

## **JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 7 DE MÁLAGA**

C/ FISCAL LUIS PORTERO GARCIA S/N

Tel.: 951938460/951938310/951938525 Fax: 951939177

N.I.G.: 2906745020130000464

**Procedimiento: Derechos Fundamentales 65/2013. Negociado: D**

Recurrente: **YOUNESS EL HAYASSE**

Letrado:

Procurador: **ANA MARIA RODRIGUEZ FERNANDEZ**

Demandado/os: **SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN MALAGA**

Representante:

Letrados:

Procuradores:

Acto recurrido: **RESOLUCION DE 28/01/13**

### **SENTENCIA Nº 83/14**

En la ciudad de Málaga, a 31 de marzo de 2014.

Vistos por el Magistrado-Juez de este Juzgado, **Ilmo. Sr. D. José Luis Franco Llorente**, los presentes autos de Recurso Contencioso-Administrativo número **65 / 2013**, interpuesto por **D. YOUNESS**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Ana María Rodríguez Fernández y defendido por Letrado, contra la **ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada y defendida por el Abogado del Estado, habiendo sido parte el **MINISTERIO FISCAL**, de cuantía **INDETERMINADA**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito que tuvo entrada en el Juzgado Decano de Málaga el día 15 de febrero de 2013, se interpuso recurso contencioso-administrativo para su tramitación como procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga de 28 de enero de 2013, dictada en el expediente 290020120012447, que denegó la expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea solicitada por D. Youness el 5 de septiembre de 2012.

**SEGUNDO.-** El decreto de 20 de febrero de 2013 acordó reclamar el expediente administrativo, y una vez recibido se dictó nuevo decreto con fecha 19 de marzo de 2013 acordando proseguir las actuaciones por el trámite del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, y dar traslado del expediente a la parte recurrente, que el 27 de marzo de 2013 presentó escrito de demanda en el que

después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que reputaba aplicables, terminaba suplicando se dice sentencia que condene a la Subdelegación del Gobierno en Málaga por vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 18.1 19 y 25 de la CE, y revocando la resolución denegatoria de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea de D. Youness le sea concedida la misma, por cumplir los requisitos que establece el artículo 2.b) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre libre circulación de los ciudadanos de los Estados miembros y sus familiares.

**TERCERO.-** Por diligencia se acordó dar traslado del escrito de demanda y del expediente administrativo a la Administración demandada y al Ministerio Fiscal, que alegaron lo que tuvieron por conveniente.

**CUARTO.-** Por auto de 26 de junio de 2.013 se acordó el recibimiento del pleito a prueba, practicándose las pruebas que, propuestas por las partes, habían sido declaradas pertinentes, declarándose los autos conclusos para sentencia mediante la providencia de 16 de enero de 2014.

**QUINTO.-** En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales esenciales a excepción del plazo para dictar sentencia, por la acumulación de asuntos pendientes de resolución.

A los que son de aplicación los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Dirige el demandante su recurso, sustanciado a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga que denegó la expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, solicitada por D. Youness el 5 de septiembre de 2012, por constarle una prohibición de entrada y no acreditar los requisitos económicos relacionados en el artículo 7. apartado 1 letras a), b) y c) del 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, señalando el actor que la resolución impugnada es contraria a derecho e infractora de los artículos 18.1 (“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.. “), 19 (“Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”) y 25.1 (“1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”) del Texto constitucional.

**SEGUNDO.-** Como recuerda la jurisprudencia recaída en la aplicación de la Ley 62/1.978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona, sustancialmente aplicable al procedimiento especial regulado en el Capítulo I del Título V de la LJCA, este procedimiento especial aparece limitado a la determinación de si un acto administrativo concreto vulnera o no alguno o algunos de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución.

La causa de tal limitación radica en el sistema de valores que nuestro Texto Fundamental incorpora, en su artículo. 10, como basamento del orden político y de la paz social. Por ello, dada su trascendencia, la Constitución (artículo 53.2) concede una protección especial a los denominados derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 15 al 29), cuya tutela específica se realiza ante los Tribunales ordinarios, junto con la relativa al principio de igualdad del artículo 14 y a la objeción de conciencia del artículo 30, a través de este proceso, basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De ahí que el proceso entablado por la recurrente sólo es cauce adecuado para tramitar pretensiones circunscritas al conjunto de derechos y libertades a que se ha hecho referencia, estando vedado el enjuiciamiento de cualquier otro derecho constitucional que no esté expresamente recogido en los preceptos mencionados, o de cuestiones directamente relacionadas con la aplicación de la legalidad ordinaria, de tal modo que, tanto en uno como en otro caso, lo procedente será declarar la inidoneidad de la vía procedimental utilizada.

Abundando en este último extremo, la jurisprudencia (entre otras muchas, en

Sentencias del Tribunal Supremo de 14 agosto 1979, 21 abril y 3 julio 1980) viene apuntando que este procedimiento especial no supone ni requiere para su adecuado tratamiento y funcionalidad (so pena de un innecesario y, a veces, abuso fraudulento de su cauce y finalidad concretos) el estudio y análisis pleno de la finalidad ordinaria jurídico-administrativa del acuerdo impugnado, habiéndose dicho, con fórmula que hizo fortuna, que (Sentencias de 14 de mayo de 1985, 12 de junio, 4 de octubre, 6 y 21 de noviembre y 19 de diciembre de 1984, entre otras) *“...se rebasa la esencia y finalidad propias del procedimiento especial cuando para poder presentar la situación aparentemente violadora del principio constitucional invocado, se ha de analizar previamente la legalidad del propio acto a la luz de preceptos legales de inferior rango jerárquico”*.

Más matizadamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sección 2ª, de 19 de mayo de 1997, señaló que el órgano judicial que conoce del recurso *“...sólo puede relegar los aspectos de legalidad ordinaria cuando estos aspectos no tengan relación alguna con la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en los artículos. 14 a 30 CE. Pero (el Órgano judicial) no sólo puede sino que debe (y ésta es su función), conocer y pronunciarse acerca de todas las cuestiones que se planteen en la demanda, tanto de hecho como de derecho, relacionadas con el contenido de los derechos fundamentales invocados, para, previo su enjuiciamiento y fundamentación, adoptar la resolución que estime procedente. Debe actuar, pues, con plena jurisdicción, revisando la actuación administrativa en los términos que establecen los art. 106,1 y 117,3, sin más limitación que el objeto del recurso que resuelve responda a los derechos protegidos por la vía de la L 62/1978”*.

**TERCERO.-** En el supuesto de autos no se cuestiona la sujeción del demandante al régimen especial regulado en 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, aplicable al amparo de su artículo 2, b) en cuanto establece 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 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 y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado...”, pues acredita el actor que junto con una ciudadana británica, forma una pareja de hecho inscrita en el Registro Oficial de Parejas de Hecho de la Junta de Andalucía en virtud de resolución administrativa de fecha 13 de febrero de 2012 (folio 28 del expediente), esto es, en fecha anterior a la presentación de su solicitud.

Sentado lo anterior, fundamenta el recurrente su petición en el artículo 8 del Real Decreto 240/2007 (“Residencia superior a tres meses con tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión”), que dice lo siguiente:

1. Los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el art. 2 del presente real decreto, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un período superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una «tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión».

2. La solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España, ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde el interesado pretenda permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente. En todo caso, se entregará de forma inmediata un resguardo acreditativo de la presentación de la solicitud de la tarjeta, que será suficiente para acreditar su situación de estancia legal hasta la entrega de la tarjeta. La tenencia del resguardo no podrá constituir condición previa para el ejercicio de otros derechos o la realización de trámites administrativos, siempre que el beneficiario de los derechos pueda acreditar su situación por cualquier otro medio de prueba.

3. Junto con el impreso de solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, cumplimentado en el modelo oficial establecido al efecto, deberá presentarse la documentación siguiente:

a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante. En el supuesto de que el documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación.

b) Documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia del vínculo familiar, matrimonio o unión registrada que otorga derecho a la tarjeta.

c) Certificado de registro del familiar ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse.

d) Documentación acreditativa, en los supuestos en los que así se exija en el art. 2 del presente real decreto, de que el solicitante de la tarjeta vive a cargo del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del que es familiar.

e) Tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné.

**¡Error! Marcador no definido.**4. La expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá realizarse en el plazo de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud. La resolución favorable tendrá efectos retroactivos, entendiéndose vigente la situación de residencia desde la fecha acreditada de entrada en España siendo familiar de ciudadano de la Unión.

5. La tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión tendrá una validez de cinco años a partir de la fecha de su expedición, o por el período previsto de residencia del ciudadano de la Unión o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, si dicho período fuera inferior a cinco años.

**CUARTO.-** El actor señala como primer motivo de su recurso que su solicitud debió entenderse estimada por silencio, al haber transcurrido más de tres meses entre su presentación, el 5 de septiembre de 2012, y la notificación de la resolución denegatoria, el 11 de febrero de 2013.

El artículo 8 del Real Decreto 240/2007 no especifica el sentido, estimatorio o desestimatorio, que deba atribuirse al incumplimiento del plazo para resolver, por lo que debemos acudir en primer término a lo establecido en el artículo 43 de la LRJAP y PAC (“silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado “):

*“1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.*

*Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el art. 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo....*

3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del art. 42 se sujetará al siguiente régimen:

*a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo...*

De modo que no hallándonos ante ninguna de las materias relacionadas en el segundo párrafo del artículo 43.1, el silencio tendría sentido estimatorio salvo que una norma con

rango de ley o de Derecho comunitario establecieran lo contrario.

Analizando la segunda posibilidad, hay que estar a la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, incorporada al Derecho español mediante el Real Decreto 240/2007, que regula esta materia en su artículo 10 (*“Expedición de la tarjeta de residencia”*) señalando un plazo máximo de seis meses para la expedición de la «tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión», a contar desde la presentación de la solicitud, pero sin señalar los efectos del incumplimiento de ese plazo.

Por su lado, la Administración estima aplicable supletoriamente la Disposición Adicional Primera, apartado 1, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, redactada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 diciembre, que atribuye sentido desestimatorio al silencio en relación a las solicitudes de autorización formuladas al amparo de lo previsto en la misma ley, en los siguientes términos:.

*“1. 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, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas; ello, sin perjuicio del plazo máximo de 15 días naturales establecido por la normativa comunitaria en relación con procedimientos de solicitud de visado de tránsito o estancia (así como de las excepciones previstas en la misma para su posible ampliación). Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas...”*

Pero debemos determinar previamente si la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 4/2000 es de aplicación a nuestro caso, lo que mantiene la Abogacía del Estado con fundamento en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 240/2007, que sobre la *“Normativa aplicable a los procedimientos”*, dice que

*“En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, 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”*.

Y entiende este Juzgador que el sentido del silencio administrativo, o sea, el efecto del incumplimiento del plazo para resolver el expediente, no es una cuestión de

procedimiento, y que por ello no resulta aplicable la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 240/2007, sino la Disposición Final Cuarta, apartado 2 del mismo, sobre “*Normativa subsidiaria y supletoria*”, cuando dice que

*“2. Las normas de carácter general contenidas en la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente real decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables y no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos”.*

Es decir, que únicamente cabe supletoriedad en lo favorable, y no es favorable para el administrado la atribución de sentido desestimatorio al silencio administrativo, resultando de todo ello que debemos estar a la regla general del artículo 43.2 de la LRJAP y PAC, con el efecto prevenido en su apartado 3.

Solo cabe añadir que la resolución denegatoria expresa tardía no sólo es contraria a la legalidad ordinaria aplicable, sino también infractora, al menos, del derecho a la libre elección de residencia y a circular por el territorio nacional, que el artículo 19 CE reconoce a los ciudadanos españoles y que el artículo 13.1 del Texto constitucional extiende a “*los extranjeros en los términos que establezcan los tratados y la Ley*”, por lo que procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, anular el acto impugnado y reconocer el derecho del recurrente a que le sea otorgada la tarjeta de residencia solicitada; todo ello sin perjuicio de la facultad de la Administración para iniciar expediente ordenado a la revisión del acto presunto, si lo considera incurso en causa de nulidad o de anulabilidad.

**QUINTO.** - Aunque las pretensiones del actor han sido estimadas, no se estima procedente condenar a la Administración al pago de las costas procesales, por la complejidad jurídica de la cuestión controvertida (artículo 139 LJCA).

## **FALLO**

**QUE ESTIMANDO** el recurso interpuesto, anulo la resolución impugnada por no ser



conforme al Ordenamiento jurídico, reconociendo el derecho del actor al otorgamiento de la tarjeta de residencia solicitada, sin imposición de costas.

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 BANCO DE SANTANDER con número 4333, lo que deberán acreditar al tiempo de la interposición del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación.

Y 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/.