



Roj: **STS 4679/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4679**

Id Cendoj: **28079130032016100418**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/10/2016**

Nº de Recurso: **4019/2014**

Nº de Resolución: **2320/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12957/2014,**
STS 4679/2016,
AATS 173/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 26 de octubre de 2016

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación con el número 4019/2014 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta contra sentencia de fecha 24 de octubre de 2014 dictada en el Procedimiento Ordinario 228/2014 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid . Siendo parte recurrida la Procuradora de los Tribunales Doña Lourdes Cano Ochoa en nombre y representación de Don Arcadio .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

<<FALLAMOS.-

Que ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por don Arcadio , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lourdes Cano Ochoa, contra la resolución de fecha 27 de abril de 2012 dictada por el Consulado General de España en Nador confirmada en reposición por la de 10 de diciembre de 2013 las cuales anulamos y declaramos su derecho al visado solicitado.

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

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, el Abogado del Estado presentó escrito ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, el Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, de 24 de octubre de 2014 (rec. 228/2014) por la que se estimó el recurso interpuesto por don Arcadio contra la resolución de 27 de abril de 2012 dictada por el Consulado General de España en Nador, y contra la resolución de 10 de diciembre de 2013 que la confirma en reposición.

El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:



1º El primer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, denuncia la vulneración de los artículos 23 y 103 de la Constitución, artículos 33.1, 65 y 67 de la LJ, art. 248.3 de la LOPJ y art. 218 de la LEC por entender que la sentencia impugnada incurre en incongruencia omisiva al no haber dado respuesta a los motivos de oposición esgrimidos en su escrito de contestación, pues contrariamente a lo afirmado en la sentencia el Abogado del Estado no se allanó a la pretensión de la parte actora sino que se opuso a ella. De modo que la sentencia, partiendo de la errónea premisa de un allanamiento inexistente, no abordó los motivos de oposición planteados por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, en concreto la alegación referida a que la solicitud de visado se formuló transcurrido el plazo de dos meses previsto en el art. 57.1 del Reglamento de extranjería (Real Decreto 557/2011) y cuando ya era mayor de edad, por lo que la solicitud de visado incurría en la causa de inadmisión prevista en el apartado 1.b) de la Disposición Adicional Cuarta de la LO 4/2000, de 11 de enero.

2º El segundo motivo, planteado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, se denuncia la infracción de los artículos 24 y 120.3 de la CE, 33 de la LJ, 248.3 de la LOPJ y 218 de la LEC, por entender que se le ha causado indefensión. Y ello porque la sentencia se limita a afirmar erróneamente que el Abogado del Estado se allanó a la demanda, solicitando para ello autorización del Subdirector General de Servicios contenciosos previo informe favorable del órgano administrativo interesado, lo que no se corresponde con la realidad, pues en su contestación a la demanda se solicitó la desestimación del recurso con base a los fundamentos y argumentación contenidas en su escrito de contestación.

Y suplicando a la Sala: <<[...] y en su virtud dicte Sentencia que anule el pronunciamiento de la Sentencia de instancia y conforme la resolución administrativa originariamente impugnada>>.

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: <<[...] declare su inadmisibilidad, o subsidiariamente, lo desestime, declarando no haber lugar al recurso, con imposición de costas a la recurrente, pues así procede en derecho>>.

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 18 de octubre de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, de 24 de octubre de 2014 (rec. 228/2014) por la que se estimó el recurso interpuesto por don Arcadio contra la resolución de 27 de abril de 2012 dictada por el Consulado General de España en Nador, y contra la resolución de 10 de diciembre de 2013 que la confirma en reposición.

SEGUNDO. Sobre la causa de inadmisibilidad planteada.

El representante legal de D. Arcadio, en su condición de parte recurrida, se opone al recurso del Abogado del Estado aduciendo la concurrencia de la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 93.2 de la Ley 29/1998 por entender que la resolución impugnada no es susceptible de recurso de casación pues no se ha infringido, a su juicio, ninguna norma de derecho estatal o de derecho comunitario, entendiéndose que la sentencia es ajustada a derecho y que el motivo invocado en el escrito de interposición no se encuentra entre los relacionados en el art. 88 de la Ley 29/1998 por cuanto no se ha producido indefensión de la parte demandada.

La causa de inadmisión debe ser rechazada, pues si bien el artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, preceptuando el artículo 89.2 de la expresada Ley, a propósito del escrito de preparación, que en el supuesto previsto en el artículo 86.4 habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

En el caso presente, no se aprecia la concurrencia de dicha causa de inadmisión del recurso toda vez que en el escrito de preparación ya se dejan indicados preceptos de carácter estatal (artículos 23 y 103 de la Constitución y los artículos 33.1, 65 y 67 de la LJ, art. 248.3 de la LOPJ y art. 218 de la LEC, entre otros), a lo que se debe añadir que las infracciones procesales que se denuncian se soportan y fundan en preceptos de carácter estatal.



La causa de inadmisión en realidad plantea su discrepancia sobre la existencia de la infracción de los preceptos denunciada pero ello no puede apreciarse como una causa de inadmisión del recurso sino sobre la viabilidad de los motivos casacionales planteados, lo cual constituye precisamente la cuestión de fondo controvertida, por lo que el recurso debe entenderse correctamente preparado con invocación de normas estatales relevantes y respecto de una resolución judicial susceptible de recurso de casación lo que determina la desestimación de la causa de inadmisibilidad planteada

Se desestima la causa de inadmisión.

TERCERO . Sobre la incongruencia omisiva e indefensión.

Los dos motivos del recurso parten del error contenido en la sentencia impugnada al afirmar que el Abogado del Estado se allanó a la pretensión formulada en la instancia por la parte recurrente. Hecho que es negado categóricamente por el Abogado del Estado y que, a su juicio, motivo que el tribunal no se pronunciase sobre la cuestión de fondo controvertida ni sobre los motivos de oposición planteados en su contestación a la demanda por lo que se le generó indefensión y la sentencia incurrió en un vicio de incongruencia omisiva.

La viabilidad de estos motivos de casación depende de la constatación de un hecho: si el Abogado del Estado se allanó o no a la pretensión formulada por el recurrente en la instancia. Pues bien, del examen de las actuaciones se desprende que el Abogado del Estado no se allanó a la pretensión formulada sino que, por el contrario, en su contestación se opuso a la demanda y esgrimió diferentes argumentos para su desestimación, sin que tampoco conste ningún escrito posterior allanándose a dicha pretensión. Por ello, no se comprende que la sentencia, tras la cita del art. 75 de la LJ (referido al allanamiento) añadiese <<Y no se puede olvidar que, para contestar a la demanda en el sentido de allanarse, el Abogado del Estado solicitó y obtuvo la autorización del Subdirector General de los Servicios contenciosos previo parecer favorable del órgano administrativo interesado, sin que se aprecie infracción alguna del ordenamiento jurídico sino, en todo caso, restablecimiento del mismo con reconocimiento de la propia demandada de la conveniencia de no oponerse a las pretensiones de la demanda>>, afirmación que le lleva a la estimación del recurso.

Esta errónea afirmación en la que se basó el tribunal de instancia para estimar el recurso condicionó la respuesta del tribunal a la cuestión de fondo planteada, pues partiendo de ella no se entró a resolver las diversas cuestiones controvertidas de fondo, quedando sin respuesta los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda para oponerse a la pretensión de la obtención de visado consular por reagrupación familiar.

Todo ello determina que la sentencia de instancia incurre en una patente y manifiesta incongruencia omisiva al no resolver sobre las pretensiones y cuestiones controvertidas en el proceso de instancia, generando indefensión al hoy recurrente en casación al tenerle por allanado indebidamente sin entrar a considerar los argumentos y motivos en los que se sustentaba su oposición.

La estimación de este motivo de casación obliga, en una aplicación conjunta del art. 95.2 apartados c) y d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , a resolver sobre este extremo en los precisos términos en que había sido planteado el debate en la instancia y en casación.

CUARTO . Sobre los hechos.

Corresponde ahora entrar a conocer de la cuestión de fondo controvertida, centrada en la obtención del visado consular para hacer efectiva la reagrupación familiar que previamente había sido concedida a favor de D. Arcadio y tres de sus hermanos por resolución de la Subdelegación del Gobierno de Alicante de 21 de julio de 2011.

Para la adecuada resolución de la cuestión controvertida es conveniente partir de los siguientes hechos:

- D. Florentino , en adelante reagrupante, y doña Carmen son padres de siete hijos, uno de ellos es D. Arcadio , en adelante el reagrupado.
- D. Florentino tiene permiso de residencia y trabajo en España desde el 2008.
- D. Florentino solicitó ante la Subdelegación de Gobierno en Alicante autorización de residencia por reagrupación familiar para su esposa (doña Carmen) y tres de sus hijos (entre los que se encontraba Arcadio) que les fue concedida por resolución de 21 de julio de 2011. Los restantes hijos del matrimonio, todos ellos menores de edad, se quedarían en Marruecos al cuidado de su abuela.
- El 13 de diciembre de 2011 D. Arcadio (nacido el NUM000 de 1993), su madre y los tres hermanos presentaron sus solicitudes de visado por reagrupación familiar ante el Consulado General de España en Nador.



- Por resolución del Consulado General de España en Nador de 27 de abril de 2012 se denegó el visado a Arcadio argumentando que a la vista de la documentación presentada si se accediera a lo solicitado se estaría rompiendo el vínculo familiar con los cuatro hijos, menores de edad, que permanecen en Marruecos, afirmando que "resulta inaceptable una reagrupación familiar en la que se separan hermanos y se rompe ese vínculo entre esos menores y se pretende separarlos de su madre. Por lo tanto, no existen razones que justifiquen su residencia en España ya que parte de sus hermanos (y su madre con visado denegado) permanecen en Marruecos y todos tienen un vínculo de convivencia. En consecuencia, no reúne los requisitos establecidos por la legislación vigente para obtener el visado de reagrupación familiar solicitado". Así mismo se denegó el visado a la madre y los otros dos hermanos.

Esta resolución le fue notificada a Arcadio el 21 de mayo de 2012, según consta en el folio 53 del expediente administrativo.

- Contra esta resolución y mediante escrito presentado el 20 de junio de 2012, interpuso recurso de reposición, en el que afirmaba que para evitar la invocada ruptura del vínculo familiar se desistía de la solicitud de visado presentada por la madre y uno de los hermanos y la mantenía respecto de Arcadio y otro de sus hermanos (Nemesio), argumentando que la concesión de visado a estos ya no rompería el vínculo familiar con el resto de los hermanos pues la madre se quedaría en Marruecos con cinco de sus hijos.

- El recurso de reposición fue desestimado por resolución del Consulado de España en Nador de 10 de diciembre de 2013. En dicha resolución se comenzaba afirmando que "es conveniente anotar, que una vez denegada la solicitud de reagrupación familiar al reagrupado y la madre de este, la Sra. Carmen , hace una nueva solicitud en este Consulado General con los cuatro hijos que no solicitaron con anterioridad, resultando autorizada dicha solicitud el 08 de febrero de 2013". La resolución continua afirmando que los padres están procediendo a una reagrupación "a la carta" para conseguir el ingreso en territorio español del reagrupado que casualmente ha alcanzado la mayoría de edad por lo que entiende que se está utilizando la solicitud para conseguir la entrada en España del reagrupado, no para unificar la familia, sino para utilizar el visado de reagrupación familiar para otro fin como pudiera ser la búsqueda de trabajo. Por todo ello entiende que concurren una serie de indicios que llevan a dudar sobre la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado de reagrupación familiar que tiene como objetivo favorecer la vida en familia.

QUINTO . Sobre la falta de motivación de la resolución administrativa impugnada.

El recurrente en la instancia argumenta que la resolución recurrida incurre en un defecto de motivación, pues si bien se basa expresamente en la previsión contenida en el art. 57.3 del Real Decreto 557/2011 , a su juicio, la fórmula empleada en la resolución denegatorio no le permite conocer cuáles son los motivos alegados de cuya veracidad se duda añadiendo que la argumentación consistente en dudar que se persigue la reagrupación con su familia entra en contradicción con el hecho de que el propio consulado autorizó el visado a su madre y cuatro hermanos lo que desvincula al recurrente y a su hermano Nemesio del resto de la familia.

No se aprecia la falta de motivación invocada. Tanto la resolución administrativa inicial como la dictada al resolver el recurso de reposición explican las razones que justifican la denegación del visado solicitado. En la primera se argumenta que gran parte de su familia (incluyendo a su madre cuyo visado fue denegado) permanece en Marruecos, resultando inaceptable una reagrupación familiar en la que se separan hermanos y se rompe esos vínculos entre esos menores y su madre. En la segunda resolución, a la vista de que se había concedido el visado por reagrupación al resto de los miembros de su familia (madre y hermanos), cambió el razonamiento e invocando el art. 57.3.b) del RD 558/2011, de 20 de abril se afirma que la solicitud de reagrupación incurre en fraude de ley, por entender que se está utilizando la solicitud para conseguir la entrada en España del reagrupado, no para unificar la familia, sino para utilizar el visado para otro fin como pudiera ser la búsqueda de trabajo. Por todo ello entiende que concurren una serie de indicios que llevan a dudar sobre la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado de reagrupación familiar que tiene como objetivo favorecer la vida en familia.

No puede apreciarse, por tanto, que las resoluciones administrativas carezcan de la necesaria motivación, pues en ella se explicita el precepto en el que se funda y las razones tomadas en consideración para denegar el visado solicitado, sin que deba confundirse la ausencia de motivación con la discrepancia de la parte con la motivación proporcionada.

SEXTO . Sobre el incumplimiento del plazo para solicitar el visado.

Descartada la falta de motivación, procede entrar a conocer la cuestión de fondo controvertida. La demanda de instancia considera que el recurrente cumplió todos los requisitos exigidos por la legislación de extranjería para la obtención del visado, resultando indiferente que el recurrente con posterioridad a la concesión de la autorización de residencia por reagrupación familiar, pero antes de solicitud el visado por reagrupación familiar,

alcanzase la mayoría de edad, y la existencia de una resolución favorable de la Subdelegación del Gobierno de Alicante en la que se concedía el permiso de residencia por reagrupación familiar y que reconocía el cumplimiento de los requisitos contenidos en los artículos 17 y 18 de la LO 4/2000 para obtener la reagrupación familiar. Negando también que la finalidad buscada al solicitar el visado fuera otra que la reagrupación familiar máxime cuando el propio consulado autorizó el visado a su madre y hermanos, por lo que todos los miembros de su familia salvo un hermano se encuentran en España.

El Abogado del Estado en su contestación a la demanda se opuso argumentando, en primer lugar, el incumplimiento del plazo de dos meses para solicitar el visado en la misión diplomática o consular en que resida el reagrupado computado desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización de residencia (art. 57 del RD 557/2011, de 20 de abril). Dado que la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de 21 de julio de 2011, que concedía la autorización de residencia al reagrupado, fue notificada al reagrupante el 22 de agosto de 2011 y la solicitud de visado se presentó en el Consulado General de España en Nador el día 13 de diciembre de 2011, se habría sobrepasado el plazo de dos meses (computado de fecha a fecha incluyendo el mes de agosto, al ser éste hábil para el cómputo de los plazos administrativos), y en el momento de solicitar el visado era mayor de edad. Considera que el plazo de dos meses opera como término resolutorio de la autorización de residencia por reagrupación familiar y sus efectos no se pueden prolongar cuando el interesado por incumplimiento de ese plazo ha de dejado de reunir el requisito de edad legalmente exigido para la reagrupación familiar. Por ello entiende que concurría la causa de inadmisión prevista en el apartado 1.b) de la Disposición Adicional Cuarta de la LO 4/2000 ("presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido"). Y así mismo opera como motivación de denegación del visado en virtud de la previsión recogida en el art. 57.3.c) del RD 557/2011 , <<la misión diplomática u oficina consular denegará el visado en los siguiente supuestos: c) cuando concorra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud>>.

Lo cierto es que las resoluciones administrativas impugnadas no apreciaron la extemporaneidad de la solicitud de visado ni fundaron la denegación en el incumplimiento del plazo de dos meses previsto en el art. 57 del RD 557/2011 . Esta causa de inadmisión o de denegación se invocó por vez primera en la contestación a la demanda pretendiendo justificar la denegación del visado en un motivo distinto del esgrimido por las resoluciones administrativas impugnadas y que no pudo ser combatido por el recurrente al tiempo de formular su demanda, introduciendo así un motivo nuevo ajeno al contenido de la resolución administrativa que no era lícito plantear en sede judicial como una causa autónoma e independiente para denegar el visado solicitado.

SÉPTIMO . Sobre la denegación del visado consular.

El Abogado del Estado también se opuso en la instancia argumentando que no puede ser acogido el alegato del recurrente tendente a sostener la pretendida vinculación del Consulado General de España en Nador por la existencia de una previa resolución de la Subdelegación del Gobierno en Alicante de 21 de julio de 2011 que le concedido la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, argumentando que tal circunstancia no obligaba a la concesión automática del visado pretendido, trayendo a colación las SSTS de 5 y 20 de octubre de 2011 y 15 de junio de 2012 , 25 de octubre de 2013 (rec. 205/2013) y de 25 de abril de 2014 (rec. 10/2013) , 23 de julio de 2014 (rec. 2995/2013) .

Ello nos sitúa ante la cuestión relativa a las funciones consulares para la expedición de visados de reagrupación familiar una vez haya sido otorgada la autorización de residencia por el Delegado del Gobierno.

Cuestión ésta que ya ha sido abordada en las STS, sección 3ª, de 15 de noviembre de 2011 (rec. 5348/2009) , y más recientemente en la STS de 20 de julio de 2016 (rec. 3839/2015) . En la primera de dichas sentencias, interpretando los artículos 42 y 43 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre , (norma que si bien ha sido derogada por el vigente Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, la doctrina sentada en relación con dichos preceptos resulta aplicable dado los artículos 56 y 57 del vigente Real Decreto reproducen, en lo que ahora nos afecta, las previsiones contenidas en los preceptos de la norma derogada), se afirmaba que <<[...] la resolución por la que se concede la autorización de residencia temporal por reagrupación es válida por sí misma, aunque su eficacia y consiguiente despliegue de efectos queda supeditada a la obtención y expedición del visado. El visado es, por tanto, desde esta perspectiva, condición de eficacia pero no de validez de la autorización de residencia por reagrupación. Por tanto, la concesión de la autorización de residencia por reagrupación no es producto del ejercicio de una competencia compartida, en cuya virtud sea necesaria para su misma existencia y validez la concurrencia sucesiva de dos voluntades (la del Subdelegado del Gobierno, primero, y la del agente diplomático o consular, después), sino que se perfecciona por la propia resolución que la concede, siendo la posterior expedición del visado mero requisito de eficacia de la misma>>.

En esta sentencia ya se aborda la determinación del ámbito competencial de examen y cognición del asunto por parte del agente diplomático o consular, o dicho de otra forma, la posibilidad de que el agente consular, al



tiempo de resolver sobre la solicitud de visado, denegase el mismo tras valorar de nuevo los documentos en su día presentados para obtener el permiso de residencia por reagrupación familiar o tomando en consideración hechos o informes posteriores. Problema que se origina en gran medida por el hecho de que la documentación cuya aportación se exige para obtener el visado coincide en gran parte con la que ya presentada ante la autoridad competente para conocer de la autorización de residencia, entre la que se encuentra la obligación de presentar ante el agente diplomático o consular <<documentación original que acredite los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, la edad y dependencia legal>> (art. 57.2.c del Real Decreto 557/2011), coincidente con la que es preciso aportar ante el órgano competente para obtener el permiso de reagrupación familiar, con la diferencia de que ante esta última tan solo se requiere la aportación de "copia" de esa documentación (art. 56.3.b).2 del RD 557/2011), mientras que ante la Embajada o Consulado se exige la aportación de los documentos originales, a través de cuyo examen se podrá contrastar definitivamente su autenticidad e identidad.

Previsión, esta que ha de ponerse necesariamente en relación con lo dispuesto en el art.57.3.b) del Real Decreto 557/2011 que permite que la misión diplomática o consular deniegue e visado <<cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe>>.

El interrogante que se planteaba entonces, y que ahora se vuelve a plantear en este recurso, es si cabe la posibilidad de que la valoración de esas circunstancias difiera en uno y otro caso aun siendo los mismos los datos objetivos tomados en consideración.

En la STS de 15 de noviembre de 2011 (rec. 5348/2009) afirmábamos que aun habiéndose concedido por la Administración la autorización de residencia temporal por reagrupación, la Embajada o Consulado podrá denegar el visado correlativo en los siguientes supuestos:

< <1º) Si el reagrupado no aporta (o no lo hace en debida forma) junto con su solicitud de visado la documentación propia o característica de este concreto expediente, que es la específicamente exigida por el artículo 43 (actualmente en el art. 57 del RD 557/2011); o si esta documentación resulta inservible o insuficiente a los efectos pretendidos de expedición del visado.

2º) Si una vez aportados los documentos originales concernientes a los vínculos familiares, la edad, y la dependencia legal y económica, de los que en el primer expediente de autorización de residencia temporal únicamente se adjuntó copia, se comprueba tras el correspondiente examen y cotejo que esos datos aportados en el primer expediente, a través de simples copias, no son ciertos (esto es, que las copias presentaban algún tipo de falsedad) y que los originales no son suficientes a los efectos pretendidos (en tal caso además de denegarse el visado, lo procedente es instar la inmediata revisión de oficio de la inicial autorización de residencia temporal por reagrupación).

3º) Si con ocasión de la tramitación del expediente para la obtención del visado surgen o se aprecian datos o elementos de juicio novedosos, esto es, no tenidos en cuenta al tiempo de resolver sobre la autorización de residencia temporal para la reagrupación familiar, que pongan de manifiesto una circunstancia que justifique la denegación del visado pretendido (una vez más, en la medida que esa circunstancia novedosa pudiera dar lugar a reconsiderar la propia validez de la precedente resolución de concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, habrá de valorarse su revisión de oficio).

Ahora bien, si la documentación original coincide con la aportada antes mediante copia y no se ponen de manifiesto con ocasión de la tramitación del expediente de visado esos datos novedosos a que acabamos de referirnos carece de justificación aprovechar el trámite de solicitud del visado para reexaminar y reconsiderar lo mismo que ya se ha examinado y acordado mediante resolución administrativa firme, y así cambiar el criterio sentado en esa primera resolución autorizatoria de la reagrupación.

Esto es, si la documentación de la que en su día se aportó copia es reproducción fiel del original auténtico, y como tal ya ha sido valorada y considerada adecuada y suficiente por la autoridad que concedió la autorización de residencia por reagrupación, no cabe rectificar esta valoración con única base en el personal y diferente criterio de quien resuelve sobre la expedición del visado acerca de la suficiencia de esos documentos a los fines pretendidos; y eso por tres razones: 1º) porque significaría negar valor a un acto administrativo declarativo de derechos sin utilizar los preceptivos cauces revisorios de oficio establecidos en la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común ; 2º) porque implicaría ir contra el principio de vinculación a los propios actos que rige en las relaciones entre Administración y ciudadanos, del que deriva que la Administración no puede comunicar una decisión que favorece a su destinatario e ignorarla después; y 3º) porque partiendo de la base de que en cualquier realidad no pueden convivir indistintamente una cosa y la contraria, lo que no puede la Administración es negar la concurrencia de uno de los requisitos exigidos para la reagrupación familiar, cuando ella misma ha reconocido su concurrencia con base en los mismos datos y en favor del mismo interesado [...]>>.



Esta jurisprudencia, posteriormente reiterada en sentencias como la de 25 de abril de 2014 (Recurso: 10/2013), ha permitido que la Embajada o Consulado a la vista de la documentación original aportada, no solo la contraste con el original sino que también indague sobre la autenticidad sobre los documentos y los hechos relatados, pero excluye la posibilidad de que utilizando los mismos datos y documentos se realice una valoración alternativa en la que se reexamine y reconsidere lo mismo que ya se ha examinado y acordado mediante resolución administrativa firme en la que se concedió la autorización de residencia por reagrupación familiar.

En el supuesto que nos ocupa, la resolución del Consulado basándose en el art. 57.3.b del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril denegó el visado solicitado al entender que existían indicios que llevaban a dudar sobre la veracidad de los motivos solicitados para solicitar el visado, al entender que no se persigue la reagrupación familiar sino la entrada en España para buscar trabajo. Lo cierto es que el Consulado en ningún momento realizó una investigación paralela o complementaria que le permitiese afirmar que los documentos presentados para obtener la autorización de residencia temporal fueran falsos o que las manifestaciones realizadas entonces fueran inexactas o con mala fe, ni tampoco se realizó actividad instructora complementaria que permitiese tomar en consideración nuevos hechos o datos que no pudieron ser valorados cuando se concedió aquello, simplemente realizó una valoración alternativa y distinta que la realizada por la Subdelegación del Gobierno de Alicante cuando concedió el permiso de residencia por reagrupación familiar, y para ello utilizó la misma documentación que ya se presentó en su día, lo cual implica un exceso por parte de dicho Consulado y resulta contrario a la jurisprudencia antes citada.

Tampoco se aprecian razones para denegar el visado pretendido. La resolución administrativa consideró inicialmente que no existían razones que justificasen su residencia en España ya que parte de sus hermanos (y su madre con visado denegado) permanecen en Marruecos y todos tienen un vínculo de convivencia, argumentación que se modificó parcialmente en la resolución de reposición en la que se argumentó que el padre, al solicitar inicialmente la reagrupación tan solo de una parte de su familia, estaba procediendo a una reagrupación "a la carta" para conseguir el ingreso en territorio español del reagrupado que casualmente ha alcanzado la mayoría de edad por lo que entiende que se está utilizando la solicitud para conseguir la entrada en España del reagrupado, no para unificar la familia, sino para utilizar el visado de reagrupación familiar para otro fin como pudiera ser la búsqueda de trabajo. Todo ello le lleva a afirmar que existen indicios que llevan a dudar sobre la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado de reagrupación familiar que tiene como objetivo favorecer la vida en familia.

A tal efecto, debe afirmarse que no existe inconveniente alguno para que el padre que reside en España intente reagrupar tan solo a algunos de los miembros de su familia aunque otra parte de la familia permanezca en su país de origen. Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio de 2012 (rec. 5247/2011) respecto de la procedencia de reagrupación parcial que <<[...] la Sentencia de 20 de julio de 2.011 (RC 4.669/2.008) nos pronunciamos a favor de la admisión en nuestro Derecho de la reagrupación parcial, que supone la de algún o algunos miembros de la familia del reagrupante y no del entero núcleo familiar. Este criterio es consecuencia del concepto jurídico de reagrupación familiar que resulta de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de Septiembre de 2.003, y de las normas nacionales, todas aplicables a la reagrupación promovida por ciudadanos extranjeros, y ha sido reiterado en dos Sentencias posteriores: la de 26 de octubre de 2.011 (RC 479/2.008), que también cita el recurrente, y la de 28 de febrero de 2.012 (RC 6.214/2.010). Sin necesidad de reproducir en su integridad los pronunciamientos de la primera Sentencia mencionada, a los que nos remitimos, deben recordarse al menos estas consideraciones:

"Para los descendientes directos menores de edad, que corresponden al nivel de parentesco más inmediatamente ligado a la noción de familia empleada en la Ley 4/2000, no se impone ningún requisito adicional ni respecto de ellos puede exigirse la alegación de otras razones justificativas adicionales. El legislador considera, siguiendo la Directiva antes citada, que en semejantes supuestos la reagrupación familiar de los hijos menores de edad está justificada por sí misma.

A diferencia de algunas legislaciones de otros países europeos, no exige la nuestra que la reagrupación se extienda al conjunto de los miembros de la familia ni tal requisito puede inferirse de los preceptos legales y reglamentarios, sino más bien al contrario: a tenor del artículo 42 del Reglamento de la Ley 4/2000 el extranjero que desee ejercer este derecho debe solicitar una autorización de residencia temporal "a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar".

Y es que, en efecto, nada obsta en principio ni a la reagrupación parcial ni a la reagrupación sucesiva de los familiares reagrupables, a medida que las condiciones de estancia del residente en el país de acogida vayan siendo más favorables, también desde el punto de vista económico. No cabe olvidar que a tenor de la propia Ley 4/2000 (artículo 18) el reagrupante debe acreditar que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada, requisitos que no siempre



serán fácilmente alcanzables en relación con todos los miembros de aquélla, de modo especial si es numerosa como en este caso ocurría, para emigrantes de escasos recursos.

Es cierto, como afirman la oficina consular y la Sala de instancia, que situaciones como la de autos pueden abocar a una fragmentación, más o menos provisional, de la familia que permanece en Marruecos pero también lo es que la fragmentación se había operado ya desde el momento en que uno de sus miembros (el padre en este caso) emigró y reside legalmente en España, siendo razonable -y acogible en Derecho- su pretensión de disfrutar de la vida familiar al menos con alguno de sus hijos menores de dieciocho años." (fundamento de derecho cuarto).

Por consiguiente, debe rechazarse la postura que refleja la Sentencia recurrida considerando improcedente la reagrupación por permanecer en el país de origen un miembro del núcleo familiar, la madre de los reagrupados. No hay, como hemos visto, ningún obstáculo legal para que el padre reagrupe a solo dos de sus hijos menores.

Tampoco se aprecia circunstancia especial alguna que justifique una distinta solución. No hay ningún dato que pruebe, en interés de unos menores con 14 y 17 años al tiempo de la solicitud, que sea prioritario mantener el vínculo con su madre que con su padre, ni tampoco otorgar preferencia a su permanencia en su ámbito social y cultural de origen frente a las ventajas de otro tipo que supone la residencia en España. De todos modos, no es aceptable la interpretación restrictiva que del instituto de la reagrupación familiar revela la Sentencia recurrida, pues se basa en un hipotético interés de los reagrupados que se opone a su propia voluntad y a la de sus progenitores manifestada en vía administrativa>>.

De modo que no puede justificarse la denegación del visado por reagrupación familiar por el hecho de que tan solo se solicitase para algunos de los miembros de la familia, pues ello no revela un fraude legal ni el intento de utilizar este visado para una finalidad distinta de la prevista por nuestro ordenamiento que pueda considerarse contraria a derecho.

También debe destacarse que al tiempo de dictarse la resolución del recurso de reposición el Consulado era conecedor, y así lo hacía constar en su propia resolución, que el resto de la familia, a excepción del recurrente y un hermano, habían obtenido el permiso de residencia y el visado por reagrupación familiar y se encontraban en España. En definitiva, cuando el Consulado resolvió en reposición los padres del recurrente y la mayor parte de sus hermanos estaban autorizados para residir en España y, sin embargo, al recurrente se le deniega el visado, sin otra aportación de documentos o instrucción complementaria, al dudar de que las intenciones del solicitante sea la reagrupación con su familia.

Tal decisión no solo se basa en una mera especulación carente de apoyo alguno y basada en meras conjeturas, sino que además sin la aportación de nuevos datos ni instrucción complementaria alguna, rectifica y contradice la resolución administrativa que ya concedió la reagrupación familiar, y además entra en abierta contradicción con las autorizaciones sobrevenidas en las que se concedió el visado al resto de los miembros de la familia, circunstancias que eran conocidas por la oficina Consular cuando dictó la resolución de reposición. De modo que la denegación del visado que nos ocupa produciría el efecto de aislar al recurrente del resto de su núcleo familiar directo, padres y hermanos, que residen en España.

Por todo ello, procede estimar el recurso y anulando las resoluciones dictadas por el Consulado General de España en Nador conceder el visado solicitado por don Arcadio .

OCTAVO. Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **PRIMERO.-** Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, de 24 de octubre de 2014 (rec. 228/2014), que se casa y anula. **SEGUNDO.-** Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Arcadio contra la resolución de 27 de abril de 2012 dictada por el Consulado General de España en Nador, y contra la resolución de 10 de diciembre de 2013 que la confirma en reposición, anulando dichas resoluciones y concediendo el visado solicitado. **TERCERO.-** No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ