

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2019/0002439

Procedimiento Ordinario 163/2019

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ANA TERESA DIAZ MELGUIZO

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

SENTENCIA N° 810/2019

Presidente:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

Magistrados:

D. JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA

D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO

En la Villa de Madrid, a 19 de Diciembre de 2019.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el Número 163/2019 y seguido por el Procedimiento Ordinario, en el que se impugna la Resolución del Consulado General de España en Guayaquil de fecha 27/12/18 por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 26/10/18 por la que se deniega visado para familiar de ciudadano de la Unión Europea.

Habiendo sido parte demandada en las presentes actuaciones el MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, representado y asistido por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4/2/19 tuvo entrada en esta Sala escrito por el que la Procuradora Sra. Díaz Melguizo, actuando en la representación que de D^a. [REDACTED] ostenta, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actuación descrita en el encabezamiento. Dicho recurso quedó registrado con el Número 163/2019.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, presentado con fecha 29/5/19, se solicitó de este Tribunal el dictado de Sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO.- Por su parte, la demandada, en el escrito de contestación presentado en fecha 14/6/19, y con base en los hechos y fundamentos de derecho en el mismo contenidos, interesó el dictado de Sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de fecha 14/6/19 se fijó como indeterminada la cuantía del recurso.

QUINTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento del procedimiento a prueba ni tampoco trámite de conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 18/12/19, fecha en que tuvo lugar tal diligencia, quedando los autos conclusos para el dictado de la presente resolución, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO.

SEXTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la representación de D^a. [REDACTED] recurso contra la Resolución del Consulado General de España en Guayaquil de fecha 27/12/18 desestimatoria del recurso de reposición dirigido contra la Resolución de fecha 26/10/18 por la que se deniega visado para familiar de ciudadano de la Unión Europea.

En disconformidad con la actuación objeto de impugnación, se interesa la anulación de la misma y, consiguientemente, la concesión del visado concernido. Tras exponer los antecedentes que considera relevantes y rechazando el que pueda considerarse como parte del expediente administrativo el Informe del Cónsul General de España en Guayaquil emitido en fecha 8/4/19, advierte de la falta de motivación de la actuación objeto de la presente *litis* en tanto que no permitiría “*conocer el fruto de las valoraciones realizadas*” por la Administración a la hora de dar respuesta a la solicitud formulada, con la consiguiente indefensión que abocaría a la nulidad de pleno derecho *ex* artículo 47,1 a) de la Ley 39/2015,

de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Asimismo, reseña el doble error en el que se incurre en la Resolución recurrida toda vez que, de una parte, con la denegación se adujo el que no se encontraba el solicitante a cargo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 a) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (RELCRUE), siendo así que le resultaría de aplicación el apartado a) de tal precepto toda vez que es cónyuge de la reagrupante. Y de otra, por cuanto con ocasión del recurso de reposición, se funda la Resolución que lo acuerda en el artículo 7 RELCRUE, precepto que afirma “*regula la autorización de residencia de los familiares de ciudadanos de la Unión Europea*” y “*no la entrada en territorio nacional de los mismos*” que es lo que -según aduce- aquí se pretendería.

Enfatiza en lo demás el que se daría cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 2 a) RELCRUE, contando reagrupante y reagrupado con matrimonio inscrito en el Registro Civil, teniendo un hijo de escasa edad en común con nacionalidad española y encontrándose trabajando en la actualidad en España, rechazando el hecho de que su situación revista los caracteres de precariedad absoluta que en el citado Informe del Consulado se le atribuye.

Frente a lo anterior, la representación del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN (SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS DE EXTRANJERÍA) formula oposición al recurso interpuesto interesando su desestimación al entender que la actuación es ajustada a Derecho. Con cita de la normativa y doctrina legal que entiende de aplicación, rechaza el que proceda la reagrupación pretendida habida cuenta de la “*precaria situación económica*” en la que se encontrarían reagrupante y reagrupado, con saldos en cuentas de 400,54 y 803,01 euros, rechazando en consecuencia el que el segundo se encuentre a cargo de la primera.

SEGUNDO.- Expuestas las respectivas posiciones de las partes, se hace preciso realizar una serie de consideraciones a propósito de la base fáctica y jurídica en la que la actuación objeto de impugnación se sustenta:

-La Resolución del Consulado General de España en Guayaquil de fecha 27/12/18 desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 26/10/18 denegatoria del visado para familiar de ciudadano de la Unión Europea interesado el 11/10/18 por D. [REDACTED] respecto de su cónyuge, la demandante, de nacionalidad española.

-Se fundaba la actuación denegatoria en el hecho de «*no estar a cargo del reagrupante en aplicación del Art. 2.c del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*».

-Con ocasión del recurso de reposición se añade, con cita del artículo 7 RELCRUE [F.D. 5º], que «*han sido estudiadas las alegaciones formuladas [...] y revisado el expediente que obra*

en este Consulado, y de ello no se deduce la aparición de hechos, argumentos jurídicos o elementos de juicio nuevos que puedan determinar una modificación de la resolución de denegación inicialmente notificada» [F.D. 6º].

TERCERO.- Sintetizados en la forma que antecede tanto los hechos esenciales para la comprensión de la controversia como las respectivas posiciones de las partes y el contenido de la Resolución impugnada, la primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la invocada falta de motivación para lo que ha de estarse a los razonamientos de la demandada que han sido transcritos.

Cabe recordar que el artículo 20,2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), dispone que en los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería se respetará en todo caso *“las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones”*. A este respecto, indica el artículo 27,6 LOEX que *“la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito”*.

Sobre tal base normativa y por mor del deber de motivación que el artículo 35 LPACAP también prevé, la Administración viene obligada a aportar una explicación suficiente sobre las razones de la decisión adoptada y que ésta resulte asequible al destinatario de la misma, poniendo de manifiesto los motivos, concretos y precisos aunque no exhaustivos, de la resolución administrativa. Este conocimiento constituye la premisa esencial para que el receptor del acto administrativo pueda impugnar el mismo ante los órganos jurisdiccionales, y éstos, a su vez, puedan cumplir la función que constitucionalmente tienen encomendada de control de la actividad administrativa y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican conforme al artículo 106,1 de la Constitución.

El cumplimiento de esta elemental exigencia de la motivación de los actos, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos en que se basa, se salvaguarda atribuyendo, en caso de incumplimiento, la consecuencia de la anulabilidad del acto administrativo inmotivado prevista en el artículo 48,2 LPACAP. Ahora bien, esta ausencia de motivación puede ser ya un vicio invalidante, ya una mera irregularidad en el caso de que no se haya producido ese desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Así las cosas, ha de acudirse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido o no la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, evaluando si se le ha situado, o no, en una zona de indefensión, por limitación de su derecho de defensa.

Proyectando cuanto antecede al supuesto que nos ocupa, bien puede apreciarse que ninguna indefensión real se ha originado a la recurrente y, por tanto, el motivo de impugnación debe ser rechazado. Del propio relato que la misma realiza se desprende no solo que conocía el por qué de la decisión administrativa adoptada (cuestión distinta es que

no la compartiera) sino que no se ha visto imposibilitada para ejercer los medios legales en defensa de sus intereses.

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, cabe colegir que la cuestión jurídica que se suscita se contrae a determinar si concurren o no los requisitos exigidos por el artículo 2 a) RELCRUE para el otorgamiento del pretendido visado de familiar de comunitario [en la redacción dada por la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) de 1 de junio de 2010 (rec. 114/2007)].

El punto de partida ha de venir dado por el criterio sentado por el Tribunal Supremo al declarar que la reagrupación por españoles de sus familiares no comunitarios y, por ende, el otorgamiento de visados de familiar de comunitario a éstos, se rige por el citado RELCRUE, norma que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [por todas, Sentencia (Sección 3ª) de 8 de mayo de 2017 (rec. 1712/2016)]. En esa jurisprudencia se ha declarado también que la posibilidad de reagrupación debe ser aplicada con criterios menos restrictivos cuando el reagrupante es un ciudadano de la Unión europea que cuando se trata simplemente de un residente legal nacional de un tercer país (aunque en ningún caso con carácter incondicionado).

Por lo que respecta al régimen jurídico aplicable al caso que nos ocupa, la citada Directiva 2004/38/CE permite la entrada en los Estados miembros a todo ciudadano de la Unión y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro que estén en posesión de un pasaporte válido y obtengan un visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001. Por su parte, el artículo 2 RELCRUE dispone que *“el presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal [...]”*. Estos ciudadanos, según el artículo 3,1 RELCRUE, tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por dicho Real Decreto que, en lo que concierne a este caso, comporta la necesidad de visado de entrada para los familiares no comunitarios.

En relación con tal cuestión, la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) de 18 de julio de 2017 (rec. 298/2016) declara que *“a partir de la sentencia de 6 de junio de 2010, dados los términos en los que ha quedado redactado el art. 2 (y anulada la Adicional Vigésima del Reglamento de Extranjería), el Real Decreto 240/07 -con independencia y al margen de la Directiva-, en cuanto disposición de Derecho interno, es también aplicable a la reagrupación de familiares extranjeros (cualquiera que sea su nacionalidad) de españoles, hayan -o no- hecho uso de su derecho a la libre circulación y residencia por el Espacio Común Europeo, y, concretamente, su art. 7. Al español, es cierto, no se le podrá limitar -salvo en los casos legalmente previstos- su derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio español (art. 19 CE), pero esto no obsta para que cuando pretenda reagrupar a familiares extranjeros quede sometido a requisitos o condiciones, en*

este caso, los mismos que al resto de los ciudadanos europeos [...] Por último, las limitaciones a la reagrupación familiar de extranjeros por españoles residentes en España (como las impuestas en la legislación de Extranjería a la reagrupación de familiares por extranjeros residentes legalmente en España) no afectan negativamente al derecho fundamental a la intimidad familiar, reconocido en el art. 18.1 CE, habiendo declarado la STC nº 186/13, en sintonía con la nº 236/07, que nuestra Constitución no reconoce un 'derecho a la vida familiar' en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE” [F.D. 3º].

Sentado lo anterior, debe llamarse la atención sobre el hecho de que en este caso la denegación del visado se fundaría exclusivamente en la comprometida situación económica en la que se encontrarían tanto el solicitante como la recurrente. Así se manifiesta explícitamente en el Informe del Cónsul General de España en Guayaquil de fecha 8/4/19 (que al ser de fecha posterior a la actuación recurrida no forma parte del expediente). Sin embargo, no se discute la realidad del vínculo matrimonial (se señala que se celebró en Guayaquil el 4/10/16) e incluso se admite el que son padres de un hijo nacido en fecha 21/8/17.

Sin embargo, el citado precepto de aplicación lo que demanda es la existencia de un vínculo conyugal y el que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal. Ante tal circunstancia, y no habiendo tenido siquiera lugar la entrevista prevista en la Disposición Adicional Décima 4º del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RLOEX), en orden a comprobar su identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado, no puede dispensarse mayor valor a la mera apreciación subjetiva de la delegación diplomática que a la citada documentación.

Cumplíendose -conforme al régimen legal expresado- los requisitos necesarios para la obtención del visado, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo.

QUINTO.- El artículo 139,1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), establece 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*”. Y el apartado 4º del mismo precepto indica que “*la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima*”. En atención tanto al sentido del Fallo como a la entidad y complejidad del asunto y, por ende, la actuación profesional desarrollada en esta instancia, se entiende procedente imponer las costas a la parte demandada si bien limitando la cantidad que en concepto de honorarios de Abogado y derechos de Procurador ha de satisfacer a la parte contraria hasta una cifra máxima total de 300 euros más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

Viendo los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso interpuesto por la representación de D^a. [REDACTED] [REDACTED] contra la Resolución del Consulado General de España en Guayaquil de fecha 27/12/18 [por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Resolución de fecha 26/10/18 por la que se deniega visado para familiar de ciudadano de la Unión Europea] y, en consecuencia, la anulamos por resultar contraria a Derecho, declarando el derecho del solicitante a obtener el visado de reagrupación familiar solicitado.

Todo ello con imposición de costas a la demandada si bien con la limitación expuesta en el Fundamento de Derecho 5º.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº [REDACTED] 19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº [REDACTED] y se consignará el número de cuenta-expediente [REDACTED] en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Arturo Fernández García

D. José Damián Iranzo Cerezo

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

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