 10-11-1986 (R. 6646/1986), 17-12-1987 (R. 9566/1987) y 18-12-1987 (R. 9575/1987). Pero en tales sentencias del Tribunal Supremo concurría un matiz fundamental: se referían a expulsiones dictadas durante el proceso extraordinario de regularización contemplado en la Disposición Transitoria 2ª de la Ley de Extranjería de 1985, razonando el Tribunal Supremo que, dado que el proceso de regularización se había abierto por un periodo de tres meses, no se podían realizar expulsiones de extranjeros regularizables en ese proceso si previamente no se examinaba su derecho a obtener permiso para residir en España. Por tanto, los casos contemplados en esas sentencias eran unos supuestos muy especiales, por lo que no parece apropiado obtener de ellos una regla general aplicable a los supuestos generales.

También aplicó esa doctrina la sentencia del Tribunal Supremo (STS, en lo sucesivo) 29-03-1988 (R. 2549/1988), referido a un supuesto muy similar al de la STC 94/1993 (encontrarse trabajando durante el procedimiento de renovación de permiso de trabajo). La STS 29-05-1991 (R. 3902/1991), reiteradamente invocada por los Tribunales Superiores de Justicia e incluso alguna vez por el propio Tribunal Supremo, solo muy tangencialmente trata de la cuestión.

Tras la STC 94/1993, y hasta que dejó de conocer de los asuntos de extranjería en virtud de la modificación de competencias introducida por la Ley orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, el Tribunal Supremo ha mantenido esa doctrina. Pero en este punto cabe hacer una serie de observaciones generales.

En primer lugar, curiosamente en ningún momento alude a la STC 94/1993, ni tampoco al art. 19 CE, sino que se apoya exclusivamente en la doctrina de las sentencias que había ido dictando con anterioridad. Se trata, pues, de una jurisprudencia que se apoya en sí misma.

En segundo lugar, buena parte de sus sentencias no se refieren a cuestiones de fondo, sino a recursos de casación sobre la aplicación de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de resoluciones de expulsión⁸. Lo que adquiere relevancia en estos asuntos no es, por tanto, la norma jurídica aplicable al fondo, sino los principios que rigen en materia de medidas cautelares (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*). Y es indudable que el principio de que no puede expulsarse a quien tiene pendiente de resolver una solicitud de regularización encaja mejor entre los que pueden inspirar una medida cautelar que los que deber aplicarse para resolver el fondo del asunto.

⁸ Así, STS 19-07-1996, (R. 5653/1996); 30-09-2000 (R. 9094/2000); 19-12-2000 (R. 593/2001); 3-04-2002, (R. 3347/2002); 4-11-2005 (R. 7567/2005, 4-11-2005 (R. 7571/2005).

Otras sentencias del Tribunal Supremo se refieren al proceso extraordinario de regularización abierto por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991⁹. Por tanto, como antes hemos dicho con respecto al proceso extraordinario de 1985, se refieren a supuestos excepcionales de regularización.

⁹ Así, STS 22-07-2000 (R. 7160/2000). En particular, en relación con la cuestión de la suspensión de la ejecución de las expulsiones con motivo de ese proceso de regularización, STS 25-11-1995 (R. 9570/1995); 16-02-1996 (R. 1694/1996); 19-07-1996 (R. 5654/1996).

Así las cosas, son muy pocas las sentencias referidas a cuestiones de fondo que no se refieran a supuestos excepcionales. De ellas, la STS 19-02-2000 (R. 2886/2000) se refiere a la aplicación del art. 26.1.b) de la Ley de Extranjería de 1985 en un supuesto muy parecido al de la STC 94/1993 (a la que, por cierto, no menciona, mencionando en cambio a otras sentencias del propio Supremo). Pero tal precepto ha sido sustancialmente alterado por la legislación en vigor, por lo que mal puede seguirse aplicando una doctrina referida a una norma como si todavía permaneciera en vigor.

Y las STS 24-02-2001 (casación 6930/1996, que no he localizado en el repertorio Aranzadi), 4-04-2006 (R. 4909/2006, con fecha 7-04-2006 en el CENDOJ) y varias del año 2007 (31-01-2007, R. 1357/2007; 29-03-2007, R. 1956/2007; 29-03-2007, R. 1957/2007; 24-05-2007, R. 5900/2007), se limitan a invocar la doctrina que aparece en las anteriores sentencias y a la que se otorga un alcance general.

2. La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia

Los Tribunales Superiores de Justicia han pasado a conocer de las apelaciones en materia de extranjería tras la reforma procesal de 2003. En relación con la doctrina según la cual no cabe expulsar a quien ha instado su regularización mientras no se haya resuelto sobre la misma, cabe hacer las siguientes apreciaciones de carácter general.

En primer lugar, cuando han aplicado tal doctrina, citan en su apoyo tanto la STC 94/1993 como las sentencias del Tribunal Supremo, a pesar de que, como hemos visto, responden a principios diferentes. Por otra parte, apenas aluden a la legislación vigente en materia de extranjería, a pesar de las importantes innovaciones que ésta ha introducido.

También cabe destacar la amplitud con que en ciertas sentencias se ha acogido la doctrina, desbordando tanto las previsiones de la doctrina del Tribunal Constitucional como las de la legislación.

Desde otro punto de vista, no parece correcto que los tribunales invoquen, para su aplicación con carácter general, una doctrina jurisprudencial en gran parte apoyada en supuestos de carácter excepcional, como fueron los procesos extraordinarios de regularización; y en materia de suspensión judicial de la ejecución de resoluciones de expulsión.

3. La doctrina de en otros tribunales ordinarios

De la doctrina de la STC 94/1993 no solo se ha hecho eco la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino también la Penal. En concreto, aparece mencionada en asuntos de internamientos de extranjeros (por ejemplo, Auto 105/2010 de 10-02-2010 de la Audiencia Provincial de Madrid, R. 124314/2010).

IV. La legislación vigente relacionada con la doctrina de la STC 94/1993

A la vista de la evolución del fenómeno de la inmigración, el legislador ha introducido numerosas modificaciones en la legislación de extranjería, e indudablemente en ellas ha tenido muy en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional. A continuación analizamos las respuestas normativas que guardan relación con el contenido de la STC 94/1993, tal como aparecen en la actualidad en la vigente Ley orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE, en lo sucesivo); así como en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 557/2011 de 20 de abril (RE, en lo sucesivo).

A) Comenzando por la regulación legislativa del derecho a la libertad de circulación y de residencia, el art. 5 LOE establece que los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esa Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia, salvo una serie de limitaciones que ahora no vienen al caso. La Ley ya no se limita a referirse a los extranjeros que se hallen «legalmente» en territorio español, como hacía el art. 6 de la Ley de 1985, sino que es mucho más concreta al remitirse a la regulación específica de su Título II, que establece el régimen jurídico de los extranjeros¹⁰.

¹⁰ Sobre la constitucionalidad del art. 5 LOE se pronuncia la STC 236/2007 (Fundamentos Jurídicos 4, 5 y



6). El art. 45 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, con la denominación «derecho de circulación y residencia», en el capítulo sobre «ciudadanía», distingue entre los ciudadanos de la Unión, a los que se reconoce el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y los demás: «podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro».

B) Otra innovación fundamental es la introducción de plazos para resolver las solicitudes de autorización de residencia y trabajo, y la regulación novedosa del silencio administrativo en la materia¹¹.

¹¹ Uno de los grandes problemas en la aplicación de la legislación de extranjería ha sido el de la demora en la resolución de los expedientes. Sobre la situación en los primeros años de aplicación de la Ley 4/2000 (e indudablemente durante la vigencia de la Ley de 1985 cuando empezó a crecer el fenómeno inmigratorio), vid. Borrajo Iniesta, I., *El desorden administrativo de la inmigración en España*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 7, 2003, pág. 119 ss. El autor ponía de relieve en esa fecha (2003) la incapacidad de la Administración de gestionar el sistema establecido: las tardanzas de meses e incluso años, en tramitar los permisos iniciales y las sucesivas renovaciones, que «han hecho surgir una figura jurídica esencial en el sector de la inmigración: el resguardo. Este documento no es más que la copia sellada que acredita que el inmigrante ha solicitado en tiempo y forma el permiso que necesita para residir y trabajar regularmente en España» (pág. 123).

En la actualidad, la Disposición Adicional (DA, en lo sucesivo) 1ª LOE establece que el plazo general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de autorizaciones que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, añadiendo que, transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, como regla general, éstas podrán entenderse desestimadas. No obstante, como excepción a esa regla general, las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo, así como las solicitudes de autorización de residencia de larga duración que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas.

Se culmina así una evolución surgida como consecuencia de la aprobación en 1992 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común¹². Su primera manifestación fue el Real Decreto 1778/1994 de 5 de agosto, que adecuaba determinados procedimientos –entre ellos, los de extranjería- a la Ley 30/1992. Se establecía un plazo general de resolución de tres meses, salvo disposición específica que estableciera otro plazo (art. 3), pero a la falta de resolución expresa el silencio se consideraba desestimatorio (punto B del



Anexo del Real Decreto).

12 Sobre la evolución del silencio administrativo en la materia, vid. Tolivar Alas, L. y Boto Álvarez, A., *Extranjería y silencio administrativo*, en Quintana López, T. (dir.) y Casares Marcos, A. (coord.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pág. 981 ss.

Poco después, el Reglamento de Extranjería de 1996 (DA 2ª del Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero) mantuvo el plazo para resolver de tres meses (la mitad de ese plazo para las peticiones de permisos de residencia por reagrupación familiar y de permiso de trabajo por temporada). Por su parte, la DA 3ª se remitía, en cuanto a los actos presuntos, a lo dispuesto en aquel momento por la Ley 30/1992 y en el antes citado Real Decreto 1778/1994.

Posteriormente, la Ley orgánica 4/2000 en su primitiva redacción (DA única) expresamente estableció para las prórrogas del permiso de residencia y renovaciones del permiso de trabajo un plazo de tres meses para resolver, transcurrido el cual se entendía que la prórroga o renovación habían sido concedidas. Esta redacción fue muy pronto modificada por la Ley orgánica 8/2000, que es la actualmente vigente, con una leve modificación que a nuestros efectos es irrelevante.

Por tanto, esta Ley establece un plazo para resolver y regula los efectos del silencio, variando sustancialmente la situación con respecto a lo que ocurría cuando se produjo el supuesto de hecho que dio lugar a la STC 94/1993, en que estaba aún en vigor la antigua Ley de Procedimiento de 1958. Y en los casos de solicitudes de prórroga o renovaciones de permisos, el silencio tiene un sentido estimatorio.

C) Otro dato importante es que los procedimientos de solicitudes de permisos no responden a una única tipología, ya que pueden referirse a casos muy diferentes. En particular, las solicitudes pueden ser presentadas en determinados casos por terceros: por ejemplo, los empleadores en los casos de solicitudes de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial (art. 67 RE); o los familiares reagrupantes cuando se trata de solicitudes de autorización de residencia por reagrupación familiar (art. 55 RE). Y normalmente tales solicitudes se refieren a extranjeros que se encuentran fuera de España. Por tanto, a estas personas no les afecta el principio, pues solo se refiere a quienes se encuentran en nuestro país.

D) Desde otro punto de vista, procede hacer una distinción. No es lo mismo que esté pendiente de resolver una solicitud de renovación de una autorización, que una solicitud inicial. En aquel caso, si se ha presentado en tiempo y forma, el extranjero no incurre en irregularidad, porque se prorroga la correspondiente autorización. Así, el



art. 51.2 RE, al regular la renovación de la autorización de residencia temporal no lucrativa, dice que la presentación de la solicitud hasta los 90 días naturales posteriores a la fecha de finalización de la anterior autorización prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. Similares reglas se contemplan en el art. 61.1 RE para la renovación de autorización por reagrupación familiar; en el 71.1 para la renovación de autorizaciones de trabajo y residencia; en el 82.3 para las renovaciones de autorizaciones de residencia y trabajo para investigación; en el 93 para las autorizaciones de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados; y en el 109.2 para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia)¹³. Por tanto, estos supuestos no están incluidos en el art. 53.1.a) LOE y en consecuencia no existe infracción que pueda sancionarse con la expulsión.

¹³ Ya el Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, establecía que el resguardo de presentación de la solicitud de renovación del permiso de trabajo y de residencia producía los mismos efectos que éste mientras no se resolviera el expediente.

Por el contrario, si lo que está pendiente de resolver es una autorización inicial y el extranjero se encuentra en España, su situación es de irregularidad, aunque haya solicitado la autorización inicial. Lo mismo ocurre cuando la solicitud de renovación se ha efectuado fuera de los plazos antes citados.

La jurisprudencia que comentamos dice que no puede equipararse la conducta de quien trata de regularizar su situación con la de los que no tratan de hacerlo y eluden los controles. Pero esto no significa que aquellos deban ser equiparados a los que se encuentran legalmente en España.

E) Otro precepto fundamental a los efectos que tratamos es la DA 4ª LOE, introducida por la Ley orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, que contempla una serie de causas de inadmisión de las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en la Ley de Extranjería. Entre ellas cabe destacar la presentación de solicitudes referidas a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pudieran encontrarse en uno de los supuestos del art. 31, apartado 3. Y se incluyen además otras causas de inadmisión, que revelan la intención del legislador de privar a tales solicitudes de toda eficacia. Así las cosas, no parece que una solicitud que sea inadmisibile pueda producir los efectos a los que alude la STC 94/1993.

F) En la actualidad las infracciones contempladas en el art. 53.1 LOE vienen a sustituir a las contempladas en el art. 26.1 de la Ley de 1985, introduciendo sustanciales modificaciones. En concreto, el art. 53.1.a) tipifica el «encontrarse

irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente»¹⁴. Y el vigente art. 53.1.b) difiere sustancialmente de su precedente 26.1.b) de 1985, ya que el encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, solo constituye infracción grave –y causa de expulsión- cuando no se cuente con autorización de residencia válida¹⁵. De esta forma, el ámbito de aplicación del art. 53.1.b) viene a coincidir en buena parte con el del art. 53.1.a) mientras que los ámbitos de los art. 26.1.a) y 26.1.b) de la Ley de 1985 eran diferentes.

¹⁴ Como regla general, se contempla la posibilidad de solicitar la renovación en los 60 días naturales anteriores a la terminación de la autorización, aunque prevé la posibilidad de solicitar la renovación en los tres meses siguientes a esa terminación (art. 40.2, 51.1, 61.1, 71.1, 82.3, 93.1, 109.2, 130.5, 150.2, 154.2, 197.1, 198.2 RE).

¹⁵ Es importante destacar esto, pues varias de las sentencias del Tribunal Supremo se refieren a extranjeros que se encontraban trabajando cuando ya había caducado el permiso de trabajo, pero habían solicitado su renovación: por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 19-02-2000 (R. 2886/2000), el extranjero tenía permiso de residencia y un anterior permiso de trabajo que había solicitado renovar.

G) El art. 57.4 LOE en su redacción actualmente vigente dice que la expulsión conllevará, en todo caso, la 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 del extranjero expulsado¹⁶.

¹⁶ La actual redacción fue introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. La inicial redacción, dada por la Ley orgánica 8/2000, se limitaba a decir que la expulsión conllevaría, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado. No contemplaba, por tanto, el caso de una solicitud de permiso que estuviera en curso, aunque es evidente que si la expulsión conllevaba la extinción de cualquier autorización, las mismas consecuencias conllevaría lo que es una mera expectativa, como es la solicitud de una autorización sin resolver. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en lo sucesivo, STSJ) Cataluña de 19-10-2012 (R. 383901/2012), con buen criterio, pone de relieve que «debe tenerse en cuenta que la antigua doctrina del Tribunal Constitucional citada por el Ilmo Magistrado de instancia (la STC 94/1993), fue superada por la redacción que al apartado 4 del art. 57 LOE dio la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, a fin de que la expulsión acordada conllevara no únicamente la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de que fuera titular el extranjero expulsado, sino además el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado, por lo que no puede aceptarse ni aún como mera hipótesis el razonamiento de la sentencia de instancia».

H) El art. 63.6 LOE establece, tras la reforma introducida por la Ley orgánica 2/2009, que en el supuesto de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 53 cuando

el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad autorización de residencia temporal conforme a lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión suspenderá la misma hasta la resolución de la solicitud, procediendo a la continuación del expediente en caso de denegación¹⁷.

¹⁷ Su antecedente es el art. 63.3 de la Ley de Extranjería, en la redacción dada por Ley orgánica 8/2000, según el cual, en el supuesto de la letra a) del artículo 53, cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo, conforme a lo dispuesto en el artículo 31.4 de esta Ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará la misma, si procede, por el procedimiento establecido en el artículo 57. Es decir, lo que contemplaba era un cambio de procedimiento. Lo curioso es que el art. 57 no contemplaba ningún procedimiento, por lo que habría que entender que se refería a un procedimiento no preferente. Por otra parte, se limitaba solo a los supuestos de solicitud de permiso de residencia por arraigo.

Tal redacción supone, con respecto a la que viene a sustituir, una ampliación de los supuestos de las infracciones y de las solicitudes de autorización. En cuanto a las infracciones, se amplía a la contemplada en el art. 53.1.b). En cuanto a las solicitudes, ya no solo se atiende al arraigo, sino también a las razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. Y además, según la Ley, la solicitud presentada ya no implica el cambio de la clase de procedimiento (del preferente al ordinario), sino la suspensión del procedimiento de expulsión hasta la resolución del procedimiento de autorización, continuando aquél en caso de denegación.

Por otra parte, cabe observar que este precepto se encuentra incluido en el artículo intitulado «procedimiento preferente», aunque ninguna duda cabe de que también es aplicable al procedimiento ordinario.

En desarrollo del art. 63.6 LOE, el art. 241.1 del actual Reglamento de Extranjería, aunque refiriéndose exclusivamente el supuesto de la infracción prevista en el art. 53.1.a) de la Ley, dice que, si durante la tramitación del expediente seguido por el procedimiento preferente, el extranjero expedientado acreditase haber solicitado con anterioridad a su iniciación una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de conformidad con lo dispuesto en el art. 31.3 de la Ley y concordantes del Reglamento, el instructor recabará informe del órgano competente sobre el estado de tramitación de dicha solicitud. En caso de que el interesado no reuniera, de acuerdo con la resolución que se dicte sobre la solicitud de autorización, los requisitos previstos para la obtención de la autorización de residencia, el instructor decidirá la continuación del expediente de expulsión y, en caso contrario, procederá a su archivo. De entender procedente la prosecución del expediente y previo acuerdo dictado al efecto, continuará por los trámites del

procedimiento ordinario regulado en el Reglamento.

I) El art. 21.2 LOE (derecho al recurso contra los actos administrativos), en redacción dada por la Ley orgánica 8/2000, que altera levemente lo que ya establecía el art. 19.2 de la 4/2000, dice que el régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente. Hay, por tanto, una remisión a las leyes generales, referida especialmente a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

J) Hay que hacer referencia también a las modificaciones de tipo organizativo dirigidas a tratar de evitar los graves problemas de coordinación administrativa que se reflejan en la STC 94/1993. Así, resulta fundamental la creación, a partir del Real Decreto 1521/1991 de 11 de octubre, de las Oficinas de Extranjeros, que han unificado las competencias en materia de extranjería en el ámbito provincial. Y en el ámbito central, se ha procedido también a la unificación de competencias, a partir de la creación en el año 2000 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería e Inmigración.

K) También es preciso tener en cuenta la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. La Directiva se refiere a los ciudadanos extranjeros que se encuentren en situación irregular. En concreto, el art. 3.2 define la situación irregular como la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de Fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro.

En lo que afecta a la cuestión que estamos tratando, el art. 6.5 establece que si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente. El art. 63.6 LOE, que antes hemos comentado, es una clara transposición de este precepto.

V. Las cuestiones planteadas por la doctrina jurisprudencial

1. Aspectos generales

La aplicación por los tribunales inferiores de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que estamos examinando plantea una serie de cuestiones, que se estudian a continuación.

2. La clase de permiso o autorización solicitado

No se puede expulsar a quien ha solicitado una autorización de residencia y aún no se ha resuelto, dice la doctrina jurisprudencial. Ahora bien, ¿es válida esta afirmación para cualquier tipo de autorización?

En general, la jurisprudencia no baja a muchos detalles. En muchas ocasiones alude genéricamente al intento de regularización. Otras veces alude al permiso de residencia. Y otras alude al permiso o autorización de residencia y trabajo (STSJ Málaga 19-03-2010, R. 72399/2012; STSJ Madrid 15-09-2010, R. 368920/2010; STSJ Madrid 8-06-2011, R. 340083/ 2011); a la renovación de un permiso de residencia y trabajo o a un permiso de residencia permanente (STSJ Madrid 11-02-13 (R. 115683/2013); a la autorización de residencia de larga duración (STSJ Madrid 5-03-2014 (R. 98078/2014).

Sin embargo, a la vista de la legislación vigente, habría que tener en cuenta una serie de distinciones.

Por de pronto, la aplicación a los extranjeros del art. 19 CE, tal como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, exige que éstos se encuentren legalmente en España. Y de acuerdo con lo indicado en el art. 5 LOE, solo lo estarán los que cumplan lo establecido en el título II de la Ley, es decir, quienes cuenten con las correspondientes títulos habilitantes para permanecer en nuestro país.

Sobre esta base, podemos distinguir una serie de supuestos.

- Por de pronto, hay que resaltar la obligación que tiene la Administración de resolver en un determinado periodo de tiempo (tres meses como regla general), teniendo el silencio en las solicitudes de prórroga y renovación un carácter estimatorio; y desestimatorio en los demás casos. De esta forma, el juego del silencio de carácter estimatorio hace innecesaria en estos casos la doctrina que comentamos, pues se puede invocar directamente lo dispuesto en los correspondientes preceptos legales y reglamentarios.

- Cuando la solicitud de renovación de una autorización de residencia se realiza en plazo, no concurre el supuesto previsto en el art. 53.1.a) LOE mientras se tramita el correspondiente procedimiento. Por tanto, también resulta innecesaria la doctrina que comentamos.

- Cuando un extranjero se encuentre en las situaciones contempladas en los art. 53.1.a) o b) LOE y en tales situaciones solicite una autorización de residencia, en este caso, salvo lo que a continuación diremos, tal solicitud debe ser inadmitida a trámite (DA 4ª LOE). Y en caso de que se dicte una resolución de expulsión, ello supone el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado (art. 57.4 LOE). En este caso, la doctrina que comentamos resulta inaplicable por haber sido excluida por el legislador.

- Cuando un extranjero se encuentre en las situaciones contempladas en los art. 53.1.a) o b) LOE y en tales situaciones solicite una autorización de residencia al amparo de lo dispuesto en el art. 31.3 LOE, en este caso el órgano encargado de tramitar la expulsión suspenderá la misma hasta la resolución de la solicitud, procediendo a la continuación del expediente en caso de denegación¹⁸. Este es el único caso en que puede mantenerse la doctrina que comentamos, si bien el fundamento ya no se encuentra en lo dispuesto en el art. 19 CE, sino en la transposición del art. 6.5 de la Directiva de Retorno.

¹⁸ Lo dicho se refiere al supuesto de que la solicitud de la autorización se hubiera formulado con anterioridad a la iniciación del procedimiento de expulsión. Si la solicitud de regularización se hubiera presentado con posterioridad a la iniciación del procedimiento de expulsión, carecerá de trascendencia a efectos de este procedimiento. Así resulta de lo dispuesto en el art. 63.6 LOE, que exige que se haya solicitado la autorización de residencia con anterioridad a que se hayan producido los supuestos de las letras a) y b) del art. 53.1. Lo mismo se deduce de lo dispuesto en el art. 241.1 RE.

Por otra parte, no parece que las solicitudes de regularización que sean inadmisibles conforme a la DA 4ª.1 LOE puedan producir el efecto de impedir resolver sobre la expulsión, precisamente por la intención del legislador de privar de efectos a estos supuestos. Por ejemplo, una solicitud presentada en una oficina de correos cuando tenía que haber sido presentada personalmente (DA 4ª.1.h LOE); o una solicitud de autorización de residencia de larga duración sin reunir el requisito de los cinco años de residencia legal (DA 4ª.1.f LOE).

3. ¿La existencia de una solicitud de autorización de residencia impide iniciar un expediente de expulsión?



Cierta jurisprudencia no se ha limitado a la literalidad de la expresión de la STC 94/1993, sino que la ha ampliado. Así, ha puesto el acento no en la resolución de expulsión, sino en la iniciación del procedimiento de expulsión. Es decir, para esa jurisprudencia, la Administración no es que no pueda expulsar por carecer de documentación preceptiva a quien ha instado su expedición sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia; es que ni siquiera puede iniciar un expediente de expulsión.

De hecho, gran parte de las sentencias que aluden a esta doctrina se fijan en el momento de la iniciación del procedimiento sancionador, no en el momento de dictarse la resolución de expulsión (si bien es cierto que en muchos de esos casos al dictarse la expulsión la solicitud seguía sin resolverse).

Según esta doctrina, el mero hecho de haber solicitado un permiso de residencia impide la tramitación de un procedimiento de expulsión. Así, cabe citar la STS 4-04-2006 (R. 4909/2006) (7-04-2006 según CENDOJ), según la cual no se infringe el art. 53.a) LOE si está pendiente una petición anterior de permiso de trabajo o de residencia, «como lo demuestra el propio precepto al hablar del caso de las renovaciones». Con ello parece entender que la conducta de quien ha instado la regularización es atípica.

Tal doctrina en la actualidad no puede mantenerse, por carecer de todo apoyo legal. El mero intento de regularización no convierte la situación del extranjero en legal. Su situación sólo será legal cuando concurra alguno de los supuestos a los que antes hemos hecho mención.

Además, según la legislación vigente, la iniciación de un procedimiento de solicitud de autorización inicial de residencia como regla general no impide tramitar y resolver un expediente sancionador, incluyendo la posibilidad de imponer la expulsión. Solo en los casos de solicitud de autorización de residencia del art. 31.3 LOE procede suspender el procedimiento de expulsión (lo que presupone la posibilidad de iniciarlo) hasta la resolución de la solicitud de autorización. Y el art. 241.1 RE reitera lo mismo.

4. ¿La Administración puede imponer una sanción distinta de la de expulsión sin resolver previamente una solicitud de autorización de residencia?

Existe una jurisprudencia según la cual no sólo no cabe acordar una expulsión, sino tampoco ninguna sanción, en caso de estar pendiente una solicitud de regularización. Así, la STSJ Madrid de 15-09-2010 (R. 368920/2010) atiende el caso de una

resolución de expulsión que se dicta estando pendiente de resolver una solicitud de permiso de residencia y trabajo. El Juzgado había sustituido la expulsión por una multa. Apelada la sentencia, la Sala estima la apelación: critica el silencio de la Administración, alude a la sentencia del Tribunal Constitucional junto a otras y añade que no sólo no era procedente la expulsión, sino tampoco la sanción de multa acordada en la sentencia de instancia¹⁹.

¹⁹ En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Madrid 4-02-2011 (R. 161626/2011), si bien en tal caso no pudo anular la multa que se había impuesto porque ésta no había sido recurrida, aunque la sentencia razona que «de las consideraciones anteriores y aunque discrepamos con la procedencia de sustituir la sanción de expulsión y prohibición de entrada por la de multa en cuantía de 350 euros, pues lo coherente en el caso de autos hubiera sido, para nosotros, la simple revocación de la orden de expulsión, concluimos con que procede la confirmación de la sentencia de instancia». También en igual sentido se pronuncia la STSJ Madrid 5-03-2014 (R. 98078/2014), que luego comentaremos.

Esta doctrina no se ajusta a la de la STC 94/1993. La sentencia del Tribunal Constitucional se refería sólo a la expulsión, no a la multa, lo que tenía su lógica, dada la conexión con el art. 19 CE. Es más, la propia STC 94/1993 manifiesta que procedía anular la expulsión, pero no entraba en otras cuestiones, entre ellas las posibles sanciones a imponer.

En cualquier caso, esta jurisprudencia viene a asimilar lo que es un intento de regularización con una situación de regularidad, lo que no se ajusta al ordenamiento actualmente vigente. Hay que insistir que el intento de regularización –salvo los supuestos expresamente contemplados en el art. 53.1.a) LOE y a los que antes hemos hecho referencia- no convierte en atípica la permanencia irregular en España. Y si se ha producido la infracción, el art. 55.1.b) LOE contempla la posibilidad de imponer una sanción de multa.

5. El grado de desarrollo del expediente de solicitud de la autorización

Ante los tribunales se han planteado cuestiones relacionadas con el grado de desarrollo del procedimiento de regularización. En efecto, si un procedimiento de expulsión viene a incidir en un procedimiento de regularización, puede hacerlo en diversos momentos: por ejemplo, antes de que haya transcurrido el plazo para entenderlo estimado o desestimado por silencio; después de ese plazo; antes de que se haya resuelto y notificado; después de que se haya resuelto pero antes de ser notificado, etc.

Como ya hemos dicho anteriormente, la cuestión se encuentra en la actualidad resuelta en nuestro ordenamiento vigente. Sin embargo, existen una serie de



sentencias que consideramos de interés comentar, para comprobar si su doctrina se ajusta a lo que aquél establece.

En general esta jurisprudencia considera que no procede acordar la expulsión y, por tanto, la anula.

A) La STSJ Cataluña de 12-03-2010 (R. 245191/2010) anula la expulsión porque cuando se formuló la *denuncia* (en el procedimiento de expulsión) aún no se había resuelto la solicitud del permiso, sin que tampoco hubiera transcurrido el plazo para entenderlo desestimado por silencio. Lo cual es criticable, porque supone un impedimento a la apertura de un expediente de expulsión a pesar de que el extranjero se encuentre en situación irregular en España. Otra cosa sería que en el momento de dictarse la expulsión siguiera sin resolverse, aunque no hubiera transcurrido el plazo del silencio.

B) Otra sentencia que estudia los efectos del silencio es la de Madrid de 8-06-2011 (R. 340083/ 2011). Según esta sentencia, «en tanto que en vía administrativa penda la resolución de una solicitud dirigida a regularizar la situación en España de un ciudadano extranjero, no puede considerarse cometida la infracción tipificada en el artículo 53.a) LOE, porque hasta entonces no se sabrá si aquél tiene derecho, o no, a residir legalmente en nuestro país, lo que determina tanto la improcedencia de la expulsión como la de la multa, pues no puede sancionarse una infracción cuya ejecución se desconoce».

Entiendo que esta doctrina no es correcta a la vista de la legislación actualmente vigente. No puede decirse que tal supuesto no esté tipificado en el art. 53.1.a) LOE, salvo las solicitudes de renovación formuladas en plazo. La mera solicitud de una autorización de residencia no supone que esa autorización vaya a ser concedida y que el extranjero tenga un derecho a tal autorización, por lo que la sentencia que comentamos está poniendo a un mismo nivel una mera expectativa y un derecho. Otra cosa es que no se pueda dictar una resolución de expulsión si concurren los supuestos previstos en los art. 63.6 LOE y 241.1 RE, pero en este caso el motivo no es la falta de tipicidad, sino la concurrencia de una causa de exclusión de la expulsión por un motivo procedimental.

Según los art. 63.6 LOE y 241.1 RE no cabe dictar una resolución de expulsión mientras no se haya resuelto la solicitud de permiso de residencia. Resolución que debe ser expresa, sin que sea suficiente el que haya transcurrido el plazo para entenderla desestimada por silencio administrativo, pues éste sólo produce los efectos de permitir a los interesados interponer los recursos administrativos o

jurisdiccionales procedentes (art. 43.2 de la Ley 30/1992).

C) Por el contrario, niega la producción de esos efectos del silencio la STSJ Galicia 30-03-2011 (R. 177268/2011), por entender que, a pesar de haber transcurrido el plazo de silencio, el interesado no había llegado a impugnar la denegación presunta de la autorización. Según la sentencia, no basta «la vocación y voluntad de permanencia de forma legal», sino que es necesaria una manifestación de una voluntad seria de regularizar su situación, que no se acredita al no agotar las vías posibles de impugnación.

En mi opinión, si nos encontramos ante el supuesto del art. 63.6 LOE, la voluntad es indiferente, porque la Administración está obligada a resolver. Y si no se está en ese caso y concurre el supuesto del art. 53.1.a) LOE, también la voluntad de regularizarse es indiferente. Únicamente cabría entender el requisito de la voluntad seria como una exclusión de efectos de las solicitudes de autorización que incurran en una causa de inadmisión.

D) La STSJ Comunidad valenciana de 16-05-2012 (R. 288714/2012) resuelve un asunto en el que, con anterioridad al expediente de expulsión, se había dictado una resolución denegatoria del permiso solicitado, «siendo irrelevante en lo que en esta litis interesa que tal resolución denegatoria hubiera sido o no notificada al interesado». Tal afirmación se ajusta a lo dispuesto en la legislación de extranjería, y en particular, en el art. 63.6 LOE, ya que en el procedimiento de expulsión el dato fundamental para quien lo instruye o resuelve es el resultado de la solicitud de autorización, no el que tal resultado haya llegado a conocimiento del afectado.

6. Jurisprudencia según la cual la Administración no puede expulsar por carecer de documentación preceptiva sin que exista previamente en la vía administrativa una resolución administrativa firme sobre si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia

Según cierta doctrina jurisprudencial, no basta con que la Administración haya resuelto si un extranjero tiene o no el derecho a obtener el permiso de residencia, sino que es necesario que esa resolución sea *firme* en la vía administrativa, es decir, que contra la misma ya no quepa ningún recurso administrativo ordinario.

A) Así, la STSJ Madrid 28-10-2010 (Sección 9ª) (R. 34366/2011) se plantea el caso de un procedimiento de expulsión que se inicia cuando aún no se había resuelto el recurso de reposición interpuesto contra una resolución denegatoria de un permiso

de residencia. Tras citar la STC 94/93 y varias sentencias del Tribunal Supremo, razona que «en nuestro caso, la falta de resolución del recurso de reposición impedía que adquiriera plena firmeza en vía administrativa la denegación del permiso de residencia, con la consecuente imposibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa, por lo que debe entenderse que la petición de permiso de trabajo y residencia estaba pendiente de resolver definitivamente por la Administración cuando se dictó el acuerdo de incoación del expediente de expulsión».

De lo que deduce que «resulta aplicable la doctrina constitucional según la cual 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 fundamental que el art. 19 CE otorga limitadamente a los extranjeros»²⁰.

²⁰ Poco antes, la misma Sección había dictado la STSJ Madrid 27-04-2010 (R. 216423/2010) dando una respuesta totalmente opuesta, en un caso en que se dictó una resolución de expulsión cuando ya había sido inadmitida una solicitud de asilo, pero estaba pendiente de resolver un recurso administrativo interpuesto contra esa resolución. Esta sentencia razona que la Resolución de inadmisión era plenamente ejecutiva desde la fecha en que se dictó y por ello se podía concluir que la Administración ya se había pronunciado sobre su solicitud de asilo antes de que se haya acordado su expulsión, sin que la interposición de un recurso administrativo suspendiera su plena ejecutividad salvo que se acordara su suspensión, que no había tenido lugar en este caso.

La doctrina de esta sentencia no me parece correcta. Por de pronto ignora las sustanciales modificaciones legislativas realizadas tras la STC 94/1993, a las que ya antes hemos hecho referencia.

Por otra parte, la sentencia confunde la expulsión con la tramitación de un procedimiento de expulsión. El Tribunal Constitucional dice que no se puede dictar una resolución de expulsión (no que no se pueda tramitar un expediente de expulsión) mientras no se haya resuelto la solicitud del permiso. Lo importante no es lo que ocurriera al iniciarse el procedimiento de expulsión, sino lo que ocurría cuando se resolvió ese expediente de expulsión.

Tampoco es correcta la alusión a la falta de firmeza en vía administrativa y que ello impida acudir a la vía contencioso administrativa. Una vez transcurrido el plazo de un mes desde la interposición del recurso de reposición no existía ningún impedimento para acudir a la vía judicial.

Además, el recurso de reposición, que es potestativo, sólo puede interponerse contra actos que ponen fin a la vía administrativa (art. 116.1 de la Ley 30/1992). Es

decir, la propia resolución denegatoria del permiso había agotado la vía administrativa.

A ello hay que añadir que los actos administrativos –y más en particular, los de extranjería- son inmediatamente ejecutivos. Así lo dice el art. 21.2 LOE, que ya antes hemos examinado. Por tanto, si se deniega una solicitud de autorización de residencia, tal acto de denegación es ejecutivo (art. 56 de la Ley 30/1992), y se presume válido y produce efectos desde la fecha en que se dicte (art. 57.1 de la misma Ley). El art. 94 confirma que los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo son inmediatamente ejecutivos, salvo lo dispuesto en los art. 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior. Y el art. 111 insiste en que la interposición de cualquier recurso, salvo que una disposición diga lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

Todo ello se funda en la presunción de legitimidad del acto administrativo por un lado, y por otro en la consecución de los intereses públicos y la satisfacción de los intereses generales, que exige que la actividad administrativa no sea paralizada. La posición de la Administración encuentra su anclaje en el juego combinado del servicio con objetividad a los intereses generales y el principio de eficacia (art. 103 CE)²¹. Por tanto, frente a ello no cabe invocar lo dispuesto en el art. 19 CE, pues el Tribunal Constitucional no ha encontrado tacha de inconstitucionalidad en el art. 21.2 LOE.

²¹ Sobre ello, vid., en particular, Barcelona Llop, J., *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995, pág. 100 y 165.

Y además, en particular, con respecto a los casos de denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España, el art. 28.3.c) LOE insiste en tal ejecutividad, al decir que su salida del territorio español será obligatoria. El art. 24 RE se pronuncia en igual sentido.

B) La STSJ Madrid 8-05-2014 (R. 166781/2014) anula la expulsión sin sustituirla por multa con el argumento –entre otros- de que en el momento en que se tramitó el expediente de expulsión se encontraba pendiente de resolver un recurso de reposición contra una previa denegación de un permiso de residencia. La sentencia reconoce que ya había transcurrido el plazo del silencio, pero el recurso se encontraba pendiente de resolver, «circunstancia que determinaba que su situación de ilegalidad podía considerarse condicionada a aquel recurso». Y a continuación menciona la STC 94/1993 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tampoco esta doctrina me parece correcta, y no se ajusta a la que invoca, dado que ésta se refería exclusivamente a la pendencia de la resolución denegatoria del permiso, y no a la pendencia de un recurso administrativo.

C) La STSJ Madrid 14-04-2014 (R. 134272/2014) anula una resolución de expulsión con el argumento de que se encontraba pendiente de resolver un recurso de reposición contra la inadmisión de un permiso de residencia por arraigo. De hecho, en el momento de iniciarse el procedimiento de expulsión aún no había transcurrido el plazo de silencio para resolver ese recurso de reposición.

Tampoco la doctrina de esta sentencia me parece correcta. En primer lugar, ya hemos expuesto antes que no puede darse el mismo trato a un caso de inadmisión de una solicitud de permiso que a un caso de desestimación.

Tampoco parece correcto dar la trascendencia que se da a la resolución del recurso de reposición –que además parece dar a entender que el plazo de silencio es de tres meses-, dado que, al ser potestativo, presupone que la resolución recurrida ha puesto fin a la vía administrativa (art. 109 y 116.1 de la Ley 30/1992 y DA 14 RE).

Pero lo curioso es el razonamiento posterior: la sentencia no considera que no se haya producido la infracción, o que concurra una causa de exención, sino que invoca el principio de proporcionalidad, en relación con el carácter prioritario de la multa sobre la expulsión. Como consecuencia, la sentencia acuerda sustituir la expulsión por una multa.

7. Jurisprudencia según la cual la Administración no puede expulsar por carecer de documentación preceptiva sin que exista previamente en la vía judicial una sentencia firme sobre si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia

A. Jurisprudencia que exige la firmeza en la vía judicial

Cierta jurisprudencia ha ido aún más allá, al exigir no solo la firmeza en la vía administrativa de la resolución sobre la autorización de residencia, sino también la firmeza en la vía judicial.

A) Cabe citar en tal sentido la STSJ Madrid 11-02-13 (R. 115683/2013), que lleva el argumento hasta sus límites: la sentencia estima el recurso de apelación y anula la resolución de expulsión porque el actor tenía un procedimiento judicial pendiente en

relación con denegación de la renovación del permiso de residencia y trabajo o un permiso de residencia permanente por él solicitada (la sentencia es confusa en este punto). La Administración –dice esta sentencia- no debió dictar la resolución sancionadora de expulsión del territorio nacional del recurrente, sin conocer el resultado del procedimiento jurisdiccional seguido contra la denegación del permiso de residencia; y por lo mismo, la sentencia apelada debió de haber apreciado también esta circunstancia y estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el interesado contra la resolución administrativa denegatoria del permiso.

La sentencia fundamenta esa decisión en la doctrina del *fumus bonis iuris*, que deduce de lo razonado en la STC 94/1993 y en «numerosas sentencias del Tribunal Supremo».

Esta argumentación, en la que no se menciona ningún precepto legal, lleva a resultados inadmisibles. La obtención de una sentencia firme en relación con la denegación del permiso de residencia sin que hasta entonces pueda tramitarse un expediente de expulsión, supone una espera de años. Son muy significativas las fechas del caso: la autorización de residencia fue denegada el 7 de junio de 2010; la resolución administrativa de expulsión se dictó el 14 de marzo de 2011; la sentencia comentada, que es de fecha 11 de febrero de 2013, reconoce que aún estaba pendiente de dictarse sentencia sobre el recurso sobre la denegación del permiso de residencia, estando fijada la vista oral para el 18 de junio de 2013, sentencia contra la que cabría en su momento recurso de apelación. Con lo cual puede observarse que durante varios años la Administración no podría tramitar un procedimiento de expulsión, o, lo que es lo mismo, el interesado podría permanecer en España durante todo ese tiempo a pesar de carecer de título habilitante para ello.

Es más, poco antes de obtener una sentencia firme sobre la denegación del permiso de residencia, el interesado podría solicitar un nuevo permiso, lo que –siguiendo los argumentos de la sentencia comentada- impediría dictar una nueva resolución de expulsión hasta que existiera una resolución firme tanto en la vía administrativa como jurisdiccional acerca de esa nueva solicitud de permiso. Y así sucesivamente. Resulta evidente que ello supone paralizar la actuación administrativa, dejando inoperativo el art. 53.1.a) de la Ley de Extranjería. Y resulta también evidente que una interpretación que tenga como resultado la inaplicación de una norma jurídica no puede ser aceptada.

B) Similar a la anterior sentencia, aunque aún más radical, es la STSJ Madrid 5-03-2014 (R. 98078/2014). La sentencia revoca la sentencia apelada y anula una resolución de expulsión afirmando que lo esencial no es el resultado judicial del



recurso contencioso administrativo deducido contra la desestimación de la solicitud de residencia de larga duración, ni tampoco que dicha resolución haya sido, o no, objeto de alguna medida cautelar, sino el hecho de que, cuando se inició el procedimiento de expulsión, ya se había interpuesto aquel recurso contencioso administrativo –del que, por cierto, se desconocía su resultado–, por lo que la Administración inició el procedimiento de expulsión contra el apelante sin que previamente se supiese, *por sentencia firme*, si éste tenía, o no, derecho a permanecer en España. En su apoyo alude a la doctrina de la STC 94/1993 y la del Tribunal Supremo, pero prescinde de toda mención a los preceptos legales que pudieran ser aplicables.

A estas afirmaciones les son aplicables las críticas que se han expuesto con respecto a la anterior sentencia comentada. Pero además esta sentencia añade otro argumento, remitiéndose a la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo 26 de junio de 1993 (R. 4747/1993), «invocada por la parte actora en el acto de la vista, relativa a un caso de expulsión por no haberse obtenido permiso de trabajo y residencia, en el que se invocó el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución». Según la sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo dice que para integrar el tipo sancionador (en virtud del cual se acuerda la expulsión) se requiere que el acto administrativo denegatorio del título de permanencia «*sea en todo caso una resolución firme (es decir, que contra la misma ya no quepa recurso alguno ni administrativo ni judicial)*»; por lo que, si se encontraba un recurso contencioso administrativo pendiente sobre la cuestión, faltaba el hecho-base de la infracción sancionada, manteniéndose el principio de presunción de inocencia y prevaleciendo sobre la presunción de validez y ejecutividad inmediata de los actos denegatoria del permiso.

La sentencia que comentamos considera aplicable tal doctrina al caso que nos ocupa, añadiendo que «el interesado tenía una legítima expectativa -derivada de la impugnación judicial de la denegación de su solicitud de autorización de residencia de larga duración- de regularizar su situación en nuestro país en tanto que no recayera sentencia firme, expectativa que constituye un óbice a la apreciación de su permanencia irregular en España de tal entidad que ha de ceder ante cualquier otra consideración». Como consecuencia, la sentencia que comentamos estima el recurso de apelación y el recurso contencioso administrativo al no haber quedado desvirtuada la presunción de inocencia, de manera que ni siquiera procedería sustituir la expulsión por una multa.

En este punto, la sentencia en primer lugar incurre en un claro error. Lo que

transcribe como doctrina del Tribunal Supremo no es tal. Si se lee la sentencia del Tribunal Supremo, puede observarse que quien realizó los razonamientos atribuidos al mismo fue la Audiencia Nacional en la sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo. Pero éste no entró en esos argumentos, porque entendió que el contenido del recurso no guardaba relación con el contenido de la sentencia recurrida²².

²² La STSJ de Cataluña de 14-01-2010 (R. 159486/2010), que luego examinaremos, evita caer en el mismo error en el que incurre la sentencia que comentamos: «no obsta al anterior resultado la llamada a la doctrina que se dice en la apelación sentada en la S. 26-VI-1993 Secc. 7ª TS3ª, por la que "...para integrar el tipo sancionador se requiere que el acto administrativo que deniega bien sea la primera expedición o la renovación de tales títulos de permanencia, sea en todo caso una resolución firme (es decir, que contra la misma ya no quepa recurso alguno ni administrativo ni judicial)...", pues tal declaración no es de aquella Sentencia del Tribunal Supremo, sino una transcripción de la sentencia ante él recurrida en casación; recurso de casación que fue objeto de promoción por la Abogacía del Estado y de desestimación por el Tribunal Supremo por una razón completamente ajena a ese fundamento de derecho de la sentencia de instancia, el que carece de la cualidad de "doctrina del Tribunal Supremo" que le había arrogado la demanda».

Por otra parte, la doctrina expuesta por la Audiencia Nacional acerca de la necesidad de la firmeza de la resolución desde la perspectiva de la presunción de inocencia se encuentra completamente superada, ya que ha sido rechazada tanto en el plano legislativo como en el plano jurisprudencial, al menos en el sentido de entender que la firmeza se refiere no sólo a la producida en la vía administrativa, sino la producida en la vía judicial.

Baste mencionar en este sentido la STC 259/2007 (Fundamento Jurídico 8): el Tribunal Constitucional no encuentra motivos para declarar la inconstitucionalidad del art. 21 LOE, que se remite, en lo referente a la ejecutividad de los actos administrativos en materia de extranjería, a lo previsto con carácter general en la legislación vigente.

Además, de lo que se trata en ese caso no es de la ejecutividad de la expulsión, sino de la ejecutividad de la resolución denegatoria de una autorización de residencia, lo que es muy distinto.

B. Jurisprudencia que niega la necesidad de la firmeza en la vía judicial

A) Frente a una doctrina como la expuesta anteriormente, otras sentencias se han pronunciado en contra de la misma. Así, cabe citar la STSJ de Málaga de 29-07-2010 (R. 97375/2011). El recurrente alegaba que en el momento de tramitarse el expediente de expulsión se encontraba en la vía judicial un recurso contra la



resolución de inadmisión de una solicitud de asilo, por lo que había que esperar a lo que se resolviera en esa vía judicial.

La sentencia que comentamos responde que, aunque el extranjero acredita la solicitud de asilo que conlleva la de residencia, que puede crearle una legítima expectativa derivada de la posibilidad de regularizar por esa vía su situación en tanto que la Administración no dictara la correspondiente resolución, no es aplicable al supuesto litigioso la doctrina jurisprudencial precitada, pues esa expectativa dejó de existir desde el momento en que la solicitud de asilo fue inadmitida, como se reconoce, y desde luego no cabe diferir la posibilidad de acordar la expulsión hasta que la resolución devenga firme, sino sólo al momento de la resolución definitiva, y mucho menos al momento del pronunciamiento judicial sobre la conformidad a derecho de la inadmisión, pues de otro modo habría que esperar no sólo a la resolución de un eventual recurso administrativo sino también al recurso jurisdiccional, lo que haría en la práctica inviable la posibilidad de la reacción sancionadora, consolidándose una situación de hecho y al margen de la legalidad, en lo que además puede contribuir el ciudadano extranjero más allá de la mera interposición de los recursos a los que tiene derecho, dificultando la práctica de las notificaciones al permanecer ilocalizado y dilatando de esa manera la situación de ilegalidad. En consecuencia, debe bastar con que la petición de regularización por el permiso de residencia o derecho de asilo haya recibido la oportuna respuesta de la Administración mediante una resolución definitiva para poder acordar la expulsión, sin necesidad de esperar a la firmeza de tal resolución.

Se trata de una importante doctrina que atiende acertadamente a todos los intereses en conflicto. Nótese que rechaza no sólo esperar a la vía judicial, sino también a los recursos en la vía administrativa, por lo que basta la existencia de una resolución definitiva, aunque no sea firme. Y es que hay que tener en cuenta que la Administración persigue los intereses generales (art. 103 CE), y en consecuencia, su actuación no puede verse paralizada por el hecho de haberse promovido un procedimiento judicial contra la denegación de una autorización de residencia. El principio constitucional de eficacia quedaría así desconocido.

Por otra parte, esa sentencia pone de relieve que quien está esperando la resolución de una solicitud de permiso mantiene sólo meras expectativas. Incluso más que expectativas, habría que hablar de meras esperanzas, como un estadio anterior a la expectativa en el grado de desarrollo de un derecho subjetivo. La solicitud de una autorización de residencia o trabajo dará derecho a que esa solicitud se tramite y se resuelva sobre el fondo de la misma (salvo que concurra una causa de

inadmisión, como las contempladas en la DA 4ª LOE) y en este sentido es requisito necesario, pues no cabe en esta materia una actuación de oficio, sino solo a instancia de un interesado. Pero es evidente la manifiesta insuficiencia para la obtención de la autorización, pues la mera solicitud no permite en un primer momento conocer si se reúnen todos los requisitos para la obtención de la autorización. Y con respecto a la tramitación concurrente de un expediente de expulsión, solo cabe invocar lo establecido en el art. 63.6 LOE y 241.1 RE.

B) En el mismo sentido, la sentencia de TSJ de Cataluña de 14-01-2010 (R. 159486/2010) rechaza el argumento de la necesidad de una resolución judicial firme, ya que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo exigen solo la existencia de una resolución administrativa acerca de la solicitud del permiso. Y en el caso ya existía una resolución administrativa de inadmisión a trámite de la solicitud de autorización de residencia inicial del recurrente con anterioridad a la incoación del procedimiento sancionador. Por tanto, lo que se encontraba pendiente de resolución no era la decisión administrativa relativa a la legalización de la permanencia, sino el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la anterior. En consecuencia, ya existía una resolución firme en vía administrativa.

VI. Conclusión

El análisis realizado en las páginas anteriores muestra que, en la actualidad, el legislador ha resuelto ya el problema de los procedimientos de regularización que se encuentran pendientes de resolver cuando se tramita un expediente de expulsión, lo que haría innecesaria la invocación de la doctrina de la STC 94/1993 y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Su posible ámbito de aplicación ha quedado extraordinariamente reducido, limitándose a los casos de solicitudes de regularización previstas en el art. 31.3 LOE.

Y sin embargo, por pura inercia, tal doctrina es reiteradamente invocada y utilizada por los tribunales que han de resolver este tipo de cuestiones. Multitud de sentencias toman la doctrina de la STC 94/1993 y del Tribunal Supremo como fundamento de su decisión, y además sobrepasando ampliamente su contenido. Y lo hacen prescindiendo total y absolutamente del análisis y de la aplicación de la legislación actualmente vigente.