

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2018/0003644

Procedimiento Ordinario 242/2018

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ANA TERESA DIAZ MELGUIZO

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 742/2018

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

En la Villa de Madrid, a cuatro de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso-administrativo 242/2017 promovido por la procuradora de los tribunales doña Ana Teresa Díaz Melguizo, en nombre y representación de **DON [REDACTED]**, contra resolución del Consulado General de España en Casablanca (Marruecos), de 29 de enero de 2018, que deniega el visado de reagrupación familiar en régimen comunitario presentado por dicho recurrente respecto a M^a Doña [REDACTED] en calidad de pareja de hecho, el 26 de enero de 2018; habiendo si sido parte demandada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO**, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el recurrente arriba expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite.

SEGUNDO: En el momento procesal oportuno se requirió a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando, en esencia, que se dicte sentencia por la que estimando el recurso se revoque la resolución impugnada y se conceda el visado solicitado.

TERCERO: A continuación, se confirió traslado a la Abogacía del Estado, en la representación que ostentaba de la Administración General del Estado, para que contestara a la demanda, lo que se verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, la parte terminó suplicando se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto y confirmando la legalidad del acto impugnado.

CUARTO: Se ha fijado la cuantía del procedimiento en indeterminada. Finalmente quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se verificó para el día 3 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. don José Arturo Fernández García, magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, nacido en Marruecos y residente en dicho país, impugna la resolución administrativa descrita en el encabezamiento de esta sentencia que desestima su solicitud de visado de reagrupación familiar en régimen comunitario o de entrada en España en régimen comunitario presentada en calidad de pareja de hecho de la ciudadana española doña [REDACTED], con residencia en España.

El acto recurrido, calificando la solicitud como visado tipo C, razona la denegación por:

“La información presentada para la justificación del propósito y las condiciones de la estancia no resulta fiable.

No se ha podido establecer su intención de abandonar el territorio de los estados miembros antes de que expire el visado”.

SEGUNDO.- La parte recurrente, en su escrito de demanda, alega, en esencia, que en este caso la solicitud del visado era de reagrupación familiar en régimen comunitario y la Administración, prescindiendo del procedimiento, ha resuelto como si fuera de un visado del tipo C, sin valorar toda la documentación obrante en autos, que determina que el solicitante es familiar de ciudadana comunitaria, Doña [REDACTED], de nacionalidad española y residencia en territorio nacional. Por lo que es de aplicación el artículo 2 bis del RD 240/2007.

TERCERO.- El Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007), 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 y de los restantes Estados 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 cónyuges, descendientes directos menores de veintiún años y los mayores de dicha edad que vivan a su cargo y los ascendientes que vivan a su cargo. 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 (comprendido 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.

Por lo tanto, el acceso al territorio nacional de un familiar procedente de un país tercero de un ciudadano español no puede ser denegado porque no se produzca efectivamente – o no tenga por finalidad - una reagrupación familiar, en el sentido del mantenimiento de la unidad familiar, porque ello constituiría una excepción al principio fundamental de libre circulación y residencia, concebido como un derecho subjetivo, que incluye a los familiares beneficiarios de ese derecho y que no puede ser interpretado de forma restrictiva, lo que impide que se ejerzan respecto de esos familiares beneficiarios del derecho de libre circulación y residencia facultades de control respecto de la eventual disgregación familiar de su situación de origen (por contraria al objetivo de proteger la vida familiar).

El Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, introdujo el artículo 2 bis, que bajo el epígrafe “Entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”, dispone:

1. Se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en este real decreto para miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a favor de:

a) Los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2 del presente real decreto, que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él.

2.º Que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

b) La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo.

2. Si los miembros de la familia y la pareja de hecho que se contemplan en el apartado 1, están sometidos a la exigencia de visado de entrada según lo establecido en el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, la solicitud de visado, contemplada en el artículo 4 del presente real decreto, deberá acompañarse de lo siguientes documentos:

a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante.

b) En los casos contemplados en la letra a) del apartado 1, documentos acreditativos de la dependencia, del grado de parentesco y, en su caso, de la existencia de motivos graves de salud o discapacidad o de la convivencia.

c) En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el tiempo de convivencia.

3. La solicitud de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión deberá acompañarse de los siguientes documentos:

a) Pasaporte válido y en vigor del solicitante. En el supuesto de que el documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación.

b) Documentación acreditativa de que el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse cumple los requisitos del artículo 7.

c) En los casos contemplados en la letra a) del apartado 1, documentos acreditativos de la dependencia, del grado de parentesco y, en su caso, de la existencia de motivos graves de salud o discapacidad o de la convivencia.

d) En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el tiempo de convivencia.

4. Las autoridades valorarán individualmente las circunstancias personales del solicitante y resolverán motivadamente debiendo tener en cuenta los siguientes criterios:

a) En el caso de familiares, se valorará el grado de dependencia financiera o física, el grado de parentesco con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y, en su caso, la gravedad de la enfermedad o discapacidad que hace necesario su cuidado personal o el tiempo de convivencia previo. En todo caso, se entenderá acreditada la convivencia cuando se demuestre fehacientemente una convivencia continuada de 24 meses en el país de procedencia.

b) En el caso de pareja de hecho, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada.

5. Las autoridades resolverán motivadamente toda resolución.

CUARTO.- Lleva razón la parte recurrente de que en este caso la solicitud del visado que consta en autos se refiere a una reagrupación familiar en régimen comunitario, o, técnicamente más correcto según lo expuesto, de visado de entrada en España en régimen comunitario, en tanto que el solicitante considera que es familiar de ciudadano comunitario,

concretamente pareja de hecho de la ciudadana española D^a [REDACTED] a tenor del artículo 2 bis del RD 240/2007 citado, tal se especifica en el propio impreso de la solicitud.

Sin embargo, la resolución impugnada califica dicha solicitud como un visado del tipo C, aplicando incorrectamente las causas de denegación de la normativa reguladora a una estancia de corta duración del régimen general de extranjería que se rige por la LO 4/2000 y el RD 557/2011.

Ello supone, efectivamente, el haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido pues la Administración debió de tramitar y resolver dicha solicitud conforme a dicho RD 240/2007, artículo 2 bis, en los términos arriba reseñados y dado que se alega que la ciudadana comunitaria con la que se pretende reunir el solicitante es pareja suya no registrada análoga a la conyugal (apartado 1, letra b de ese artículo 2 bis). Por ello, aparte de ser de aplicación el vigente artículo 47.1, letra e) de la Ley 39/2015, al no existir respuesta de la Administración la consecuencia de la nulidad ha de ser la retroacción de actuaciones hasta el momento de la presentación de la solicitud para que el consulado tramite y resuelva la misma en tanto que se trata como expresamente, se reitera, recogía el impreso de aquella, de un visado de reagrupación familiar de carácter comunitario o de entrada en España en régimen comunitario.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada, dado que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, y no apreciarse en este caso serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado cuarto de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser “a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima” y la Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, de los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de 300 € más la cantidad que en concepto de IVA corresponda la cuantía reclamada.

En este caso la estimación del recurso, aunque parcial, sin embargo determina la imposición de costas a la Administración demandada por cuanto que no ha dado respuesta a lo que se le solicitaba, obligando a la parte a tener necesariamente que acudir al presente procedimiento sin que la misma esté obligada a correr con unos gastos procesales por un claro incumplimiento legal de la contraparte, se reitera, de no resolver con relación a lo que se le solicita.

A la vista de los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

ESTIMANDO EN PARTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por DON [REDACTED], DEBEMOS DECLARAR Y

DECLARAMOS la nulidad por no ser ajustada a derecho, de la resolución administrativa reseñada en el encabezamiento de esta sentencia, **CON RETROACCIÓN** de actuaciones al momento de presentación de la solicitud de visado de reagrupación familiar en régimen comunitario o de entrada en régimen comunitario a fin de que se tramite y resuelva conforme a la normativa aplicable a dicho tipo de visado y en los términos recogidos en el fundamento de derecho cuarto; con imposición de las costas de este recurso a la parte demandada en importe máximo de 300 € y en los términos establecidos en el fundamento de derecho quinto.

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] (Banco de Santander, [REDACTED]), 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, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Juan Pedro Quintana Carretero

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Arturo Fernández García

Dña. María Dolores Galindo Gil

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que 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.