

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO CUATRO
DE MÁLAGA**

PROCEDIMIENTO:Procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales /14

SENTENCIA NÚMERO 241/15

En la ciudad de Málaga, a 13 de octubre de 2015.

Don David Gómez Fernández, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga, pronuncia

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

La siguiente

S E N T E N C I A

Vistos los presentes autos de Procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales número 959 de los de 2014, seguidos por extranjería, en los cuales han sido parte, como recurrente D. Mohamed , representado por la Procuradora Sra. Rodríguez Fernández y asistido por el Letrado Sr. Martín Ramírez; y como Administración recurrida, la Administración General del Estado(Subdelegación de Gobierno en Málaga) con la representación y asistencia del Sr. Abogado del Estado; siendo igualmente parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Por la Procuradora Sra. Rodríguez Fernández, en nombre y representación de D. Mohamed , se presentó ante el Decanato de los Juzgados de esta capital recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona frente a la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Málaga el día 26 de agosto de 2014 en el expediente con número 299920140000486, por la que se acordaba desestimar el recurso de reposición formulado por el recurrente frente a la previamente dictada el día 20 de junio de 2014 por el mismo órgano en el citado expediente, mediante la cual, a su vez, se denegaba la solicitud de autorización de residencia de larga duración solicitada por el demandante.

Segundo.- Convenientemente turnado dicho escrito, recae el conocimiento del mismo en este Juzgado, dictándose por la Secretaría del mismo Decreto admitiéndolo a trámite, ordenando la sustanciación de la cuestión por los trámites del procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales, teniendo por personada a la parte y ordenando reclamar de la Administración demandada el expediente administrativo y el emplazamiento de interesados.

Tercero.-Recibido el expediente administrativo se dictó Decreto mandando seguir las actuaciones por el trámite del procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales por la cual se ordenó su entrega a la parte actora para que la misma formalizase a la vista de aquel demanda por plazo de ocho días. Verificada la entrega y posterior devolución del expediente administrativo así como la formalización de la demanda en plazo, en la cual se solicitaba se condenase por vulneración de derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución Española a la Administración demandada por su actuación en la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga referida en el antecedente primero, revocándose dicha resolución por ser nula de pleno derecho, y siendo concedida la autorización de residencia de larga duración que le corresponde al recurrente, todo ello con la correspondiente condena en costas de la Administración. Se ordenó por Diligencia de Ordenación dar traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a la Administración demandada por idéntico plazo para formalizar contestación, lo que se verificó en tiempo y forma.

Cuarto.-Por Decreto dictado por la Secretaría de este Juzgado el día 2 de diciembre de 2014 se fijó la cuantía del proceso en la de indeterminada; acordándose, a su vez, por Auto de 15 de diciembre, el recibimiento del pleito a prueba y la admisión de los medios probatorios considerados necesarios y pertinentes, otorgándose un plazo de treinta días para practicar los mismos. Verificada la práctica de las mismas con el resultado que consta, se dictó Providencia otorgando a las partes plazo de diez días para formular conclusiones escritas. Una vez transcurrió el plazo enunciado y presentados, en su caso, escrito de conclusiones por las partes, quedaron los Autos pendientes del dictado de Sentencia.

Quinto.-Que en el presente procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales salvo el plazo para dictar Sentencia, dada la acumulación de asuntos en el mismo trámite originada por el volumen de entrada que soporta este Juzgado, que en la última anualidad ha superado en más del doble el módulo establecido por el Consejo General del Poder Judicial para los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-En el presente litigio se formula recurso contencioso administrativo para la Protección de Derechos Fundamentales frente a la resolución aludida en los antecedentes de hecho alegando que la misma conculca el derecho a la libre circulación, salida y entrada del territorio nacional consagrado el artículo 19 de la Constitución Española, así como lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, todo ello en relación con los artículos 13 de la Constitución Española y 5.1 de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. En síntesis, la parte actora considera que la autorización de residencia de larga duración su día solicitada por el recurrente debe entenderse concedida por silencio administrativo estimatorio, al haber transcurrido tres meses y cinco días desde la presentación de la solicitud y la notificación de la resolución denegatoria. A lo anterior añade que la causa de denegación que se refleja en la resolución atacada no responde a la realidad, al no constar en el expediente las entradas y salidas del recurrente durante los últimos cinco años, circunstancia esta únicamente deducida

de los sellos de entrada y salida obrantes en su pasaporte, sin que a los residentes legales se les imprima en todas las ocasiones dichos sellos, pues ello depende del volumen de personas que transitan por la frontera en cada una de las fechas. La Administración demandada opone, en primer lugar, que no ha tenido lugar la estimación por silencio administrativo positivo; añadiendo, a su vez, como en el expediente aparece acreditado que el recurrente se ha ausentado del territorio nacional durante un período de 586 días en el plazo de cinco años, superándose, de esta forma, el periodo máximo establecido a tal efecto en los artículos 32 de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y 148 del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Por su parte, la Sra. representante del Ministerio Público solicitó el dictado de sentencia desestimatoria al entender que, ni quedaba adverbado el otorgamiento de la autorización por silencio administrativo positivo -dada la aplicación del artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la existencia de un requerimiento que suspendía el plazo máximo-, ni tampoco se desvirtuaba el informe que sustenta la denegación en el que se explícita como el recurrente se había ausentado del territorio nacional durante 586 días, sin que la mera retirada de efectivo de su cuenta acredite la presencia del recurrente en el mismo.

Segundo.-Suscita, en primer lugar, la Abogacía del Estado que las cuestiones expuestas en la demanda no pueden suponer la vulneración del artículo 19 de la Constitución Española que la parte propugna, pareciendo con ello apuntar la posible inadecuación del cauce procedimental escogido por el recurrente, al esgrimir que en la demanda realmente se suscita una cuestión a lo sumo incardinable en una posible “infracción del ordenamiento jurídico”. Al respecto ha de recordarse que, en palabras de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 6 de octubre de 2004 (recurso 819/2001), citando a su vez las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 mayo 1994 y 19 de mayo de 1995 (recurso de apelación 9969/1992), a los efectos de entender viable la pretensión por este singular procedimiento, resulta suficiente exponer "un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado", sin que el mero hecho de hallar el recurso su fundamento en la infracción de preceptos distintos de los que regulan directamente el derecho fundamental invocado necesariamente deba suponer su inadmisión. Así se desprende de la regulación del procedimiento especial contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, pues, según incluso su Exposición de Motivos, la misma “pretende superar (...) la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos”, de modo que, a tenor del artículo 121 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el recurso puede fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, “incluso la desviación de poder” siempre que, como consecuencia de dicha infracción, las actuaciones impugnadas vulneren un derecho de los susceptibles de amparo. Es más, en este sentido ya se había pronunciado previamente la Sala Tercera del Tribunal Supremo, al reconocer que algunas cuestiones de simple legalidad deben abordarse en este tipo de procesos “cuando la mera infracción legal pueda ser el medio de una posible violación de derechos fundamentales” (a.e. Sentencias de

21 febrero 1994 y 8 de octubre de 1997).

Pues bien, con independencia de concurrir o no las infracciones de los derechos fundamentales que se afirman conculcados con la actuación de la Administración que se recurre (lo que será abordado en fundamentos posteriores), lo cierto y verdad es que tanto en el escrito de interposición como en la demanda no se detecta, desde luego, la inexistencia del referido “planteamiento razonable” de versar la pretensión ejercitada un derecho fundamental, como a continuación se razona. Para ello ha de constarse como la recurrente parte de una premisa (extremo distinto es que la misma pueda ser compartida o no) que sustenta su razonamiento: obtuvo por silencio positivo, al transcurrir tres meses desde la presentación de su solicitud, el derecho a la expedición de tarjeta de residente de larga duración, de lo que colige que la situación en territorio nacional desde entonces era de residencia legal. Desde este aserto despliega un argumento que, efectivamente, puede hallar encaje en la vulneración del derecho fundamental referido, esto es, que la resolución atacada, al decidir la denegación de la solicitud en su día formulada y, consiguientemente, no acceder a la expedición de la documentación, deja al recurrente en una situación en la que no puede acreditar ante las autoridades su situación de legalidad o no en territorio español.

Tercero.-Es en este punto donde resulta particularmente acertada la invocación por la parte actora de la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 10 de julio de 2009 (apelación 76/09) que, se pronuncia en los siguientes términos: “entrando a conocer sobre el relativo a la oportunidad del procedimiento establecido en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/98 por haberse quebrantado el derecho o la libertad de circulación, y residencia reconocidos en el artículo 19 de la Constitución, el mismo ha de ser acogido y ello por las siguientes consideraciones: En primer lugar por cuanto que sin desconocer que en principio y según el tenor literal del citado artículo dicho derecho solamente se reconoce a los españoles, ello no obsta a que según constante y pacífica doctrina del Tribunal Constitucional que, por conocida, se prescinde de su cita, y así lo reconoce la propia parte hoy apelante, el mismo es de aplicación a los ciudadanos extranjero que residen legalmente en España, circunstancia ésta que en principio concurre en el apelante; y en segundo lugar porque una vez que como residente legal en España interesó la residencia permanente, el que no se haya resuelto sobre la procedencia o no de la misma puede afectar directamente al derecho fundamental invocado por cuanto que impide al recurrente toda posibilidad de poder acreditar su situación ante las autoridades, no pudiendo argüirse en la actualidad que la falta de resolución implicaría un silencio negativo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 43.3 en relación al artículo 62.1.f) de la Ley 30/92, pues ello es una cuestión ajena a lo que se discute, que no es otra que determinar si el no atender a la solicitud formulada por la parte al amparo de lo dispuesto en el art. 43-5 con relación con la Disposición Adicional 1ª de la Ley Orgánica 4/00 y los art. 18.5º y 6º, y art. 96-6 del Reglamento 2393/04 quebrantó el derecho a la libre circulación, lo que este Tribunal así entiende pues en definitiva la falta de respuesta expresa impide acreditar formalmente ante las autoridades, y sus agentes su situación de legalidad o no en territorio español.”

A lo anterior puede añadirse lo razonado por la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 18 de noviembre de 2013 (apelación 414/13), igualmente citada con acierto por la

parte actora, en la que se expone como el artículo 19 de la Constitución Española “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 Constitución Española de directa aplicación a los extranjeros, como reitera la jurisprudencia constitucional”.

Por último, es igualmente reseñable lo expuesto en la reciente Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 30 de junio de 2015 (apelación 29/14), conforme a la cual, aun cuando es cierto que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente -artículo 19 de la Constitución Española-, no lo es menos que, como indicó la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993, de 22 de marzo, la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 de la Constitución Española, y Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, fundamento jurídico 3), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, prosigue la Sala, es lícito que las leyes y los Tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella. A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1993, de 29 de marzo, matiza que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, si bien en los términos que establezcan los tratados y la Ley (artículo 13.1. de la Constitución Española), lo que significa que el reconocimiento y efectividad de este derecho está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos para el acceso y estancia en territorio español por parte de los ciudadanos extranjeros. Por tanto, y en conclusión, los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la Ley (artículos 13 y 19 de la Constitución Española, Sentencias del Tribunal Constitucional 99/1985, de 30 de septiembre, y 94/1993, de 22 de marzo; y Declaración de 1-06-1992, relativa al Tratado de la Unión Europea); conclusión esta que se ve reafirmada por la

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (Sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en los casos Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985 , Berrehab , de 21 de junio de 1988 , Moustaquim , de 18 de febrero de 1991 , y Ahmut, de 28 de noviembre de 1996), lo que también ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Constitucional en Sentencias 242/1994, de 20 de julio , y Auto 331/1997, de 3 de octubre.

Cuarto.-Expuestos en estos términos la controversia, y, por tanto, debiendo evaluarse la posible vulneración del derecho fundamental que se afirma conculcado en la demanda desde la óptica del cumplimiento por el recurrente de los requisitos exigidos en los Tratados y la Ley aplicable (artículo 13.1. de la Constitución Española) -pues el reconocimiento y efectividad del referido derecho fundamental está supeditado al cumplimiento de tales requisitos establecidos para la estancia en territorio español por parte de los ciudadanos extranjeros-, se procede a examinar si, como propugna la parte, al recurrente le fue denegada su solicitud cuando ya había sido estimada la misma en virtud del silencio administrativo positivo.

A tal efecto ha de partirse de lo dispuesto en el párrafo segundo de la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, conforme al cual 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 (supuesto ante el que nos hallamos) que se formulen por los interesados “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 el mismo sentido apunta el artículo 149.4 del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, al fijar un plazo máximo de tres meses desde la recepción de la solicitud para que el órgano competente dicte resolución, precepto que ha de ponerse en relación con el artículo 43.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, como el que es objeto de estudio, “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”.

Del examen del expediente, y especialmente de los folios 1, 25, 27 a 29, 31, 54 y 62, se constata como la solicitud de autorización de residencia de larga duración fue presentada por el recurrente ante la Administración (en concreto ante la Oficina de Extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Málaga) el día 9 de abril de 2014, dictándose la resolución denegatoria en fecha 20 de junio de 2014, que le fue notificada al recurrente el día 14 de

julio de 2014. En atención a todas estas circunstancias la parte sustenta la producción del silencio positivo, pues evidente resuelta que entre el día 9 de abril de 2014 y el 14 de julio de 2012 (día en que se notifica la resolución denegatoria) habían transcurrido más de tres meses. Sin embargo, de los folios referidos previamente, igualmente se comprueba como en fecha 23 de abril de 2013 la Administración requirió al recurrente para que, en el plazo de 10 días hábiles, procediese al abono de las tasas para la tramitación de la solicitud. Dicho requerimiento fue notificado el día 9 de mayo, fecha en la que se presentó el importe acreditativo de su ingreso. De la misma forma, consta como en fecha 21 de mayo de 2014 se requirió por la Administración al demandante para que, en el plazo de 10 días, aportase copia del pasaporte anterior al último acompañado a su formulario de solicitud, o, en su defecto documentación acreditativa de la permanencia continuada en España durante el período de marzo de 2011 abril de 2013. El referido requerimiento fue notificado al actor el día 27 de mayo de 2014, aportando el mismo la copia del pasaporte requerida junto con escrito presentado el día 6 de junio de 2014. En ambos requerimientos se hacía constar como se dictaban tales resoluciones en los términos previstos en el artículo 42.5.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, "significándose que, desde la fecha de notificación del requerimiento queda suspendido el cómputo del plazo existente para la resolución y notificación del procedimiento iniciado, hasta su efectivo cumplimiento o transcurso del plazo concedido para ello". Justamente en atención a esta circunstancia, se revela correcta la tesis de la Administración consistente en entender suspendido el plazo que transcurrió entre la notificación de los requerimientos y su cumplimiento por el recurrente, extremo este que si bien tiene nula incidencia en el primer caso (se da cumplimiento a aquel el mismo día de su notificación), tiene importante relevancia en el segundo, ya que ello comporta que entre el día 27 de mayo de 2014 y el 6 de junio de 2014 deba entenderse interrumpido el plazo para el dictado de resolución (lo que, a su vez, comporta que no se notificase la resolución una vez transcurridos tres meses, sino después). Y ello porque este precepto efectivamente faculta a la Administración para suspender transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución en tales supuestos, y aun cuando esta facultad requiere su ejercicio expreso por la Administración (ya que no opera de forma automática en todo procedimiento, sino que ha de ejercitarse mediante alguna resolución, lo que se deduce del vocablo "podrá" empleado, sin que la suspensión opere de forma automática por el mero hecho de existir un requerimiento), se comprueba en el expediente que tal circunstancia concurre, pues de hecho existen dos resoluciones adoptadas por el órgano competente que decida hacer uso de esta facultad.

Quinto.-Es más, aun cuando no se hubiese producido la interrupción del plazo referido durante el tiempo que medió entre el requerimiento y su cumplimiento por el recurrente, tampoco podría entenderse que se estimó la solicitud por silencio administrativo. Y ello por cuanto consta en el expediente hasta dos intentos válidos de notificación de la resolución que ponía fin al procedimiento llevados a cabo los días 4 y 7 de julio de 2014 (dentro, pues, del plazo de tres meses), como figura al folio 62 del mismo. Con ello se pone de manifiesto que nos hallamos ante el supuesto expresamente reflejado en el artículo 58.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (aplicable a estos procedimientos conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica que regula los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social), en cuya virtud, y a los

solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado (precepto modificado por el artículo 1.16 de la Ley 4/1999). Y lo cierto es que del examen del enunciado folio 62 del expediente se comprueba la existencia de dos intentos de notificación practicados en fecha 4 de julio de 2014 y 7 de julio de 2014 a las 11 y 12 horas respectivamente en el domicilio sito en la planta baja del Bloque “asesoría Gutiérrez” de la Plaza Vista Alegre de San Pedro de Alcántara (Marbella) -coincidente con el señalado a efectos de notificaciones al folio 1 del expediente, y con aquel en que se notifica finalmente la resolución originariamente impugnada-, practicado por funcionario de correos cuya identificación aparece en el acuse de recibo. Pues bien debe evaluarse si estos intentos de notificación debidamente acreditados se han practicado válidamente dentro del plazo de tres meses al que se ha aludido previamente.

Y a tal efecto debe recordarse la muy relevante Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003 (dictada en el recurso de casación en interés de la ley 128/2002) en la que el Tribunal Supremo acordó declarar la siguiente doctrina legal : “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.” Esta doctrina legal ha sido posteriormente matizada por la fijada en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2013 -dictada en el recurso 557/2011-, en la que se efectúa la siguiente precisión, a modo de doctrina legal: “Rectificamos la doctrina legal declarada en la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley número 128/2002, en el sentido, y sólo en él, de sustituir la frase de su párrafo segundo que dice “[...] 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 [...]”, por esta otra: “el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992 , en la fecha en que se llevó a cabo””.

Pues bien, de la sola lectura de la doctrina legal fijada en la referida Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2003 (que, conforme a lo previsto en el párrafo séptimo del artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado, vincula a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional) se infiere que, para entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento, resulta suficiente el intento de notificación

personal por cualquier procedimiento que de cumplimiento a “las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992”, pero que, sin embargo, resulte infructuoso por cualquier causa, debiendo ello quedar acreditado en el expediente. Lo cierto es que el párrafo primero del artículo 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se limita a exigir para la práctica de las notificaciones que estas se lleven a cabo por un 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”. E igualmente lo es que el que consta al folio 62 del expediente da cumplimiento a todo ello: se deja constancia de la imposibilidad de entregar la cada una de las notificaciones (y su causa, estar ausente el destinatario en el momento del reparto de ambas), la fecha (y hora) en que ello acontece, la identidad de quien practica la diligencia (en este caso, el número del repartidor de correos), la identidad del acto que se pretendía notificar (que coincide con el recurrido, pues se formula recurso de reposición una vez se recibe personalmente la notificación, buena prueba que el envío la contenía) y el contenido de la misma (que se contenía en el envío, como se ha referido). Igualmente consta que dicho intento de notificación se ha incorporado al expediente (consta al folio 62). Por ello, incluso aun cuando no hubiera estado suspendido el plazo para dictar resolución y notificar la misma durante el periodo antes mencionado (27 de mayo de 2014 a 6 de junio de 2014), nunca podría entenderse obtenida la autorización por silencio administrativo positivo.

Sexto.-Lo anterior comporta que la posible vulneración del derecho fundamental invocado quede circunscrita a la alegada improcedencia de la causa denegatoria esgrimida en el acto impugnado, que no es otra que la ausencia de residencia legal y continuada del recurrente en el territorio español durante cinco años, al entender que el mismo ha estado fuera de España un periodo superior a un total de diez meses dentro del periodo de cinco años antes referido (en concreto, durante 586 días). Este dato es deducido de la Administración, según consta en el antecedente de hecho segundo de la resolución originariamente atacada, por el examen de los sellos de entrada y salida obrantes en los pasaportes aportados por el recurrente.

Pues bien, basta observar los folios 37, 38, 39, 46, 56, 57 y 58 para constatar que tal forma de efectuar al cómputo de los días en lo que el recurrente supuestamente no ha estado en territorio nacional comporta riesgos muy considerables de incurrir en errores materiales. Y ello porque existen múltiples sellos estampados que resultan ilegibles en su fecha y otros que se solapan entre sí hasta el punto que resultan casi indescifrables, siendo extremadamente aventurado extraer de tales documentos una conclusión tan perjudicial para los derechos del actor como la que se plasma en el acto impugnado. Máxime por cuanto pudieran existir ocasiones en las que no se proceda (por simple error, descuido, o, incluso, como apunta la parte actora, por decisión administrativa en función de masivas entradas o salidas en los puestos fronterizos) a estampar sello alguno en el pasaporte (lo que no necesariamente significa que el recurrente no se hallase en España en los periodos a los que se alude). Tales dudas se acrecientan aún más del resultado de la prueba practicada. Así, consta en el ramo de prueba correspondiente a la parte actora certificado expedido por la jefatura accidental del puesto fronterizo de Tarifa el día 13 de febrero de 2015 en el que se hace constar una fecha de entrada (y tan sólo aquella) no coincidente con las reflejadas en la resolución originariamente recurrida. De la misma forma, consta emitido informe por la jefatura de la

frontera marítima de Algeciras en fecha 26 de mayo de 2015 en el que se refleja lo siguiente: "consultadas nuestras bases de datos, no le constan ningún paso por este puesto fronterizo de Algeciras" al recurrente, cuando, en cambio, del examen de los folios 38, 39, 41, 43 o 49 del expediente, se comprueba la existencia de varios sellos correspondientes a dicho puesto fronterizo estampados en el pasaporte del recurrente.

En definitiva, se comprueba que el cálculo efectuado por la Subdelegación del Gobierno y del que se deduce la causa por la cual no sería procedente el otorgamiento de la autorización solicitada no reúne las mínimas garantías exigibles al efecto, sin que, por tanto, pueda deducirse del mismo la pretendida ausencia del territorio nacional durante el periodo que se consigna en el acto administrativo de origen. Esta circunstancia, ha propiciado que el ministerio fiscal emita informe en trámite de conclusiones solicitando la estimación de la demanda, cuando, en un principio, solicitó en el escrito de contestación justo lo contrario. Y es la misma, la que, de igual manera, conduce al que suscribe la presente a entender que la resolución impugnada no resulta ajustada a derecho, de lo que, a la vista de la jurisprudencia existente en esta materia anteriormente expuesta, se colige la vulneración del derecho fundamental al que aludía la parte actora en su solicitud inicial. Es por ello por lo que ha de procederse al dictado de Sentencia íntegramente estimatoria con las consecuencias legalmente inherentes.

Séptimo.-Establece el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tras su reforma por la Ley 37/2011, aplicable a este procedimiento por razones temporales, que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; añadiendo que en los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad. Se consagra, por tanto, el criterio del vencimiento objetivo que ya estableció el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estimándose íntegramente la demanda, procede imponer las costas a la Administración, en aplicación del aludido criterio de vencimiento.

Vistos los precitados artículos y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que debiendo estimar y estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. Rodríguez Fernández, en nombre y representación de D. Mohamed , frente a la resolución citada en los antecedentes de hecho de la presente resolución, debo declarar y declaro que se ha vulnerado por la Administración demandada el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 de la Constitución Española de D. Mohamed mediante el dictado de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Málaga referida en el antecedente de hecho primero; por lo que revoco dicha resolución, por ser nula de pleno derecho, debiendo serle concedida al demandante la autorización de residencia de larga duración en su día solicitada.

Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que frente a la misma podrán interponer recurso de apelación en el plazo de quince días ante este mismo Juzgado. La interposición de dicho recurso precisará la constitución de un depósito por importe de 50 Euros el cual habrá de efectuarse en el “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” que este Juzgado tiene abierta en la entidad bancaria BANCO DE SANTANDER cuenta nº 3137/0000/22/0959/14, debiendo acreditarse la constitución del mismo en el momento de la interposición, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la Ley orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, y ello con las exclusiones previstas en el apartado quinto de dicha norma, quedando también excluidos los que tengan concedido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así, y por esta mi Sentencia, lo dispongo mando y firmo. David Gómez Fernández, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cuatro de los de Málaga.

PUBLICACIÓN: Dada y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dicta, estando constituido en Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe