

**ABOGADO EXTRANJERIA MADRID.- TSJ MADRID ESTIMA RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO REAGRUPACION FAMILIAR REGIMEN COMUNITARIO**

El TSJ de Madrid, a Tribunal competente para resolver los recurso contra la denegación de visado por las misiones diplomáticas en el extranjero, estima en este caso el recurso planteado contra la **denegación del visado de familiar de comunitario.**

En la Villa de Madrid a seis de julio de dos mil doce.

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 1841/11, contra la resolución, de 25-10-11, del Consulado General de España en Nador, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la de 30-12-10 que deniega el visado de reagrupación familiar solicitado, el 24-9-10; 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 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 se anule y deje sin efecto el acto impugnado, reconociendo la situación jurídica individualizada del actor, condenando a la Administración demandada a conceder al demandante visado para su entrada y estancia en España en concepto de reagrupación familiar con su madre.

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

CUARTO.- Mediante auto se fijó la cuantía del procedimiento en indeterminada, y recibido el juicio a prueba, se practicaron aquellos medios de prueba que admitidos, su resultado obra en autos. A continuación, se sustanció el trámite de conclusiones por escrito. Finalmente, quedaron los autos pendientes de señalamiento para

votación y fallo, lo que se verificó para el día 5 de julio de 2012, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. D<sup>o</sup> FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ, magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.

#### Fundamentos de Derecho

PRIMERO.-Es objeto de este recurso contencioso administrativo resolución, 25-10-11, del Consulado General de España en Nador (Marruecos) que deniega el visado de reagrupación familiar solicitado, el 24 de septiembre del 2010 que desestima el recurso de reposición interpuesto por D.            contra la de 30-12-10, por D.            respecto de su madre doña           , nacional de Marruecos y residente en España, casada con el ciudadano español, el reagrupado nació el NUM000 -81 en Marruecos, reside en dicho país de origen y es esquizofrénico.

La resolución originaria fundamenta la denegación del visado de reagrupación familiar-régimen comunitario por ser el solicitante mayor de 18 años y no probar debidamente la incapacidad pro motivos de salud.

SEGUNDO.- La parte recurrente, en su escrito de demanda, alega, en esencia, que en el presente caso ha quedado acreditado con la prueba practicada que el actor, hijo de la reagrupante casada con español, no obstante ser mayor de edad de 21 años, depende de su progenitora pues su padre ha fallecido y el solicitante tiene mermadas su capacidad psíquica. Al cumplir los requisitos legales para ello, entiende dicha parte que el solicitante de visado tiene derecho a su obtención.

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

TERCERO.- En el presente caso enjuiciado, y como arriba se ha adelantado, ha quedado acreditado que el solicitante del visado, hijo de la reagrupante, casada con español, y padece esquizofrenia; no constando que perciba remuneración alguna en su país de origen y residencia.

A lo anteriormente expuesto, se ha de reiterar lo arriba dicho de que el reagrupado es hijo de ciudadana casada con español. Por ello, el régimen jurídico aplicable al supuesto de autos es el constituido por el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, que, 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, letras b ) y . c) 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, 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.*

*c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces".*

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, hijo mayor de 18 años de una ciudadana casada con español comporta la necesidad de visado de entrada para los familiares no comunitarios siempre que acredite vivir a cargo de la reagrupante o sea incapaz .

Al hilo de lo expuesto, se ha de indicar que esta Sección mantiene el criterio de que, a tenor de las consecuencias de la reiterada 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 recogido en esa norma, 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, por lo tanto, el marco normativo tenido en cuenta en las resoluciones impugnadas no es el correcto. 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 disfrutaran 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

En el presente caso, como arriba también se dijo, el reagrupado es mayor de 21 años, su madre está casada con un español, es esquizofrénico, como se desprende de los documentos obrantes en el expediente administrativo en las que se acredita su enfermedad y su tratamiento psiquiátrico, y se ha acreditado con la documentación obrante en autos que no tiene trabajo en su país de residencia, por lo que en la actualidad vive a cargo de su progenitora. Es cierto que dicho reagrupado, en la fecha de inicio del expediente, tenía una edad muy superior a la que normalmente se tiene en cuenta para considerar que un hijo ha acabado los estudios y puede ya ser independiente económicamente respecto de su familia, que es el dato que se valora en estos casos. Sin embargo, la incapacidad física del reagrupado y las circunstancias acreditadas de que carece de trabajo y de que debe vivir económicamente de las remesas económicas enviadas por su madre, constituyen a criterio de esta sala elementos de juicio suficiente como para concluir que en este caso concurre de forma fehaciente el citado requisito exigido legalmente de la dependencia del reagrupado respecto a la reagrupante.

Por todo lo expuesto, se ha de anular el acto recurrido por no ser conforme a derecho y estimar en parte el presente recurso, en el sentido de reconocer al actor el derecho a obtener el visado de entrada en España de régimen comunitario.

QUINTO.- No se aprecian circunstancias que justifiquen la imposición de costas a ninguna de las partes ( art. 139 de la Ley 29/98, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ).

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

Fallo

ESTIMANDO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por Dña. , contra la resolución, 25-10-11, del Consulado General de España en Nador, Marruecos que desestima el recurso de reposición interpuesto por D. Pedro Francisco contra la de 30-12-10 que deniega el visado de reagrupación familiar solicitado, el 24-9- 10, por d. respecto a su madre doña . , residente en España y casada con español, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS las resoluciones recurridas por no

ser conformes a derecho, y DECLARAR el derecho del recurrente a obtener visado de entrada en España de régimen comunitario; sin que proceda expresa imposición de costas.