



Roj: **STSJ M 10098/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:10098**

Id Cendoj: **28079330012017100578**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2017**

Nº de Recurso: **95/2017**

Nº de Resolución: **612/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2017/0001236

Procedimiento Ordinario 95/2017

Demandante: D./Dña. Gabriel

PROCURADOR D./Dña. MARIA INES GUEVARA ROMERO

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 612/2017

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ

En la Villa de Madrid, a quince de septiembre de dos mil diecisiete.

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 **95/2017** promovidos por la procuradora de los tribunales doña M^a Inés Guevara Romero, en nombre y representación de **DON Gabriel** , contra resolución, de 7 de diciembre de 2016, del Consulado General de España en Argel (Argelia) que desestima el recurso de reposición formulado contra resolución de de ese mismo órgano, de 29 de septiembre de 2016, que denegó la solicitud de reagrupación familiar presentada por doña Julia , esposa del recurrente, el 3 de septiembre de 2016; habiendo 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 las resoluciones antes mencionadas, 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 dictara sentencia estimatoria del recurso por la que se anule el acto recurrido declarando haber lugar a la concesión del visado solicitado por doña Julia .

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, 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. Recibido el juicio a prueba se practicaron aquellos medios de prueba que admitidos su resultado obra en autos. Finalmente, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo el día, lo que se verificó para el día 13 de septiembre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. D^o JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, nacional de Argelia y residente en España, impugna por medio de este recurso contencioso administrativo las resoluciones contenidas en el encabezamiento de esta sentencia que deniegan a su esposa doña Julia , nacional de Argelia y residente en dicho país, solicitud de visado de reagrupación familiar presentada, el 3 de septiembre de 2016, respecto a dicho cónyuge.

La resolución originaria recurrida razona tal denegación en base a los siguientes argumentos: "Durante la tramitación del expediente y de los documentos presentados se dedujo que la Sra. Julia podría haber estado en situación irregular en España. Una vez estudiada la documentación aportada, este órgano ha llegado a la conclusión de que la solicitante ha permanecido en situación irregular en territorio español, tal y como se deduce, entre otros documentos de la desestimación por la Oficina de Extranjería de la petición de reagrupación familiar (precisamente por ese motivo), el recurso contra la misma y su estimación por parte del Juzgado Contencioso-Administrativo número 4 de Pamplona, que menciona como presupuesto a valorar en la tramitación de petición la salvaguarda de la vida familiar. "Respecto de este último punto, conviene señalar que si bien la interesada ha formado su familia en España, no es menos cierto que conceder el visado sería injusto respecto de aquellas personas que, siendo respetuosas con la norma, permanecen separadas hasta reunir los requisitos establecidos por la normativa española para poder reagrupar a los miembros de la familia. Por lo que este órgano desestima la solicitud de visado por haber permanecido en situación irregular en España, en base a lo establecido en el artículo 57.1, párrafo tercero del Real Decreto 557/2011 ...".

La resolución dictada en vía de recurso de reposición reitera similares argumentos.

La Delegación del Gobierno en Navarra, y a instancia del marido reagrupante, con fecha 8 de agosto de 2016 resolvió conceder autorización de residencia temporal inicial por reagrupación familiar a la reagrupada, en ejecución de la sentencia dictada el 27 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 01 de Pamplona en el recurso (procedimiento abreviado) nº 264/2015.

SEGUNDO.- La parte recurrente, en su escrito de demanda, impugna dichas resoluciones recurridas señalando, en esencia, que lo que prima en el presente caso es la salvaguarda del derecho a la vida familiar en los términos previsto por el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que excluir a una persona del país en el que viven sus parientes más próximos, puede constituir una injerencia en el respeto de la vida familiar protegido en el artículo 8 apartado 1 del CDEH.

En este caso, insiste la parte, el actor, su esposa y la hija menor de ambos (nacida en España el NUM000 de 2015), forman una familia. El matrimonio se contrajo en España en 2013 y el marido y dicha hija menor tienen permiso de residencia en España. Por ello, denegar el visado a la esposa supondría apartarle de su familia. Como señala la sentencia del juzgado que acordó la autorización inicial previa, en ese trámite posterior del visado se podrá valorar la situación de la interesada como también la posible aplicación excepcional de los convenios internacionales orientados a salvaguardar la vida familiar, en atención a las singulares familiares

de la solicitante y que podrían justificar la concesión del visado sin necesidad de encontrarse aquella fuera de España al momento de su expedición.

La defensa del Estado se opone a la demanda y solicita la desestimación del recurso.

TERCERO.- Respecto del fondo del asunto, se ha de recordar que 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.

Ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, los extranjeros residentes pueden reagrupar con ellos en España a su cónyuge no separado de hecho o de derecho, siempre que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley.

Para resolver las cuestiones litigiosas de fondo suscitadas en este procedimiento se ha de recordar, como esta Sala ha señalado en distintas sentencias, que el artículo 17.1.a) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, dispone que son familiares reagrupables, el cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho.

En el mismo sentido el 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, en su artículo 53 recoge los mismos familiares reagrupables por el extranjero residente en España.

Los artículos 56 y 57 del citado reglamento prevén dos trámites entrelazados para obtener el visado. El 56 regula el procedimiento para la autorización de residencia por reagrupación familiar, que culmina con la resolución que en su caso dicte el órgano competente para ello. La solicitud deberá acompañarse de la siguiente documentación:

a) Relativos al reagrupante:

1.º Copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor, previa exhibición del documento original.

2.º Copia compulsada de documentación que acredite que cuenta con empleo y/o 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, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de este Reglamento.

3.º Documentación original que acredite la disponibilidad, por parte del reagrupante, de una vivienda adecuada para atender las necesidades del reagrupante y la familia, y que habrá de ser su vivienda habitual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de este Reglamento.



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

b) Relativos al familiar a reagrupar:

1.º Copia completa del pasaporte o título de viaje, en vigor.

2.º Copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, de la dependencia legal y económica.

Presentada la solicitud en forma o subsanados los defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá lo que proceda. A dichos efectos, recabará de oficio el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como el del Registro Central de Penados.

En el supuesto de que se cumpla con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia por reagrupación, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta:

a) Con carácter general, la expedición del visado, y la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional durante el tiempo de vigencia de éste. En este caso, la resolución de concesión hará mención expresa a que la autorización no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado y la posterior entrada en España de su titular.

b) En el supuesto de familiares de residentes de larga duración-UE, titulares de una Tarjeta azul-UE o beneficiarios del régimen especial de investigadores en otro Estado miembro de la Unión Europea en el que la familia ya esté constituida, la eficacia de la autorización estará condicionada a la efectiva entrada del familiar en territorio nacional, si dicha entrada se produjera tras la concesión de la autorización. En este caso, la entrada deberá producirse en el plazo máximo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización, lo que habrá de constar en la resolución.

El artículo 57 del citado Real Decreto dispone que 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, en su caso, solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida.

La misión diplomática u oficina consular denegará el visado en los siguientes supuestos:

a) Cuando no se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos para su obtención, tras la valoración de la documentación acreditativa de éstos, prevista en el apartado anterior.

b) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe.

c) Cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud.

Previamente, el último párrafo del apartado 1 del mismo precepto dispone que *"Constituirá causa de inadmisión a trámite de la solicitud de visado y, en su caso, de denegación, el hecho de que el extranjero se hallase en España en situación irregular, evidenciado por el poder de representación o por datos que consten en la Administración"*.

La disposición adicional décima de dicho reglamento prevé en su apartado 4 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, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado. La incomparecencia, salvo causa fundada debidamente acreditada ante el órgano competente, en el plazo fijado, que no podrá exceder de quince días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento"*.

Cuando se determine la celebración de la entrevista dentro de procedimientos regulados en el título IV de este Reglamento, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española, además del intérprete, en caso necesario, y deberá quedar constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado.

Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que no se acredita indubitadamente la identidad de las personas, la validez de los documentos, o la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión. En caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá una copia del acta al órgano administrativo que, en su caso, hubiera otorgado inicialmente la autorización".



En este punto se ha de destacar que, no obstante lo ya resuelto por el órgano competente que legalmente ha de conceder la autorización previa de residencia por reagrupación familiar, que está radicado en territorio nacional, la delegación diplomática que finalmente ha de conceder el citado visado puede comprobar la autenticidad de esos documentos que en este caso son determinantes para la obtención del mismo. Como esta Sala ya ha dejado sentado en distintas sentencias, la doctrina jurisprudencial iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2011 no establece que la correspondiente delegación diplomática no pueda revisar una solicitud de visado como la presente, en la que previamente se ha concedido al reagrupado por parte de la subdelegación de gobierno competente una autorización de residencia temporal inicial conforme a lo dispuesto en el artículo 56, en relación con el 57, ambos del RD 557/2011, de 20 de abril. Ello porque en dicha doctrina no se niega esa posibilidad cuando aparezcan nuevos hechos que no ha podido valorar ese órgano de la Administración residenciado en territorio español, y sí el órgano de la Administración exterior, que lo puede hacer dando cumplimiento, además, a lo dispuesto en la legislación de extranjería. Como ya se ha dicho en sentencias dictadas en caso similares, las delegaciones diplomáticas, al estar ubicadas o muy cercanas al país de origen de ambos interesados, conocen mejor su realidad y tienen más elementos de convicción para poder aplicar la referida normativa de extranjería, que expresamente autoriza a dichas delegaciones a que revisen la autenticidad y veracidad de contenido de la documentación presentada y la posibles irregularidades detectadas en la misma constituyen esos datos nuevos que pueden determinar una resolución distinta a la inicial adoptada por la tras una entrevista con el solicitante del visado puedan determinar si efectivamente el motivo de la solicitud es cierto. En la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25 de abril de 2014, recurso de casación nº 10/2013, se reconoce esa actividad instructora de la delegación diplomática a través de la entrevista con el solicitante del visado.

En el presente caso es cuestión indiscutida que la solicitante, esposa del actor, al inicio del procedimiento de reagrupación (solicitud ante la delegación del gobierno correspondiente) se encontraba domiciliada en territorio nacional sin autorización o permiso (ya en la resolución de 27 de febrero de 2015 de la Delegación del Gobierno en Pamplona-confirmada en reposición- denegando la autorización inicial de residencia, se hace constar que, según el pasaporte, la esposa entró en España el 11 de febrero de 2014 y desde entonces no había regresado a su país). En el escrito de recurso de reposición formulado contra dicha resolución se recoge como domicilio de la misma uno ubicado en la localidad de DIRECCION000 (Navarra), no constando que tuviera autorización para residir en España.

Acreditado dicho hecho, la cuestión suscitada por la recurrente, apoyada en un razonamiento de la sentencia del juzgado que accedió a la solicitud de autorización de residencia temporal inicial por reagrupación familiar, es si en este concreto caso el derecho a la vida familiar de la agrupada está por encima de ese requisito legal exigido por la normativa española de que la misma, cuando se presenta la solicitud reagrupación, no resida ilegalmente en España. La parte insiste en que la menor ha de estar con su madre, y ambas en España junto con el padre y marido, por cuanto que aquí dicha menor recibe atención del correspondiente centro de salud.

Sin embargo, como arriba se adelantó, la interpretación que hace el TEDH del artículo 8 del CEDH no establece 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, pues la reagrupación familiar afecta tanto a la vida familiar como a la inmigración. De modo que los estados miembros pueden en su respectiva legislación regular la entrada de los extranjeros en su territorio atendiendo a esos principios de las circunstancias de los interesados y del interés general de ese estado.

En definitiva, la normativa reguladora arriba expuesta es clara y contundente respecto a que es un requisito necesario para poder acceder a una reagrupación familiar como la que es objeto de autos que la solicitante del visado, al inicio del expediente, no se encuentre en situación irregular en España. A tenor del hecho acreditado arriba reseñado, la actora no cumple con ese requisito legal, por lo que los actos recurridos, en estos extremos examinados, se ajustan plenamente a derecho, lo que conlleva la desestimación del recurso.

CUARTO.- 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 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, por los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador en su caso, 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 a la cuantía reclamada.

Sin perjuicio de las costas impuestas en la pieza de medida cautelares.



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

FALLAMOS

DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por don Gabriel contra las resoluciones arriba reseñadas; con imposición de las costas de este recurso a la parte demandante en cuantía máxima de 300 € y en los términos expuestos en el fundamento de derecho cuarto de esta sentencia.

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 2414- 0000-93-0095-17 (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 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-93-0095-17 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.