



Roj: **STSJ BAL 200/2016 - ECLI:ES:TSJBAL:2016:200**

Id Cendoj: **07040330012016100123**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2016**

Nº de Recurso: **331/2015**

Nº de Resolución: **110/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **GABRIEL FIOI GOMILA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00110/2016

APEL·LACIÓ

Rotlle Sala núm. 331 de 2015

Actuacions Jutjat núm. 3 PA 255/2014

SENTÈNCIA núm. 110

Il·lès. Srs.

PRESIDENT:

Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRATS:

Pablo Delfont Maza.

Carmen Frigola Castellón.

Palma, a 9 de març de 2016

----- VISTES per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears el Rotlle d'apel·lació número 331 de 2015, dimanant de les actuacions número 255/2014 del Jutjat Contenciós Administratiu número 3 dels de Palma, tramitades pel procediment abreujat, seguit entre parts, d'una, com a apel·lant, l'Administració General de l'Estat, representada i dirigida pel seu lletrat i com a apel·lada el Sr. Imanol , nacional de Senegal, representat per la procuradora Sra. Cristina Font i assistida de la lletrada Sra. Angélica Cutini.

L'objecte del recurs és la resolució dictada el 22 de juliol de 2014 per la Delegació del Govern en Illes Balears la qual va desestimar el recurs de reposició aixecat pel Don. Imanol , nacional de Senegal, contra anterior del dia 6 de maig de 2014 en què se'l va denegar la sol·licitud de modificació de situació d'autorització de residència per circumstàncies excepcionals a la d'autorització de residència inicial i de treball per compte propi.

La quantia es fixà en indeterminada.

El procediment seguit ha estat el previst a la Llei Jurisdiccional 29/1998.

L'Il·lm. Sr. Gabriel Fiol Gomila, en qualitat de Magistrat ponent expressà el parer de la Sala.

= ANTECEDENTS DE FET =



1r. - El Jutjat número 3 de l'Ordre Contenciós Administratiu dels de Palma, el dia 24 de juny de 2015, dictà la sentència núm. 288 on va estimar el recurs contenciós.

2n. - Interposat el recurs d'apel·lació per part de la representació de la part demandada, en el termini prefixat en la Llei Jurisdiccional de 1998, se li donà el tràmit processal adequat, oposant-se al mateix la direcció lletrada de la part actora.

3r. - Per provisió s'assenyalà, per a la votació i decisió, el dia 16 de febrer de 2016.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER .- S'accepten els raonaments jurídics que empra la sentència d'instància i la decisió a la qual arriba.

Sentència, la número 288 de 2015 dictada pel Jutjat núm. 3 dels contenciosos de Palma, que va estimar el recurs contenciós anul·lant les resolucions administratives per la seva inadequació a l'Ordenament jurídic.

Hem assenyalat a l'encapçalament, que la revisió jurisdiccional ho era de la resolució dictada el 22 de juliol de 2014 per la Delegació del Govern en Illes Balears la qual va desestimar el recurs de reposició aixecat pel Don. Imanol , nacional de Senegal, contra anterior del dia 6 de maig de 2014 en què se'l va denegar la sol·licitud de modificació de situació d'autorització de residència per circumstàncies excepcionals a la d'autorització de residència inicial i de treball per compte propi.

El debat a la instància es va resoldre des de la perspectiva a l'aplicació en el cas de la figura del silenci administratiu de caràcter positiu.

El 2n dels fonaments de dret de l'al·ludida assenyala:

" La Ley Orgánica 4/2000 en su Disposición adicional Primera establece que: " 2. 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 presente 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 debe señalar que la figura del silencio positivo resulta de plena aplicación a las situaciones de modificación de residencia, no pudiendo considerarse como autorización inicial por cuanto el recurrente ya disponía de una previa autorización de residencia.

En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid ha señalado en Sentencia de 10 de julio de 2014, *"Pues bien, la Sala en relación con el sentido de la ausencia de notificación de la resolución en plazo de tres meses entiende que la voluntad del legislador es clara respecto de las diferentes consecuencias del silencio administrativo en el plazo establecido según se trate de una solicitud inicial, de residencia o trabajo, o de renovación de cualquiera de ellas. Esta voluntad, teniendo en cuenta que el silencio en plazo de resolución debe entenderse estimatorio, es proclive claramente a la renovación pues la naturaleza de la resolución pretende una inercia en la situación del solicitante. Partiendo de esta consideración, en el presente caso, concurren dos circunstancias que no pueden dejar de tenerse en consideración porque son determinantes de la resolución que debe dictarse conforme a Derecho.*

Al contrario de lo que se dice en la resolución recurrida, no podemos apreciar que lo que instó el demandante fuera una solicitud inicial de residencia y trabajo, pues ya tenía concedida una de residencia por circunstancias excepcionales, y la propia Administración reconoce que lo que solicitó fue una modificación, que en ningún caso puede entenderse como solicitud inicial y como quiera que desde un punto de vista formal no consta que la administración demandada notificara al actor en modo alguno la resolución denegatoria de su solicitud en los tres meses preceptivos...)"

Una vez señalado lo anterior, las fechas relevantes que hay que tener en cuenta son, por lado, la presentación de la solicitud y, por otro, la de notificación de la resolución denegatoria. Del expediente administrativo se desprende que la solicitud se presentó en fecha de 20 de febrero de 2014 (folio 1) ante la Delegación de Gobierno en las Islas Baleares. Esta fecha de 20 de febrero de 2014 es la que hay que tener en cuenta para fijar el "dies a quo" del plazo de tres meses ya que la Disposición adicional primera habla de " *contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas*", siendo en este caso la Delegación del Gobierno el órgano competente para su tramitación y resolución.

Finalmente, el 6 de mayo de 2014 se dicta la resolución denegatoria que es notificada al recurrente el 17 de junio de 2014 (folio 75), fecha que marca el "dies ad quem" del plazo y no la fecha del dictado de la resolución.



Por tanto, si el plazo se inició el 20 de febrero y la resolución se notifica el 17 de junio, se constata que la Administración no resolvió dentro del plazo de los tres meses que marca la ley.

Por consiguiente, la Administración no cumplió con su deber de resolver y notificar la resolución en plazo, por lo que ha de entenderse obtenida la autorización de residencia por efectos del silencio.

Atendiendo a lo expuesto procede estimar la demanda formulada, anulando la resolución impugnada y declarando el derecho del recurrente a obtener la autorización de residencia autorización inicial de trabajo y residencia por cuenta propia. No obstante, esta sentencia no puede conceder la renovación solicitada en la medida que este hecho constituye una competencia que sólo corresponde a la Administración demandada en este proceso, la cual deberá tener en cuenta el contenido de esta Sentencia".

Una simple constatació dels al·ludits moments, reflectits a l'anterior, ens demostra la plena aplicació en el cas del silenci administratiu de caràcter positiu tal qual ho preveu la Disposició adicional primera de la Llei orgànica 4/2000 . Efectivament, les sol·licituds de pròrroga de l'autorització de residència i de treball s'han de resoldre i notificar en el termini màxim de 3 mesos. Transcorregut aquest termini s'entenen concedides.

Renovació, *versus* modificació, a pesar del possible eufemisme a què ens trobem amb una sol·licitud inicial. És, no altra cosa, una renovació. Gaudia d'un permís, fos amb el nom que fos, i, després, sol·licità mantenir la seva situació de legalitat a territori espanyol. A la fi, modificar-la.

A la sentència núm. 316 de 24 d'abril de 2012 , en tesi que cal reproduir, diguérem que:

"En efecto, el artículo 42 -1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común obliga a la Administración a resolver siempre de forma que en los procedimientos iniciados a solicitud de parte el silencio tiene de acuerdo con el artículo 43 el carácter de silencio positivo salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho Comunitario establezca lo contrario o bien se trate del derecho de petición del art 29 de la Constitución o se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público o bien se trate de impugnación de disposiciones o actos.

En definitiva la reforma operada conceptúa al acto presunto positivo como un verdadero acto administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el acto presunto negativo, que se considera una ficción. Así las cosas, transcurrido el plazo de 3 meses para resolver las renovaciones de los permisos de residencia y trabajo, y visto el carácter positivo del silencio ya no es posible para la administración resolver en contra del contenido del acto presunto, porque el solicitante ya ha adquirido la renovación por vía del silencio. Luego tampoco puede la administración acordar el archivo del expediente porque ya estaba en disposición de valorar la solicitud presentada en el modo y forma en que lo fue, inclusive con la desatención del requerimiento practicado y los efectos que producía en el recurrente".

I afegíem, després:

"La consecuencia de todo ello es clara. Al tratarse de un acto favorable para el extranjero, la administración, en su caso, deberá acudir necesariamente a la vía de revisión de sus actos (art. 102 y siguientes) para combatir ese acto. (Sentencia del TS de 28 de diciembre de 2005 y 27 de enero de 2006 .) Y el silencio en materia de extranjería opera tanto en las renovaciones de las autorizaciones temporales, como en la concesión de la autorización de residencia permanente."

En conseqüència, procedeix desestimar el recurs d'apel·lació. Els actes administratius impugnats foren contraris a l'ordenament jurídic i en tal sentit ho va entendre la sentència apel·lada, la qual, expressament, confirmem.

SEGON .- S'estimen mèrits per a una expressa imposició de costes processals a la part apel·lant de conformitat amb l' article 139 de la Llei Jurisdiccional .

VIST els articles esmentats i d'altres disposicions de caràcter general

DECIDIM

PRIMER .- **DESESTIMAR** el present recurs d'apel·lació contra la sentència número 288 de 24 de juny de 2015 dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu número 3 dels de Palma en el si de les seves actuacions 255/2014 tramitades pel procediment abreujat, la qual **CONFIRMEM** .

SEGON .- Es fa imposició de costes processals d'aquesta alçada jurisdiccional a la part apel·lant.

Contra la present no hi cap recurs ordinari.

Així per aquesta nostra sentència ho pronunciem, manem i signem.



PUBLICACIÓ.- Llegida i publicada que ha estat l'anterior sentència pel Magistrat d'aquesta Sala II·Im. Sr. Gabriel Fiol Gomila ponent a aquest tràmit d'Audiència Pública, dono fe. El Secretari, rubricat.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ