

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

D./D^a MARÍA LUZ RODRÍGUEZ CASADO, Secretario de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

CERTIFICO: Que, en el recurso Apelación nº 414/2013, se ha dictado resolución del siguiente contenido literal:

SENTENCIA Nº 2661/2013
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA
Sección 1^a

R. DE APELACIÓN Nº 414/2013

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS

D^a. MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR

D^a. ASUNCIÓN VALLECILLO MORENO

Sección Funcional 1^a

COPIA

En Málaga, a dieciocho de noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación número 414 del año 2.013, interpuesto por DON ILIJA ██████████, representado por la Procuradora Sra. Rodríguez Fernández y asistido por el Abogado Sr. Martín Ramírez, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número SIETE de Málaga y como parte apelada la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MÁLAGA, representada y asistida por el Abogado del Estado, con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA ASUNCIÓN VALLECILLO MORENO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación y defensa antedicha se interpuso recurso contencioso-administrativo al amparo del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de fecha 14 de octubre de 2.011, recaída en el expediente administrativo nº

290020110010463, por la que se deniega la autorización de residente de larga duración-CE en España al recurrente, nacional de Servia, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos necesarios para obtener la referida autorización.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 7 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PE (Derechos Fundamentales) 882/2.011, sentencia de fecha diecinueve de noviembre de dos mil doce por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo al entender que no se había producido vulneración de derechos fundamentales en la actuación administrativa impugnada.

TERCERO.- Contra dicha sentencia, por la representación procesal de la parte actora, se interpuso Recurso de Apelación que fue admitido a trámite, dándose traslado al Ministerio Fiscal que se adhirió al recurso de apelación y a la Administración demandada que formalizó su oposición, y remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número 414/2013.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicitó la parte apelante el dictado de sentencia que revoque la sentencia recurrida, procediendo a: primero, condenar por vulneración de Derechos Fundamentales del artículo 19 de la Constitución Española por su actuación en la resolución de Subdelegación del Gobierno en Málaga expediente nº 290020110010463;

segundo, revocar la resolución impugnada concediendo la autorización de residencia de larga duración UE que le corresponde por derecho;

tercero, condenar a la Subdelegación del Gobierno en Málaga a indemnizar por los daños y perjuicios por los menoscabos sufridos en sus derechos conforme a lo prescrito en el artículo 31.2 de la misma LJCA en los siguientes términos:

uno: por el impedimento que ha padecido el recurrente por no iniciar su contrato de trabajo al que tenía derecho desde el 12 de septiembre de 2.011, la cuantía de 7.354,60 euros, que debe ser implementada hasta el día que le sea concedida la autorización de residencia;

dos: por daños morales motivados por la actuación de la Administración demandada ya que la vulneración concreta de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 19 y 14 de la Constitución le está creando una situación de estrés, habiéndole creado una enfermedad psíquica como es la depresión, la indemnización de 8.773 euros, cuantía que deberá ser implementada hasta el día que el sea concedida la autorización de residencia.

Fundamenta su recurso de apelación la parte apelante en la vulneración del artículo 19 de la Constitución en dos sentidos: por ser concedida la autorización de residencia de larga duración por silencio administrativo y por no deberse impedir un derecho establecido por el artículo 32.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el cual es operativo desde que el residente de larga duración en otro país de Unión Europea tiene ese derecho reconocido en nuestro país también, insistiendo en la procedencia de la indemnización solicitada por los

daños y perjuicios sufridos por la actuación de la Administración.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente al entender que la cuestión afecta al derecho a elección de residencia de ciudadano comunitario (artículo 19 de la Constitución) y en materia de derechos fundamentales el Tribunal Constitucional ha establecido de forma reiterada que la legalidad ha de ser interpretada, no de forma restrictiva como hace la Administración, sino de manera más acorde al ejercicio efectivo del derecho fundamental en caso de dudas como aquí concurren.

TERCERO.- En la sentencia de instancia se desestima el recurso contencioso-administrativo entendiendo que sobre el motivo de impugnación referido al incumplimiento del plazo legal para resolver, se debe atribuir sentido desestimatorio conforme a la regla general contenida en el apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 4/2.000, sin que resulte aplicable el sentido estimatorio que el apartado 2 "in fine" de la misma Disposición atribuye de forma expresa únicamente a los supuestos de "prórroga o renovación" de autorizaciones de residencia o trabajo, y que sólo cabría extender a las autorizaciones de larga duración a las que se tuviera derecho en virtud de la prórroga o renovación de sucesivas autorizaciones temporales y que sobre la extensión del derecho proclamado en el artículo 32.3 de la Ley Orgánica, la norma remite a la regulación reglamentaria y no se entiende que el requisito contenido en el artículo 155 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, de que el solicitante sea titular de una autorización dictada en cumplimiento y desarrollo de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2.003, constituya una restricción injustificada y discriminatoria del derecho reconocido en el artículo 32.3 mencionado y que constando acreditado en el expediente que el recurrente no es residente de larga duración en República Checa según la Directiva 2003/109/CE, sino que las autoridades checas le han concedido un permiso de residencia de larga duración de acuerdo a su legislación, válido hasta el 27 de junio de 2.012, se concluye que su situación queda al margen del supuesto previsto en el artículo 155 del RD 557/2011, lo que justifica la denegación de lo solicitado y conduce a la desestimación del recurso.

CUARTO.- Expuesto el debate suscitado entre las partes en esta instancia y sin perjuicio de que la Sala no comparta el exceso verbal que se contiene en el escrito interponiendo el recurso de apelación que resulta innecesario para la finalidad de la crítica a la sentencia que no al juzgador, se ha de comenzar por el análisis del primero y esencial de los motivos esgrimidos por la parte apelante en relación a la obtención de la residencia solicitada por silencio positivo al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional Primera apartado 2º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. A la vista del debate planteado hay que determinar si en el presente caso la orden de expulsión vulnera el artículo 19 de la Constitución. Este precepto permite constatar en su relación con el artículo 13, que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la ley, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional. Resulta también claro que los extranjeros pueden ser titulares de derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente, que recoge la Constitución en el artículo 19 y que ya estableció una línea jurisprudencial reiterada por el Tribunal Supremo,

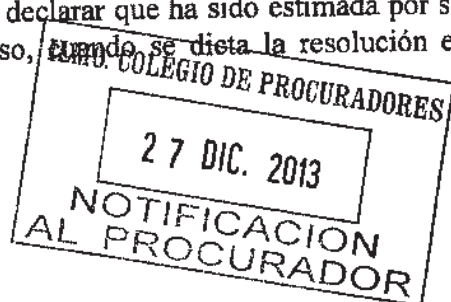
que se mantiene desde las Sentencias de 25 junio y 3 julio 1980. Es evidente que la interpretación de los artículos referidos ha de hacerse en coherencia con los Tratados y Convenios Internacionales en los que España es parte (artículo 10.2 de la Constitución) siendo de tener en cuenta, a este respecto, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 no puede ser ignorado a la hora de interpretar los referidos preceptos, teniendo en cuenta, además que los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional reconocen la libertad a todas las personas que se hallan legalmente en territorio español, por lo que la libertad de circulación que el artículo 19 de la Constitución reconoce a los extranjeros que se hallen legalmente en nuestro territorio deberá fundarse en alguno de los supuestos previstos en la Ley de Extranjería y, en suma, ha de ser respetado el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como los artículos 13, 19 y 24 de la CE de directa aplicación a los extranjeros, como reitera la jurisprudencia constitucional. Dicho lo anterior procede examinar el supuesto de autos, en que se solicita la declaración de nulidad de la resolución que le deniega al recurrente la autorización de residencia de larga duración.

Pues bien la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, relativa al plazo máximo de resolución de expedientes, según redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, establece, en su apartado primero, 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... Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas.

Por su parte, el apartado segundo del mismo precepto indica que "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".

En este mismo sentido de silencio positivo ante la falta de resolución se notifica por la Subdelegación del Gobierno en Málaga al interesado comunicación de admisión a trámite de su solicitud de autorización de residencia de larga duración (folio 69 del expediente administrativo).

Es por ello que, a la vista del tiempo transcurrido, que es un dato objetivo y no cuestionado por las partes, desde el día 19 de julio de 2.011 - fecha de presentación de la solicitud en el registro del órgano competente para tramitarla -, hasta la notificación de resolución expresa que culmina el expediente, notificación llevada a efecto el 15 de noviembre de 2.011, y en atención al artículo 42, apartado 2, sobre el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa, el artículo 47, sobre la obligatoriedad de los plazos, y el artículo 48, sobre el cómputo de los mismos, preceptos todos ellos de la Ley 30/1992 reguladora del RJAPAC, es claro que debe entenderse que la notificación se ha producido una vez transcurrido el plazo máximo para notificar de forma eficaz y que, por tanto, la solicitud de residencia de larga duración presentada debemos declarar que ha sido estimada por silencio administrativo positivo, pues, en el presente caso, ~~cuando se dicta la resolución expresa~~



denegando la solicitud del interesado ya la resolución de la misma tenía un carácter favorable en virtud del silencio administrativo positivo previsto en la DA1ª LOEX.

Siempre podrá la Administración iniciar, si así lo estima, la revisión de oficio del acto firme (autorización de residencia de larga duración) obtenido por silencio positivo.

Procede por lo expuesto estimar el recurso planteado en cuanto a este motivo, revocando la sentencia de instancia y debemos declarar no ajustada a derecho la resolución que se impugna.

QUINTO.- Sin embargo de lo dicho anteriormente, no puede ser acogida la pretensión indemnizatoria deducida por el actor sobre la base de la responsabilidad patrimonial en que habría incurrido la Administración al denegarle la autorización de residencia de larga duración y, como su corolario, impedirle trabajar, pedimento que cuantificó en la suma de 7.354,60 euros más 8.773 euros por daños morales. Y no puede serlo porque, para que el daño sea indemnizable, ha de ser real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas (artículo 139.2 de la Ley 30/92) y debe incidir sobre bienes o derechos, no sobre meras expectativas, debe ser imputable a la Administración y, por último, debe derivarse, en una relación de causa a efecto, de la actividad de aquélla, correspondiendo la prueba de la concurrencia de todos estos requisitos al que reclama, carga probatoria que no ha colmado el actor, que basa su pretensión resarcitoria en una mera probabilidad de lucro cesante derivado de su imposibilidad de trabajar y no, verbigracia, en la existencia acreditada de ofertas de trabajo que no pudieron materializar, pues como señala el Ministerio Fiscal en su informe de fecha 17 de octubre de 2.012 que obra en las actuaciones, la documental aportada no es suficiente para lograr la indemnización pretendida al tratarse de un informe psicológico sobre stress sin más añadido y un contrato de trabajo sin fecha ni explicación alguna sobre el empresario en cuanto a porqué no se celebró (folio 38 del expediente administrativo), cuando esas explicaciones y esos añadidos resultan necesarios y correspondían al solicitante incorporarlos a este procedimiento.

Corresponde, por tanto, la estimación parcial del recurso de apelación por el concurso de las anteriores consideraciones expuesta en este y en el anterior fundamento.

SEXTO.- En cuanto al pago de las costas procesales causadas en el recurso de apelación, y visto lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ésta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Rodríguez Fernández, en nombre y representación de DON ILIJA [REDACTED] contra la sentencia de fecha diecinueve de noviembre de dos mil doce dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 7 de Málaga en el recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PE (Derechos Fundamentales) 882/2.011, debemos revocar y revocamos

dicha sentencia y, en consecuencia, declaramos no ser conforme a derecho por vulnerar el derecho fundamental del demandante garantizado en el artículo 19 de la Constitución Española, la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de fecha 14 de octubre de 2.011, recaída en el expediente administrativo nº 290020110010463, anulándola y declarando que el actor obtuvo, por silencio administrativo positivo, la autorización de residente de larga duración-CE en España en su día solicitada, y condenando a la Administración demandada a la expedición de la misma a favor del actor, desestimando la pretensión indemnizatoria deducida, por responsabilidad patrimonial, frente a la Administración, y sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas.

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

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia, para su notificación y ejecución.

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

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original al que me remito. Y para que así conste, libro el presente, en Málaga, a tres de diciembre de dos mil trece.



MANDAMIENTO DE PAGO

Banesto

Con cargo a la CUENTA DE DEPÓSITOS Y CONSIGNACIONES JUDICIALES del:

Juzgado, Tribunal, Fiscalía o Servicio Común Procesal JUZGADO CONTENCIOSO ADMITIVO. 7	Nº Expediente Judicial:	FECHA DE EMISIÓN
Localidad MALAGA	Provincia MALAGA	16-12-2013
4333 0000 92 0882 11		
JJJJ PPPP CC EEEE AA		

SE ORDENA PAGAR EN FAVOR DE

Nombre / Razón Social del beneficiario ILIJA PESOVIC	CONCEPTO DEL PAGO
Teléfono	Devol. deposito para recurrir. Observaciones
N.I.F.:	
Domicilio C.P. CL: ,	
C.P. Provincia Plaza	

Este mandamiento debe abonarse mediante transferencia a través de la siguiente cuenta

Código cuenta cliente (CCC)	Número Internacional de Cuenta Bancaria (IBAN)
Entidad Oficina DC Núm. de cuenta	

RECIBÍ:	IMPORTE	MONEDA: EURO
	Son:	
Firma de quien(es) recibe(n) el importe	CINCUENTA	*****50,00

Para entidades jurídicas o persona autorizada por el beneficiario

Representante _____

Escritura nº. _____

De fecha: _____

(* Cumplimentar ante Banesto)

DILIGENCIA OFICINA BANESTO

No alcanzando la consignación importe suficiente, este mandamiento de pago se efectúa por:

Para hacer efectivo el cobro del importe reflejado, deberá presentarse este documento exclusivamente en las oficinas indicadas de la red Banesto del Grupo Santander. Otras entidades no atenderán el pago, salvo que tengan convenio con Banesto, si esta entidad no cuenta con oficina en la localidad del órgano jurisdiccional ordenante.

PÁGUESE

DOCUMENTO NO COMPENSABLE

El Secretario del Juzgado Contencioso-Admivo Tribunal



T-8572222

Número de orden

1/3 Ejemplar para Banesto

Este documento caduca a los tres meses, a contar desde el día siguiente a la fecha de emisión del mismo



MANDAMIENTO DE PAGO

Banesto

Con cargo a la CUENTA DE DEPÓSITOS Y CONSIGNACIONES JUDICIALES del:

Juzgado, Tribunal, Fiscalía o Servicio Común Procesal JUZGADO CONTENCIOSO ADMITIVO. 7	Nº Expediente Judicial:	FECHA DE EMISIÓN
Localidad MALAGA	4333 0000 92 0882 11	16-12-2013
Provincia MALAGA	JJJJ PPPP CC EEEE AA	

SE ORDENA PAGAR EN FAVOR DE

Nombre / Razón Social del beneficiario ILIJA PESOVIC	CONCEPTO DEL PAGO
Teléfono	Devol. deposito para recurrir. Observaciones
N.I.F.:	
Domicilio Cl. ,	
C.P.	
Provincia	
Plaza	

Este mandamiento debe abonarse mediante transferencia a través de la siguiente cuenta

Código cuenta cliente (CCC)	Número Internacional de Cuenta Bancaria (IBAN)
Entidad Oficina DC Núm. de cuenta	

RECIBÍ:	IMPORTE	MONEDA: EURO
	Son:	
Firma de quien(es) recibe(n) el importe	CINCUENTA	***** 50,00

Para entidades jurídicas o persona autorizada por el beneficiario	DILIGENCIA OFICINA BANESTO
Representante	No alcanzando la consignación importe suficiente, este mandamiento de pago se efectúa por:
Escritura nº. _____	<p>PÁGUESE</p> <p>Para hacer efectivo el cobro del importe reflejado, deberá presentarse este documento exclusivamente en las oficinas indicadas de la red Banesto del Grupo Santander. Otras entidades no atenderán el pago, salvo que tengan convenio con Banesto, si esta entidad no cuenta con oficina en la localidad del órgano jurisdiccional ordenante.</p>
De fecha: _____	
(*) Cumplimentar ante Banesto	

T-8572222

DOCUMENTO NO COMPENSABLE

El Secretario del Juzgado Tribunal

Número de orden

2/3 Ejemplar para la Entidad Colaboradora

Este documento caduca a los tres meses, a contar desde el día siguiente a la fecha de emisión del mismo.

