

Ldo. Jose Luis Rodriguez Candela
Plaza de Tomas Ujea 7, edif Alsina
2-1º A (C/ALSCA)

JDO. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 6 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tel.: (Genérico): 951939076

Fax: 951939176

N.I.G.: 2906745020120000796

Procedimiento: Procedimiento abreviado 109/2012. Negociado: 6

Recurrente:

Letrado: JOSE LUIS RODRIGUEZ CANDELA

Procurador:

Demandado/os: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN MALAGA

Acto recurrido: RESOLUCION DE 28/12/11

SENTENCIA nº 318/13

En la ciudad de Málaga, a 30 de septiembre de 2.013.

Vistos por la Juez de este Juzgado, Dña. Francisca Valverde Moral, los presentes autos de Procedimiento Abreviado dimanantes de Recurso Contencioso-Administrativo registrados con el número 109/2012, interpuesto por **DÑA.**

representado y defendido por el Letrado de los Tribunales D. José Luis Rodríguez Candela contra la **SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN MÁLAGA** representada y defendida por el Abogado del Estado, siendo la cuantía del recurso **INDETERMINADA.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de demanda que tuvo entrada en el Juzgado Decano de Málaga el día 7 de febrero de 2.012, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Málaga dictada en el expediente 290020110007774 de fecha 28 de diciembre de 2.011, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la resolución de la misma de fecha 23 de agosto de 2.011 que, denegó la solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario presentada por la actora el 15 de junio de 2.011.

SEGUNDO.- Subsanados los defectos advertidos en Diligencia de Ordenación, en

virtud de Decreto de 2 de marzo de 2.012 se acordó reclamar el expediente administrativo y señalar día para la vista, que se celebró el pasado día 18 de septiembre de 2.013, con la asistencia de ambas partes.

TERCERO.- En el acto del juicio, tras ratificarse el recurrente en su demanda y oponerse a la misma el demandado, se practicó la prueba consistente en dar por reproducidos los documentos aportados con la demanda y el expediente administrativo; y después de manifestar las partes lo que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, se acordó dejar los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales esenciales.

A los que son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna la demandante la resolución del Subdelegado del Gobierno en Málaga dictada en el expediente 290020110007774 de fecha 28 de diciembre de 2.011, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la resolución de la misma de fecha 23 de agosto de 2.011 que, denegó la solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario presentada por la actora el 15 de junio de 2.011 como pareja de hecho de ciudadano de nacionalidad española D. _____; resolución que se basaba en la apreciación de la existencia de razones de orden público, seguridad y salud pública, al haber sido condenada judicialmente en España, constándole a tal efecto certificado expedido por el Registro Central de Penados y Rebeldes con fecha 17/06/2011 que obra en el expediente; constándole a la interesada una sentencia condenatoria firme de fecha 01/06/2009, dictada por la Audiencia Provincial Sección nº 2 de Málaga por un delito de tráfico de drogas con grave daño a la salud. La resolución desestimatoria del recurso potestativo de reposición establecía en su Fundamento de Derecho Segundo que

“Examinadas las alegaciones formuladas por el recurrente, así como la documentación adjuntada al citado recurso, se entiende cumplida la obligación de notificar la resolución dentro del plazo máximo de duración del procedimiento ya que queda debidamente acreditado el intento de notificación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2.004 y por tanto, no concurre el silencio alegado por el interesado. En cuanto al fondo del asunto a este interesado le constan antecedentes penales y teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la cuantía de la pena impuesta no quedan desvirtuadas las causas de denegación de la expedición de la Tarjeta de Residencia de Familiar de Ciudadano de la Unión Europea al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero citado”.

SEGUNDO.- Son dos los motivos en que funda la actora su recurso, falta de notificación de la resolución expresa impugnada dentro del plazo de 3 meses, debiendo entenderse en consecuencia, el silencio de carácter positivo; y, la concurrencia de los requisitos legalmente previsto para la concesión de la solicitud efectuada.

Respecto de la cuestión relativa a la notificación de la resolución expresa y efectos del silencio planteado, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 58.1 de la Ley 30/1992 que *“Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente”*. Y, el artículo siguiente, artículo 59 de la citada Ley establece que:

“1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente.

2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el

apartado 1 de este artículo.

Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes.

3. ... (Número 3 del artículo 59 derogado por el número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 24 junio 2007)

4. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.

5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el "Boletín Oficial del Estado", de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.

En el caso de que el último domicilio conocido radicara en un país extranjero, la notificación se efectuará mediante su publicación en el tablón de anuncios del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de notificar conforme a los dos párrafos anteriores.

6. La publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo sus mismos efectos en los siguientes casos:

a) *Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la notificación efectuada.*

b) *Cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos”.*

En el régimen previsto por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la Disposición Adicional 1ª establece un plazo máximo de tres meses para resolver, previendo el núm.1 de dicha disposición el signo negativo del silencio con carácter general, y el núm.2 el signo positivo de las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia y de la renovación de la autorización de trabajo; excepciones en la que no estando el supuesto de autos, debe serle de aplicación la norma general que dota al silencio de efectos desestimatorios.

Pero es más, según consta en el expediente administrativo, se dictó resolución denegatoria de la solicitud formulada en fecha de 23 de agosto de 2.011 (folios 26 y 27), constando según acuse de recibo la notificación correspondiente al domicilio facilitado por la misma constando los dos intentos en días y horas distintos (13 de septiembre de 2.011 a las 10:00 horas y 14 de septiembre a las 11:15 horas, folio 28); como consecuencia de ello se efectuó remisión en fecha de 24 de octubre de 2.011 al Ayuntamiento de Fuengirola a los efectos de publicación en el Tablón de anuncios de la corporación (folio 31), con publicación en Boletín Oficial de la Provincia de Málaga el 17 de noviembre de 2.011 (folio 29); siendo que la resolución expresa del recurso de reposición lo es de 23 de diciembre de 2.011, se entiende correctamente efectuada la notificación, no pudiendo acogerse la pretensión de estimación presunta formulada por la actora.

TERCERO.- En cuanto a la segunda cuestión planteada, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los

Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, define su ámbito de aplicación en el artículo 2, estableciendo que *“El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí”*.

Pero el artículo 15 del mismo Real Decreto (*“Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública”*) dispone que *“1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:*

a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el art. 4 del presente real decreto.

b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español...

5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.

b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.

d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas...”

La resolución denegó a la recurrente la autorización de residencia de familiar de comunitario con base en que había sido condenada judicialmente en España, constándole a tal efecto certificado expedido por el Registro Central de Penados y Rebeldes con fecha 17/06/2011 que obra en el expediente; constándole a la interesada una sentencia condenatoria firme de fecha 01/06/2009, dictada por la Audiencia Provincial Sección nº 2 de Málaga por un delito de tráfico de drogas con grave daño a la salud.

Llegados a este punto procede recordar que conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, los conceptos jurídicos indeterminados de orden y seguridad pública en el contexto comunitario han de ser integrados de forma estricta, aunque reconociéndose un margen de apreciación en los límites impuestos por el Tratado a cada país en las disposiciones adoptadas para su aplicación, pudiendo decirse que contraría el orden público quien realiza actividades que impiden el libre desenvolvimiento de los derechos y libertades individuales, sociales y colectivos o impide o menoscaba el normal desenvolvimiento de las instituciones, y que para justificar ciertas restricciones a la libre circulación de las personas sometidas al Derecho Comunitario, el recurso por parte de una autoridad nacional a la noción de orden público supone en todo caso la existencia, aparte de la alteración del orden social que constituye toda infracción de la Ley, de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la

sociedad; sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí solo motivo para la adopción de dicha medida, porque sólo cabe restringir la estancia cuando aquéllas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público.

La aplicación de esta doctrina al supuesto de autos conduce a estimar el recurso, pues sin desconocer el carácter doloso del delito cometido y su repercusión sobre bienes jurídicos personalísimos, hay que tener en cuenta que los antecedentes penales de la actora traen causa de un delito cometido cuatro años antes de la presentación de su solicitud de la tarjeta de residencia (el 27 de febrero de 2.007; la sentencia condenatoria es dictada de fecha 29 de diciembre de 2.008 adquiriendo firmeza el día 1 de junio de 2.009; folio 24), delito que fue castigado con pena de 4 años y 6 meses de prisión que la recurrente habría extinguido con fecha de 14 de septiembre de 2.011 de forma definitiva esto es, con posterioridad a su solicitud (que lo fue de 15 de junio de 2.011), y sin que consten otros datos que denoten en la actora una actitud de reiterado desprecio por las leyes de nuestro país o un riesgo concreto y relevante para el orden y la seguridad públicas; por el contrario, concurren datos objetivamente reveladores de que se trata de una familiar directa de un ciudadano español, hallándose unida a él en la situación análoga al matrimonio que define el artículo 2.b) del Reglamento. Su relación *more uxorio* con el ciudadano español citado no ha sido cuestionada, ni rebatida por la Administración del Estado, que tampoco ha impugnado la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho efectuada cinco meses antes de su solicitud (folio 22). Por todo lo cual procede estimar el recurso y reconocer al actor el derecho a que le sea otorgada la autorización de residencia de familiar de residente comunitario solicitada.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el art.139.1 LJCA procede imponer las costas, resolviendo en primera o única instancia, a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. Procediendo en este caso su imposición a la Administración demandada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

QUE ESTIMANDO el recurso interpuesto, anulo la resolución mencionada en el primero de los “Antecedentes de Hecho” de esta sentencia por no ser conforme al Ordenamiento Jurídico, reconociendo el derecho del recurrente a que le sea otorgada la autorización inicial de residencia de familiar de residente comunitario, con imposición de las costas procesales a la Administración demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella se podrá interponer, en este Juzgado y para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga, **Recurso de Apelación** en el plazo de quince días desde su notificación.

Previamente a la interposición del recurso, las partes que no estuvieran exentas deberán constituir el depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, redactada por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, consignando la cantidad de 50 € en la cuenta de este Juzgado en la entidad BANESTO con número 3932, lo que deberán acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Una vez sea firme, remítase **testimonio de la misma junto con el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.**

Así por ésta mi sentencia, de la que se llevará certificación a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

Así por esta mi Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./Sra. JUEZ que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”.