

Els Consolats no poden denegar els visats de residència per reagrupament familiar si, amb anterioritat, la pròpia Administració ha concedit el permís de residència temporal per reagrupament

Se estima el recurso frente a la sentencia que confirmó la resolución del Consulado de España en Casablanca, que denegó la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar, por considerar que no quedaba acreditada ni la existencia de razones que justificaran la necesidad de autorizar la residencia en España de la recurrente, ni la dependencia económica exclusiva de ésta respecto del hijo residente en España.

Tal como sostiene la parte actora, el Consulado excedió el ámbito de su competencia, al denegar el visado por las razones indicadas, cuando anteriormente la Subdelegación del Gobierno había concedido el permiso de residencia temporal por reagrupación, al estimar que concurrían los requisitos legalmente establecidos. 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 la primera resolución autorizatoria de la reagrupación, pues ello supondría negar valor a un acto administrativo declarativo de derechos sin utilizar los preceptivos cauces revisorios de oficio, e implicaría ir contra el principio de vinculación a los propios actos que rige en las relaciones entre Administración y ciudadanos.

Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo Sentencia de 15 de noviembre de 2011

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 5348/2009 Ponente Excmo. Sr. MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

En la Villa de Madrid, a quince de Noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación n.º 5348/2009 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fernández Salagre en nombre y representación de D. Avelino, contra la Sentencia de 19 de febrero de 2009, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 737/06.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso contencioso

administrativo n.º 737/06, contra la Resolución del Consulado General de España en Casablanca de 11 de julio de 2006, mediante la que se le denegó al hoy recurrente el visado solicitado para reagrupación familiar en España con su hijo, don Ismael.

SEGUNDO. - La expresada Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta Sentencia el 19 de febrero de 2009, cuyo fallo expresa:

"Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D.ª M.ª Jesús Fernández Salagre, en nombre y representación del ciudadano marroquí D. Avelino, contra la resolución dictada el 11 de julio de 2006 por el Cónsul General de España en Casablanca, en virtud de la cual se le denegó la solicitud de visado de residencia por reagrupación familiar, declarando ajustada a Derecho la citada resolución. Sin hacer expresa imposición de las costas causadas."

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, por la Procuradora de los Tribunales D.ª M.ª Jesús Fernández Salagre, en nombre y representación de D. Avelino, se presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia de 20 de julio de 2009, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo a este Alto Tribunal, la Procuradora de los Tribunales D.ª M.ª Jesús Fernández Salagre, en nombre y representación de D. Avelino, interpuso el 5 de noviembre de 2009 el citado recurso de casación, en el que se formulan dos motivos de impugnación: el primero, al amparo de lo establecido en el subapartado c) del artículo 88.1 de la LRJCA, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate (artículo 24 de la CE y artículo 67 de la LJCA); y el segundo, al amparo de lo dispuesto en el subapartado d) del artículo 88.1 de la LJCA, (artículos 13.1 y 24 de la CE en relación con los artículos 16.2 y 17.1 d) de la LO 8/2000 y artículos 39.d) y artículo 43 del Reglamento de extranjería RD 2393/2004).

QUINTO. - Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto por Auto de 6 de mayo de 2010, se dio traslado a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al expresado recurso, lo que verificó la Abogacía del Estado con fecha 26 de julio de 2010.

SEXTO.- Formalizada la oposición al recurso de casación, interpuesto, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el 8 de noviembre de 2011, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D.ª. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida, de 19 de febrero de 2009, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 737/06, interpuesto por la representación de D. Avelino contra la Resolución del Consulado General de España en Casablanca de 11 de julio de 2006, mediante la que se le denegó el visado de residencia para reagrupación familiar por las razones siguientes:

"Su solicitud ha sido denegada por no cumplir con las condiciones establecidas en la Ley Orgánica 4/2004 de 11 de enero de Derechos y *Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, modificada por las Leyes 8/2000 de 22 de diciembre, 11/2003 de 29 de septiembre y 14/2003 de 20 de noviembre, y el reglamento de desarrollo de esta Ley aprobado por Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, para la expedición de visados de residencia, en particular las relacionadas con:*

-No se aprecian razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España.

-No justifica depender de forma exclusiva, ni legal ni económicamente, del hijo residente en España:

-Padre de 11 hijos."

La Sentencia de instancia que confirma la resolución recurrida en los términos expresados, basa su fallo desestimatorio en las consideraciones siguientes, expresadas en el fundamento jurídico segundo de la misma:

““ [...] *El artículo 17.º d) de la Ley Orgánica 4/2.000 de 11 de Enero, reformada por la L.O. 8/2.000, establece expresamente que el extranjero residente tiene derecho a agrupar con él a sus ascendientes o a su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.*

En concordancia con lo anterior, el artículo 39 del Real Decreto 2393/2004 previene que "El extranjero podrá reagrupar con él en España a... sus, ascendientes o a los de su cónyuge, cuando estén a u cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España", añadiendo que "Se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva".

Es cierto que el informe gubernativo - o autorización temporal - aprobado por el Subdelegado del Gobierno en Castellón ha sido emitido con carácter favorable en el presente supuesto. Ahora bien, el carácter favorable de ese informe se a las condiciones que deben acreditarse referidas al reagrupante (art. 42 del Reglamento de Extranjería), *debiendo entenderse por tales, básicamente, la acreditación de alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada* (art 18 de la ley Orgánica 8/2000), *y eficacia se encuentra condicionada concesión del visado, como expresamente se indica Ademar el motivo por el que se deniega el visado no se refiere al incumplimiento de aquellas condió por lo que no cabe apreciar efecto vinculante del informe respecto de estos motivos.*

Puede ya anticiparse que, como acertadamente se señala en la resolución impugnada, en el presente caso no ha quedado acreditada ni la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España de la recurrente, ni la dependencia económica exclusiva de esta respecto del hijo residente en España.

Al formular su solicitud, el 16 de Junio de 2.006, el demandante aportó justificantes que acreditaban que al menos desde el mes de Diciembre de 2.005 él y su mujer (que también solicitó el visado por reagrupación) vienen recibiendo transferencias de su hijo residente en España, con un montante medio mensual de 375 €, pero tales envíos resultan, en efecto, insuficientes a los efectos de presumir una dependencia económica exclusiva de aquellos respecto de éste pues, como hemos apuntado, el artículo 39 del Reglamento de extranjería exige, para que pueda entenderse que los familiares están a cargo del reagrupante, que se acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, el reagrupante ha transferido fondos o soportado gastos de su familia en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva. Es cierto que en sede jurisdiccional se han aportado justificantes de otras transferencias de fechas anteriores pero la irregularidad en la frecuencia de los envíos (tres en todo año 2.005 y uno en el año 2.004), impide estimar acreditada una dependencia económica efectiva del recurrente respecto del hijo con el que quiere reagruparse.

Hay que tomar, además, en consideración que la inmensa mayoría de los trabajadores inmigrantes instalados en nuestro país envían remesas dinerarias a sus familias en el lugar de origen, lo cual no puede determinar de manera generalizada, que el envío de dichas remesas implique necesariamente la incorporación como residentes en España de sus receptores.

Junto a ello ha de tenerse presente nada se dice ni sobre el resultado final de la petición de visado de la esposa del recurrente (que es la persona natural y legalmente obligada a prestarle ayuda personal) ni sobre sus otros ocho hijos que permanecen, según él mismo indica, en Marruecos y que podrían también prestarle la asistencia económica o personal necesaria, lo cual determina que resulte también acertada la valoración administrativa al apreciar que no existen razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Al no concurrir, por tanto, en el presente caso los requisitos legalmente establecidos para que resulte procedente la concesión del visado solicitado la resolución administrativa impugnada se revela plenamente ajustada a derecho, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso.”“

SEGUNDO. - El recurso de casación interpuesto por D. Avelino, se fundamenta en dos motivos de impugnación:

El primero, al amparo de lo establecido en el apartado c) del artículo 88.1 de la LRJCA, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por infracción del artículo 24 de la CE y artículo 67 de la LJCA. La Sentencia impugnada no decide, según el recurrente, sobre la incompetencia del Consulado General de España en Casablanca para cuestionar sobre si procede o no la reagrupación familiar, que se había planteado en la demanda y sobre la que debía la Sentencia recurrida haberse

pronunciado, con lo que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Estima el recurrente que la competencia de la autoridad para decidir sobre la reagrupación familiar, se halla atribuida a la del domicilio del reagrupante; en consecuencia, la autoridad competente para decidir sobre la procedencia de la reagrupación solicitada por el residente en España es la Subdelegación del Gobierno en Castellón, quién, tras la tramitación del oportuno expediente concede la autorización de residencia por reagrupación familiar, con la obligación del familiar reagrupado de solicitar en el plazo de dos meses el visado en la oficina consular más cercana a su domicilio.

El segundo motivo, al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88.1 de la LJCA, se fundamenta en la vulneración de los artículos 13.1 y 24 de la CE en relación con los artículos 16.2 y 17.1 d) de la LO 8/2000 y artículos 39.d) y artículo 43 del Reglamento de extranjería RD 2393/2004. Manifiesta la parte recurrente que la Oficina Consular no debe decidir sobre el fondo de la procedencia de la autorización de la reagrupación, ya decidida y firme por la autoridad gubernativa. En el presente supuesto, el Cónsul General de Casablanca emite informe denegatorio del visado, basándose en costumbres locales, supuestas presunciones y no en aseveraciones de la realidad de la familia, sin haber requerido de comparecencia al solicitante del visado en cumplimiento de la facultad que al efecto le otorga el artículo 43.3 del Reglamento citado.

TERCERO.- El primero motivo impugnatorio ha de ser rechazado, toda vez que de una somera lectura de la sentencia impugnada pone de manifiesto la inconsistencia de la argumentación ofrecida por la parte recurrente. Efectivamente, la representación procesal del Sr. Avelino había planteado en la demanda la cuestión concerniente a la incompetencia del Consulado General de España en Casablanca para cuestionar sobre si procedía o no la reagrupación familiar, respecto a la cual la Sala de instancia se pronuncia en el Fundamento de Derecho Segundo, antes transcrito, de la Sentencia impugnada, lo que evidencia que no se ha producido infracción alguna del artículo 67.1 de la LJCA, que impone que la Sentencia deberá decidir sobre todas las cuestiones controvertidas en el pleito. En consecuencia, tampoco se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva pretendido por el recurrente.

CUARTO.- Por lo que se refiere al segundo de los motivos hemos de recordar que, recientemente este Tribunal ha dictado Sentencia en el recurso número 5245/08, con fecha 5 de octubre de 2011, en la que la esposa del hoy recurrente, Fatna El Amin, recurría en casación la Sentencia dictada por la Sala de este Orden Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Primera) el 10 de julio de 2008 - recurso contencioso-administrativo n.º 738/2006 - que desestimó el recurso formulado frente a la Resolución del Consulado General de España en Casablanca, de 11 de julio de 2006, por la que se le denegaba el visado de reagrupación familiar en España con su hijo D. Ismael. En aquel recurso casacional se planteaban por la parte recurrente las mismas cuestiones que hoy son objeto de los motivos impugnatorios formulados por D. Avelino, y que consistían en que el Consulado español en Casablanca, al denegar el visado con base en la falta de vinculación y dependencia económica del reagrupante y reagrupado, excedió el ámbito de su competencia, desde el momento que reexaminó la decisión favorable que acerca de tal cuestión ya había adoptado la Subdelegación del Gobierno en Castellón cuando concedió el permiso de residencia temporal por reagrupación; la recurrente insistía en que el órgano competente entendió suficientemente acreditada esa dependencia económica entre ambos, por lo que el

Consulado no debió haber reabierto una cuestión que ya estaba decidida por resolución administrativa favorable para ella misma.

Pues bien, la resolución de este segundo motivo impugnatorio exige la remisión a lo que ya dijimos en aquel otro recurso número 5245/2008, en el que la resolución administrativa originariamente dictada y de la que trae causa el recurso número 738/2006, posee idéntico fundamento desestimatorio.

Así las cosas, conviene traer a colación la reciente Sentencia de esta Sala, de 5 de 2011, en la que tras reproducir el artículo 43 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, dijimos:

““ A tenor de lo dispuesto en el apartado que se acaba de transcribir, 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.

Resulta coherente con esta regulación la obligación que se establece para el reagrupado en el artículo 43, *a cuyo tenor 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 solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida.*

Y es en este momento del procedimiento administrativo de reagrupación cuando surge la cuestión que plantea en primer lugar la recurrente en el presente recurso de casación, en torno a la determinación del ámbito competencial de examen y cognición del asunto por parte del agente diplomático o consular. Problema que se origina en gran medida por el hecho de que la documentación cuya aportación se exige en esta fase coincide en parte (y con las salvedades que inmediatamente apuntaremos) con la que ya había sido entregada ante la autoridad competente para conocer de la autorización de residencia; lo que nos conduce a delimitar la relación y eventual superposición del contenido del juicio decisorio de una y otra autoridad. [...]

En una primera y superficial aproximación, pudiera decirse que la documentación que se exige en el artículo 42 *va referida al reagrupante (que es quien pide la autorización de residencia para reagrupar al familiar), mientras que el artículo 43 enumera documentos concernientes al reagrupado (que es quien solicita el visado). Sin embargo, esta inicial apreciación no es del todo correcta y debe matizarse.*

Tal planteamiento puede aceptarse en cuanto concierne a la expedición del visado regulada en el artículo 43, *pues en este concreto expediente se pide al reagrupado únicamente documentación referida a él mismo y no al reagrupante (aun cuando se le pide que aporte asimismo la copia de la autorización de residencia instada y obtenida*

por el reagrupante, es únicamente a los efectos de la constatación formal de la existencia de dicha resolución).

Sin embargo, en cuanto atañe al expediente para la concesión y obtención del permiso de residencia por reagrupación del artículo 42, *no es cierto que sólo se valore la situación y circunstancias del reagrupante, desde el momento que entre los requisitos que se exigen a este figura la necesidad de aportar "copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica". Obvio es que si estos documentos se exigen ha de ser para algo, que sólo puede ser para que la autoridad competente para conceder el permiso de reagrupación estudie si realmente se da el presupuesto de hecho de la misma, esto es, la relación de parentesco y la vinculación legal y económica entre reagrupante y reagrupado.*

En consecuencia, constituye una inexactitud afirmar que en este primer expediente del art. 42, *de autorización de residencia por reagrupación, sólo se valora la situación y circunstancias vitales del reagrupante. Muy al contrario, también se estudian las del reagrupado (si no fuera así, la obligación de aportar esos documentos carecería de todo sentido). [...]*

Pues bien, ocurre que el artículo 43 dispone que en el curso del expediente de visado, el reagrupado habrá de aportar ante el agente diplomático o consular "documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica". Este apartado coincide en gran parte con la del artículo 42 *a que nos acabamos de referir, ahora bien, la coincidencia no es exacta sino que presenta un relevante matiz diferenciador (en el que abundaremos en seguida), desde el momento que ante la Administración interior del Estado se requiere la aportación de "copia" de esa documentación, 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 del artículo 43 que acabamos de anotar, que ha de ponerse necesariamente en relación con otras dos *que añade el mismo artículo 43: la primera, 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, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada"; y la segunda, que si los agentes diplomáticos o consulares actuantes llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada.*

Se observa, pues, que los ámbitos de uno y otro procedimiento se interrelacionan, al menos aparentemente (por utilizar una imagen gráfica), como círculos secantes, en la medida que parecen presentar un ámbito de yuxtaposición, que es el referido a la valoración de los vínculos familiares entre reagrupante y reagrupado y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica. Es precisamente en este concreto aspecto donde surge el problema que ha planteado la recurrente en casación, de la eventual fricción entre lo decidido en uno y otro expediente (como en este caso que ahora nos ocupa ha sucedido, según denuncia la parte recurrente). El interrogante es, en definitiva,

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.

Planteado el problema en estos términos, podemos anticipar que realmente esa colisión no existe o no tiene por qué darse, en la medida que la resolución sobre el visado ha de atender o basarse únicamente en datos propios de ese expediente y distintos de los valorados en el expediente de autorización de residencia del artículo 42; *pero no se puede utilizar el expediente del artículo 43 para someter a nueva valoración los mismos elementos que ya han sido apreciados y valorados con ocasión de la decisión propia del expediente de autorización de residencia del art. 42.*

Así, en una interpretación conjunta y armónica de lo dispuesto en estos dos artículos 42 y 43 *tan citados, que proporcione una solución coherente con el marco jurídico de referencia y respetuosa de los derechos de los interesados, ha de entenderse que aun habiéndose concedido por la Administración la autorización de residencia temporal por reagrupación (art. 42), la Embajada o Consulado podrá denegar el visado correlativo (art. 43) en los siguientes supuestos:*

1.º) 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; *o si esta documentación resulta inservible o insuficiente a los efectos pretendidos de expedición del visado.*

2.º) 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).

3.º) 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: 1.º) 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; 2.º) *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 3.º) *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.*

Con una consideración añadida que no está de más apuntar: que tanto la resolución del Subdelegación del Gobierno a la hora de conceder la autorización de residencia temporal por reagrupación como la resolución del Consulado a la hora de la concesión del visado, no son actos discrecionales sino reglados, en cuanto acotados en términos bien claros por la L.O. 4/2000 y su reglamento de desarrollo aprobado por R.D. 2393/2004. *En este sentido, resulta oportuno recordar aquí y ahora lo que dijimos en la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2006, RC 4857/2003, en relación a la materia del asilo y refugio, pero con unas consideraciones que, mutatis mutandis, resultan aplicables también al caso que ahora nos ocupa: "el que entre las circunstancias contempladas por el expresado ordenamiento de asilo exista algún concepto jurídico indeterminado no implica que exista discrecionalidad alguna, pues aquéllos excluyen cualquier forma de ésta, según ha declarado la doctrina jurisprudencial al expresar, entre otras, en Sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo, de fechas 22 de junio de 1982, 13 de julio de 1984, 9 de diciembre de 1986, 24 de abril, 18 de mayo, 10 de julio y 8 de noviembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 2 de enero de 1996, 14 de abril, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1998, 24 de abril, 19 de junio y 25 de octubre de 1999, y 21 de mayo de 2001, que la inclusión de un concepto indeterminado en la norma de aplicación no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados".*

[...] Proyectadas estas consideraciones sobre el caso que ahora nos ocupa, ya hemos visto que la Administración concedió la autorización de residencia temporal para reagrupación a favor de la ahora recurrente con uno de sus hijos, residente en España, pero posteriormente denegó el visado necesario para franquear la entrada en territorio nacional por entender el Cónsul actuante que en las circunstancias familiares de la recurrente no cabía apreciar su dependencia legal y económica del hijo reagrupante. Ahora bien, esta conclusión no se basó más que en la pura apreciación personal del Cónsul, quien sobre la base de su conocimiento de la sociedad marroquí concluyó que dadas las características de la familia de la solicitante de visado no existía esa dependencia (cabe insistir en que no consta en el expediente ninguna advertencia o

reparo sobre hipotéticas irregularidades o falsedades en la documentación aportada por el solicitante de la reagrupación ante la Subdelegación del Gobierno en Castellón).

Al resolver sobre la solicitud de visado de esa manera, el Cónsul vino a considerar, aunque fuera de forma implícita pero en todo caso evidente, que la Subdelegación del Gobierno en Castellón (que ya había tenido que valorar la concurrencia del requisito controvertido) se había equivocado al conceder el permiso de residencia temporal por reagrupación familiar en favor de la ahora recurrente. Empero, si un órgano de la Administración llega a la conclusión de que otro órgano de la misma Administración ha interpretado o aplicado mal el Derecho y ha concedido lo que no debía, no puede obviar lo acordado y reconducir las cosas según su criterio sobre lo que es o no conforme a derecho, sino que ha de estar y pasar por lo reconocido, sin perjuicio de promover (si procede) la revisión de oficio de lo que reputa incorrectamente concedido.

Por tal razón, si el Cónsul apreciaba, como apreció, que esa dependencia no existía, pero tal consideración fue únicamente fruto de su subjetiva valoración de las circunstancias concurrentes y no de otros factores (como, [v.gr.](#), la verificación de que los documentos aportados a la Subdelegación del Gobierno mediante copia incurrieran en algún tipo de falsedad), debió haberse abstenido de valorar aquello que ya había sido tomado en consideración por la Subdelegación del Gobierno, y conceder el visado; siendo cuestión distinta la eventual posibilidad y viabilidad legal de promover la revisión de oficio de lo acordado por la Subdelegación.

(Partimos de la base de que los demás requisitos exigidos por la norma concurren en este caso, pues nada se ha reprochado acerca de la falta de concurrencia de cualesquiera otros requisitos, y es reiterada la jurisprudencia que ha manifestado que incumbe a la Administración, en el momento de resolver sobre una solicitud, dar todas las razones por las que considera incumplido alguno de los requisitos para la concesión de lo pretendido, debiendo limitarse luego la revisión jurisdiccional a verificar si la resolución administrativa denegatoria, dadas las razones en que se apoya, es o no ajustada a Derecho).

No habiéndolo entendido así la Sala de instancia en su sentencia, se produjo la infracción de los artículos 42 y 43 del reglamento *de desarrollo de la L.O. 4/2000* aprobado por RD 2393/04 *que ahora se denuncia en casación.* “““

QUINTO.- En virtud de las consideraciones antes expuestas, procede estimar el recurso de casación que nos ocupa, puesto que como en aquella ocasión el Consulado le denegó el visado con base en la falta de vinculación y dependencia económica del reagrupante y reagrupado, y situados en la posición procesal del Tribunal de instancia (art. 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998), hemos de estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don Avelino contra la Resolución del Consulado de España en Casablanca de 11 de julio de 2006, por la que se le denegó su solicitud de visado para reagrupación familiar en España con su hijo D. Ismael; anulando dicha resolución y reconociendo el derecho del recurrente a la obtención del visado solicitado.

SEXTO.- Al declararse haber lugar al recurso de casación, no procede hacer condena en las costas del mismo, ni existen razones que aconsejen hacerla respecto de las causadas en instancia.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Primero.- HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación número 5348/2009 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Fernández Salagre en nombre y representación de D. Avelino, contra la Sentencia de 19 de febrero de 2009, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 737/06; sentencia que casamos dejándola sin efecto.

Segundo.- Anular, por su disconformidad a Derecho, la Resolución del Consulado General de España en Casablanca de 11 de julio de 2006, mediante la que se denegó el visado de reagrupación familiar.

Tercero.- No hacemos especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo correr cada parte con las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.-Rubricado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D.^a Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.