

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera
C/ General Castaños, 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2014/0013361



Procedimiento Ordinario

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA NUMERO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. Francisco Javier Canabal Conejos

Magistrados:

D. José Arturo Fernández García

D. Fausto Garrido González

En la Villa de Madrid, a veinte de febrero de dos mil quince.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 896/14, interpuesto por don _____, representado por el Procurador de los Tribunales don _____, contra tres resoluciones de fecha 4 de abril de 2014 dictadas por el Consulado General de España en Nador que, en reposición, confirman otras tantas de 26 de noviembre de 2013. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente indicada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 13 de junio de 2014 contra los actos antes mencionados, acordándose su admisión, y 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 de reagrupación familiar en régimen general solicitado por sus hijos

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.- No habiéndose recibido el pleito a prueba, se dio por reproducido el expediente y la documental aportada, con fecha 19 de febrero de 2015 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

CUARTO.- Por Acuerdo de 22 de enero de 2015 de la Presidenta en Funciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se realizó el llamamiento del Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Canabal Conejos en sustitución voluntaria de la vacante producida por jubilación del Magistrado Ilmo. Sr. D. Ángel Suárez-Bárcena Morillo-Velarde.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Canabal Conejos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional la parte recurrente impugna tres resoluciones de fecha 4 de abril de 2014 dictadas por el Consulado General de España en Nador que, en reposición, confirman otras tantas de 26 de noviembre de 2013 por las que se denegaba las solicitudes de visado por reagrupación familiar en régimen general solicitadas por sus hijos

Las citadas resoluciones deniegan los visados señalando que “Cabe considerar que, Don [redacted] (en adelante el reagrupante) firmó el Acta de Matrimonio con doña [redacted] el 25 de diciembre de 1987, y son padres de cuatro hijos según el libro de familia, y el reagrupante, cuando aún no había obtenido la nacionalidad española, solicitó visado de reagrupación familiar para su hijo mayor [redacted], nacido el 17 de junio de 1990, el cual se le concede el visado de agrupación familiar el 8 de octubre de 2008, cuando estaba a punto de cumplir la mayoría de edad y asimismo ahora solicita de la misma forma para el hermano del reagrupado, que cuenta actualmente con 18 años.

Cabe considerar por otra parte, que madre de la reagrupada y una hermana de esta, solicitaron en fecha 14 de diciembre de 2004, visados de entrada en Melilla, por razones médicas, que fueron concedidos. Tanto la madre de la reagrupada, como la citada hermana, utilizaron dichos visados para conseguir posteriormente la residencia y la nacionalidad, respectivamente, con residencia en Taradell, Barcelona.

Por consiguiente es significativo reseñar que, algunas de sus manifestaciones, en la audiencia reservada de fecha 1 de abril de 2014, realizada a la hermana la mayor doña [redacted], ha manifestado que, “somos seis hermanos, 2 viven en España con nuestros padres y cuatro vivimos en Marruecos”, asimismo sigue declarando entre otras cosas, “que su madre se fue con su hermana con un visado de turismo (con los papeles para ir al médico) y se quedó allí. Mi padre ya como estaba allí les preparó toda la documentación, finalmente alega a la pregunta” ¿en donde trabaja su padre?, contestando, “no trabaja, tiene una pensión de minusvalía y un salario de 620 €”.

Estos resultados revelan, la falta de veracidad en todo lo anterior, evidencian una mal fe del reagrupante, ya que en el libro de familia presentado sólo se observa que tiene incluido a cuatro de sus seis hijos, sin incluir al ya residente el Sr. [redacted] y a su hija [redacted], que es quien se persona como responsable de los menores en Marruecos. Asimismo en el acta de manifestaciones del reagrupante ante el notario de Melilla, vuelve alegar que es padre de tres hijos menores de edad.

Queremos con ello significar que, todo esto evidencia la intención de manipular, alterar e inducir para favorecer la toma de decisiones, pudiendo constituir incluso un fraude.

A todo esto hay que añadir que el Real Decreto 240/2007, 16 de febrero, aclara, en el punto 1 de su disposición final cuarta normativa subsidiaria y supletoria, en qué casos se registrarán estos ciudadanos por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades los extranjeros en España y su integración social, remitiéndonos al apartado c) del

punto número 5 del artículo 32, por ello, y basándonos en la normativa aplicable hay que destacar que esta reagrupación familiar puede incurrir en fraude de ley, ya que se utiliza esta normativa aplicable y la Ley para eludir los propios principios que la inspiran, es decir, aunque esta solicitud de visado de reagrupación familiar reúne los requisitos y el acto es válido en sí mismo, se está utilizando la solicitud para conseguir la entrada en España del hermano de la reagrupada que casualmente va alcanzar la mayoría de edad en breve. Evidentemente la finalidad última es utilizar el visado de reagrupación familiar para conseguir trabajo en España”.

La parte recurrente indica que sus tres hijos son menores de 21 años y el recurrente nacional español por lo que resulta de aplicación el artículo 2 del Real Decreto 240/2007.

Se opone la Administración demandada, tras recapitular la normativa aplicable, sobre la base de las apreciaciones del Consulado en función de los hechos que declara probados:

SEGUNDO.- Según consta en las actuaciones el recurrente adquirió la nacionalidad española por residencia en virtud de resolución de fecha 21 de diciembre de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (folio 6 del expediente) y es residente en nuestro país (folio 3 del expediente), por lo que a los visados le resulta de aplicación el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007), que regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos miembros de la Unión Europea o de Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la referida norma, dicho Real Decreto se aplica, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, entre los que se encuentran los hijos menores de 21 años. Estos ciudadanos, según el artículo 3.1, tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por dicho Real Decreto de 2007, que, en lo que concierne a este caso, comporta la necesidad de visado de entrada para los familiares no comunitarios.

Al hilo de lo expuesto, se ha de indicar que esta Sección mantiene el criterio de que, a tenor de las consecuencias de la citada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007), que modifica parcialmente el artículo 2 del RD 240/2007 (aunque, dicho sea de paso, es bastante polémica, desde el punto de vista de la aplicación del derecho comunitario, en lo que incide con especial intensidad el voto particular a ella formulado), no puede aplicarse un régimen especial distinto al del Real Decreto 240/2007, que en definitiva es el régimen general de la Directiva 2004/38, a los familiares de españoles (aunque no hayan ejercido las libertades comunitarias). Y ello porque el derecho de libre circulación y residencia (comprensivo de la entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, etc.) de los ciudadanos de la Unión y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y por extensión a los familiares beneficiarios del derecho y su régimen jurídico, no es asimilable al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros que - como se recordará- es objeto de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar y se regula igualmente en la legislación general de Extranjería (arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica 4/2000 y 39 y siguientes del Reglamento de Extranjería).

La entrada en España de familiares beneficiarios de terceros países en el régimen del RD 240/2007, aunque tenga como finalidad que acompañen o se reúnan con el ciudadano de la Unión, no necesariamente tiene que ser con la finalidad de fijar la residencia o para mantener la unidad de la familia, pues puede serlo igualmente en régimen de estancia y por periodo inferior a tres meses. Si se pretende permanecer más allá de ese espacio de tiempo se ha de solicitar una tarjeta de residencia de familiar (vid. arts 3.3 y 8 del Real Decreto 240/2007), pero no necesariamente un visado de residencia. Por el contrario, en el régimen general de extranjería la reagrupación se concibe únicamente como una situación de residencia y, por ello, previamente a la expedición del visado ha de obtenerse una autorización de residencia para la reagrupación. En resumidas cuentas, la libre circulación de familiares de comunitario, en el supuesto de descendientes menores de 21 años o a cargo, no parece concebida desde la perspectiva del mantenimiento de la unidad familiar. En el Considerando (6) de la Directiva 2004/38 se tiene en cuenta una situación específica de mantenimiento de la familia. Se expresa en dicho considerando que puede ser para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y, sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no

incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutaban del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física de dicho ciudadano. Trasunto de la protección de la unidad familiar, es la inclusión de otros miembros de la familia, más allá de los hijos, la esposa o pareja y los ascendientes, como beneficiarios (art. 3 de la Directiva) siempre que se encuentren en determinadas situaciones y, paralelamente la DA 19ª del Real Decreto 240/2007 igualmente afectada por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010.

Como consecuencia de la reiterada sentencia del Tribunal Supremo, a los familiares extracomunitarios de españoles les es aplicable el régimen de comunitarios y de éste, a diferencia del régimen de reagrupación familiar, resulta el derecho a entrar, circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuando acompañen o se reúnan con el ciudadano español, para lo cual han de obtener un visado que bien puede ser de estancia para un período de una duración total no superior a tres meses (vid. art. 2 del Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo) y solicitar luego la residencia si pretenden permanecer o fijar su residencia en España.

Es conveniente recordar que el artículo 5.1 de la Directiva 2004/38, titulado "Derecho de entrada", dispone que "sin perjuicio de las disposiciones que regulan los documentos de viaje en controles fronterizos nacionales, los Estados miembros admitirán en su territorio a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido". Y añade en el apartado 2 que los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro sólo estarán sometidos a la obligación de visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) 539/2001, o, en su caso, con la legislación nacional.

Los artículos 5, 6, apartado 2, y 7, apartado 2, de la Directiva y paralelamente los arts. 4, 6 y 8 del Real Decreto 240/2007, reconocen los derechos de entrada, de residencia hasta tres meses y de residencia de más de tres meses en el Estado miembro de acogida a los nacionales de terceros países, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que le acompañen o se reúnan con él en ese Estado miembro, sin hacer referencia a que la reunión se produzca con finalidad de mantener la unidad familiar.

En definitiva, tanto de la Directiva 38/2004, como del Real Decreto 240/2007, resultan derechos subjetivos claramente definidos para los "miembros de la familia" del ciudadano de la Unión (más ventajosos, desde luego, que los previstos en el régimen general de extranjería), comprensivos del derecho de entrada y que obliga a concederles un visado, gratuitamente, lo antes posible, mediante un procedimiento acelerado. Se ha de añadir que según constante doctrina del TJE aunque el derecho de libre circulación, que se extiende a los familiares beneficiarios, no sea incondicional, las limitaciones e interpretaciones que puedan establecerse son de aplicación restrictiva, sin que quepan restricciones por motivos económicos.

Conforme a ello, si tenemos en cuenta que la filiación de los solicitantes no está cuestionada, así consta en los certificados de nacimiento aportados con el recurso, ni tampoco se cuestiona que [redacted] nacido el 20 de diciembre de 1997, [redacted] , nacido el 2 de junio de 2009, y [redacted] nacido el 26 de enero de 1996, y son menores de 21 años procederá estimar el recurso y que por el Consulado se expida para cada uno de ellos un visado de entrada y una vez en España los hijos deberán solicitar la tarjeta de residencia en los términos establecidos en el art. 8 del tantas veces citado R.D. 240/07, y así habrá de entenderse el fallo de la presente sentencia, sin que las apreciaciones del Consulado puedan tener virtualidad alguna dado que infunde en el derecho de los familiares vicisitudes ajenas a la voluntad de los solicitantes que resultan inanes al tener el amparo de la Directiva 2004/38 y no existir razones de orden público, seguridad pública o salud pública que lo impida.

TERCERO.- 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 parte demandada que ha visto rechazada sus pretensiones sin que concurra motivo para su no imposición.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total

de trescientos euros por los honorarios de Letrado y Procurador, cuantía a la que se añadirá la suma abonada por la parte recurrente en concepto de tasas judiciales.

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

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por don . contra tres resoluciones de fecha 4 de abril de 2014 dictadas por el Consulado General de España en Nador que, en reposición, confirman otras tantas de 26 de noviembre de 2013 que anulamos y declaramos el derecho de , y a los visados solicitados a los fines que hemos expuesto en el Fundamento Segundo de la presente Sentencia.

Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte demandada en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

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.