

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid

C/ Princesa, 3 , Planta 6 - 28008

45029750

NIG: 28.079.00.3-2019/0025719

Procedimiento Abreviado 473/2019 H

Demandante/s: D./Dña. [REDACTED]

LETRADO D./Dña. ANDRES PERILLE CASTRO

Demandado/s: DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 205/2020

En Madrid a uno de Diciembre de dos mil veinte.

El Ilmo. Sr. D. Ángel Rubio del Río, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid, ha visto el recurso seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado con el nº 473/19 a instancia de DON [REDACTED], representado por el Abogado Don Andrés Perille Castro, contra la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado Don Francisco García Gómez de Mercado, y

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Se ha interpuesto mediante demanda por el ciudadano de Uruguay DON [REDACTED] recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo de la Jefatura de la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno en Madrid, de su solicitud presentada el día 30 de Enero de 2019 de su tarjeta permanente de familiar de ciudadano de la Unión.

Segundo.- Se acordó seguir dicho recurso por los trámites del Procedimiento Abreviado, a cuyo efecto se ordenó a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo y se citó a las partes para el acto de la vista, que se señaló para el día 1 de Abril de 2020.

Tercero.- Dicho acto tuvo que suspenderse por causa de la epidemia de COVID-19 y se acordó continuar el proceso, de conformidad con las partes, por la modalidad procesal regulada en el párrafo 3º del art. 78.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a cuyo efecto se emplazó a la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO a contestar la demanda por escrito en término de veinte días. Lo cual verificó en el indicado plazo mediante escrito al que acompañaba el expediente administrativo, luego de lo cual se dio a las partes un trámite de alegaciones complementarias, quedando los autos conclusos para sentencia.

Cuarto.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todos los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes se desprenden los siguientes hechos:

1º A DON [REDACTED] se le concedió, por razón de su matrimonio con la ciudadana italiana D^a [REDACTED], una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea con validez hasta el 17 de Octubre de 2018.

2º Solicitó el 30 de Enero de 2019 la renovación de dicha tarjeta con carácter permanente.

3º Ante el silencio de la Administración solicitó el 5 de Septiembre siguiente la concesión de la misma por silencio administrativo.

4º Consta que el 5 de Diciembre de 2019, ya entablado este proceso, se dictó resolución de la Jefatura de la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno en Madrid acordando inadmitir a trámite la solicitud del demandante por haberse presentado más de tres meses después de caducarle la tarjeta originaria, si bien no llegó a notificarse al recurrente.

II.- DON [REDACTED] sostiene que el silencio impugnado como la resolución posterior que inadmite su solicitud son nulos de pleno derecho porque atentan contra el sentido positivo del silencio a su solicitud.

III.- La Administración demandada se opone a esa pretensión alegando que en este tipo de permisos no cabe la aplicación del silencio positivo y alegando causa de inadmisibilidad del recurso, al amparo del art. 69.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, porque frente a la resolución expresa que se dictó después no agotó la vía administrativa.

IV.- Conviene la consideración prioritaria de la causa de inadmisibilidad invocada por la Administración demandada por cuanto su estimación constituye óbice procesal que impediría considerar la pretensión del demandante.

Y procede su desestimación por la sencilla razón de que la resolución inadmitiendo a trámite la solicitud de la tarjeta comunitaria es posterior a la interposición del presente recurso y nunca se llegó a notificar al demandante, de modo que no puede aprovecharse de ella la Administración para alegar dicha causa de inadmisibilidad cuando le es desconocida al demandante por falta de notificación eficaz. Su conocimiento, al remitirse el expediente administrativo en este proceso, puede calificarse como una notificación defectuosa y por tanto no vale para fundar en ella la Administración demandada la causa de inadmisibilidad que invoca. Si no se notificó eficazmente no pudo ejercitar el demandante contra ella el recurso de que en ella se le ilustra porque le resultaba desconocida.

V.- Pero tampoco puede atribuir el demandante a su favor efectos positivos al silencio de la Administración ante su solicitud.

Lo tiene dicho la reciente S.T.S.J. de Madrid, Sección 10ª, de 20 de Enero de 2020 (Apelación nº 864/2019) y demás que en ella se citan y transcriben, algunas de ellas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En dicha sentencia se dice que: *“De lo hasta ahora expuesto concluimos que la Directiva 2004/38/CE no puede amparar el efecto positivo del silencio administrativo en orden a la obtención de la autorización de residencia permanente de familiar de ciudadano comunitario cuando no se reúnan los requisitos para obtenerla:*

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2.2.a), 3.2.a) y 16.2 en el caso que nos ocupa tales requisitos son la residencia legal del cónyuge con el ciudadano de la Unión durante un período continuado de 5 años consecutivos en el Estado miembro de acogida, requisitos que no están cumplidamente acreditados puesto que ni en el expediente administrativo ni en los autos aparece documento que pruebe indubitadamente el hecho, alegado en el recurso de apelación, de que don Benigno había sido titular de una autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea concedida en el año 2011 y válida hasta el 24 de julio de 2016, como tampoco consta la convivencia continuada con su cónyuge durante los 5 años anteriores a la solicitud de la residencia permanente ni, alternativamente el mantenimiento del derecho de residencia en caso de divorcio en los términos del artículo 13.2.a) de la Directiva.

En lo que interesa al Real Decreto 240/2007, aunque en materia de normativa aplicable a los procedimientos, su Disposición Adicional Segunda reenvía, entre otras normas de carácter supletorio, a la Ley Orgánica de Extranjería y por tanto, a su Disposición Adicional Primera, lo establecido en el apartado 2 de la misma -con base en el cual hemos concluido la existencia, en el régimen ordinario de extranjería, del silencio administrativo positivo en las autorizaciones de residencia de larga duración-, no resulta de aplicación a los supuestos de autorizaciones de residencia permanente de familiares de ciudadanos comunitarios, porque la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 240/2007 efectúa esa remisión "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", entre el que se encuentra la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, que no permite la obtención de la tarjeta de residencia de miembro de la familia de un ciudadano de la Unión por silencio administrativo positivo cuando, como es el caso, el interesado no reúne efectivamente los requisitos sustantivos para poder residir con carácter permanente en el Estado miembro de acogida, según es posible concluir con base en lo declarado en la precitada sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 27 de junio de 2018, asunto C-246/17".

En consecuencia, por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación que venimos analizando habida cuenta de que el sentido del silencio administrativo no es el que, escuetamente, afirma el apelante en su recurso y, por otra parte, porque no se cumplen los requisitos legalmente exigidos para la concesión de la tarjeta de familiar de residente comunitario, como se analiza la sentencia de instancia en la que detalladamente se analiza

los requisitos, con cita de la jurisprudencia y normativa aplicable, cuya confirmación resulta procedente, así como de la resolución administrativa de la que trae causa."

En el presente caso, aplicando el mismo criterio, no procede estimar como pretende la apelante que se ha producido el silencio administrativo positivo de la solicitud por ella presentada el día 15 de diciembre de 2017 y, en consecuencia, procede rechazar que concurran dicho motivo de impugnación de la resolución recurrida representada por la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid, de 10 de julio de 2018, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 11 de abril de 2018 por la que se le denegó la tarjeta de Residencia Familiar Ciudadano de la Unión Europea" (ver el F.J. 4º, muchísimo más extenso que lo que aquí se transcribe, al que nos remitimos en aras de brevedad a fin de no hacer excesivamente larga y tediosa esta sentencia).

Por tanto, no procede atender la pretensión principal del demandante de entender concedida por silencio administrativo su solicitud de que se le conceda con carácter permanente la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión. Máxime cuando su solicitud no iba acompañada más que de los siguientes documentos: a) el pasaporte del solicitante; b) su tarjeta de régimen comunitario válida hasta el 17 de Octubre de 2018; c) una designación de Procurador fechada el 14 de Diciembre de 2018 para representarle en un proceso matrimonial contra su cónyuge D^a [REDACTED], que por tal razón no pudo firmar la solicitud del demandante; d) una certificación de la Embajada Italiana fechada el 10 de Enero de 2014, certificando dicho matrimonio; e) una certificación de empadronamiento del demandante en el municipio de Madrid, a tenor de la cual aparece empadronado en la capital de España el 8 de Noviembre de 2017, en el que no aparece empadronada su esposa; y f) un contrato de trabajo temporal fechado el día 9 de Agosto de 2018. Pero nada que acredite que ha estado residiendo en España durante un período continuado de cinco años en compañía de su cónyuge, como se exige por el art. 10 del Real Decreto 240/2007 en concordancia con el art. 16.2 de la Directiva 2004/38/CE. Nada de lo cual demuestra el demandante con su solicitud.

Por tanto, no puede acogerse la pretensión del demandante de que se le declare el derecho a la tarjeta permanente de familiar de ciudadano de la Unión por silencio administrativo a su solicitud.

VI.- Pero ya que se ha pronunciado expresamente la Administración demandada sobre la inadmisibilidad de su solicitud de tarjeta permanente, una vez que se extravió como se informa al remitir el expediente administrativo; y que se pronunció en tal sentido porque que tal solicitud se había presentado transcurridos más de tres meses desde que caducó la tarjeta inicial, una vez interpuesto el presente recurso, sin que dicha resolución se notificara al interesado, cabe preguntarse si ello es jurídicamente posible.

A tal efecto hay que recordar el art. 11.1 del Real Decreto 240/2007 donde se viene a decir que: *"La solicitud deberá presentarse en el modelo oficial establecido al efecto, durante el mes anterior a la caducidad de la tarjeta de residencia, pudiendo también presentarse dentro de los tres meses posteriores a dicha fecha de caducidad sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda. Dicha tarjeta será renovable automáticamente cada diez años"*.

Parece desprenderse del mismo texto que el transcurso de dicho plazo no extingue el derecho a obtener la tarjeta permanente, si se dan los requisitos para ello, en la medida en que el único efecto que establece en caso de que se exceda el plazo de solicitud es la imposición de una sanción. Así lo dice también la S.T.S.J. de Madrid, Sección 2ª, de 18 de Julio de 2018 (Apelación nº 311/2018), con estas palabras: *“la solicitud fuera de plazo no es causa de denegación sino que solo tiene como consecuencia aparejada, la imposición en su caso de las sanciones proporcionales que se prevean, pero no la pérdida de un derecho adquirido que solo se constata con el otorgamiento de la tarjeta material”*.

En vista de lo cual resulta que dicha resolución no se ajusta a Derecho y que, una vez comprobado el extravío de la solicitud y recuperada la misma, debió haber examinado si reunía los requisitos documentales necesarios para admitirla a trámite o solicitar en su caso la subsanación de los que le faltaran, pero no inadmitirla a trámite porque fuere presentada fuera de plazo.

VII.- De lo que cabe concluir diciendo que el silencio impugnado se ajusta a Derecho al carecer del sentido positivo que le atribuye el demandante y que procede desestimar el presente recurso, como indica el art. 70.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LJCA), no así la resolución de la Jefatura de la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 5 de Diciembre de 2019, que obra en el expediente administrativo, acordando inadmitir a trámite la solicitud del demandante, que no se ajusta a Derecho, procediendo en consecuencia la estimación parcial del presente recurso con las demás consecuencias que establece el art. 71.1 de la misma Ley, de tener que anularse dicha resolución extemporánea y devolver el expediente administrativo a la Administración demandada a fin de que admita a trámite la solicitud del demandante de tarjeta permanente de ciudadano de la Unión y, sin perjuicio de los requerimientos de subsanación que procedan para comprobar si se dan los requisitos necesarios para reconócele ese derecho, tramite en su caso el expediente y lo resuelva con arreglo a Derecho una vez subsanados los defectos advertidos.

VIII.- Al estimarse parcialmente el recurso no cabe hacer imposición de costas a ninguna de las partes, pues en tales supuestos establece el art. 139.1 LJCA que cada parte pague las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En atención a lo expuesto y en nombre de S.M. EL REY

F A L L O

Que, previa desestimación de la causa de inadmisibilidad invocada por la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO y estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por DON [REDACTED] contra el silencio de la Delegación del Gobierno en Madrid, que se describe en el primer antecedente de hecho, debo declarar y declaro que dicho silencio se ajusta a Derecho; si bien anulo por no ser conforme a Derecho la resolución de la Jefatura de la Oficina de Extranjería de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 5 de Diciembre de 2019, que obra sin

notificar en el expediente administrativo, y que acordó inadmitir la solicitud del recurrente de que se le concediera la tarjeta permanente de familiar de ciudadano de la Unión. Con lo cual ordeno retrotraer el expediente administrativo al momento de la presentación de dicha solicitud a fin de que la Administración demandada la admita a trámite y, sin perjuicio de los requerimientos de subsanación que procedan para comprobar si se dan los requisitos necesarios para reconócele ese derecho, tramite en su caso el expediente y lo resuelva con arreglo a Derecho una vez subsanados los defectos advertidos. Todo ello sin hacer imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de APELACIÓN en el plazo de QUINCE DIAS a contar desde el siguiente a su notificación, advirtiéndole que deberá constituir depósito de **50 euros**. Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado nº 3943-0000-94-0473-19 BANCO DE SANTANDER GRAN VIA, 29, especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 22 Contencioso-Apelación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio), lo que deberá ser acreditado al presentarse escrito de interposición del recurso, bajo el apercibimiento e que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido y que de no efectuarlo se dictará auto que pondrá fin al trámite del recurso.

Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, y de no encontrarse dentro de los supuestos de exención indicados en el artículo 4 del mismo texto legal, deberá presentar el **justificante del pago de la tasa** con arreglo al modelo oficial 696 recogido en la *"Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación"*, debidamente validado, bajo apercibimiento de no dar curso al escrito de interposición del recurso hasta que tal omisión fuese subsanada. La falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras este requerimiento, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria en parte firmado electrónicamente por ÁNGEL RUBIO DEL RÍO