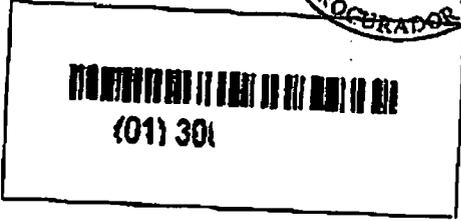


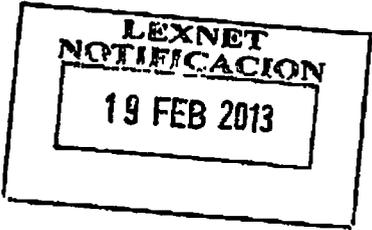


**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**  
**Sección Primera**  
C/ General Castaños, 1 - 28004  
33009730  
NIG: 28.1 3-2011/00



**Procedimiento Ordinario 1231/2011**

**Demandante:** D./Dña. ALEJANDRO GONZALEZ SALINAS  
**PROCURADOR D./Dña. ALEJANDRO GONZALEZ SALINAS**  
**Demandado:** Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación  
**Sr. ABOGADO DEL ESTADO**

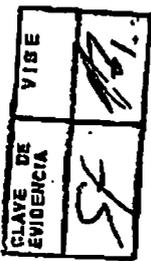


**SENTENCIA Nº 1494/2012**

**Presidente:**  
**D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS**  
**Magistrados:**  
**D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA**  
**D./Dña. FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ**  
**D./Dña. ALFREDO ROLDÁN HERRERO**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de noviembre de dos mil doce.

VISTOS por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso-administrativo 1231/2011 promovido el Procurador de los Tribunales don Alejandro González Salinas, en nombre y representación de DON [redacted] contra la Resolución del Embajada de España en Islamabad ( Pakistán), de fecha 15 de agosto de 2011, por la que se denegó el visado de residencia para reagrupación familiar solicitado por DON [redacted], hijo del recurrente; habiendo sido parte demandada la ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.



Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Contencioso-Administrativo - Procedimiento Ordinario - 1231/2011 1 de 10

*ido. Don Juan Marcelo Belgrano Cederua.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Por el recurrente arriba expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite.

**SEGUNDO:** En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó demanda formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando el acto impugnado en el presente recurso.

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

**CUARTO:** Mediante auto se acordó fijar la cuantía del procedimiento en indeterminada y 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 diez días para la formulación de conclusiones y, tras la presentación de los oportunos escritos, se señaló para votación y fallo el día 22 de noviembre de 2012, fecha en que tuvo lugar.

**Ha sido ponente de esta Sentencia el Ilmo. Sr. Don Fausto Garrido González, Magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de este recurso contencioso administrativo la resolución del Embajada de España en Islamabad (Pakistán), de fecha 15 de agosto de 2011 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la de 6 de junio de 2011 por la que se denegó el visado de residencia para reagrupación familiar solicitado por DON [redacted], hijo del recurrente arriba reseñado, naturales ambos de Pakistán. La causa de dicha denegación, según se expresa en la citada resolución, es que el solicitante era mayor de 18 años de edad (artículo 39.b) del Rcal Decreto 2393/2004 que aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

En concreto la resolución originaria señala que: *en contestación a la solicitud de visado de residencia por reagrupación familiar, formulada por el Sr [redacted] siendo el reagrupante su padre, el Sr [redacted] NIE X-2692526-P, se notifica que esta Representación ha resuelto DENEGAR dicha solicitud, decisión a la que se ha llegado tras examinar la documentación que obra en el expediente, y constatar que incurre en las causas de denegación previstas en los arts. 17.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y 39.b), del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, de desarrollo de la mencionada Ley, en base a los siguientes hechos:*

1. *El Sr. [redacted] habla cumplido ya los dieciocho años en el momento que su padre presentó la solicitud de reagrupación familiar. Por tanto al ser mayor de edad no es familiar reagrupable.*

2. *El Sr. [redacted] nació el 10 de mayo de 1991 por lo que cumplió dieciocho años el 10 de mayo de 2009.*

3. *Según consta en certificado emitido por la Subdelegación de Gobierno de Barcelona su padre, el Sr. [redacted] solicitó cita para presentación de solicitud de reagrupación familiar el 11 de junio de 2009, adjudicándosele cita para el día 08 de julio de 2009.*

080020090040087 (cónyuge) , 080020090040088 (hijo)  
080020090040091 (hijo) y 080020090040094 (hijo)

*El expediente 080020090040094 fue igualmente concedido, a pesar de que en el momento de la presentación de la solicitud (el 8 de julio de 2009) el hijo ..... y tenía 18 de años de edad, puesto que la Oficina de Extranjería, para valorar la edad del solicitante, tenía en cuenta la fecha en que se solicitó la cita, y no el día que le fuera asignada, entendiéndose que no era imputable al interesado el posible desfase o retraso en conseguir la cita, puesto que era la Administración quien no le facilitaba una cita antes de cumplir los 18 años.*

**SEGUNDO.-** La parte recurrente impugna la resolución alegando, en esencia, que cuando dicho interesado solicitó por fax el 24 de marzo de 2009 la reagrupación familiar de su hijo, éste tenía menos de 18 años de edad, y el plazo para resolver y notificar era de 1 mes y medio (disposición Adicional Primera del Real Decreto 2393/2004), pero la Subdelegación del Gobierno no resolvió hasta el 16 de julio de 2009, lo que no es imputable al administrado. Si la Administración hubiera cumplido el plazo que marca la Ley, el hijo del actor podría haber presentado la solicitud de visado antes de cumplir los 18 años de edad.

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

**TERCERO.-** Para resolver las cuestiones litigiosas suscitadas en este procedimiento se ha de recordar, como esta Sala ha señalado en distintas sentencias, que el artículo 17.1.b) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y el artículo 39.b) del Real Decreto 2393/2004, son familiares reagrupables los hijos de los extranjeros residentes en España y los de su cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal, y no se encuentren casados.

Según dispone el artículo 18 de la indicada Ley Orgánica, los extranjeros que hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año y que deseen ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberán solicitar una autorización de residencia por dicho concepto y a favor de los miembros de su familia que deseen reagrupar, aportando, al

Como consta a fecha de solicitud de cita el Sr. [REDACTED] ya había cumplido dieciocho años.

Son antecedentes de hecho deducidos del expediente administrativo, y necesarios tenerlos en cuenta para una adecuada resolución de este recurso, los siguientes: [REDACTED] de origen pakistání, y residente legal en España con residencia de larga duración en España solicitó, "Informe Gubernativo para tramitar un Visado de Residencia para reagrupación familiar", en favor de su esposa y sus tres hijos menores de edad para así solicitar por aquellos el visado correspondiente.

Consta en autos, al respecto, informe de la Delegación del Gobierno en Cataluña del siguiente tenor: "la presentación de solicitudes de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar ante esta Oficina de Extranjería de Barcelona desde hace mucho tiempo se han tenido que realizar previa solicitud previa. Este sistema de citas ha ido cambiando en el tiempo; en las fechas en que el Sr. [REDACTED] solicitó la cita, ésta debía obtenerse mediante un fax, contestándose por la misma vía, indicándose el lugar, el día y la hora en la que se podía formular la solicitud. Se acompaña copia de la hoja informativa entonces vigente.

No se conservan datos sobre peticiones de cita por fax de aquellas fechas, por lo que no se puede certificar el día que el Sr. [REDACTED] solicitó la cita, así como el día que se le contestó. Sí se puede certificar que la cita era para el día 8 de julio de 2009, a las 10,30 horas, en la Oficina de Extranjería de Barcelona, sita en la calle Murcia, núm. 42. La cita era para solicitar la reagrupación familiar a favor de su cónyuge y tres hijos.

No obstante en el expediente 0800200. [REDACTED] en el que consta la documentación común del resto de los expedientes- sí que figura una copia del fax enviado por el interesado para solicitar la cita, constando la fecha de remisión el 24 de marzo de 2009, y figurando asimismo el fax de contestación de esta Oficina (no pudiendo apreciarse la fecha de la respuesta) en la que consta la cita para el día 8 de julio de 2009. Se acompañan copias.

El Sr. [REDACTED] presentó las solicitudes de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar el día 8 de julio de 2009, instruyéndose los expedientes

mismo tiempo, la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada; cuando se acepte dicha solicitud, la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse la autorización de residencia, cuya duración será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación.

La Ley Orgánica no despeja las dudas que se suscitan respecto a la relación del procedimiento para la autorización de residencia con el expediente de visado, pero los artículos 42 y 43 del Real Decreto 2393/2004 dan respuesta a dicha cuestión en el sentido de existir unidad procedimental entre el expediente relativo a la solicitud de la autorización de residencia y el de la autorización de visado, porque, contrariamente al régimen previsto en el Real Decreto 864/2001, en el sistema vigente el visado no puede pedirse antes de que se otorgue la autorización de residencia, y la eficacia de ésta se encuentra condicionada, entre otros, al requisito de que el visado se solicite y se conceda: Conforme a los preceptos citados, el extranjero reagrupante deberá solicitar, personalmente ante el órgano competente para su tramitación, una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, acompañando a su solicitud, entre otros documentos, copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, del empleo y/o de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia y de la disponibilidad de una vivienda adecuada para atender las necesidades familiares. Presentada la solicitud en forma o subsanados los defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá lo que proceda, previo informe policial sobre la existencia de razones que, en su caso, lo impidan. En el supuesto de que el extranjero cumpla con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, notificándolo al reagrupante, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta la expedición, en su caso, del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional.

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, si bien, en el caso de tratarse de un menor, podrá solicitarlo un representante debidamente acreditado. A dicha solicitud se ha

de acompañar el pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses, en su caso, certificado de antecedentes penales o documento equivalente, copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante, documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica y el certificado médico correspondiente. La concesión del visado debe ser recogido por el solicitante personalmente dentro del plazo reglamentario, entendiéndose, en otro caso, que el interesado ha renunciado al mismo, y, una vez recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español durante el plazo de vigencia de aquél, que en ningún caso será superior a tres meses, debiéndose solicitar la tarjeta de identidad de extranjero en el plazo de un mes desde la entrada.

Como puede observarse, en la regulación del Real Decreto 2393/2004 hasta que la autorización de residencia no se ha concedido, no es posible iniciar la tramitación del expediente de solicitud del visado que permita la entrada en territorio nacional, lo que, unido a la circunstancia de que la eficacia de la autorización de residencia se condicione a la petición del visado y a la entrada en España dentro de un plazo no superior al de tres meses desde la concesión del visado, sugiere que el Reglamento ha englobado las dos fases en un procedimiento unitario, como si se trataran de dos pasos sucesivos, sin posibilidad de solaparse en el tiempo, y recíprocamente condicionados.

Por todo ello, se ha de concluir que la fecha que debe considerarse para la valoración del requisito de la edad del descendiente reagrupable no es aquella en la que se solicitó el visado sino la fecha en que el ascendiente reagrupante solicitó a su favor la autorización de residencia para reagrupación familiar.

Finalmente, se ha de recordar que el artículo 39 del indicado RD 2392/2004 dispone:

*El extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares:*

*a) Su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita*

*que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.*

*b) Sus hijos o los de su cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal, y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos 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. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.*

*c) Los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.*

*d) Sus ascendientes o los de su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.*

*e) 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. Mediante orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía o el porcentaje de ingresos considerados suficientes a estos efectos, así como el modo de acreditarlos.*

**La disposición Adicional octava, 1º, de dicho Reglamento prescribe:**

*1. El plazo general máximo para notificar las resoluciones sobre las solicitudes que se formulen por los interesados en los procedimientos regulados en este Reglamento será de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Se exceptúan las peticiones de autorización de residencia por reagrupación familiar, de autorización de trabajo de temporada y de modificación de autorización de trabajo, cuyas resoluciones se notificarán en la mitad del plazo señalado.*

**CUARTO.-** Pues bien, a la vista de lo expuesto en el anterior fundamento, relacionándolo directamente con los hechos recogidos en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, se ha de concluir que la causa por la que el acto recurrido niega al hijo del actor el visado no se ajusta a derecho pues en la fecha en que su padre solicitó la reagrupación el citado hijo no tenía 18 años a tenor de la documentación aportada al expediente y que la Administración reconoce su veracidad, pues es en la que se fundamenta para concluir que aquel era mayor de edad cuando solicitó el visado, en concreto el fax solicitando la autorización gubernativa se remitió el 24 de marzo de 2009 y conforme al oficio remitido por la Delegación de Gobierno de Cataluña se le dio cita para el día 8 de julio de 2009, una vez cumplidos por el hijo que se pretendía reagrupar los 18 años, y que fue el 10 de mayo de 2009.

En definitiva, como se ha acreditado que [redacted] es hijo del recurrente, y que además era menor de edad cuando su progenitor solicitó la autorización de residencia a su favor por reagrupación familiar, el hecho de que fuera mayor de edad cuando solicitó su visado no es motivo de su denegación porque la demora en la tramitación del expediente no le es personalmente reprochable. No hay que olvidar que dicho interesado no podía, de acuerdo con lo arriba expuesto, pedir el visado con posibilidades de que se lo otorgaran hasta que a su padre no se le notificara la concesión de la autorización de residencia. Como la Administración demandada no ha opuesto ninguna otra causa impeditiva, y dado como se ha expuesto que la única causa de denegación del visado no se ajusta a derecho, procede estimar el presente recurso contencioso administrativo declarando el derecho del recurrente y el de su hija, doña Samira, a que a ésta última se le conceda el visado de residencia para reagrupación familiar que solicitó,

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

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

✓ FALLAMOS ✓

**ESTIMANDO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO** interpuesto por la representación del recurrente DON ..... contra la Resolución de la Embajada de España en Islamabad ( Pakistán) de fecha 15 de agosto de 2011 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la de 6 de junio de 2011 por la que se denegó el visado de residencia para reagrupación familiar solicitado por DON ..... hijo del recurrente, **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** la resolución recurrida, declarando el derecho del recurrente y el de su hijo, DON ..... que a éste último se le conceda el visado de residencia para reagrupación familiar que solicitó; sin que proceda expresa imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer Rcurso 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, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.