

D. JAVIER GALPANSORO

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera
C/ General Castaños, 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2012/0002283



Procedimiento Ordinario 366/2012

Demandante: D./Dña. PROCURADOR D./Dña. SANTIAGO TESORERO DIAZ
Demandado: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación
NOTIFICACIONES A: PLAZA, PROVINCIA, 0001 _ C.P.:28071 Madrid (Madrid)

SENTENCIA Nº 1280/2012

Presidente:
D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS
Magistrados:
D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA
D./Dña. FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ
D./Dña. ALFREDO ROLDAN HERRERO

JAVIER GALPANSORO
ABOGADO
Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación
Tel. 94 424 46 58 - Fax 94 423 75 82
Avenida de América, 111, 28002

En la Villa de Madrid a diecinueve de octubre de dos mil doce.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 366/2012 interpuesto por don representado por el Procurador de los Tribunales don Santiago Tesorero Díaz, contra la resolución de fecha 16-12-3011 dictada por el Consulado de España en Tetuán que, en reposición, confirma la de 31-10-2011. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente indicada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 16-12-2012 contra resolución de 16-12-2011 del Consulado de España en Tetuán, que en reposición confirma la de 31-10-2011, acordándose su admisión, y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazada para 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 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 se practicó la admitida por la Sala con el resultado obrante en autos y tras el trámite de conclusiones con fecha 18-10-2012 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fausto Garrido González.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional la parte recurrente impugna la resolución de fecha 16-12-2011 dictada por el Consulado de España en Tetuán que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la de 31-10-2011, por la que se denegaba la solicitud de visado por reagrupación familiar solicitado por madre del recurrente, nacional de Marruecos y residente en España.

La resolución originaria deniega el visado por las siguientes razones: "con referencia a la solicitud de visado presentada por la interesada para su reagrupación con su hijo, residente en España, tras un estudio atento del expediente y mantenida con ella la entrevista prevista en el art. 43.3 del R.D 2393/04 de la que se entregó a la interesada el Acta correspondiente este Consulado comunica la denegación del visado en cuestión

En lo referente a la 'dependencia económica efectiva' exigida en el artículo 39 d) del Real Decreto 2393/04, es cierto que la solicitante ha presentado pruebas de transferencias provenientes del reagrupante, por una media de 120 €. durante los pasados doce meses

Sin embargo, considera este Consulado que no se da la segunda condición exigida en nuestro ordenamiento, y en concreto, en el artículo 39 letra c del citado Real Decreto, que

exige que se dé una "necesidad de reagrupación» definida de manera objetiva, y no solo por el Interés personal de la reagrupable.

En este supuesto a pesar de que el reagrupante en escrito solicita la reagrupación de su madre a causa de que en su país no tiene a nadie que se pueda hacer cargo de ella, ya que es anciana y todos sus hijos residen en España, en el transcurso de la entrevista declara que vive en cesa Propiedad de la hija que vive en Bilbao, que vive con su hija Sabia, y que también vive con ellas una sobrina

No ha acreditado, pues, documentalmente, la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España (art. 39.d R.D 2393/2004)"

La recaída en reposición razona que: "El recurrente en su fundamento de derecho primero afirma que este Consulado "ha infringido abiertamente el art. 35 de la Ley 30/92, parcialmente modificada por la 4/99, toda vez que esta representación, en el legítimo ejercicio de las vías recursivas del control administrativo de la resolución dictada, ha solicitado con carácter previo por conducto de mail a este Consulado, se le remitiera copia testimoniada íntegra del Expediente Administrativo, al amparo de lo dispuesto en el art. 35/C de dicha Normativa..."

En ningún momento este Consulado ha obviado el cumplimiento de la normativa. Es más, por si esa parte desconoce el procedimiento administrativo, cuando la interesada presentó su solicitud de visado, se le entregó copia sellada de los documentos que presentaba; una vez finalizada la entrevista mantenida con la misma se le entregó copia del Acta de acuerdo con el art. 43.3 del R.D. 2393/2004.

El hecho de que el Sr. I.trado que representa al recurrente carezca de documentación no es atribuible a este Consulado sino más bien que la parte recurrente no le ha hecho entrega de los documentos con los que obra, como son los requisitos de visado de residencia para reagrupación familiar, copia de los documentos aportados, Acta de la entrevista celebrada de acuerdo con el art. 43.3 del R.D. 2393/2004, notificación de denegación de fecha 31.10.2011.

A pesar de lo anterior, a requerimiento de esa parte este Consulado se ha puesto en contacto con la solicitante de visado y el 09.12.2011 se le ha entregado nuevamente copia del mencionado expediente.

2.- Este Consulado quiere recordar a la parte recurrente que dé acuerdo con la Disposición transitoria segunda del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. "Las solicitudes de visado presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto y del

Reglamento que por él se aprueba se tramitarán y _resolverán conforme a la normativa vigente en la fecha de su presentación..." la solicitud de visado del caso que nos ocupa fue presentada el 29.06.2011, en dicha fecha el R.D. 2393/2004 era el vigente. "... salvo que el interesado solicite la aplicación de lo dispuesto en este Real Decreto y en el Reglamento que por él se aprueba..." en ningún momento se ha recibido, de acuerdo con la Instrucción DGI/SGRJ/1/2011, manifestación expresa y por escrito por parte de los interesados que insten a este Consulado a tramitar y resolver el visado de acuerdo con el nuevo Real Decreto: 557/2011. De acuerdo con dicha Instrucción el sujeto legitimado para el inicio del procedimiento podrá invocar la aplicación de la citada norma reglamentariamente en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35.e) y 79 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Insiste este Consulado que en ningún momento ni la solicitante ni el reagrupante han manifestado la voluntad de que se invoque el R.D. 577/2011 por lo que la decisión denegatoria tomada invocando el R.D.2393/2004 está justificada legalmente.

3.- Por otra parte, no olvida este Consulado que el concepto de la reagrupación familiar por parte de los extranjeros residentes en España viene definido en el art. 16 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, que define "el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar de los extranjeros residentes".

No obstante, este Consulado recuerda a la parte recurrente que la decisión de una autorización de residencia temporal inicial para reagrupación familiar no ultima el procedimiento de reagrupación, ni "somete la misma al trámite final concerniente a la expedición del visado" y mucho menos "debe propiciar la concesión imperativa de dicho visado".

Todo el Real Decreto 2393/04 se inspira en esta fórmula de "doble control", correspondiendo a la Subdelegación de Gobierno lo que tiene que ver con el "reagrupante", y al Consulado lo referente a la "reagrupable"...

En efecto, posteriormente a dicha autorización de residencia temporal inicial corresponde al Consulado, pronunciarse sobre la procedencia o no de la expedición del visado, para lo que debe comprobar que se dan las dos condiciones que prevé el art. 39 del R.D. 2393/2004: una "dependencia económica efectiva" recogida en la letra c) y una "necesidad de reagrupar" referido en el apartado d).

En lo referente a la "necesidad de reagrupar", es prácticamente determinante el procedimiento consular al respecto por el directo conocimiento sobre la situación familiar de la "reagrupable" y la aportación del "libro de familia", permitiendo ello pronunciarse en favor del "derecho a vivir en familia", defendido en el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2000, para los casos en que ello efectivamente coincida con la realidad.

4.- La entrevista celebrada con D. el 27.09.2011 prevista en el art. 43.3 del R.D. 2393/2004 de la que se le entregó el Acta correspondiente ha permitido comprender que la madre del recurrente convive en la misma casa con su hija y al no haber acreditado una situación de convivencia diferente este Consulado considera que procede su desestimación."

Por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya de 17-5-2011 se concedió a la solicitante del visado reagrupada-nacida en 1942- la autorización de residencia temporal inicial solicitada el 15-4-2011

Sostiene la parte recurrente que la resolución contradice lo resuelto previamente por la Delegación del Gobierno que ya examinó que cumplía con los requisitos previstos en los artículos 39 y 42 del Rcal Decreto 2393/2004. Señala en síntesis que el motivo esgrimido por el Consulado es infundado y carece de fundamento en relación con los requisitos que son exigibles, señala que es aplicable el RD 557/2011, que en su disposición transitoria segunda dispone que en cuanto a las solicitudes presentadas vigente el anterior reglamento (RD 2393/2004) se tramitaran y resolverán conforme a la normativa entonces vigente salvo que el interesado solicite la aplicación del RD 557/2011. Que al interponerse el recurso de reposición solicito la aplicación del vigente reglamento de extranjería por considerar que le era más favorable, en la misma dirección que la Instrucción DGI/SRGI/2011, de 28 de junio que permite que los recursos que se interponen contra resoluciones consulares se tramiten con arreglo a la nueva normativa, sobre todo considerando que la resolución que había sido objeto de recurso estaba dictada concretamente en la víspera de la entrada en vigor de la actual normativa.

El Sr. Abogado del Estado se opuso a la concesión del visado al no resultar acreditada la necesidad de la madre para venir a España a lo que añade que el reglamento de extranjería determina que la decisión de la Delegación no es vinculante en cuanto que la Embajada puede examinar aquellos datos que no fueron tenidos en cuenta por aquella administración y entre ellos la valoración de las circunstancias familiares del solicitante.

SEGUNDO.- En el supuesto que examinamos, el régimen aplicable es el establecido en los artículos 38 y siguientes del Real Decreto 2393/2004 (vigente al momento de iniciarse el expediente de autorización de residencia temporal), pues en la fecha de solicitud de autorización de residencia temporal inicial, que fue el 15-4-2011 no había entrado en vigor el Real Decreto 557/2011, que lo fue el 30 de junio de 2011) cuyo artículo 39, apartados d) y e), exige que los ascendientes se encuentren a cargo del descendiente reagrupante y que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia de aquéllos en España.

Se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando se acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva. En cuanto a la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España de los familiares reagrupables, constituye un requisito distinto de la dependencia económica y su cumplimiento es exigible cumulativamente con aquella para que la reagrupación sea procedente, siendo criterio de esta Sección que, con carácter general, las circunstancias a considerar para evaluar la necesidad habrán de venir referidas a la edad de los solicitante del visado, a su estado de salud y a su situación familiar en su país de origen.

En materia de protección de la familia, el Tribunal de Justicia se ha guiado por la interpretación del artículo 8 del CEDH que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»). Sobre esa base el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 8 del CEDH no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del CEDH. Tal injerencia infringe dicho Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté «prevista por la ley» y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, «en una sociedad democrática, sea necesaria», es decir, que esté «justificada por una necesidad social imperiosa» y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida (Sentencias de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, apartado 42, y de 23 de septiembre de 2003, Akrich, C-109/01, apartado 59).

Según dichas sentencias negarse a permitir la reagrupación familiar no es, en principio, una injerencia en el sentido del artículo 8 del CEDH que requiera una justificación. En materia de reagrupación familiar no interpreta el artículo 8 del CEDH como

un derecho que resulte afectado, sino como un fundamento jurídico que eventualmente puede servir de base a una pretensión.

En concreto, el TEDH rechaza expresamente deducir del artículo 8 del CEDH una obligación general de permitir la reagrupación familiar con el único objeto de atender el deseo de las familias de residir en un país determinado. Considera que la reagrupación familiar afecta tanto a la vida familiar como a la inmigración. El alcance de la obligación de un Estado de permitir la entrada de familiares del inmigrante establecido en su territorio depende de las circunstancias particulares de los afectados y del interés general. Conforme a las normas ciertas de Derecho internacional y sin perjuicio a las obligaciones que se deriven de convenios internacionales, los Estados tienen derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio. Al hacerlo dispone de una amplia facultad discrecional.

TERCERO.- Tal y como señala en su demanda la parte recurrente dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, de 5 y 20 de octubre de 2011 reiterada por la de 15-6-2012 han venido a señalar la siguiente doctrina:

" De estos dos extensos preceptos (se refiere a los artículos 42 y 43 del Real Decreto 2393/2004) 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.

Plantado 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 más 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".

Esta Sala, como no podía ser de otra manera, acata la decisión del Tribunal Supremo que, en realidad, viene a reafirmar el criterio que se ha venido sosteniendo por esta Sección en numerosas Sentencias puesto que en los supuestos de reagrupación de ascendientes bajo el régimen general la necesidad y la dependencia son conceptos que deben ser acreditados por quien insta el visado y no por quién desea reagrupar a su ascendiente directo y ello es así porque el artículo 17.1 d) de la Ley Orgánica señala el derecho a reagrupar a los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España y, por ejemplo, el concepto de necesidad no aparece en el Reglamento.

Es por ello que resulta indudable que si el reagrupante presentó copia de una determinada documentación que acreditaba el envío de remesas y las mismas se aportan en original, lo que no sucedió en el supuesto de autos, la eficacia de esos documentos será la misma en ambos expedientes. El problema es que el Reglamento no interrelaciona los expedientes, tan solo prevé en el art. 42.6 que 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, y, además, el Tribunal Supremo vincula la decisión de la Subdelegación

del Gobierno sin que la Delegación Diplomática pueda valorar los mismos ya que los desconoce por lo que puede suceder que las copias aportadas en el expediente de autorización no se correspondieran con los originales del expediente de visado y ello porque el artículo 43.3 solo prevé 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.

También cabría precisar si es posible una interpretación extensiva del contenido de la resolución de la Subdelegación del Gobierno en contra de las previsiones de la Directiva 2003/86/CE DEL CONSEJO, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, cuyo artículo 5.2 señala que "la solicitud irá acompañada de los documentos acreditativos de los vínculos familiares y del cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 4 y 6 y, en su caso, en los artículos 7 y 8, así como copias certificadas de los documentos de viaje del miembro o miembros de la familia", estableciendo el artículo 4.a), respecto de los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen" y ello porque habría que suponer que la autorización de residencia ya tuvo en cuenta tal requisito aunque expresamente no se refiera a él puesto que no se puede inferir de los documentos de obligado acompañamiento y que, en realidad, se está refiriendo a lo que la Ley viene a denominar necesidad y que expresamente indica en su artículo 17.1 d) cuando señala que se podrá reagrupar a los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Es cierto que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos, puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, les obliga a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional (sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, C-540/03, Rec. p. I-5769, apartado 60), no obstante, esta disposición no empece al cumplimiento de los requisitos establecidos en particular en el capítulo IV de la Directiva (sentencia de 27 de junio de 2006, Rhimow/Paises Bajos, C-578/08, Rec. p. I-5769, apartado 42)

No obstante ello procede traer a colación los tres supuestos posibles de denegación que establece el Tribunal Supremo y analizarlos a la luz del expediente administrativo.

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.

No repetiremos la documentación que establece el citado precepto pero entre ellas se encuentra la documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica. Si seguimos el criterio del Tribunal Supremo desde el mismo momento que se concede la autorización el Consulado o la Embajada solo puede cotejar los que se presentaron ante la Subdelegación y determinar si coinciden. A estos efectos hubiera sido conveniente que el Reglamento hubiera establecido la obligada remisión del expediente a la legación diplomática con el fin de poder verificar dicha circunstancia. No obstante la resolución recurrida no hace referencia esta cuestión por lo que no será objeto de análisis.

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). Tampoco es el caso dado que la resolución no hace mención a tal circunstancia.

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).

Si examinamos la resolución combatida las razones que da para la denegación del visado son las antes expuestas, que no existen razones que justifiquen la necesidad de

autorizar la residencia en España y, en el de reposición, que convive con otra hija en Marruecos.

Pues bien, con relación al motivo referido de que no existen razones suficientes que justifiquen la necesidad de justificar la residencia en España no se dice cuales son tales razones. Respecto de tal requisito esta Sección ha entendido siempre que dicha circunstancia nunca es objeto de examen por la Delegación del Gobierno. Ya hemos explicado más arriba que la necesidad es un requisito legal al que no se refiere el Reglamento por lo que, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, salvo que la resolución se refiera expresamente a dicha cuestión el análisis por parte de la legación diplomática sería novedosa. Ahora bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2012 (recurso 4675/2010) analiza un supuesto en el que el informe consular refleja que "la interesada tiene a más familiares directos en su país, puesto que la reagrupación con su hija supondría la desagrupación o abandono de los cinco hijos que permanecen en Marruecos", conclusión que parece asentarse en la apreciación personal del Cónsul. Y sobre dicha base establece que "Al resolver sobre la solicitud de visado de esa manera, 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 esa dependencia no existía - 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 incurrian 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".

Sin perjuicio de desconocerse si lo que se llama valoración subjetiva tiene que ver con una documentación que no consta aportada debemos entender que cuando el Tribunal señala que existe una valoración subjetiva quiere decir que no consta en el procedimiento datos que avalen el concepto de desagrupación lo que para el supuesto ahora analizado supondría concebir que la legación diplomática no ha formulado motivadamente las razones

por las cuales la existencia de la madre y otros hijos en su país no impiden la reagrupación y que la mera constatación por la Subdelegación del Gobierno de la dependencia por la documentación acompañada en su momento determina que las apreciaciones del Consulado carezcan de la condición de hecho novedoso digno de motivar una denegación por lo que, en suma, en el supuesto de autos procederá estimar el recurso al no concurrir ninguno de los supuestos de denegación de visado establecidos por las sentencias del Tribunal Supremo citadas.

No se discute en ningún momento por la resolución recurrida que los solicitantes de los visados en cuestión sean hijos del actor, ni se advierte en el expediente administrativo la existencia de irregularidades en la documentación aportada por la solicitante del visado que pudieran en duda su validez, a la hora de resolver sobre esas solicitudes.

Por todos los razonamientos expuestos, el presente recurso se ha de estimar, con la consecuencia legal de la anulación de los actos recurridos por no ser ajustados a derecho y declarar el derecho de los solicitantes de los visados a su obtención.

CUARTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción 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. En el caso de autos procede la condena en costas de la administración demandada que ha visto rechazada sus pretensiones sin que concurra motivo para su no imposición fijándose las mismas en cuantía de 200 euros.

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

FALLAMOS

Que **ESTIMAMOS** el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por don _____ representado por el Procurador de los Tribunales don Santiago Tesorero Díaz contra la resolución de fecha 16-11-2011 dictada por el consulado de España en Tetuán que, en reposición, confirma las de 31-10-2011, las cuales anulamos y declaramos el derecho de _____ al visado solicitado.

Se condena al pago de 200 euros a la administración demandada en concepto de 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.

Margarita Luján Os.