

NOTIFICACIÓN 27 ENE. 2011
VENCIMIENTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1699/2009

ORDINARIO

SENTENCIA NUMERO 7



PRESIDENTE

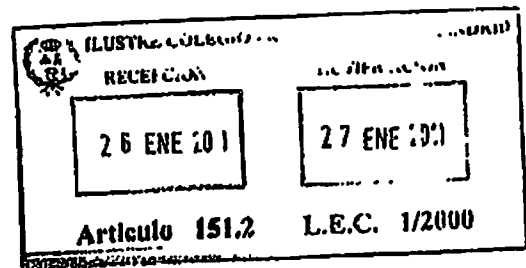
D. Francisco Javier Canabal Conejos

MAGISTRADOS:

D. José Arturo Fernández García

D. José Félix Martín Corredera

Dª María Luaces Díaz De Noriega.



En la Villa de Madrid, a catorce de enero de dos mil once

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 1699/2009 y seguido por el procedimiento ORDINARIO, en el que se impugna la resolución del Consulado General de España en Dakar, de 2 de octubre de 2009, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra las resoluciones de 22 de julio de 2009, denegatorias de los visados de régimen comunitario solicitados por

Y
nacionales de Senegal, nacionales de Senegal.

Son partes en dicho recurso: como recurrente don
representado por la procuradora doña Valentina López Valero y dirigido por el letrado don Ignacio Cardona Alonso

Como demandada, la Administración General del Estado, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente el Magistrado don José Félix Martín Corredera, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado al efecto, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso por la que se anule el acto recurrido declarando haber lugar a la concesión de los visados solicitados.

SEGUNDO.- La Administración demandada, una vez conferido el trámite pertinente para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO.- Mediante auto se acordó el recibimiento del recurso a prueba, llevándose a la práctica las pruebas propuestas por las partes declaradas pertinentes, y no estimándose necesaria la celebración de vista pública se confirió traslado a las partes por término de quince días para la formulación de conclusiones y, tras la presentación de los oportunos escritos, se señaló para votación y fallo el día 13 de enero de 2011, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo, interpuesto por don . . . e, la resolución del Consulado General de España en Dakar, de 2 de octubre de 2009, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra las resoluciones de 22 de julio de 2009, denegatorias de los visados de régimen comunitario solicitados por (26-1-92), nacido el (26-1-92) y nacido el (20-3-90), nacionales de Senegal.



Las solicitudes fueron resueltas desfavorablemente de conformidad con lo establecido en el art. 43.4 del Real Decreto 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ya que según el Consulado la reagrupación de los solicitantes con su padre, generaría una ruptura del vínculo familiar hasta ahora existente con su madre, lo que es contrario a la propia esencia de la reagrupación familiar establecida en la legislación española.

Se razona en la resolución del recurso de reposición que *las circunstancias concretas que han llevado a este Consulado General a dudar de los motivos alegados para solicitar el visado radican, en base a la documentación presentada, en el hecho que los candidatos a ser reagrupados por el reagrupante, el Sr. D. [redacted] que adquirió la nacionalidad española por residencia mediante resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29/07/2008 y formalizada ante el Encargado del Registro Civil en fecha 14/10/2008, vienen conviviendo con su madre, con lo que difícilmente puede alegarse en estos casos "el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar", que es lo que la legislación española reconoce en el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dentro del Capítulo II dedicado a "reagrupación familiar", siendo todo ello objeto del correspondiente desarrollo reglamentario en el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, y motivo por el cual procede solicitar un visado de reagrupación familiar; la reagrupación con su padre generaría, en consecuencia, una ruptura del vínculo familiar hasta ahora existente en Senegal de los solicitantes con su madre, lo que es contrario a la propia esencia de la reagrupación familiar ya que la reagrupación viene vinculada, como ya se ha reiterado, en la Ley 4/2000 al derecho de "Vivir en familia" y es evidente que desde el punto de vista de los candidatos a ser reagrupados, su familia está mucho más presente en Senegal, donde se han desarrollado desde que el reagrupante vive en España;*

Tampoco se consideran justificadas las alegaciones del ahora recurrente respecto a su derecho de solicitar la reagrupación de sus hijos estando casado con otra esposa con la que reside en España con sus hijos comunes, al incumplir lo dispuesto en el artículo 39, letra b) del R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre, sobre los menores reagrupables de distintos matrimonios, que determina que "cuando se trata de un hijo de uno solo de los cónyuges, se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad, o se le haya otorgado la custodia, y estén efectivamente a su cargo", documentación que en ningún momento ha sido aportada en los expedientes.



Frente a ello, alega el recurrente que su esposa _____, madre de los solicitantes, falleció el 25 de noviembre de 1992, según consta en la certificación de defunción aportada al expediente administrativo, y que para cuidar del sostenimiento de su familia, emigró a España hace unos quince años, quedando sus hijos al cuidado de su madre, abuela de los niños. Recientemente, añade falleció la madre del recurrente, estando sus hijos sin nadie que les cuide y atienda, quedando provisionalmente a cargo de un hermano, por lo que ante tales circunstancias se ha entendido oportuno ejercer el derecho a la reagrupación familiar para que _____ y _____ residan en España con su padre.

En orden al derecho, se acentúa que es aplicable al caso la legislación sobre comunitarios contenida en la Directiva 2004/38 CEE y el Real Decreto 240/2007 y no la legislación general de extranjería, de lo que resulta que no puede denegarse el visado por la razón expresada en la resolución de la "ruptura familiar", debiendo concederse los visados porque los solicitantes reúnen los requisitos exigidos en el art. 2.c) del Real Decreto 240/2007, al ser hijos de un ciudadano español y menores de 21 años.

El Abogado del Estado se opone a la demanda y solicita la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- El problema cuyo estudio y decisión se nos traslada en el recurso en realidad ha de ser abordado en sede de la legislación aplicable a los familiares de ciudadanos de españoles que no hayan ejercido las libertades comunitarias (libre circulación y residencia), a los que, en principio (solo en principio) no resultaría aplicable la Directiva 2004/38 y ello porque el ámbito de ésta se circunscribe a aquellos supuestos en los que un ciudadano de la Unión Europea ha ejercido las libertades comunitarias y vive en un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad. En ese sentido, el artículo 3 de la Directiva prevé que *se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del art. 2, que le acompañen o se reúnan con él.*

La explicación de lo anterior es debida a que las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de éstas no pueden aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con



alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado miembro (vid. sentencia TJE de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, C-212/06, Rec. p. I-0000, apartado 33).

Sucede que el legislador comunitario es competente para regular la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, en el Estado miembro en el que éste haya ejercido su derecho a la libre circulación, incluso cuando los miembros de la familia no residan ya legalmente en otro Estado miembro (vid. apartado 65 de la STJ 26-7-2008 Pleno, S 25-7-2008, nº C-127/2008), pero sería cometido de la legislación interna del Estado miembro regular unilateralmente la extensión o no, y en qué medida, del régimen comunitario a sus propios nacionales y a sus familiares que no hubiesen ejercido las libertades comunitarias.

En ese sentido, de la Exposición de Motivos del RD 240/2007, que se ocupa de trasponer la Directiva 2004/38 (vid Disposición Final Primera del Real Decreto 240/2007), resultaría que como los *familiares de ciudadanos de españoles que no han ejercido el derecho a la libertad de circulación*, no estarían contemplados en la Directiva y el derecho a la reagrupación familiar se determina como un derecho inherente al ciudadano de un Estado miembro, pero asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los otros Estados miembros, [...] para regular la reagrupación familiar de ciudadanos españoles que no han ejercido el derecho de libre circulación, se introduce una Disposición Final Tercera que, a su vez, introduce dos nuevas Disposiciones adicionales, decimonovena y vigésima, en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Pero la Directiva, que parecería no aplicable a estos casos de ciudadanos que no han ejercido las libertades comunitarias, podría operar de algún modo para justificar un expediente de discriminación en sentido inverso, por el trato discriminatorio desfavorable que se produciría para los españoles que no hubieran ejercido nunca su derecho de libre circulación respecto a los demás ciudadanos de la Unión. Y es que aunque cada Estado podría tener en cuenta diferencias objetivas respecto a sus propios nacionales a la hora de fijar condiciones menos restrictivas para la concesión de una autorización de residencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de abril de 2000, caso Arben Kaba); el caso contrario es mucho más dudoso porque comportaría un trato discriminatorio y menos



beneficioso en este caso para los españoles respecto a los ciudadanos de la Unión. Esa fue la razón por la que la disposición adicional vigésima del Reglamento de Extranjería (introducido por el RD 240/2007) estableció que a los miembros de la familia de un ciudadano Español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión o de un Estado parte sobre el EEE se les aplica, precisamente, el Real Decreto 240, de transposición de la Directiva. Luego volveremos sobre esto porque la Disposición Adicional 20ª del Reglamento de Extranjería ha sido anulado por el Tribunal Supremo.

Con todo, aun excluyendo el efecto vertical de la Directiva en el problema de calificación que se nos traslada, la cuestión no se disipa, sino que se desplaza, clificándose entonces al examen sobre el alcance e interpretación del Real Decreto 240/2007 en lo que se refiere a los familiares extracomunitarios de españoles y, más precisamente, si a pesar de la regulación específica del Real Decreto 240/2007 ha de operarse igualmente – en estos casos - con la legislación general de Extranjería en la materia relativa a la reagrupación familiar, entendiendo por tal la entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante (según definición de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar).

Aparte de consideraciones generales sobre la reagrupación familiar como manifestación del derecho a vivir en familia, el Consulado considera que ha de concurrir la aplicación del régimen general de extranjería a virtud de la Disposición adicional vigésima del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2393/2004), introducida por la Disposición final tercera del Real Decreto 240/2007.

Esa Disposición Adicional 20ª del Reglamento de Extranjería se refería, en efecto, a la "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo" y según se colige de la Exposición de Motivos del Real Decreto 240/2007 se introdujo para regular la reagrupación familiar de ciudadanos españoles porque, insistimos, el ámbito subjetivo del régimen de comunitarios – sin esa disposición - no les sería aplicable.

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (recurso de casación 114/2007), cuyo fallo se publicó en el BOE correspondiente al día 3 de



noviembre de 2010, ha anulado (aunque existe un error de transcripción en el fallo), la citada disposición adicional vigésima, al igual que la expresión "otro Estado miembro" que se contenía en el párrafo primero del art. 2 del Real Decreto 240/2007, para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación a los *miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*.

Por su importancia, y claro está los efectos que resultan del art. 72.2 de la LJCA y la proyección al caso considerado, conviene que transcribamos "in extenso" el razonamiento contenido en el fundamento jurídico decimoprimer de la sentencia del Tribunal Supremo, en el que se analiza la Disposición final tercera del Real Decreto 240/2007, y cuyo texto es el siguiente:

Para la adecuada comprensión del sentido y ámbito con el que cuenta esta Disposición Adicional Vigésima, hemos de realizar una distinción de regímenes jurídicos que se comprendían en el Real Decreto 240/2007 impugnado:

1º. El régimen general de los ciudadanos de otros Estados de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Es el régimen general aplicable en España a los ciudadanos de dichos Estados, y es el contenido general del Real Decreto (artículo 1º del Real Decreto).

2º. El régimen de los familiares de dichos ciudadanos a los que se refiere el artículo 2º del Real Decreto (cónyuge con matrimonio en vigor, pareja de hecho registrada, descendientes directos ---o del cónyuge o pareja--- y ascendientes directos ---o del cónyuge o pareja---, pero (y esto era lo significativo) sin incluir a los familiares del ciudadano europeo español. La inclusión en el artículo 2, párrafo 1, del Real Decreto de la expresión "de otro Estado miembro", así lo implicaba. A estos familiares --- de ciudadanos europeos no españoles --- se les aplicaba, también, el régimen general del Real Decreto, con algunas matizaciones.

3º. Fruto de dicha matización o delimitación reglamentaria era necesario establecer un régimen específico para dichos familiares del ciudadano español (si se quiere, europeo y español), que, como acabamos de ver, se excluían, con la expresión de referencia, del artículo 2º del Real Decreto. Pues bien, este régimen es el que ahora se impugna, y que se contiene en la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero,



sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007, que regula, según expresa la Disposición Adicional, la "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

4º. Régimen, por último, correspondiente a otros familiares del ciudadano de cualquier Estado miembro, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto impugnado; esto es, familiares distintos de los que se relacionan en el artículo 2º del Real Decreto. Pues bien, para estos, el régimen jurídico es el contenido en la Disposición Adicional Decimonovena del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en el que fue introducida, como sabemos, por la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007. En dicha Disposición Adicional se regula la "Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero".

Expuesto lo anterior, lo que ahora nos ocuparía sería el régimen que hemos definido y concretado en el anterior apartado 3º; mas, de inmediato, hemos de añadir que la existencia de dicho régimen ---y la nulidad de la expresión que la sustentaba en el artículo 2º, primero ("de otro Estado miembro")--- la hemos dejado sin efecto en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente sentencia.

Por tanto, desaparecido dicho régimen especial, y equiparados los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles, que se sitúan en el ámbito subjetivo del artículo 2º Real Decreto 240/2007, debe, obviamente, y por las mismas razones allí expuestas, desaparecer el contenido de dicho régimen, que se contiene en la Disposición Final Tercera 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (a la sazón Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre).



Esta sentencia anuló igualmente, como se ha dicho, la expresión "otro Estado miembro" del párrafo primero del artículo 2 del Real Decreto 240/2007 al considerarla contraria al artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE que contempla -como ámbito subjetivo de la misma- la situación de "cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia".

De manera que, según resulta de la sentencia, no se admite especialidad alguna para los "miembros de la familia" del español residente en España, a diferencia de lo que resultaría del Real Decreto 240/2007 que les sometía a un régimen de derechos diferente, cuál era el previsto en la Disposición Transitoria Vigésima para el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, aunque en realidad la diferencia se producía únicamente respecto de los ascendientes de españoles, a quienes (a ellos sí), el régimen general de extranjería y, por lo tanto, condicionando su eventual reagrupación a la concurrencia cumulativa de los requisitos de "estar a cargo" y de la justificación de la necesidad de residir en España.

Siguiendo, como no puede ser de otro modo, las consecuencias de la Sentencia del Tribunal Supremo (aunque, dicho sea de paso, es bastante polémica, desde el punto de vista de la aplicación del derecho comunitario, en lo que incide con especial intensidad el voto particular a ella formulado), no puede aplicarse un régimen especial distinto al del Real Decreto 240/2007, que en definitiva es el régimen general de la Directiva 2004/38, a los familiares de españoles (aunque no hayan ejercido las libertades comunitarias) y, por lo tanto, el marco normativo tenido en cuenta en las resoluciones impugnadas no es el correcto.

Y es que el derecho de libre circulación y residencia (comprendido de la entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, etc.) de los ciudadanos de la Unión y del EEE 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 arranque del presupuesto de que acompañen o se reúnan con el ciudadano de la Unión, no necesariamente tiene que ser con la finalidad de fijar la residencia, para mantener la unidad de la familia, puede serlo

igualmente en régimen de estancia, por período inferior a tres meses. Si pretenden permanecer más allá de ese espacio de tiempo han 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. Dicho en otras palabras y muy resumidamente, 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 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 disfrutan 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 del ciudadano de la Unión. Trasunto de la protección de la unidad familiar, en esos casos de otros miembros de la familia, más allá de los hijos, la esposa o pareja y los ascendientes, es su inclusión como beneficiarios (art. 3 de la Directiva) siempre que se encuentren en determinadas situaciones y, paralelamente en 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 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.

Parece 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.

Por consiguiente, 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. Es de notar, además, que según constante doctrina del TJE aunque el derecho de libre circulación, que se extiende a los familiares beneficiarios, no sea incondicional, las limitaciones e interpretaciones que puedan establecerse son de aplicación restrictiva, sin que quepan restricciones por motivos económicos.

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

Quedaría un cabo suelto. Y es si en determinados supuestos, como el examinado, pudiera considerarse el eventual abuso de derecho o el fraude de ley, porque el objetivo perseguido con la entrada fuera, realmente, el de venir a trabajar (o a buscar trabajo), lo que podría inferirse tanto de la edad del solicitante como por estar situado su núcleo familiar en un país tercero, siendo únicamente el progenitor el miembro de la familia residente en el país de acogida. A este respecto debe responderse que si bien es competencia de los Estados protegerse contra el abuso de derecho o el fraude de Ley, (vid. considerando (28) de la propia Directiva) el artículo 23 establece que "Los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena". Por esa razón, el Tribunal Supremo anuló la expresión del artículo 3.2 del Real Decreto 240/2007 que exceptuaba de los derechos laborales "a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d)". Entonces, que la voluntad "psicológica" verdadera del solicitante del visado sea la de entrar en España para trabajar o en busca trabajo, no constituiría un supuesto de fraude o abuso por la sencilla razón de que con ello no se persigue un resultado prohibido sino admitido por el ordenamiento jurídico.

TERCERO.- 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).

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don [REDACTED] [REDACTED] contra la resolución del Consulado General de España en Dakar, de 2 de octubre de 2009, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra las resoluciones de 22 de julio de 2009, denegatorias de los visados de régimen comunitario solicitados por [REDACTED] y [REDACTED] nacionales de Senegal, anulando las resoluciones recurridas por no ser conformes al



W201117

ordenamiento jurídico y declarando el derecho de OUSMAN , SINTHIOU
Y NDIOSO a obtener los visados solicitados. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 10 días, contados desde el siguiente al de la notificación esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos y firmamos.



M-117-2