

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 15/07

DE Apelación

SENTENCIA NUMERO 19/10

ES COPIA

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. JUAN LUIS IBARRA ROBLES

MAGISTRADOS:
D. ANTONIO GUERRA GIMENO
D^a. MARGARITA DIAZ PEREZ

En la Villa de BILBAO (BIZKAIA), a veintitres de febrero de dos mil diez.

La sección número 3 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el veintitrés de Mayo de dos mil siete por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo n° 2 (Bilbao) de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 518/06.

Son parte:

- **APELANTE:** [REDACTED], dirigido por la Letrada D^a. KARMELE DE LA VEGA PULIDO.

- **APELADO:** ADMINISTRACION DEL ESTADO, representado y dirigido por el ABOGADO DEL ESTADO.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARGARITA DIAZ PEREZ.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Jdo. de lo Contencioso Administrativo n° 2 (Bilbao) de BILBAO (BIZKAIA) se dictó el veintitrés de Mayo de dos mil siete sentencia DESESTIMANDO el recurso contencioso-administrativo número 518/06 promovido por [REDACTED] contra RESOLUCION DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN VIZCAYA, DE 20 DE MARZO DE 2.006, QUE

DENIOEGA LA RENOVACIÓN DE LA TARJETA DE FAMILIAR RESIDENTE COMUNITARIO SOLICITADA POR EL DEMANDANTE (EXPTE. 48002006000 :). , siendo parte demandada ADMINISTRACION DEL ESTADO .

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por [redacted] recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

TERCERO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

CUARTO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 17.02.10, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

QUINTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. [redacted], se impugna mediante el presente recurso de apelación la sentencia nº 28 /07, dictada con fecha de 23 de mayo de 2007, por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de los de Bilbao, en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 51 /06, seguido por el procedimiento abreviado.

La sentencia recaída en la instancia desestima el recurso jurisdiccional deducido frente a la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, de fecha 20 de marzo de 2006, por la que se deniega la renovación de la tarjeta de familiar residente comunitario (expte 48002006000 [redacted]), declarando la resolución impugnada conforme a derecho, sin realizar especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

En el Fundamento de Derecho primero de la sentencia apelada recoge el Juzgador los datos fácticos que estima acreditados con el expediente administrativo y las alegaciones contenidas en los escritos forenses de las partes:

"1.El recurrente, nacional de Argelia, solicitó renovación de la tarjeta en régimen comunitario en fecha 14 de febrero de 2006. Adjunta a la solicitud documento de identidad, copia del pasaporte, certificado del Registro Civil de Basauri-Bizkaia- de matrimonio civil con Doña [redacted]

_____ , certificado del registro central de penados y rebeldes.

2.- Obra en el expediente administrativo informe gubernativo desfavorable por constar los siguientes antecedentes en la Dirección General de la Policía "búsqueda, detención e ingreso en prisión, interesada por el Juzgado Penal 1 de Palencia en procedimiento abreviado 387-05, en vigor hasta el 23.12.2010; Bilbao Juz. Penal 7 EJ 424/06 malos tratos físicos en el ámbito familiar . cese 20-6-07".

3.- Por resolución de la Subdelegación de Gobierno de Vizcaya de fecha 20 de marzo de 2006 se acuerda denegar la renovación de tarjeta familiar de residente comunitario solicitado en base a los siguientes fundamentos de derecho:

"(.) 2. El artículo 16.1 y 2 del citado Real Decreto se refiere al Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre Entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Estado Económico Europeo- establece que, cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá denegar la expedición o renovación de las tarjetas de residencia. Cuando dicha medida se adopta por las razones anteriormente indicadas deberán estar fundamentadas exclusivamente en el comportamiento personal de quien sea objeto de aquéllas. 3.- En el presente, según informes recabados tanto de la policía de Bilbao, como de la Gerencia Territorial de Justicia, constan numerosos antecedentes penales contra el interesado, en los que figuran tres autos de rebeldía y cuatro condenas por sentencias firmes por comisión de delitos contra la salud pública, robo con fuerza, falsificación de documentos públicos y hurto y uso de vehículos en los que ha utilizado distintas filiaciones. Se ha solicitado asimismo, informe previo a los Servicios Jurídicos del Estado de Vizcaya, sobre la solicitud formulada por el interesado, siendo el mismo también desfavorable".

4. Por la Letrada del actor se solicita mediante escrito de 14 de junio de 2006 certificado de acto presunto de la petición realizada de renovación de la tarjeta de residente comunitario.

5.- Consta informe del Secretario General de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de fecha 19 de julio de 2006, al folio 42, del siguiente tenor: "(.) Al respecto le informo que la solicitud de Tarjeta Familiar de Residente Comunitario formulado por D. _____, fue denegada por Resolución de esta Subdelegación de Gobierno de fecha 20-03-2006, y remitida en la misma fecha a la Comisaría de Policía de Bilbao para entrega y notificación al interesado sin que compareciese a tal efecto. En tal sentido, la Policía de Bilbao ha informado que con fecha 11-04-2006,

fue citado el interesado a dicho centro para notificarle la resolución de su solicitud, sin que compareciese al efecto.

Ante la imposibilidad de lograr su comparecencia, se le remitió la Resolución por correo al domicilio facilitado en la solicitud, sito en la calle San Francisco, de Bilbao, sin que se halla devuelto la misma al organo remitior, de lo cual se supone que ha llegado a conocimiento del interesado.

6.- Por la Letrada del actor se solicita mediante escrito de 26 de junio de 2006 se formulan alegaciones que se concretan en que no se ha intentado la notificación de la resolución conforme al art. 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

En el Fundamento de Derecho tercero, se aborda el motivo articulado por la actora en relación con la concesión por silencio positivo de la renovación de la tarjeta de familiar de residente comunitario, que desestima en base a los argumentos siguientes:

" (-) Para la determinación del "dies a quo" que debe tomarse en consideración para el cómputo del plazo de tres meses que establece la Disposición adicional 1ª, apartado 2, de la Ley Orgánica de extranjería 4/2000, de 11 Enero, ha de estarse a la fecha en que la solicitud del interesado tuvo entrada en el registro del órgano competente para tramitarla, tal como establecen de consuno la citada Disposición adicional y el artículo 42.3.b) de la Ley 30/1992, de 26 Noviembre.

Según resulta del examen del expediente administrativo, el actor presentó su solicitud de renovación de residente comunitario en la Administración el día 14 de febrero de 2006. Para la determinación del "dies ad quem" ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 Noviembre, según el cual, a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente el intento de notificación debidamente acreditado.

A este respecto, es de señalar que el expresado precepto no exige la notificación regular practicada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la propia Ley 30/1992, sino el mero intento de notificación. Esta peculiaridad obedece a la distinta finalidad que pretenden alcanzar uno y otro de los citados preceptos. En el caso del artículo 59, se trata de asegurar que el contenido del acto administrativo llegue a conocimiento del interesado en debida forma, puesto que de ello dependerá, entre otras cosas, el inicio del cómputo del plazo establecido para impugnar en vía administrativa o jurisdiccional la resolución de que se trate. Por el contrario, en el supuesto del artículo 58.4, se trata meramente de asegurar que la Administración ha cumplido

con la obligación que le impone el artículo 42 de la propia Ley de resolver y notificar dentro del plazo máximo que establezca la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Ahora bien, esta notificación puede resultar infructuosa por causas ajenas a la propia Administración, como ocurre cuando el interesado se halla ausente de su domicilio o bien cuando efectue un comportamiento que simule la no notificación. Es por ello que el artículo 58.4 de la Ley 30/1992 dispone que se entenderá cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento, cuando se acredite debidamente el intento de notificación. En consecuencia, ha de considerarse que la repetición de dicho intento, así como la publicación de edictos, que el artículo 59 de la misma Ley 30/1992 exigen para que se entienda regularmente notificado el acto, pueden tener lugar con posterioridad al plazo máximo de duración del procedimiento, sin que ello revista ya trascendencia alguna en orden a la producción del silencio administrativo, positivo o negativo, que no tendrá lugar por haberse dictado resolución expresa e intentado notificar la misma dentro del plazo máximo señalado en la norma reguladora del procedimiento.

Ha de tenerse en cuenta que la solicitud de renovación se presenta en fecha 14 de febrero de 2006 y la resolución del expediente se efectúa mediante resolución de fecha 20 de marzo de 2006, cuando aún no había transcurrido el plazo de tres meses que señala la Disposición adicional 1ª, apartado 2, de la Ley Orgánica 4/2000, habiéndose intentado la notificación al interesado en su domicilio según se deriva del propio expediente administrativo. Cabe señalar asimismo que la notificación supone un requisito de eficacia del acto administrativo pero no de la validez del mismo.

Finalmente, en el Fundamento de Derecho cuarto, se examina el contenido del acto administrativo impugnado, que se estima conforme a derecho por cuanto:

"El presupuesto de la denegación se fundamenta en el art. 16.1 y 2 Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (-).-La resolución denegatoria de la renovación de la tarjeta de residente comunitario ha sido dictada a la vista de la conducta antisocial del ciudadano extranjero que ha sido debidamente acreditada en el expediente administrativo".

SEGUNDO.- En el escrito de formalización del recurso de apelación, el Letrado interesa que con su estimación íntegra.

1º Se reconozca el derecho del actor a la renovación de la tarjeta de familiar de residente comunitario.

2° Se imponga a la Administración demandada el pago de las costas procesales causadas en el presente procedimiento.

En apoyo de tales pretensiones, formula una única alegación que enuncia como "infracción del artículo 59.1 de la Ley 30/1992, en relación con el artículo 58.4 del mismo cuerpo legal":

Se discrepa de la consideración de instancia referida a que la resolución denegatoria de la renovación de la tarjeta de familiar de residente comunitario solicitada, no solo se dictó sino que también se intentó notificar dentro del plazo legal de tres meses establecido en el art. 13 del entonces vigente R.D. 178/2003 y en la Disposición Adicional Primera de la L.O. 4/2000, de modo que no se ha producido silencio administrativo positivo, por cuanto que ha quedado acreditado el intento de notificación al que se refiere el art. 58.4 de la Ley 30/92.

Y ello porque la prueba en la que el Juzgador sustenta la acreditación del intento de notificación al que se refiere el último de los artículos citados, es un informe que emite el 11 de julio de 2006 la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Bilbao, obrante al folio 43 del expediente administrativo.

Sin embargo, la notificación que presumiblemente se intenta tiene que realizarse conforme a lo establecido en el artículo 59 de la misma Ley.

Al parecer, según se desprende del informe policial referenciado, se remitió una citación por correo ordinario al actor a fin de que compareciera en el Negociado de Extranjeros. Mas, ni obra en el expediente administrativo la aludida citación que supuestamente fue enviada al domicilio del interesado, ni existe constancia alguna de que efectivamente fuera remitida.

Esto es, no consta acreditado debidamente el intento de notificación como exige el art. 58.4 a fin de poder entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento, - tres meses-, operando en consecuencia el silencio administrativo positivo a tenor de lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la L.O. 4/00.

Entiende que presumir que una carta enviada por correo llega a conocimiento del interesado al no ser devuelta al órgano emisor, no responde al intento de notificación debidamente acreditado del artículo 58.4 de la Ley 30/92, no ajustándose la práctica de la notificación o su intento a lo establecido en el artículo 59 de la misma Ley.

Señala además que si supuestamente se remitió la citación por correo ordinario el 11 de abril del 2006, y el plazo para resolver y notificar la resolución vencía el 14 de mayo de 2006, esto es, un mes después, la Administración demandada, al ver que no comparecía el interesado, tuvo tiempo más que suficiente para notificar o intentar notificar de conformidad con lo establecido en la Ley 30/92 la aludida resolución, y evitar así que se produjera el silencio administrativo positivo.

Concluye el Letrado que, en definitiva, ha quedado acreditado el derecho del actor a la obtención de la renovación de la tarjeta de familiar de residente comunitario al operar el silencio administrativo en los términos expuestos en la Disposición adicional Primera de la LO 4/00, sin que quepa entrar en otros matices o consideraciones de fondo.

TERCERO.- El Abogado del Estado no ha formulado oposición al recurso de apelación.

CUARTO.- En orden al correcto abordaje de la impugnación actora, con la que pretende en última instancia la estimación por silencio administrativo de la solicitud de renovación de la tarjeta de familiar de residente comunitario cursada el día 14 de febrero de 2006 ante la Subdelegación del Gobierno de Bizkaia, es preciso denotar, en primer lugar, la normativa de aplicación a la incontrovertida situación fáctica descrita en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia apelada.

A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que D. [redacted] cional de Maruecos, en su condición de cónyuge de ciudadana española, se halla comprendido en el ámbito de aplicación del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (art. 2).

Con arreglo al artículo 8.4 del Real Decreto 178/2003, los familiares de españoles que sean nacionales de terceros Estados serán documentados con una tarjeta de residencia con cinco años de vigencia, sin perjuicio del derecho a residir con carácter permanente.

El artículo 14 del mismo texto legal regula la renovación de las tarjetas de residencia, que dice se tramitarán conforme a lo dispuesto en los precedentes artículos 10, 11 y 12.

En lo que al pleito afecta, no contiene el Real Decreto 178/2003 regulación específica sobre el instituto del silencio administrativo, ni fija tampoco plazo máximo de

duración del procedimiento en cuestión.

Sobre este último aspecto, ante el vacío de la norma reguladora del procedimiento -RD 178/2003- es obligado acudir a la Ley 39/92, que en su artículo 42.3, a falta de norma expresa, establece como plazo general supletorio de duración de los procedimientos administrativos el de tres meses, que se contará en los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

En lo que atañe al silencio, la resolución judicial de instancia colma la ausencia de regulación, con la aplicación de la Disposición Adicional primera, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en cuya virtud, "las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, así como la renovación de la autorización de trabajo 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 la renovación han sido concedidas".

Pues bien, incurre en error el Juzgador en la determinación del régimen del silencio administrativo aplicable al supuesto que enjuiciamos, al obviar la Disposición Adicional segunda del Real Decreto 178/2003 "Normativa aplicable a los procedimientos", que incluye los procedimientos en él regulados en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cierto es que el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, nuevo texto normativo 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, que deroga el Real Decreto 178/2003, establece en su Disposición Adicional Segunda "Normativa aplicable a los procedimientos", que en lo no previsto en materia de procedimientos, habrá de estarse a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos.

Sin embargo, el Real Decreto 240/2007, no es aplicable al caso, por razón de la fecha de su entrada en vigor.

En consecuencia, por mor de la Disposición Adicional segunda del Real Decreto 178/2003, procede la aplicación supletoria a los procedimientos de renovación de la tarjeta de familiar de residente comunitario, del régimen general del silencio administrativo previsto para los procedimientos iniciados a solicitud de interesado en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, en redacción dada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

Dicho precepto prevé como regla general el silencio positivo, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario europeo establezca lo contrario, exceptuando de tal previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, los de revisión de actos administrativos y disposiciones generales, los iniciados de oficio, y los procedimientos de los que pudieran derivarse para los solicitantes o terceros la adquisición de facultades sobre el dominio o servicio público.

El silencio administrativo positivo produce un verdadero acto administrativo eficaz, finalizador del procedimiento, que la Administración Pública sólo puede revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley.

Tal y como destaca la Exposición de Motivos, la anterior regulación se complementa con la inclusión posterior, como supuesto de nulidad de pleno derecho, de los actos presuntos o expresos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (artículo 62.1.f).

Descendiendo al caso presente, y comoquiera que el procedimiento administrativo que nos ocupa no es uno de los exceptuados en el artículo 43, impera aquí la regla general, esto es, el sentido positivo del silencio, que operara cuando vencido el plazo máximo de duración del procedimiento, no se haya notificado resolución expresa al interesado.

Son contestes las partes en el día inicial del cómputo del plazo, 14 de febrero de 2006, fecha en que el ciudadano extranjero ahora apelante presentó ante la Subdelegación del Gobierno en Bilbao la solicitud de la renovación de la tarjeta de familiar de residente comunitario.

De forma que podrá aquél entender estimada su solicitud por silencio, si a la fecha de 14 de mayo de 2006 no se hubiera notificado la resolución expresa denegatoria, que data de 20 de marzo de 2006.

Llegamos así al núcleo del debate suscitado en instancia, esto es, la fijación del "dies ad quem" en el

cómputo del plazo de duración del procedimiento, para ello el órgano judicial de instancia parte de lo dispuesto en el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que, en lo que ahora interesa, considera suficiente para entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, el intento de notificación debidamente acreditado.

En el supuesto a examen, estima el Juzgador producido el efecto contemplado en el precepto anterior con el intento de notificación llevado a cabo en el domicilio del interesado, al que alude el Secretario General de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, en informe fechado el 19 de julio de 2006, obrante al folio 42 del expediente administrativo, cuyo contenido ha quedado reproducido en el Fundamento de Derecho primero de esta sentencia.

En orden a verificar si esta apreciación judicial es constitutiva de infracción de los artículos 59.1 y 58.4 de la Ley 30/92, tal y como denuncia la parte apelante, no podemos ignorar la sentencia del Tribunal Supremo dictada en recurso de casación en interés de ley, que declara la siguiente doctrina legal en interpretación del inciso final del apartado 4 del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero:

"Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.

En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente".

A la luz de la anterior doctrina legal, es llano que no concurren en el caso de autos los presupuestos de aplicación del artículo 58.4 de la Ley 30/92, es decir, no puede entenderse cumplida la obligación de notificar la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Bizkaia, de fecha 20 de marzo de 2006, dentro del plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 43.2 de la Ley 30/92.

Al folio 43 del expediente administrativo se halla incorporado informe del Jefe de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Comisaría de Bilbao, de fecha 11 de julio de 2006, al que se refiere el Secretario General de la Subdelegación en el emitido el 19 de julio.

Informa el Jefe de Brigada que D. [redacted] fue citado por el Negociado de Extranjeros con fecha 11 de abril del año en curso al objeto de notificarle la resolución denegatoria de la tarjeta de familiar de residente comunitario, sin que a la fecha haya comparecido al efecto.

Significa asimismo que la referida citación fue remitida al domicilio fijado por el precitado, sito en la calle San Francisco, número [redacted] en Bilbao, Bizkaia, sin que ésta fuera devuelta al órgano remitente, de lo que infiere que ha llegado a conocimiento del interesado. Añade que adjunta duplicado de la resolución denegatoria y copia de la citación cursada al interesado, que no aparecen en el expediente administrativo.

De conformidad con el artículo 59.1 de la Ley 30/92, 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. En el número 2 del mismo precepto, se regula la práctica de la notificación en el domicilio, disponiendo "in fine" que si nadie tanto el interesado o cualquier persona identificada que se encontrare en el domicilio- pudiere 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.

Con las informaciones facilitadas por el Jefe de Brigada, no puede establecerse si culminó el intento de notificación personal practicada en el domicilio de D. [redacted]

[redacted] sabemos que la citación fue remitida a su domicilio sito en la calle San Francisco de Bilbao, mas desconocemos el medio empleado y su resultado.

Es evidente que el sistema de notificación no fue el idóneo con arreglo al mentado artículo 59.1 de la Ley 30/92, ni han quedado tampoco satisfechas las exigencias previstas en el número 2: no hay constancia de que fuera recibido o

rehusado por el interesado o por persona distinta que debidamente identificada se hallare en su domicilio.

Luego, no surte el efecto dispuesto en el repetido artículo 58.4, habida cuenta que, usando los términos empleados por la meritada sentencia del Alto Tribunal, no ha quedado acreditado el intento de notificación personal frustrado, practicado por medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y con todas las garantías legales, que permita entender concluso el procedimiento administrativo dentro del plazo máximo establecido legalmente.

Incorre, por tanto, la sentencia apelada en una indebida aplicación del artículo 58.4 de la Ley 30/92, y por ende, entra en juego el efecto positivo del silencio.

Se sigue de lo expuesto, la estimación del recurso de apelación, con revocación de la resolución de instancia y reconocimiento del derecho del interesado a entender estimada su solicitud con los efectos jurídicos previstos en el artículo 43.3 de la Ley 30/92.

QUINTO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, no procede efectuar imposición sobre las costas devengadas en esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto, este Tribunal dicta el siguiente

III. F A L L O

CON ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 765 DE 2007, INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DE D. [REDACTED] CONTRA LA SENTENCIA N° 28 /07 DICTADA CON FECHA DE 23 DE MAYO DE 2007 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚMERO 2 DE BILBAO RECAÍDA EN LOS AUTOS DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REGISTRADO CON EL NÚMERO 5 /2006, DEBEMOS:

PRIMERO: REVOCAR COMO REVOCAMOS LA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL APELADA.

SEGUNDO: RECONOCER EL DERECHO DEL RECURRENTE A ENTENDER ESTIMADA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO LA SOLICITUD DE TARJETA DE FAMILIAR DE RESIDENTE COMUNITARIO CURSADA EL 14 DE FEBRERO DE 2006 ANTE LA SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN BIZKAIA, CON LOS EFECTOS JURÍDICOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 43.3 DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE.

TERCERO: NO PROCEDE EFECTUAR IMPOSICIÓN SOBRE EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES DEVENGADAS EN ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Iltmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.