

Roj: STS 4552/2012
Id Cendoj: 28079130032012100327
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 6249/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 6249/2011, interpuesto por Dña. Consuelo , representada por la Procuradora Sra. Rodríguez de Benito contra la Sentencia de 2 de diciembre de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo número 1078/09 , relativo a la denegación de la solicitudes de visados de residencia por reagrupación familiar. Habiendo comparecido como parte recurrida el ABOGADO DEL ESTADO, en la representación y defensa legalmente conferida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso contencioso-administrativo número 1078/09 , interpuesto contra la Resolución del Consulado General de España en Bogotá (Colombia), de 13 de mayo de 2009, confirmada en reposición por resolución del citado Consulado de 20 de mayo de ese mismo año, denegatoria de la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar interesada por Isidora .

SEGUNDO .- La expresada Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Primera) dicta Sentencia el 2 de diciembre de 2010, que desestima el recurso contencioso-administrativo número 1078/09 , cuyo fallo es el siguiente:

<<Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por la procuradora Sra. Margarita Lucía Contreras Herradon, en nombre y representación de DOÑA Consuelo contra la resolución de fecha 20 DE MAYO DE 2009 que desestima la solicitud de visado para la madre del recurrente, Doña Isidora dictada por el Consulado General de España en Bogotá (Colombia) DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS, en los extremos examinados el citado acto recurrido; sin que proceda expresa imposición de costas.>>

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, la representación procesal de Dña. Consuelo , presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia de 25 de noviembre de 2011, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

CUARTO.- Dentro del plazo al efecto concedido compareció ante esta Sala del Tribunal Supremo como recurrente Dña. Consuelo , representada por la Procuradora Sra. Rodríguez de Benito, al tiempo que presentó escrito de interposición del recurso de casación con fecha 4 de enero de 2012, en el que se plantean dos "motivos del recurso", encuadrables ambos en el art. 88.1d) LRJCA :

- la infracción de los arts. 38 , 39 , 42 y 43 del R.D. 2393/2004, así como del 9.3 CE .
- se alega arbitraria valoración de la prueba por parte del Tribunal de instancia.

Finalmente interesa se dicte sentencia por la que, con base en el artículo 95.2 d) de la LJCA , case y anule la sentencia dictada, y se resuelva sobre el fondo en el sentido de estimar el recurso interpuesto contra la Resolución de 20 de mayo de 2009 dictada por el Consulado General de España en Bogotá (Colombia), declarando su nulidad, dejándola sin efecto, acordando que por el Consulado General de España se dicte

resolución por la que se conceda el visado para entrar en España, en atención al permiso de residencia por reagrupación familiar concedido a favor de la reagrupada, doña Isidora , y, se añade, se obligue a la Administración a estar y pasar por ello, obligando que se realicen todos los trámites necesarios para que D Isidora resida legalmente en España, conforme a la autorización concedida o dictando otra si fuere menester.

QUINTO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto en los términos expuestos, formula la Abogacía del Estado escrito de oposición al recurso de casación con fecha 17 de abril de 2012, en el que solicita dicte sentencia por la que declare no haber lugar al recurso y se impongan las costas al recurrente.

SEXTO.- Señalándose para votación y fallo el 12 de junio de 2012, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Primera) de 2 de diciembre de 2010, que desestima el recurso contencioso-administrativo número 1078/09 , interpuesto contra la Resolución del Consulado General de España en Bogotá (Colombia), de 13 de mayo de 2009, confirmada en reposición por resolución del citado Consulado de 20 de mayo de ese mismo año, denegatoria de la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar interesada por Isidora .

Razona la sentencia de instancia que la recurrente no ha acreditado la concurrencia del requisito de necesidad de que su madre tenga que venir a vivir a España con ella; considerando que no se justifica dicha necesidad por la razón alegada de no romper el vínculo afectivo existente entre la solicitante del visado y su nieto- hijo de la reagrupante-, dado que, según expresa la actora, estuvo la solicitante del visado 10 años cuidando del hijo de la recurrente en Colombia y a éste sí se le ha concedido el visado; además entiende la Sentencia de instancia que la solicitante tiene otra hija en Colombia que, aunque viva lejos, puede ir a vivir con ella, pues más lejos está España, teniendo en cuenta el desarraigo que puede suponer a la solicitante cambiar de país dada su avanzada edad. Asimismo se razona que aunque la hija que vive en Colombia no tenga medios económicos, a la madre le bastan las remesas que recibe de la hija que vive en España.

Así, la Sala de instancia, tras reproducir en el Fundamento de Derecho Tercero el contenido del artículo 18 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se expresa en los siguientes términos:

<<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 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).

Este concepto de necesidad ha de integrarse en cada caso concreto según las circunstancias concurrentes. El concepto de "necesidad de autorizar la residencia" está en función de múltiples factores, como podrían ser: a) los niveles de ingresos del reagrupante y del reagrupable; b) el entorno familiar; c) el sacrificio económico que supone para el reagrupante la asistencia a su ascendiente en su país, d) el nivel de vida de que disfruta el ascendiente con las ayudas que recibe. Un análisis ponderado de estos factores (y de algunos otros que se nos podrían escapar ahora) nos permitirá determinar si objetivamente es absolutamente necesario que la ascendiente venga a España para su plena realización.

Pues bien, a tenor de la citada normativa aplicable al presente caso, el hecho de que se concediera, por el Subdelegado del Gobierno autorización de residencia temporal inicial por reagrupación familiar a la citada madre del recurrente no significa que en la concesión del visado por reagrupación, que corresponde en este caso al Consulado General de España en Bogotá, este último órgano esté vinculado por aquella decisión, que se centra en los requisitos del reagrupante, mientras que dicho segundo órgano ha de aplicar la normativa de aplicación a este concreto caso con relación a si en la reagrupada concurren los requisitos expuestos. En consecuencia, dicha normativa prevé la existencia de dos actos distintos que se complementan y que son necesarios en el procedimiento de concesión del presente visado. Por todo ello, se ha de desestimar el segundo motivo de impugnación articulado por la parte recurrente.

En relación al primer motivo de impugnación, se ha de indicar que, a la vista del contenido del expediente y de la documentación obrante en autos, en el presente caso enjuiciado no se ha acreditado por la parte recurrente la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España de la solicitante del visado, madre de la actora, cuyo cumplimiento es exigible, cumulativamente con la dependencia económica (en este caso no ha sido negada) para que proceda declarar el derecho a la reagrupación familiar de ascendientes. La referida solicitante del visado, y progenitora del recurrente, vive en Bogotá, y tiene otra hija que vive en Colombia.

Alega la recurrente que la necesidad se justifica en cuanto la madre llevaba 10 años en Colombia cuidando al hijo de la reagrupada, que ya ha cursado sus estudios, y cuyo visado si ha sido concedido, con lo que la necesidad se justifica con el fin de no romper los vínculos afectivos entre abuela y nieto.

Esta alegación no vale por sí misma para justificar la necesidad, que ha de entenderse como necesidad de "asistencia" al reagrupante, que no quede en una situación de desamparo o abandono, y en este caso, tiene una segunda hija que vive en Colombia, y aunque viva lejos puede siempre ir a vivir con ella, pues más lejos todavía queda España.

El objetivo de una reagrupación familiar es, el reagrupar a la familia que se encuentra separada para que pueda convivir unida, sin perder los lazos que les unen, no entendiéndose este concepto de reagrupación familiar cuando, para reunirse con sus hijos en España está abandonando a otros en Colombia. Pero para una persona de la edad de la solicitante del visado, es mucho mejor, que conviva con esa hija que reside en el mismo país, a que tenga que desplazarse a otro país, con el desarraigo que ello supone.

Ante estos razonamientos, no se aporta prueba alguna por el recurrente que acredite la necesidad de que su madre tenga que venir a vivir a España con el mismo, es decir, que su progenitora se encuentre sola,

enferma y sin apoyo de familiar alguno. El hecho de que la hermana de la actora resida en otra parte de Colombia distinta de la que vive dicha solicitante de visado o supuestamente carezcan de medios económicos, como alega dicha parte recurrente, no es causa que acredite la necesidad del traslado a otro país distinto de aquella, por un lado por lo ya dicho de que ello supone tener que rehacer una nueva vida en un entorno social y cultural muy diferente, lo que es más costoso para una persona de edad ya avanzada, y por otro lado dicha progenitora recibe remesas económicas del actor, como este reconoce en su demanda.

En definitiva, al no acreditarse la concurrencia de los requisitos exigidos por la normativa arriba expuesta, procede desestimar el recurso y confirmar el acto recurrido por ajustarse a derecho en los extremos examinados.>>

SEGUNDO .- Contra esa sentencia, decíamos en los antecedentes de esta resolución, la parte recurrente ha formulado el recurso de casación que nos ocupa, en cuyo escrito de interposición se plantean bajo la rúbrica "motivos del recurso", dos cuestiones, encuadrables ambas en el art. 88.1d) LRJCA (precepto que aunque se cita sólo con relación al primer grupo de alegaciones, se deduce también del contenido de la argumentación en el segundo grupo):

- la infracción de los arts. 38 , 39 , 42 y 43 del R.D. 2393/2004, así como del 9.3 CE . Según la recurrente, en contra de lo apreciado por la Sala de instancia, la Delegación del Gobierno no se limita a comprobar los requisitos concurrentes en la reagrupante, sino también los de la reagrupada, en este caso, ascendiente de la reagrupante, así como el que esté a su cargo y que existen razones que justifican la necesidad de la residencia en España.

Señala que el art. 43. 4 del R.D. 2393/2004 establece en qué casos puede la autoridad consular denegar la concesión del visado y en este supuesto en concreto alega que la autoridad consular deniega el visado por una nueva y distinta valoración sobre la dependencia económica y la necesidad de la reagrupada respecto de la valoración ya realizada por parte de la Subdelegación del Gobierno al autorizar la residencia, entendiéndose que la autoridad consular se ha excedido por ello en sus atribuciones.

-se alega arbitraria valoración de la prueba por parte del Tribunal de instancia. Tras resumir las circunstancias familiares concurrentes en el caso, alega en esencia que la Sala *a quo* ha prescindido de las claras circunstancias de necesidad existentes, obviando que el denegar el visado a la solicitante supone una ruptura del vínculo afectivo entre abuela y nieto, al que estuvo cuidando en Colombia durante 10 años, y que sí tiene concedido el visado para venir a España con su madre. Además señala que la Sala de instancia propone una solución ajena a hacer efectiva la reagrupación familiar con la hija y nieto de la solicitante, a pesar de que ya fue aceptada por la Delegación del Gobierno, cual es que se vaya a vivir con su otra hija residente en Colombia, mientras que la hija residente en España debe seguir enviando dinero a su madre, insistiendo en que tanto si se queda sola en Colombia como si se va a vivir con la otra hija residente en aquel país, la necesidad y la dependencia económica sigue siendo de la reagrupante.

TERCERO.- Con carácter previo a la resolución de las cuestiones que son planteadas por la parte recurrente, hemos de partir de la descripción del marco normativo por el que se rige la obtención de visados como el aquí concernido, tomando en consideración las respectivas fechas de su solicitud y ulterior denegación.

La L.O. 4/2000, antes citada, en su redacción aplicable, reconoce en su artículo 17 el derecho de los extranjeros a reagrupar en España a los familiares que en dicho precepto se detallan, entre los que se encuentran " los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo". El artículo 18 establece los requisitos para la reagrupación, pero no se refiere al procedimiento administrativo para la obtención de ese permiso, que es materia que se ordena en los artículos 38 y ss. del Reglamento de desarrollo de la Ley aprobado por R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre , especialmente en el artículo 42 , con el siguiente tenor:

"1. El extranjero que desee ejercer el derecho de reagrupación familiar 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. La solicitud de reagrupación familiar se podrá presentar por parte del extranjero que tenga autorización para residir en España durante un año y solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año. En todo caso, no podrá concederse la autorización de residencia al familiar reagrupable hasta que no se haya producido la efectiva renovación de la autorización del reagrupante, o hasta que su solicitud de renovación haya sido estimada por silencio positivo, sin perjuicio de la ulterior obligación de dictar resolución expresa, en los términos previstos en el artículo 43.4.a de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

2. La solicitud, que deberá cumplimentarse en modelo oficial, deberá acompañarse de la siguiente documentación:

a. Copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica.

b. Copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor.

c. Copia de la correspondiente autorización de residencia o residencia y trabajo, ya renovada, o, conjuntamente, de la primera autorización y del resguardo de solicitud de renovación.

d. Acreditación de empleo y/o de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social. Mediante orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación.

e. Justificación documental que acredite la disponibilidad, por parte del reagrupante, de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia.

Este requisito deberá justificarse mediante informe expedido por la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante. En el plazo máximo de quince días desde la solicitud, la Corporación deberá emitir el informe y notificarlo al interesado y, simultáneamente y por medios telemáticos cuando fuera posible, a la autoridad competente para resolver la autorización de reagrupación.

Subsidiariamente, podrá justificarse este requisito presentando acta notarial mixta de presencia y manifestaciones en caso de que la Corporación local no hubiera procedido a emitir el informe de disponibilidad de vivienda en el plazo indicado, lo que será acreditado con la copia de la solicitud realizada.

En todo caso, el informe o acta notarial debe hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento.

f. En los casos de reagrupación de cónyuge, declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge.

3. 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.

4. En el caso de resolución denegatoria, se le notificará al interesado y se motivará la causa de la denegación.

5. 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, 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.

6. Dicha resolución se comunicará al reagrupante y, por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos y de Cooperación y a la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida el extranjero. En la comunicación al interesado se hará mención expresa a que la autorización no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado y la posterior entrada en España de su titular, salvo en los supuestos en que pueda quedar exento de esta obligación por ser aplicable una circunstancia excepcional prevista legal o reglamentariamente.

7. Cuando el reagrupante tenga autorización de residencia temporal, la vigencia de la autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la misma fecha que la del reagrupante.

Cuando el reagrupante tenga autorización de residencia permanente, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del reagrupante. La posterior autorización de residencia del reagrupado será de carácter permanente."

A su vez, el artículo 43 regula el procedimiento para la obtención del visado, una vez concedido el permiso de residencia temporal por reagrupación familiar, en los siguientes términos:

"1. 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 personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación reside. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar la misión diplomática u oficina consular diferente a la anterior en la que corresponda presentar la solicitud de visado.

Excepcionalmente, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la misión diplomática u oficina consular aceptará la presentación por representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad. En el caso de tratarse de un menor, podrá solicitarlo un representante debidamente acreditado.

Constituirá causa de inadmisión a trámite de la solicitud de visado y, en su caso, de denegación, el hecho de que el extranjero se hallase en España en situación irregular, evidenciado por el poder de representación o por datos que consten en la Administración.

2. La solicitud de visado deberá ir acompañada de:

a. Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.

b. Certificado de antecedentes penales o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.

c. Copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante.

d. Documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica.

e. Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional.

3. Durante la sustanciación del trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada. La incomparecencia, salvo fuerza mayor, en el plazo fijado, que no podrá exceder de 15 días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento.

Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española y el representante del interesado, en caso de que éste sea menor, además del intérprete, en caso necesario. Quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado.

4. Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada y, en caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que hubiera concedido inicialmente la autorización.

5. La misión diplomática u oficina consular, en atención al cumplimiento de los requisitos exigidos, notificará la concesión del visado, en su caso, en el plazo máximo de dos meses, y deberá ser recogido por el solicitante, personalmente, salvo en el caso de menores, en que podrá ser recogido por su representante. De no efectuarse en el plazo mencionado la recogida, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del procedimiento.

6. Recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español durante el plazo de vigencia de aquel, que en ningún caso será superior a tres meses, de conformidad con lo establecido en el capítulo I de este reglamento. En el plazo de un mes desde la entrada, el extranjero deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero, salvo en el caso de menores, en que podrá ser solicitado por su representante."

En relación con la normativa expuesta, esta misma Sección del Tribunal Supremo ha expresado en Sentencia de 5 de octubre de 2011, recaída en el recurso de casación número 5245/2008 :

<< De estos dos extensos preceptos conviene retener ante todo que el extranjero que desee ejercer el derecho de reagrupación familiar habrá de solicitar personalmente ante el órgano competente para su tramitación (en este caso, la Subdelegación del Gobierno) una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar , debiendo aportar junto con su solicitud, entre otros extremos, "copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica". En el supuesto de que el extranjero cumpla con esos requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente concederá la autorización de residencia temporal por reagrupación, "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" (art. 42.5).

A tenor de lo dispuesto en el apartado que se acaba de transcribir, la resolución por la que se concede la autorización de residencia temporal por reagrupación es válida por sí misma, aunque su eficacia y consiguiente despliegue de efectos queda supeditada a la obtención y expedición del visado. El visado es, por tanto, desde esta perspectiva, condición de eficacia pero no de validez de la autorización de residencia por reagrupación. Por tanto, la concesión de la autorización de residencia por reagrupación no es producto del ejercicio de una competencia compartida, en cuya virtud sea necesaria para su misma existencia y validez la concurrencia sucesiva de dos voluntades (la del Subdelegado del Gobierno, primero, y la del agente diplomático o consular, después), sino que se perfecciona por la propia resolución que la concede, siendo la posterior expedición del visado mero requisito de eficacia de la misma.

Resulta coherente con esta regulación la obligación que se establece para el reagrupado en el artículo 43 , a cuyo tenor 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 personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida.

Y es en este momento del procedimiento administrativo de reagrupación cuando surge la cuestión que plantea en primer lugar la recurrente en el presente recurso de casación, en torno a la determinación del ámbito competencial de examen y cognición del asunto por parte del agente diplomático o consular. Problema que se origina en gran medida por el hecho de que la documentación cuya aportación se exige en esta fase coincide en parte (y con las salvedades que inmediatamente apuntaremos) con la que ya había sido entregada ante la autoridad competente para conocer de la autorización de residencia; lo que nos conduce a delimitar la relación y eventual superposición del contenido del juicio decisorio de una y otra autoridad.

Comparemos, en efecto, la documentación que se exige en una y otra fase:

Artículo 42 :

a. Copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica.

b. Copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor.

c. Copia de la correspondiente autorización de residencia o residencia y trabajo, ya renovada, o, conjuntamente, de la primera autorización y del resguardo de solicitud de renovación.

d. Acreditación de empleo y/o de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social. Mediante orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación.

e. Justificación documental que acredite la disponibilidad, por parte del reagrupante, de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia.

f. En los casos de reagrupación de cónyuge, declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge.

Artículo 43 :

a. Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.

b. Certificado de antecedentes penales o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español.

c. Copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante.

d. Documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica.

e. Certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional.

En una primera y superficial aproximación, pudiera decirse que la documentación que se exige en el artículo 42 va referida al reagrupante (que es quien pide la autorización de residencia para reagrupar al familiar), mientras que el artículo 43 enumera documentos concernientes al reagrupado (que es quien solicita el visado). Sin embargo, esta inicial apreciación no es del todo correcta y debe matizarse.

Tal planteamiento puede aceptarse en cuanto concierne a la expedición del visado regulada en el artículo 43, pues en este concreto expediente se pide al reagrupado únicamente documentación referida a él mismo y no al reagrupante (aun cuando se le pide que aporte asimismo la copia de la autorización de residencia instada y obtenida por el reagrupante, es únicamente a los efectos de la constatación formal de la existencia de dicha resolución).

Sin embargo, en cuanto atañe al expediente para la concesión y obtención del permiso de residencia por reagrupación del artículo 42, no es cierto que sólo se valore la situación y circunstancias del reagrupante, desde el momento que entre los requisitos que se exigen a este figura la necesidad de aportar " copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica" . Obvio es que si estos documentos se exigen ha de ser para algo, que sólo puede ser para que la autoridad competente para conceder el permiso de reagrupación estudie si realmente se da el presupuesto de hecho de la misma, esto es, la relación de parentesco y la vinculación legal y económica entre reagrupante y reagrupado.

En consecuencia, constituye una inexactitud afirmar que en este primer expediente del art. 42, de autorización de residencia por reagrupación, sólo se valora la situación y circunstancias vitales del reagrupante. Muy al contrario, también se estudian las del reagrupado (si no fuera así, la obligación de aportar esos documentos carecería de todo sentido).

[...] Pues bien, ocurre que el artículo 43 dispone que en el curso del expediente de visado, el reagrupado habrá de aportar ante el agente diplomático o consular "documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica". Este apartado coincide en gran parte con la del artículo 42 a que nos acabamos de referir, ahora bien, la coincidencia no es exacta sino que presenta un relevante matiz diferenciador (en el que abundaremos en seguida), desde el momento que ante la Administración interior del Estado se requiere la aportación de "copia" de esa documentación, mientras que ante la Embajada o Consulado se exige la aportación de los documentos originales, a través de cuyo examen se podrá contrastar definitivamente su autenticidad e identidad.

Previsión, esta del artículo 43 que acabamos de anotar, que ha de ponerse necesariamente en relación con otras dos que añade el mismo artículo 43: la primera, que durante la sustanciación del trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, "para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada "; y la segunda, que si los agentes diplomáticos o consulares actuantes llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada.

Se observa, pues, que los ámbitos de uno y otro procedimiento se interrelacionan, al menos aparentemente (por utilizar una imagen gráfica), como círculos secantes, en la medida que parecen presentar un ámbito de yuxtaposición, que es el referido a la valoración de los vínculos familiares entre reagrupante y reagrupado y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica. Es precisamente en este concreto aspecto donde surge el problema que ha planteado la recurrente en casación, de la eventual fricción entre lo decidido en uno y otro expediente (como en este caso que ahora nos ocupa ha sucedido, según denuncia

la parte recurrente). El interrogante es, en definitiva, si cabe la posibilidad de que la valoración de esas circunstancias difiera en uno y otro caso aun siendo los mismos los datos objetivos tomados en consideración.

Planteado el problema en estos términos, podemos anticipar que realmente esa colisión no existe o no tiene por qué darse, en la medida que la resolución sobre el visado ha de atender o basarse únicamente en datos propios de ese expediente y distintos de los valorados en el expediente de autorización de residencia del artículo 42; pero no se puede utilizar el expediente del artículo 43 para someter a nueva valoración los mismos elementos que ya han sido apreciados y valorados con ocasión de la decisión propia del expediente de autorización de residencia del art. 42 .

Así, en una interpretación conjunta y armónica de lo dispuesto en estos dos artículos 42 y 43 tan citados, que proporcione una solución coherente con el marco jurídico de referencia y respetuosa de los derechos de los interesados, ha de entenderse que aun habiéndose concedido por la Administración la autorización de residencia temporal por reagrupación (art. 42), la Embajada o Consulado podrá denegar el visado correlativo (art. 43) en los siguientes supuestos:

1º) Si el reagrupado no aporta (o no lo hace en debida forma) junto con su solicitud de visado la documentación propia o característica de este concreto expediente, que es la específicamente exigida por el artículo 43 ; o si esta documentación resulta inservible o insuficiente a los efectos pretendidos de expedición del visado.

2º) Si una vez aportados los documentos originales concernientes a los vínculos familiares, la edad, y la dependencia legal y económica, de los que en el primer expediente de autorización de residencia temporal únicamente se adjuntó copia , se comprueba tras el correspondiente examen y cotejo que esos datos aportados en el primer expediente, a través de simples copias, no son ciertos (esto es, que las copias presentaban algún tipo de falsedad) y que los originales no son suficientes a los efectos pretendidos (en tal caso además de denegarse el visado, lo procedente es instar la inmediata revisión de oficio de la inicial autorización de residencia temporal por reagrupación).

3º) Si con ocasión de la tramitación del expediente para la obtención del visado surgen o se aprecian datos o elementos de juicio novedosos, esto es, no tenidos en cuenta al tiempo de resolver sobre la autorización de residencia temporal para la reagrupación familiar, que pongan de manifiesto una circunstancia que justifique la denegación del visado pretendido (una vez más, en la medida que esa circunstancia novedosa pudiera dar lugar a reconsiderar la propia validez de la precedente resolución de concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, habrá de valorarse su revisión de oficio).

Ahora bien, si la documentación original coincide con la aportada antes mediante copia y no se ponen de manifiesto con ocasión de la tramitación del expediente de visado esos datos novedosos a que acabamos de referirnos carece de justificación aprovechar el trámite de solicitud del visado para reexaminar y reconsiderar lo mismo que ya se ha examinado y acordado mediante resolución administrativa firme, y así cambiar el criterio sentado en esa primera resolución autorizatoria de la reagrupación.

Esto es, si la documentación de la que en su día se aportó copia es reproducción fiel del original auténtico, y como tal ya ha sido valorada y considerada adecuada y suficiente por la autoridad que concedió la autorización de residencia por reagrupación, no cabe rectificar esta valoración con única base en el personal y diferente criterio de quien resuelve sobre la expedición del visado acerca de la suficiencia de esos documentos a los fines pretendidos; y eso por tres razones: 1º) porque significaría negar valor a un acto administrativo declarativo de derechos sin utilizar los preceptivos cauces revisorios de oficio establecidos en la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común; 2º) porque implicaría ir contra el principio de vinculación a los propios actos que rige en las relaciones entre Administración y ciudadanos, del que deriva que la Administración no puede comunicar una decisión que favorece a su destinatario e ignorarla después; y 3º) porque partiendo de la base de que en cualquier realidad no pueden convivir indistintamente una cosa y la contraria, lo que no puede la Administración es negar la concurrencia de uno de los requisitos exigidos para la reagrupación familiar, cuando ella misma ha reconocido su concurrencia con base en los mismos datos y en favor del mismo interesado.

Con una consideración añadida que no está de mas apuntar: que tanto la resolución del Subdelegación del Gobierno a la hora de conceder la autorización de residencia temporal por reagrupación como la resolución del Consulado a la hora de la concesión del visado, no son actos discrecionales sino reglados, en cuanto acotados en términos bien claros por la L.O. 4/2000 y su reglamento de desarrollo aprobado por R.D. 2393/2004. En este sentido, resulta oportuno recordar aquí y ahora lo que dijimos en la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2006, RC 4857/2003 , en relación a la materia del asilo

y refugio, pero con unas consideraciones que, mutatis mutandis , resultan aplicables también al caso que ahora nos ocupa: "el que entre las circunstancias contempladas por el expresado ordenamiento de asilo exista algún concepto jurídico indeterminado no implica que exista discrecionalidad alguna, pues aquéllos excluyen cualquier forma de ésta, según ha declarado la doctrina jurisprudencial al expresar, entre otras, en Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo, de fechas 22 de junio de 1982 , 13 de julio de 1984 , 9 de diciembre de 1986 , 24 de abril , 18 de mayo , 10 de julio y 8 de noviembre de 1993 , 19 de diciembre de 1995 , 2 de enero de 1996 , 14 de abril , 12 de mayo y 21 de diciembre de 1998 , 24 de abril , 19 de junio y 25 de octubre de 1999 , y 21 de mayo de 2001 , que la inclusión de un concepto indeterminado en la norma de aplicación no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados >>.

CUARTO .- Aplicando las consideraciones expuestas al caso que ahora nos ocupa, hemos de significar que si bien por Resolución de 22 de diciembre de 2008 la Delegación del Gobierno en Madrid concedió autorización de residencia temporal por agrupación familiar a favor de la madre de la hoy recurrente, residente en España, sin embargo, posteriormente, se deniega el visado necesario para entrar en territorio nacional por entender el Cónsul actuante que las circunstancias de la solicitante no justificaban la necesidad de autorizar su residencia en España. Ahora bien, aunque no figura en el expediente ninguna advertencia sobre hipotéticas irregularidades en la documentación aportada por la solicitante de la reagrupación que permitiera poner en duda la validez de la misma, al resolver sobre la solicitud de visado, el Cónsul vino a considerar, aunque fuera de forma implícita, pero en todo caso evidente, la equivocación cometida al conceder el permiso de residencia temporal por reagrupación familiar en favor de la madre de la recurrente. No obstante, si un órgano de la Administración llega a la conclusión de que otro órgano de la misma Administración ha interpretado o aplicado mal el Derecho y ha concedido lo que no debía, no puede obviar lo acordado y reconducir las cosas según su criterio sobre lo que es o no conforme a derecho, sino que ha de estar y pasar por lo reconocido, sin perjuicio de promover (si procede) la revisión de oficio de lo que reputa incorrectamente concedido.

En consecuencia, si el Cónsul interpretaba que no existían razones que justificasen la necesidad de reagrupación - consideración únicamente fruto de su subjetiva valoración de las circunstancias concurrentes y no de factores objetivos, como, la verificación de que los documentos aportados a la Subdelegación del Gobierno mediante copia incurrieran en algún tipo de falsedad o de irregularidad- debió haberse abstenido de valorar aquello que ya había sido tomado en consideración para la concesión del permiso de residencia reconocido con fecha 22 de diciembre de 2008, y conceder el visado; siendo cuestión distinta la eventual posibilidad y viabilidad legal de promover la revisión de oficio de lo acordado por la Subdelegación.

En todo caso, no debemos olvidar que partimos de la base de que los demás requisitos exigidos por la norma concurren en este caso, pues nada se ha reprochado acerca de la falta de concurrencia de cualesquiera de ellos, y es reiterada la jurisprudencia que ha manifestado que incumbe a la Administración, en el momento de resolver sobre una solicitud, dar todas las razones por las que considera incumplido alguno de los requisitos para la concesión de lo pretendido, debiendo limitarse luego la revisión jurisdiccional a verificar si la resolución administrativa denegatoria, dadas las razones en que se apoya, es o no ajustada a Derecho.

No habiéndolo entendido así la Sala de instancia en su sentencia, se produjo la infracción de los artículos 42 y 43 del Reglamento de desarrollo de la L.O. 4/2000 aprobado por RD 2393/04 que ahora se denuncia en casación.

QUINTO .- Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de casación, de modo que actuando procesalmente como Tribunal de instancia - art. 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998-, hemos de estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Sra. Consuelo contra la Resolución del Consulado General de España en Bogotá (Colombia), de 13 de mayo de 2009, confirmada en reposición por resolución del citado Consulado de 20 de mayo de ese mismo año, denegatoria de la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar interesada por Dña. Isidora .

La estimación del recurso por las razones expuestas, determina que devenga innecesario el examen del resto de los argumentos impugnatorios de la sentencia de instancia sostenidos por la parte recurrente.

SEXTO.- Habiendo lugar al recurso de casación, no procede hacer condena en las costas del mismo, sin que se aprecien circunstancias especiales para una imposición de costas en la instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS



Primero - HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación número 6249/2011, interpuesto por Dña. Consuelo , representada por la Procuradora Sra. Rodríguez de Benito contra la Sentencia de 2 de diciembre de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestima el recurso contencioso-administrativo número 1078/09 , sentencia que casamos dejándola sin efecto.

Segundo .- Anular, por su disconformidad a Derecho, la Resolución del Consulado General de España en Bogotá (Colombia), de 13 de mayo de 2009, confirmada en reposición por Resolución del citado Consulado de 20 de mayo de ese mismo año, denegatoria de la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar a favor de Dª Isidora , reconociendo el derecho a la expedición de visado por reagrupación familiar, en los términos fundamentados.

Tercero .- No hacemos especial imposición de las costas causadas en la instancia , ni en casación, debiendo correr cada parte con las suyas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.-Rubricado.-**PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CEND