

Administración
de Justicia

Recurso 873/10

SENTENCIA NUMERO 768

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA**

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. Francisco Javier Canabal Conejos

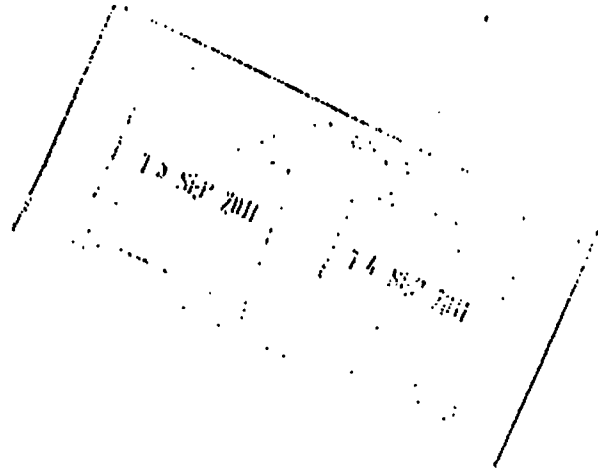
Magistrados:

D. José Arturo Fernández García

D. Fausto Garrido González

D^a María de Luaces Díaz de Noriega

D. Alfredo Roldán Herrero.



En la Villa de Madrid, a. veinte de julio de dos mil once.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 873/10, interpuesto por el procurador Sra. Mónica Oca de Zayas en nombre y representación de Doña [REDACTED] contra la resolución de fecha 19 de mayo de 2010 emitida por el Consulado de España en Quito (Ecuador) que deniega el visado de reagrupación familiar solicitado por DOÑA [REDACTED], madre de la recurrente, habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente indicado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito contra el acto antes mencionado, acordándose su admisión, y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para



Madrid

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



PO 873/2010

2

que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación del acto recurrido reclamando se acuerde la concesión del visado por reagrupación solicitado.

SEGUNDO.- La representación procesal de la Administración General del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la misma con fecha de 19 de julio de 2011 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. María Luaces Diaz de Noriega

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se interpone por el procurador Sra. Mónica Oca de Zayas en nombre y representación de Doña [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la resolución de fecha 19 de mayo de 2010 emitida por el Consulado de España en Quito (Ecuador) que deniega el visado de reagrupación familiar solicitado por DOÑA [REDACTED] R. [REDACTED] [REDACTED] madre de la recurrente.

La resolución recurrida funda la denegación en lo siguiente: "No acreditar documentalmente las razones que justifiquen la necesidad de residir en España"

Alega la parte recurrente que cumple con todos los requisitos necesarios para la expedición del visado solicitado al haber obtenido una resolución favorable de la Delegación de Gobierno en Madrid, y que la resolución recurrida carece de motivación y no se apoya en un precepto legal, siendo así que la necesidad está plenamente justificada.

Se opone la Administración demandada, después de transcribir los artículos 17 de la LO 4/2000, artículos 39 y ss del Real Decreto 2393/2004, a la estimación de la anterior pretensión indicando que la documentación aportada lleva a la conclusión fijada por el Consulado.



Madrid

PO 873/2010

3



Administración
de Justicia

SEGUNDO.- Según dispone el artículo 18 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, los extranjeros que hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año y que deseen ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberán solicitar una autorización de residencia por dicho concepto y a favor de los miembros de su familia que deseen reagrupar, aportando, al mismo tiempo, la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada; cuando se acepte dicha solicitud, la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse la autorización de residencia, cuya duración será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación.

La Ley Orgánica no despeja las dudas que se suscitan respecto a la relación del procedimiento para la autorización de residencia con el expediente de visado, pero los artículos 42 y 43 del Real Decreto 2393/2004 dan respuesta a dicha cuestión en el sentido de existir unidad procedimental entre el expediente relativo a la solicitud de la autorización de residencia y el de la autorización de visado, porque, contrariamente al régimen previsto en el Real Decreto 864/2001, en el sistema vigente el visado no puede pedirse antes de que se otorgue la autorización de residencia, y la eficacia de ésta se encuentra condicionada, entre otros, al requisito de que el visado se solicite y se conceda. Conforme a los preceptos citados, el extranjero reagrupante deberá solicitar, personalmente ante el órgano competente para su tramitación, una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, acompañando a su solicitud, entre otros documentos, copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, del empleo y/o de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia y de la disponibilidad de una vivienda adecuada para atender las necesidades familiares. Presentada la solicitud en forma o subsanados los defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá lo que proceda, previo informe policial sobre la existencia de razones que, en su caso, lo impidan. En el supuesto de que el extranjero cumpla con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, notificándolo al reagrupante, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta la expedición, en su caso, del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional.

En el plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar

Administración
de Justicia

RD 873/2010

4

personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida, si bien, en el caso de tratarse de un menor, podrá solicitarlo un representante debidamente acreditado. A dicha solicitud se ha de acompañar el pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses, en su caso, certificado de antecedentes penales o documento equivalente, copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante, documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica y el certificado médico correspondiente. La concesión del visado debe ser recogido por el solicitante personalmente dentro del plazo reglamentario, entendiéndose, en otro caso, que el interesado ha renunciado al mismo, y, una vez recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español durante el plazo de vigencia de aquél, que en ningún caso será superior a tres meses, debiéndose solicitar la tarjeta de identidad de extranjero en el plazo de un mes desde la entrada.

Según establecen los artículos 16 y 17.1.d) de la indicada Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y el artículo 39. d) del Real Decreto 2393/2004, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar a sus ascendientes, o los de su cónyuge, cuando estén a su cargo - lo que se entiende concurrente cuando se acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, el reagrupante ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva- y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Continúa este último precepto diciendo que se entenderá que los familiares están a su cargo cuando el reagrupante acredite que, al menos durante el último año ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva, sin decir nada respecto de lo que se entiende por necesidad pero dejando claro que han de darse las dos circunstancias cumulativamente, no una u otra ("y existan", dice el precepto).

La normativa anteriormente expuesta, que es de aplicación con carácter general al extranjero residente en España, también era de aplicación hasta hace poco respecto del extranjero nacionalizado español que solicitaba la reagrupación de su ascendiente natural de país extracomunitario, y ello a tenor de la remisión que a este sistema general hacía la Disposición adicional 20ª del RD 2393/04, introducida por la Disposición Final tercera, apartado segundo, del RD 240/07, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.



Madrid

Administración
de Justicia

PO 373/2010

5 Pá

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 5ª, de 1 de junio de 2010, al anular y dejar sin efecto la expresión "otro Estado miembro" del párrafo primero del artículo 2 de ese Real Decreto, anula igualmente, dicha Disposición Final tercera, apartado segundo, del RD 240/07, que introducía la indicada Disposición 20ª del RD 2393/04.

Como consecuencia de esas anulaciones, en el presente caso, ya no es de aplicación el régimen general de extranjería, sino directamente el artículo 2 del indicado RD 240/07, cuyo tenor literal, con la exclusión de la expresión anulada, dice textualmente: "El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:

a. A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.

b. A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

c. A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.

d. A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja"

TERCERO.- Teniendo en cuenta lo precedente, nos encontramos que la resolución no niega la dependencia económica, único requisito que se exige para que proceda estimar la reagrupación económica en supuestos como el presente, en que la reagrupante tiene nacionalidad española, y ha presentado pasaporte español, exigiéndose únicamente que sus ascendientes directos vivan a su cargo, y en este



Madrid



PO 873/2010

caso se ha negado la necesidad que no es un requisito, razones todas ellas que conducen a la estimación del presente recurso contencioso administrativo.

CUARTO.- Dadas las circunstancias examinadas y las conclusiones a que se ha llegado, no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas a ninguna de las partes, a tenor de lo preceptuado en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción.

VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador Sra. Mónica Oca de Zayas en nombre y representación de Doña [REDACTED] contra la resolución de fecha 19 de mayo de 2010 emitida por el Consulado de España en Quito (Ecuador) que deniega el visado de reagrupación familiar solicitada por [REDACTED], madre del recurrente, anulando la resolución recurrida y reconociendo el derecho a obtener el visado solicitado.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 10 días, contados desde el siguiente al de la notificación esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos.

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.