

TRIBUNAL SUPREMO  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE  
EXTRANJERÍA Y OTRAS CUESTIONES  
COMPETENCIA DEL MINISTERIO DEL  
INTERIOR  
2009-2012**

**Coordinador:** Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

**Autores:** D. Pedro Escribano Testaut Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

D<sup>a</sup> Margarita Diana Fernández Sánchez. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| 1. DENEGACIÓN DE ENTRADA EN TERRITORIO ESPAÑOL .....  | 3  |
| 2. EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL.....   | 6  |
| 3. VISADOS Y PERMISOS .....   | 7  |
| 3.1 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el<br>Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades<br>de los extranjeros en España y su integración social.....                          | 7  |
| 3.1.1 Tránsito.....   | 7  |
| 3.1.2 Estancia.....   | 7  |
| 3.1.2.1 Visado de estancia .....  | 7  |
| 3.1.2.1.1 Visado de estancia de corta duración .....  | 7  |
| 3.1.3 Residencia.....   | 9  |
| 3.1.3.1 Residencia temporal no lucrativa .....  | 9  |
| 3.1.3.2 Residencia temporal en virtud de reagrupación familiar.....   | 13 |
| 3.1.3.3 Residencia temporal y trabajo .....   | 22 |
| 3.1.4 Visado de estudios .....  | 31 |
| 3.2 Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y<br>residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y<br>de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo..... | 34 |
| 3.2.1 Declaración de nulidad de determinados artículos, apartados o Disposiciones<br>del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero por STS de 1 de junio de 2010 (Recurso<br>Contencioso-administrativo nº 114/2007) .....                            | 34 |
| 3.2.3 Reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados<br>residentes en España.....  | 41 |
| 3.2.3 Reagrupación de descendientes extranjeros por españoles nacionalizados<br>residentes en España.....   | 49 |
| 3.2.4 Concepto de familiar “a cargo” .....  | 59 |
| 3.2.5 Otras cuestiones.....   | 64 |
| 3.3 Cuestiones diversas .....   | 66 |
| 3.3.1 Deber de motivación.....  | 66 |
| 3.3.2 Carga de la prueba .....  | 68 |
| 4. APATRIDIA.....   | 69 |
| 5. ARMAS .....  | 78 |
| 6. TRASLADO DE CENTRO PENITENCIARIO Y OTRAS CUESTIONES.....   | 88 |
| 7. TRÁFICO .....  | 91 |

## 1. DENEGACIÓN DE ENTRADA EN TERRITORIO ESPAÑOL

**- Ciudadanos extranjeros afectados por una resolución de denegación de entrada en territorio español. Un Letrado no puede arrogarse la legitimación o representación de un tercero sin que éste manifieste su aquiescencia, debido al carácter personal del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido por el artículo 24 de la Constitución, correspondiendo al titular de la acción instar el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso. STS de 30 de junio de 2011 (RCIL 76/2009)**

*“[...] En efecto, no cabe tachar de errónea la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el sentido de haber interpretado de forma irrazonable o arbitraria las normas procesales que regulan la admisión de los recursos contencioso-administrativos, puesto que advertimos que la decisión judicial se fundamenta en la doctrina de esta Sala, que, de forma reiterada, sostiene, con base en la interpretación de los artículos 19.1 a) y 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que un Letrado no puede arrogarse la legitimación o representación de un tercero sin que éste manifieste su aquiescencia, debido al carácter personal del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido por el artículo 24 de la Constitución, correspondiendo al titular de la acción instar el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso.*

*En este sentido, en el Auto de la Sección Primera de esta Sala jurisdiccional de 4 de julio de 2005 (RQ 291/2004), dijimos:[...]*

*La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recurrida no contradice la doctrina del Tribunal Constitucional, formulada en relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, porque, según se desprende de las sentencias constitucionales 44/2008, de 14 de abril, 72/2009, de 23 de marzo, y 17/2011, de 28 de febrero, este derecho no tiene un alcance absoluto o ilimitado, de modo que la decisión del juzgador de exigir el cumplimiento del requisito de acreditar la postulación del compareciente en juicio, impuesto por el artículo 45.2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con lo dispuesto en el artículo 23 LCJA, y sancionar su incumplimiento con la inadmisión del recurso contencioso-administrativo y el archivo de las actuaciones, no es lesiva de este derecho fundamental, pues no supone negar injustificadamente el derecho de acceso a la jurisdicción, ya que el principio de seguridad jurídica, en sus proyección al proceso, requiere que la parte actora, que ostenta interés legítimo para ejercer las acciones contra la actuación de la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa, confiera su representación, en las formas admitidas en Derecho, a un Procurador o al Abogado para que comparezca en juicio y actúe e intervenga en su nombre, en la medida en que constituye un presupuesto de la validez del proceso.*

*Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, cabe sostener, no obstante, un criterio interpretativo del artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, basado en el principio pro actione, que evite un excesivo rigorismo en la aplicación del requisito de acreditar la representación, impuesto por el artículo 45 de la LJCA, siguiendo el pronunciamiento*

*del Tribunal Constitucional, expuesto en la sentencia 125/2010, de 29 de noviembre (RA 2200/2007), que no cuestiona que el incumplimiento del requisito judicial de aportación de poder determina irremediablemente el archivo de las actuaciones, en el sentido de que el órgano judicial, aunque no puede excepcionar el cumplimiento del presupuesto procesal referido a la postulación, sí que, atendiendo a las circunstancias concretas, derivadas de la dificultad acreditada de comunicación del Letrado designado de oficio con su representado, pueda habilitar un plazo suplementario para la subsanación de este defecto procesal y formular la petición del beneficio de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de no impedir injustificadamente la obtención de una resolución de fondo.*

*Asimismo, la sentencia recurrida tampoco contradice ni vulnera el derecho a la gratuidad de la justicia en los casos que lo disponga la Ley, respecto de quienes acrediten la insuficiencia de recursos económicos para litigar, garantizado por el artículo 119 de la Constitución, que constituye un derecho instrumental del derecho de acceso a la jurisdicción, pues no se impide al recurrente instar el derecho del beneficio de asistencia jurídica gratuita, conforme a las formalidades exigidas en el artículo 12 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, en relación con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*

*Al respecto, cabe significar que la reforma del citado artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, condiciona la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita para interponer recurso contencioso-administrativo, a la concurrencia de la manifestación expresa de la voluntad del interesado, afectado por la resolución que ponga fin a la vía administrativa en materia de resoluciones gubernativas de denegación de entrada, devolución o expulsión, de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pudiendo, en el supuesto de que se hallare el extranjero fuera de España, realizar la solicitud y, en su caso, la manifestación de voluntad de recurrir ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.*

*El artículo 22 de la Ley Orgánica, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reza así: [...]*

*El artículo 15 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, 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, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, desarrolla esta prescripción legislativa, en los siguientes términos:[...]*

*Procede, asimismo, advertir que la resolución judicial recurrida no puede calificarse de gravemente dañosa para el interés general, en cuanto apreciamos que no incide lesivamente en el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos ciudadanos extranjeros, afectados por una resolución de denegación de entrada en territorio español, para que no sean desprovistos de su derecho de acceder a la jurisdicción ni del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en la medida que pueda ejercer estos derechos cumplimentando el requisito de postulación, establecido en el artículo 23 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en los artículos 23 y 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que no podemos fijar la doctrina legal de que la designación de oficio del Abogado conlleve, en los supuestos contemplados por el Colegio de Abogados de Madrid, la representación del litigante, sin excepcionar lo dispuesto en estas disposiciones legales de carácter procesal, que vinculan a los órganos judiciales.*

*El extranjero, al que se le niega la entrada en territorio español por un puesto fronterizo, tiene la protección jurídica que el ordenamiento dispensa y, en concreto, según advierte el Tribunal Constitucional en la sentencia 72/2005, de 4 de abril (RA*

5291/2001), a que se le notifique la resolución gubernativa y que se le informe de los recursos administrativos y jurisdiccionales que pueda interponer y a la asistencia letrada, conforme a lo dispuesto en los artículos 20 a 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siendo el interesado el que puede instar del profesional que le defienda el ejercicio de las acciones que procedan en defensa de sus derechos e intereses legítimos, conforme a lo regulado en las Leyes procesales, con la finalidad de que el reconocimiento de su derecho a la tutela judicial efectiva no tenga un carácter meramente teórico o ilusorio, puesto que el objetivo que consiste en impedir que una persona entre ilegalmente en el territorio español no puede realizarse sacrificando el ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza.” (FJ 5º)

**- Conformidad a derecho de los acuerdos de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid de de 28 de noviembre de 2008, que - dejando sin efecto sus precedentes Acuerdos de 19 de junio y 30 de octubre de 2003-, determina que la tramitación de los expedientes de justicia gratuita solicitada en los procedimientos del art. 22.1 de la Ley de Extranjería se realizará conforme a las reglas generales, fijando unos criterios para la tramitación de aquellos procedimientos iniciados en el Aeropuerto de Madrid-Barajas, en los casos de denegación de entrada en España, y, de 30 de diciembre, por el que se modifica el anterior en orden a la fecha de su efectividad que se fija en el 16 de febrero de 2009; falta de infracción de los artículos 22 y 26 de la Ley de Extranjería; la exigencia legal de justificación de la carencia de medios para gozar de los derechos de asistencia jurídica gratuita no puede ser modificada por la Administración por vía de una interpretación contradictoria con la ley. STS de 29 de mayo de 2012 (RC 3047/2009)**

*“[...] por lo que el acuerdo recurrido, en su entender, ha vulnerado los artículos 22 y 26 de la Ley de Extranjería.*

*Es precisamente la vulneración de dichos preceptos producida por el anterior acuerdo la que comporta la adecuación a derecho del acuerdo recurrido y la nulidad de los anteriores que, al precisar el derecho absoluto a la obtención de justicia gratuita para todos los extranjeros, evidentemente, han incumplido la exigencia de justificación de la carencia de medios económicos exigible a los extranjeros como a los nacionales, creando con ello una evidente desigualdad cuya apreciación no corresponde a la Administración por vía de una interpretación contradictoria con la ley, sino que, como antes expusimos, solamente cabe atribuirla al legislador, lo que quiere decir que en tanto éste no dicte la norma correspondiente que regule el supuesto especial que plantea el recurrente respecto a los extranjeros que entran por el Aeropuerto de Barajas, no cabe una interpretación que, como decimos, es contraria a auténticas normas de rango legal, pues sólo al legislador cabe regular el ámbito y requisitos exigidos para gozar de los derechos de asistencia jurídica gratuita, sin olvidar que, como se reconoce en la sentencia del Tribunal Constitucional que la recurrida invoca, la exigencia de la justificación de la carencia de medios constituye el núcleo duro del derecho prestacional que tal asistencia jurídica gratuita comporta. (FJ 2º)*

## 2. EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL

- Resulta aplicable la jurisprudencia recogida en el apartado 1, al que nos remitimos.

- **La colaboración contra redes organizadas prevista en el artículo 59.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. STS de 26 de julio de 2011 (RC 4119/2008)**

*“[...] Tiene razón la Sala juzgadora cuando entiende que el precepto, pese a la utilización del término "podrá", no está otorgando propiamente a la Administración una facultad discrecional para eximir de responsabilidad administrativa al extranjero que ha entrado irregularmente en España, sino que el beneficio debe otorgarse cuando concurre la circunstancia excepcional de una colaboración eficaz con la policía como la que contempla el precepto ("proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente").*

*Es cierto, sin duda, que la concesión del beneficio requiere una apreciación de hecho sobre si se ha producido tal colaboración eficaz con la autoridad policial y que dicho juicio corresponde a los funcionarios policiales que habrán de hacer la propuesta, sin perjuicio de la eventual revisión jurisdiccional de la decisión que se adopte. En el caso de autos el juicio de la Administración fue finalmente negativo, acordando el Secretario de Estado de Seguridad que la colaboración prestada no justificaba la concesión del beneficio previsto en el artículo 59 de la Ley Orgánica, siguiendo la propuesta de resolución elaborada por el inspector jefe de la Comisaría General de Extranjería y Documentación en Madrid (folio 12 del expediente). Sin embargo, el informe elaborado por el comisario jefe de Motril fue positivo, destacando la utilidad de la información prestada y la efectividad de la política de colaboración aplicada por dicha comisaría (folios 1 a 3 del expediente).*

*Pues bien, a partir de tales circunstancias la Sala de instancia apreció, en juicio de hecho que no podríamos revisar en casación, que sí concurrían las circunstancias extraordinarias contempladas por la ley, sin que tal juicio pueda ser calificado de arbitrario o manifiestamente erróneo. Frente a lo que sostiene el Abogado del Estado, en ningún caso la Sala juzgadora considera que exista un derecho subjetivo a la obtención del referido beneficio de exención de responsabilidad administrativo y consiguiente opción a permanecer o a retornar al país de procedencia; lo que entiende la Sala, por el contrario, es que concurrían las circunstancias excepcionales de colaboración del solicitante con las autoridades policiales previstas por la ley, y ello en función precisamente del juicio expresado por los funcionarios policiales en contacto directo con los hechos. En consecuencia, procede desestimar el motivo.” (FJ 2º)*

- Ha de matizarse que las referencias efectuadas por esta Sentencia al artículo 59.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, lo son con relación a la redacción que tenía dicho precepto antes de verse afectado por la LO 2/2009, de 11 de diciembre-

### 3. VISADOS Y PERMISOS

**3.1 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, 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.**

#### 3.1.1 Tránsito

#### 3.1.2 Estancia

##### 3.1.2.1 Visado de estancia

###### 3.1.2.1.1 Visado de estancia de corta duración

**- La aportación de una carta de invitación prevista en el artículo 28.3 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre; dicha carta será suficiente para garantizar el cumplimiento del supuesto contenido en el párrafo e) del apartado 1 del artículo 28 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre – esto es, la disposición de alojamiento en España durante la estancia-; en ningún caso, la carta de invitación suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos del citado apartado 1. STS de 30 de octubre de 2012 (RC 1243/2012)**

*"[...] Alega en él la recurrente que era suficiente para acreditar la disposición de alojamiento en España -condición necesaria para obtener el visado- la presentación de una carta de invitación suscrita por un ciudadano español (su hermano), tal como en este supuesto ocurrió. Y añade -ya sin mayores explicaciones- que la "Sala sentenciadora desconoce e ignora por completo el valor de la carta de invitación [...] realizando una valoración de la prueba [...] que cabe calificar de arbitraria e irracional".*

*La censura debe ser rechazada. La Sala de instancia no pone en duda la validez ni la eficacia de la carta de invitación suscrita en Reus el día 18 de agosto de 2010 por Don (...) y aportada a la solicitud ante el Consulado de España en Rabat. Juzga, sin embargo, con acierto que dicha carta es uno más de los requisitos exigidos por las normas comunitarias y nacionales para la expedición del visado Schengen, entre los que se encuentran la disponibilidad de medios de subsistencia y la garantía de retorno al país de origen, precisamente los requisitos que a juicio de la Administración y de la propia Sala no se cumplían en el presente caso.*

*El tribunal de instancia no ha vulnerado, pues, las normas reglamentarias invocadas por la recurrente. El artículo 28.3 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 el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, permite que el solicitante de visado de estancia aporte en apoyo de su solicitud una carta de invitación de un ciudadano español o extranjero residente legal, carta que "será suficiente para garantizar el cumplimiento del supuesto contenido en el párrafo e) del apartado 1" (esto es, el relativo al alojamiento en España durante su estancia). Pero dicho precepto dispone a continuación que "en*

*ningún caso, la carta de invitación suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos del citado apartado 1". Si la existencia de la carta no sufre, pues, la ausencia de alguno o algunos de los restantes requisitos, y esta última fue precisamente la causa de la desestimación del recurso en la instancia, es claro que el motivo segundo carece de relevancia y de virtualidad para casar la sentencia impugnada.” (FJ 4º)*

**- El artículo 28.1.c) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre; la disposición de medios de subsistencia suficientes para el período de estancia de corta duración que se solicita no implica de modo necesario que sea el solicitante del visado quien los posea en el país de origen. STS de 30 de octubre de 2012 (RC 1243/2012) (FJ 5º)**

**- El artículo 28.1.f) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre: Las garantías de retorno al país de procedencia, entre las que deberá aportarse un billete de ida y vuelta con una fecha de retorno cerrada que no sobrepase el período de estancia máxima autorizado. STS de 30 de octubre de 2012 (RC 1243/2012)**

*“[...] La falta de garantías sobre este extremo era tanto más relevante cuanto que en la documentación presentada no constaba el billete de ida y vuelta con una fecha de retorno cerrada que no sobrepasara el período de estancia máxima. Por lo demás, en su solicitud de visado dicha señora, tras señalar como fecha de entrada en España el 7 de septiembre de 2010, consignó como fecha de salida precisamente ese mismo día, mes y año.[...]” (FJ 5º)*

**Sobre este tema, la STS de 17 de noviembre de 2011 (RC 828/2009) señala que***“[...] A diferencia de lo que ocurría bajo el Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en el que simplemente se exigía la aportación de garantías de retorno al país de procedencia, admitiendo de esta manera la aportación de cualquier tipo de garantía cuya suficiencia podría ser valorada discrecionalmente por la Administración mediante una actividad revisable por los Tribunales, la normativa vigente en el momento en que los aquí recurrentes formularon su solicitud imponían una garantía específica consistente en el título de viaje constituido por el billete de ida y vuelta con fecha de retorno cerrada. No basta, de acuerdo con las normas aquí aplicables, con la aportación de otros medios de garantía, como la prueba de la disposición de medios económicos para la adquisición posterior de los billetes de regreso, que es lo que pretende el recurrente.[...]” (FJ 4º)*

**- Ausencia de documentos válidos acreditativos del objeto y las condiciones de la estancia prevista. STS de 24 de febrero de 2012 (RC 2476/2011)**

*“[...] el artículo 28 del RD 2393/2004, establece que las solicitudes de visado de estancia deberán acompañarse de los documentos que allí se relacionen, y en el presente caso no sólo no se adjunta el seguro médico de la madre, sino que no se han ofrecido las garantías de retorno al país de origen por parte de ambos interesados, como tampoco se acompaña ningún billete de viaje de regreso a*

*Marruecos que no sobrepase el periodo de estancia solicitado. A ello debemos añadir la contradicción existente en la documentación aportada respecto a quién se haría cargo de los gastos de estancia y viaje de la madre, debido a que si bien ésta declara en su solicitud que es su hijo residente en España quién va a hacerse cargo de sus gastos, es sin embargo su otro hijo con el que viaja, el que se compromete como fiador a responsabilizarse de ellos, vinculando, como efectivamente recoge la Sala de instancia, su viaje al de su progenitora. Don Ibrahim en su solicitud aduce, en cambio, como finalidad del viaje la de turismo.*

*En definitiva, la ausencia de documentos válidos acreditativos del objeto y las condiciones de la estancia prevista, en los términos en que el Convenio para la Aplicación del Acuerdo Schengen exige, determina que la Sentencia de instancia haya de ser confirmada, y el recurso de casación desestimado.” (FJ 4º)*

### 3.1.3 Residencia

#### 3.1.3.1 Residencia temporal no lucrativa

**- Trámites para la obtención del visado de residencia no lucrativa ex artículo 35 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre; en el caso examinado el Consulado denegó el visado por haberse denegado la autorización de residencia por la Subdelegación del Gobierno; interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno por la que se denegó la autorización de residencia no lucrativa, no se advierte la necesidad de que se acordara la suspensión de las actuaciones en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Málaga hasta la definitiva resolución del recurso seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dado que el juicio sobre la legalidad de la resolución de la Subdelegación no estaba condicionado por la sentencia que se dictara por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en todo caso, sería al contrario). Cuestión distinta es que en el caso de que una vez reanudadas las actuaciones ante el Juzgado se dictase finalmente sentencia estimatoria por la que se anulara la resolución denegatoria de la autorización de residencia y se declarase el derecho de los recurrentes a su obtención, en esa hipotética sentencia estimatoria obligaría a reponer las actuaciones administrativas en el expediente de su razón y proceder conforme a lo dispuesto en el apartado 7º del artículo 35 aludido, remitiendo de nuevo el expediente al Consulado para resolver sobre la concesión del visado. STS de 13 de abril de 2012 (RC 2803/2011)**

*“[...] De esta compleja regulación procedimental resultan, pues, los siguientes trámites para la obtención del visado de residencia no lucrativa:*

*1º) El interesado habrá de presentar su solicitud ante la misión diplomática u oficina consular.*

*2º) La misión diplomática u oficina consular podrá hacer, a la vista del contenido y fundamentación de la solicitud, dos cosas: primero, denegar directamente el visado si aprecia 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; o segundo, si entiende que no hay razones para acordar tal denegación en este momento inicial del procedimiento, dar trámite a la solicitud y remitirla al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la Delegación o Subdelegación del Gobierno en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero para que resuelva lo que proceda sobre la autorización de residencia.*

*3º) Si la Delegación o Subdelegación del Gobierno deniega la autorización de residencia, lo comunicará al Consulado, el cual denegará igualmente el visado (pues si no se concede la autorización de residencia, va de suyo que carece de sentido conceder el visado)*

*[...]resulta que el Consulado en un primer momento, no consideró procedente inadmitir o denegar el visado tras recibir y examinar la solicitud (pese a que desde el Ministerio de Asuntos Exteriores y cooperación se le recordó que podía hacerlo si entendía concurrentes las circunstancias del apartado 3º del art. 35), sino que admitió a trámite la solicitud y documentación adjunta, y, previa celebración de una entrevista con el cabeza de familia, la remitió al Ministerio de Asuntos Exteriores, por más que con informe desfavorable a su concesión. Integrado el expediente con la documentación necesaria, la Subdelegación del Gobierno acordó denegar la autorización de residencia con base en los reparos que había puesto de manifiesto el Consulado, y finalmente el Consulado denegó el visado por haberse denegado la autorización de residencia y sobre la base de aquel informe desfavorable que en su día el propio Consulado había emitido.[...]*

*Por lo demás, carece de relevancia a los efectos de la estimación de este recurso de casación la alegación que ahora se formula por primera vez, de que se ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno por la que se denegó la autorización de residencia no lucrativa. Como ya hemos expuesto, la resolución del Consulado se acordó en atención a la resolución de la Subdelegación del Gobierno y como consecuencia de ella, y no a la inversa. Esto es, la denegación del visado por el Consulado, acordada conforme al apartado 6º del artículo 35 tan citado, no fue más que un acto debido, a la vista de la resolución de la Subdelegación, que fue adoptada conforme a lo dispuesto en el apartado 5º del mismo precepto. Por eso, no se advierte la necesidad de suspender las actuaciones en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Málaga hasta la definitiva resolución del recurso seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dado que el juicio sobre la legalidad de la resolución de la Subdelegación no estaba condicionado por la sentencia que se dictara por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en todo caso, sería al contrario).*

*Cuestión distinta es que en el caso de que una vez reanudadas las actuaciones ante el Juzgado se dictase finalmente sentencia estimatoria por la que se anulara la resolución denegatoria de la autorización de residencia y se declarase el derecho de los recurrentes a su obtención, en esa hipotética sentencia estimatoria obligaría a reponer las actuaciones administrativas en el expediente de su razón y proceder conforme a lo dispuesto en el apartado 7º del artículo 35 aludida, remitiendo de nuevo el expediente al Consulado para resolver sobre la concesión del visado. No obstante, en este momento, ceñidos por nuestra parte al examen de la*

*resolución consular que ahora nos ocupa, en los términos en que la misma se dictó y por las razones en que se basó, es clara su legalidad en cuanto que, como acertadamente puso de manifiesto la Sala de instancia, una vez denegada la autorización de residencia, y mientras esta resolución denegatoria no sea declarada disconforme a Derecho, el Consulado hizo lo único que podía hacer, denegando correlativa y coherentemente el visado.” (FFJJ 2º,3º y 6º)*

**- Trámites para la obtención del visado de residencia no lucrativa ex artículo 35 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre; la posibilidad que asiste al Consulado de inadmitir o denegar la solicitud de visado directamente -y sin necesidad de elevar el expediente al órgano competente para resolver sobre la autorización de residencia- no puede ser interpretada ni aplicada de forma extensiva, sino que ha de hacerse uso de ella únicamente cuando resulte evidente la concurrencia de las circunstancias que lo permiten; no puede compartirse sin matices la afirmación del Tribunal *a quo* de que la concesión de los visados de residencia no lucrativa se rige por un criterio de "discrecionalidad fuerte". Examen de las circunstancias del caso. Este tipo de visado no requiere acreditar arraigo en España ni explicar los motivos por los que se desea pasar más de 180 días al año en España; por otra parte, lo que la legislación española exige no es que el solicitante de este tipo de visados no realice trabajo alguno, sino que no lo realice en España. STS de 22 de marzo de 2012 (RC 2260/2010)**

*“[...] En relación con esta situación de residencia temporal, el reglamento de desarrollo de la L.O. 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, establece en su artículo 35 las condiciones para la obtención de la autorización correspondiente, en los siguientes términos: [...]*

*De la redacción de este precepto resulta, pues, que el Consulado puede denegar o inadmitir por sí mismo la solicitud de visado, pues así se dispone expresamente en los apartados 3º y 4º. Ahora bien, esta posibilidad de inadmisión o denegación por el Consulado, en la primera fase del procedimiento, no es absoluta ni omnicomprendiva. La inadmisión sólo procede en esta fase inicial del expediente en los supuestos que contempla la Ley 30/1992, singularmente su artículo 71 (cuando no se haya atendido el requerimiento de subsanación); y la denegación puede acordarse por el propio Cónsul únicamente en los supuestos a que se refiere el apartado 3º "in fine", esto es, cuando no haya quedado suficientemente acreditada la identidad de las personas, la validez de los documentos, o la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado. Fuera de estos supuestos, el Consulado no puede denegar el visado pretendido poniendo así fin al expediente, sino que ha de dar traslado del mismo al órgano competente para resolver sobre la autorización de residencia, que resolverá en definitiva sobre la autorización "previo informe de los servicios policiales relativo a la existencia de razones que pudieran impedirla" (apartado 5º). Si la autorización se deniega, el Consulado denegará correlativamente el visado (apartado 6º), mientras que si la autorización se concede, el Consulado verificará el cumplimiento del resto de los requisitos exigidos, resolverá y expedirá, en su caso, el visado (apartado 7º).*

*Por lo demás, esa posibilidad que asiste al Consulado de inadmitir o denegar la solicitud de visado directamente -y sin necesidad de elevar el expediente al órgano competente para resolver sobre la autorización de residencia- no puede ser interpretada ni aplicada de forma extensiva, justamente por el momento liminar del procedimiento en que se acuerda, sino que ha de hacerse uso de ella únicamente cuando resulte evidente la concurrencia de las circunstancias que lo permiten.[...]*

*Situados, pues, en este marco normativo, y abordando el examen de la sentencia de instancia, hemos de señalar, ante todo, que no puede compartirse sin matices la afirmación del Tribunal a quo de que la concesión de los visados de residencia no lucrativa se rige por un criterio de "discrecionalidad fuerte".*

*Tal afirmación se quiere sostener en que el artículo 27.6 de la L.O. 4/2000 (en la redacción aplicable a este litigio) establece una distinción entre las resoluciones denegatorias de visado que deben ser motivadas y las que no precisan de motivación (como la aquí concernida), de manera que si la denegación de algunas clases de visado no requiere motivación -se viene a afirmar- es porque la concesión o denegación del visado correspondiente es "fuertemente" discrecional.*

*Ahora bien, de tal precepto, y del contexto normativo en que se inserta, no cabe extraer tan rigurosa consecuencia, menos aún si con esa adjetivación de la discrecionalidad como "fuerte" se pretende caracterizar el ejercicio de la potestad administrativa como un ámbito de libre disposición no sujeto a límites predeterminados y reconocibles.*

*Como es bien sabido, el artículo 27.6 fue objeto desde la promulgación de la norma en que se inserta de una fuerte polémica doctrinal en cuanto eximía de las exigencias de motivación a una categoría de actos desfavorables para los interesados. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, de 11 de noviembre -seguida por otras con similar fundamentación- declaró su constitucionalidad señalando que "La inconstitucionalidad del precepto sólo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional pues "con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 CE" (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5). Pero la Ley enjuiciada somete a control de los Tribunales esta actividad administrativa (art. 106.1 CE), con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales".*

*Quedó, así evidenciado, que la atribución a la Administración de un margen de discrecionalidad en este ámbito no puede implicar en modo alguno que la decisión devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control. Ciertamente, que un acto administrativo no requiera una motivación expresa no implica necesariamente que -por tal razón- sea "fuertemente" discrecional.[...]*

*Así pues, afirmada la posibilidad de un pleno control jurisdiccional de la adecuación a Derecho de la decisión de la Administración (confirmada por la Sala de instancia) denegatoria del visado de residencia, hemos de examinar las circunstancias del caso,[...]*

*En primer lugar, la sentencia basa la desestimación del recurso en unas razones que la propia Administración había descartado en la resolución*

*administrativa contra la que se interpuso el recurso contencioso-administrativo (...) si la propia Administración consular, en la resolución contra la que se interpuso el recurso contencioso-administrativo, obvió el reproche que antes había esgrimido sobre el origen y licitud de los ingresos económicos invocados en la petición de visado, lo que no podía la Sala de instancia era recuperar esa misma perspectiva que la Administración había descartado, y basar en ella la desestimación del recurso.(...) En segundo lugar, porque la denegación del visado por el Consulado refleja una forma de actuar que no puede aceptarse desde el punto de vista de la normativa aplicable (...) se denegó el visado únicamente sobre la base de las dudas sobre la veracidad de los motivos invocados para pedir el visado. Ahora bien, esas dudas no se sustentaron en hechos claramente acreditados sino en meras conjeturas o afirmaciones carentes de sustento real. (...) En tercer lugar, porque cuando se opone a la recurrente que no tiene arraigo en España, se está exigiendo algo que no requiere el tipo de visado solicitado.(...) En cuarto lugar, porque (...) reprochar a la recurrente que no queda claro el propósito de por qué desea pasar más de 180 días al año en España (...) implica un juicio de intenciones desprovisto de sustento, y además supone de nuevo exigir un requisito que la norma no exige(...) En quinto lugar, porque en cuanto concierne al argumento de que no existe la certeza de que no vaya a realizar actividades laborales en España, tal reproche se basa de nuevo en conjeturas(...) Por lo demás, lo que la legislación española exige no es que el solicitante de este tipo de visados no realice trabajo alguno, sino que no lo realice en España, que es cosa muy distinta[...]"(FFJJ 6º,7º y 8º)*

### **3.1.3.2 Residencia temporal en virtud de reagrupación familiar**

**- Discrepancia entre las decisiones de los órganos correspondientes del Ministerio del Interior y los Consulados; otorgada la autorización temporal de residencia por reagrupación familiar por el órgano competente, no puede denegarse el visado por el Consulado correspondiente si no es por causas no examinadas por aquél órgano o, dicho en otros términos, no puede proceder a reexaminar lo ya visto y resuelto por el citado órgano competente. La doctrina y sus concretos perfiles fue expuesta en nuestra Sentencia de 5 de octubre de 2.011 (RC 5.245/2.008), en la que se establecen con detalle las circunstancias concretas en las que la Embajada o el Consulado actuante puede denegar el visado tras el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar por la Administración (fundamento jurídico quinto). STS de 27 de diciembre de 2012 (RC 3287/2012) (ver FJ 2º).**

**Validez por sí misma de la resolución por la que se concede la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar y determinación del ámbito competencial de examen y cognición del asunto por parte del agente diplomático o consular en la tramitación del expediente de obtención del visado. STS de 5 de octubre de 2011 (RC 5245/2008)**

*"[...] La L.O. 4/2000, antes citada, en su redacción aplicable, reconoce en su artículo 17 el derecho de los extranjeros a reagrupar en España a los familiares que en dicho precepto se detallan, entre los que se encuentran*

*"los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo". El artículo 18 establece los requisitos para la reagrupación, pero no se refiere al procedimiento administrativo para la obtención de ese permiso, que es materia que se ordena en los artículos 38 y ss. del reglamento de desarrollo de la Ley aprobado por R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre, especialmente en el artículo 42, con el siguiente tenor:*

*"Artículo 42. Procedimiento para la reagrupación familiar.[...]*

*A su vez, el artículo 43 regula el procedimiento para la obtención del visado, una vez concedido el permiso de residencia temporal por reagrupación familiar, en los siguientes términos:[...]*

*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.[...]*

*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).[...] 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:

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; 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.[...]" (FJ 5º)

**En el mismo sentido anteriormente expresado se pronuncia, entre otras, la STS de 27 de enero de 2012 (RC 4675/2010) (FJ 4º) y la STS de 15 de junio de 2012 (RC 6249/2011). Esta última dice:**

"[...] Aplicando las consideraciones expuestas al caso que ahora nos ocupa, hemos de significar que si bien por Resolución de 22 de diciembre de 2008 la Delegación del Gobierno en Madrid concedió autorización de residencia temporal por agrupación familiar a favor de la madre de la hoy recurrente, residente en España, sin embargo, posteriormente, se deniega el visado necesario para entrar en territorio nacional por entender el Cónsul actuante que las circunstancias de la solicitante no justificaban la necesidad de autorizar su residencia en España. Ahora bien, aunque no figura en el expediente ninguna advertencia sobre hipotéticas irregularidades en la documentación aportada por la solicitante de la reagrupación que permitiera poner en duda la validez de la misma, al resolver sobre la solicitud de visado, el Cónsul vino a considerar, aunque fuera de forma implícita, pero en todo caso evidente, la equivocación cometida al conceder el permiso de residencia temporal por reagrupación familiar en favor de la madre de la recurrente. No obstante, 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.*

*En consecuencia, si el Cónsul interpretaba que no existían razones que justificasen la necesidad de reagrupación -consideración únicamente fruto de su subjetiva valoración de las circunstancias concurrentes y no de factores objetivos, como, la verificación de que los documentos aportados a la Subdelegación del Gobierno mediante copia incurrieran en algún tipo de falsedad o de irregularidad- debió haberse abstenido de valorar aquello que ya había sido tomado en consideración para la concesión del permiso de residencia reconocido con fecha 22 de diciembre de 2008, 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.[...] (FJ 4º)*

**- Admisión en nuestro Derecho de la reagrupación familiar parcial. STS de 6 de junio de 2012 (RC 5247/2011)**

*"[...] En 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.*

*La exigencia por la Sala de instancia de un requisito para la reagrupación familiar no establecido en sus preceptos reguladores de la Ley Orgánica 4/2000 y los correspondientes del Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, así como en la citada Directiva Comunitaria, determina la infracción normativa denunciada por el recurrente, que debe ser corregida." (FJ 3º)*

**- Inaplicabilidad del artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000 (en la redacción previa a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre) en el caso de una kafala marroquí constituida por los padres biológicos del menor a favor de la tía de éste. Según el derecho marroquí no parece identificarse o vincularse necesaria e inexorablemente la custodia del menor entregado en kafala con su "representación legal", menos aún tratándose de una kafala notarial. Tampoco recoge dicho supuesto la Directiva 2003/86/CE. STS de 9 de diciembre de 2011 (RC 2917/2010)**

*"[...] La Ley Orgánica 4/2000 reconoce (artículo 16) que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17. Entre estos últimos se encuentran (...) los "menores de dieciocho años [...] cuando el residente extranjero sea su representante legal" (apartado primero, letra c). La versión del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000 que se aplica en este caso es previa a la que introdujo la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre[...]*

*Limitando, por ahora, nuestro análisis a la interpretación del artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000, los términos "representante legal" del menor tienen una significación precisa que, cuando se trata de un*

*extranjero, requiere al menos que el reagrupante nacional del tercer país ostente, de modo inequívoco, dicha representación según su propio derecho. Esta sería la condición mínima necesaria (ya veremos si, además, suficiente) para que pudiera discutirse si tiene derecho a integrar o reunir con él, en España, al menor de que se trate.[...]*

*Sin la base sólida que proporcionaría un estudio más completo del derecho extranjero aplicable (lo que ya no es posible en casación, no habiéndose efectuado en la instancia) baste decir que, en una primera aproximación, la Ley marroquí número 15.01, relativa a la kafala de los menores abandonados, o la Ley marroquí número 70.03, del Código de familia, no parecen identificar o vincular necesaria e inexorablemente la custodia del menor entregado en kafala con su "representación legal". Esta última podrá, o no, otorgarse al kafil por la correspondiente decisión judicial, de modo que es posible la coexistencia de las funciones propias esenciales de la kafala (alimentos, protección y educación del menor) asignadas a una persona con las funciones de representación legal (por ejemplo, a efectos de la administración de su patrimonio) encomendadas a otra. El kafil no necesariamente tiene que coincidir en toda su extensión con el tutor dativo ni constituirse en el representante legal del menor.*

*Si ello es así con respecto a la kafala constituida por decisión judicial, previa declaración de abandono del menor, menos aún podrá identificarse de modo automático la figura del kafil con la del "representante legal" cuando se trate de una kafala notarial que no requiere la intervención judicial sino que responde al mero acuerdo, privado, en cuya virtud los padres del menor entregan a su hijo al kafil, como en este caso ocurre, ante "dos adules notarios que suscriben la presente acta". Dicha entrega, mediante la cual el kafil asume las obligaciones de educar al menor y atender sus necesidades diarias, se asimila a una especie de cesión o delegación de las facultades que entre nosotros corresponderían a la patria potestad pero no despoja, en puridad, al padre de su condición de representante legal del hijo.[...]*

*Si el derecho a la reagrupación familiar reconocido a favor de los nacionales de terceros países ha sido, como así sucede, objeto de una regulación armonizada mediante la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, la interpretación de la ley nacional debe llevarse a cabo en los términos más favorables al régimen establecido por dicha Directiva.*

*Desde esta perspectiva, próxima al principio de "interpretación conforme", no podrá obviarse la circunstancia de que entre las personas que pueden considerarse, a efectos de reagrupación familiar, "miembros de la familia" autorizados a reunirse con el reagrupante figuran tan sólo en el artículo 4.1 de la Directiva 2003/86/CE los "hijos menores, incluidos los hijos adoptivos" de aquél.[...]*

*Partiendo de esta premisa lo que se impone es precisamente una interpretación de la ley nacional que no amplíe a supuestos como el de autos el régimen comunitario de reagrupación familiar, [...]*

*Incluso partiendo del principio rector favorable a la prevalencia de los intereses de la menor y admitiendo, a los meros efectos dialécticos, que ésta pudiera gozar de mejores medios de vida viviendo con su tía, residente en España, antes que con sus padres marroquíes (de quienes se afirma en el recurso que viven en Argelia), ello no implica necesariamente que aquel precepto del Convenio imponga a las autoridades españolas la*

*obligación de acceder a la expedición del visado de reagrupación familiar solicitado, cuyas pautas normativas de aplicación no lo autorizan. Y ello tanto menos cuanto que, según también ha quedado expuesto, existen en el derecho español otros medios jurídicos distintos de la reagrupación familiar para permitir que los menores extranjeros en determinadas circunstancias puedan obtener un visado de estancia temporal en España a cargo de personas distintas de sus padres.” (FFJJ 5º,6º y 7º)*

**- La reagrupación por parte de un extranjero residente en España (no nacionalizado español) de ascendientes extranjeros. Marco normativo aplicable. Artículo 39.d) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Análisis del requisito de que “existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”. Procedencia de una valoración casuística y circunstanciada del caso litigioso. STS de 27 de abril de 2012 (RC 5245/2011)**

*“[...] Con carácter previo a la resolución del motivo impugnatorio planteado por la parte recurrente, hemos de partir de la descripción del marco normativo por el que se rige la obtención de visados como el aquí concernido, tomando en consideración las respectivas fechas de su solicitud y ulterior denegación.*

*La L. O. 4/2000, antes citada, en su redacción aplicable, reconoce en su artículo 17 el derecho de los extranjeros a reagrupar en España a los familiares que en dicho precepto se detallan, entre los que se encuentran " los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo". El artículo 18 establece los requisitos para la reagrupación, pero no se refiere al procedimiento administrativo para la obtención de ese permiso, que es materia que se ordena en los artículos 38 y ss. del Reglamento de desarrollo de la Ley aprobado por R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre.*

*El artículo 39.d) del reglamento aprobado por RD 2393/2004, dispone que el extranjero podrá reagrupar con él en España, a "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".*

*A su vez, el artículo 43 de ese mismo texto normativo, regula el procedimiento para la obtención del visado, una vez concedido el permiso de residencia temporal por reagrupación familiar, resultando 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.*

*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.*

*Así pues, tanto el Real Decreto 2393/2004 que fue el aplicado en el presente caso, como la jurisprudencia constitucional exigen que la resolución denegatoria de un visado como el aquí concernido, de reagrupación familiar, tiene que estar motivada.[...]*

*La Sentencia de instancia considera que no existen razones que justifiquen la necesidad de residir en España, cuestión sobre la que la parte recurrente centra su impugnación, al entender que la Sala de instancia ha realizado una interpretación rigurosa e inadecuada de los preceptos citados.*

*Evidentemente, de todos los requisitos exigidos en el Real Decreto 2393/2004, para la reagrupación de ascendientes, el que resulta ahora relevante y va a centrar nuestro análisis -pues fue en el que se sustentó la desestimación del recurso contencioso deducido frente a la denegación de la solicitud deducida- es el consistente en la necesidad de la reagrupación en España.*

*A los efectos que ahora interesan, y conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, nuestra indagación sobre tal concepto de "necesidad de reagrupación" ha de realizarse de forma circunstanciada y casuística, esto es, partir de los hechos ya acreditados y si concurre la situación de "necesidad" de reagrupación a la que se refiere el RD 2392/2004, de 30 de diciembre. Ello exige realizar una operación de individualización que requiere una valoración casuística y circunstanciada del caso litigioso, a fin de determinar, en definitiva, si la madre de la aquí recurrente presentaba una situación vital que permitiera concluir que no concurrían en su caso las circunstancias necesarias para la concesión del visado pretendido.[...]*

*la madre de la reagrupante -de nacionalidad colombiana-, es viuda, de 51 años de edad y tiene cinco hijos, siendo la reagrupante la única que vive en España, sin que se hubiere acreditado la necesidad de venir a vivir con esta hija, ni de que en su propio país se encuentre sola y sin apoyo familiar alguno de manera que son relativamente jóvenes a los efectos que ahora se debaten.*

*Si bien es cierto que del expediente administrativo resulta que efectivamente la solicitante del visado padece artritis reumática, enfermedad crónica, sin embargo, no podemos entender que la misma limite su vida de forma drástica, o que precise cuidados específicos o una atención cualificada.*

*Aun cuando otros hijos de la reagrupable hubieran emigrado a otros países -hecho no acreditado por parte de la recurrente-, no consta tampoco que aquella no esté integrada en un entorno social propio ni se justifica que se halle en una situación de desamparo social o abandono en su país de origen, que implique una ausencia de vínculos o soledad que hagan necesaria la convivencia y asistencia material y afectiva de la hija residente en España.*

*En suma, esta ausencia de otros datos o elementos sobre la vital necesidad de auxilio de la ascendiente de la recurrente que fueran relevantes acerca de la "necesidad" de la estancia en España, es lo que determina la inviabilidad de la solicitud deducida.[...]" (FFJJ 3º y 5º)*

**Con razonamientos similares, tampoco se había apreciado la concurrencia del requisito de que “existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España” en STS de 17 de noviembre de 2011 (RC 2132/2009)**

### 3.1.3.3 Residencia temporal y trabajo

- **Desestimación del recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto contra el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, concretamente en su artículo 51.3), en el párrafo cuarto. STS de 17 de mayo de 2011 (Recurso Contencioso-administrativo nº 103/2009)**

*"[...] De las posiciones de las partes que se han resumido se deduce con claridad que la cuestión a resolver es si la atribución a las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias ejecutivas en materia laboral de la facultad para otorgar la autorización inicial de trabajo, en los términos recogidos en el artículo 51.3, párrafo cuatro, del Reglamento de Extranjería -en la redacción que le ha dado el apartado cinco del artículo único del Real Decreto impugnado-, es contrario a la Ley de Extranjería y conforme o no al orden constitucional de competencias. La Comunidad recurrente entiende, en contra de lo que sostienen tanto la Administración del Estado como la Comunidad Autónoma de Cataluña, que dicha atribución contraría la competencia exclusiva del Estado en materia de extranjería e inmigración que le corresponde en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.2º de la Constitución.*

*Pues bien, no tiene razón la actora y debemos desestimar el recurso. El artículo 51 del Reglamento de Extranjería contempla el procedimiento para otorgar la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, autorización regulada en los artículos 49 y siguientes del citado Reglamento. El precepto y apartado que determina la impugnación (artículo 51.3), en el párrafo cuarto que centra la controversia competencial, tras la reforma operada por el artículo único, apartado 5, del Real Decreto impugnado, dice así:*

*"Será órgano competente para resolver la inadmisión a trámite o para declarar el desistimiento y el archivo de las actuaciones el órgano competente de la correspondiente comunidad autónoma cuando hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, debiendo resolver, en todo caso, de acuerdo con el informe preceptivo y vinculante emitido por el correspondiente órgano de la Administración General del Estado sobre la concurrencia o no de las indicadas causas de inadmisión a trámite cuando afecten a la autorización de residencia."*

*Puede señalarse que en el nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, reitera en su artículo 68 la atribución de la autorización inicial de trabajo a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias ejecutivas en materia laboral.*

*Por otra parte, el artículo 37.3 de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero) dice en su actual redacción -dada, como ya se ha indicado, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre-:*

*"3. La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos."*

*Tiene razón la actora en que dicho apartado, que evidentemente da cobertura a la regulación reglamentaria que impugna, es posterior a ésta, pues nada decía expresamente el texto anterior de la Ley sobre la concesión de la autorización inicial de trabajo. Pero tal circunstancia es irrelevante por dos motivos. En primer lugar, porque del silencio de dicho texto no se deriva inexcusablemente que el precepto impugnado fuese ilegal. La parte aduce que todos los preceptos legales que se referían a la autorización de trabajo (cita así los artículos 38.1, 39, 42) antes de la reforma hacían referencia al intervención del Estado y sostiene que el nuevo texto reglamentario modifica radicalmente dicho planteamiento disociando la autorización de residencia de la de trabajo. Sin embargo, nada hay en el anterior texto legal que excluyera la posibilidad de que en los aspectos estrictamente laborales la autorización inicial correspondiera a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia laboral.*

*En segundo lugar, no cabe duda de que la reforma posterior de la Ley, que constituye el texto legal vigente en el momento de resolver este recurso, es el parámetro legal al que debemos atenernos para resolver sobre la legalidad del reglamento impugnado. Y resulta evidente que el texto legal que se ha reproducido supra da plena y expresa cobertura al texto reglamentario impugnado.*

*Eso conduce a la consecuencia de que debemos desestimar el recurso contra el citado apartado que atribuye la concesión de la autorización inicial de trabajo a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia laboral, salvo en el supuesto de que tuviésemos dudas sobre la constitucionalidad del nuevo apartado 3 del artículo 37 de la Ley de Extranjería. Sin embargo, ni esta Sala tiene tal duda ni, por otra parte, puede desconocerse el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Constitucional al que se refiere la Generalidad de Cataluña en su escrito. En efecto, en su Sentencia 31/2010, de 28 de junio, el Tribunal ha declarado constitucional el artículo 138 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la redacción que le dio la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de junio, siempre que se interprete en el sentido de que la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo se circunscribe al ámbito laboral y no condiciona la materia estatal en materia de entrada y residencia de extranjeros en España:[...]*

*Los citados pronunciamientos evitan por tanto cualquier duda de constitucionalidad sobre el precepto legal que da cobertura al precepto reglamentario impugnado.” (FJ 3º)*

**Por su parte, la STS de 10 de octubre de 2011 desestima el Recurso Contencioso-administrativo nº 97/2009, al entender aplicables las mismas razones que condujeron a desestimar el recurso Contencioso-administrativo nº 103/2009.**

**- Estimación parcial del recurso contencioso administrativo ordinario interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, que aprueba las Instrucciones por las que se determinan el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial**

**interés cultural STS de 14 de mayo de 2010 (Recurso Contencioso-administrativo nº 248/2007)**

*“[...] Interesa realizar un brevísimo repaso de las exigencias que, para el ejercicio de una actividad lucrativa en España, establece nuestro ordenamiento jurídico. El marco normativo viene representado por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en su redacción anterior a la reforma de 2009, y por el Reglamento de la citada Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.*

*Acorde con el régimen jurídico previsto por las normas legal y reglamentariamente señaladas, la actividad lucrativa, laboral o profesional, en nuestro país se sujeta a determinadas exigencias que, por lo que hace al caso, para la concesión inicial del permiso de trabajo, y tratándose de trabajadores por cuenta ajena, ha de tener en cuenta la "situación nacional de empleo", según señala, con carácter general, el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 4/2000.*

*La autorización o permiso de trabajo, por tanto y como la regla general, se condiciona a la situación nacional de empleo, que se define en atención a aquellas circunstancias que revelen que en España no hay trabajadores que puedan realizar el trabajo de que se trata. Ahora bien, esta norma tiene unas excepciones establecidas legalmente también.*

*Así es, "no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación" se dirija a determinados colectivos, entre los que se encuentran, por lo que ahora importa, los que cubran puestos de confianza o aquellos necesarios para el montaje por renovación de instalaciones o equipos productivos (apartados a/ y d/ del artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000). Además, "no será necesaria la obtención de permiso de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes", entre las que el artículo 41.1 de la Ley Orgánica de tanta cita, en conjunción con el artículo 68 del Reglamento de dicha LO, incluye a los técnicos y científicos extranjeros invitados o contratados por Administraciones públicas u organismos (apartado a), los profesores extranjeros invitados o contratados por la universidad (apartado b), personal directivo y profesorado extranjero de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados (apartado c), miembros de misiones científicas internacionales (apartado f), y los artistas que vengan a realizar actuaciones concretas (apartado g).*

*El citado artículo 41, apartado 2, ya prevé que reglamentariamente se establecerá el procedimiento para acreditar la excepción que se invoque.*

**QUINTO.-** *La cuestión se traslada entonces a determinar, siguiendo esta línea de razonamiento, si los casos previstos en el acuerdo que aprueba las instrucciones encuentran amparo en la Ley Orgánica o el Reglamento citados. Esto es, si no era necesario tomar en consideración la situación nacional de empleo porque se trata de supuestos exceptuados por la ley de tal consideración, ya sea porque expresamente la ley dispone que no ha de tenerse en cuenta tal situación de empleo para determinados colectivos (artículo 40 de la LO 4/2004), o porque no es necesaria ni siquiera la autorización de trabajo en otros supuestos (artículo 41 de la misma Ley), debemos analizar, por tanto, si tienen el amparo legal y reglamentario requerido.*

*Dicho de otro modo, aún reconociendo el importante papel que desempeña la exigencia legalmente impuesta de atender a la mentada*

*situación nacional de empleo y que se concreta en la necesidad de acreditar, como ya señalamos y ahora insistimos, que en el territorio nacional no hay trabajadores suficientes para cubrir la oferta de trabajo prevista, la finalidad de la exclusión se funda en atención a las específicas circunstancias que concurren en los casos excluidos, que debe ser valorada e interpretada para analizar su relación, o no, con los casos previstos en las instrucciones impugnadas.*

*Los trámites que, con carácter general, se contienen en el artículo 50 del Reglamento de la Ley 4/2000, para determinar la situación nacional de empleo, al señalar que trimestralmente se ha de elaborar un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura en cada provincia, sobre lo que no es del caso entrar en detalle, no resultan, por tanto, de aplicación. Baste con señalar al respecto que tal exigencia y tramitación no es predicable respecto de los supuestos previstos en las instrucciones aprobadas al estar excluidos, y tener su anclaje propio en la Ley y el Reglamento de tanta cita, de la valoración propia de la situación nacional de empleo.*

**SEXTO.-** *Nos corresponde, ahora sí, analizar los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación de las instrucciones aprobadas por el acuerdo impugnado, tanto desde un punto de vista general, como particular relativo a cada apartado.*

*Con carácter general, conviene comenzar haciendo una referencia a la potente presencia que tiene el interés público en esta materia. La situación económica europea en general y la española en particular precisan de medidas que contribuyan al aumento de la competitividad, que es esencial para la materialización de inversiones, creación de empleo y para el mantenimiento de nuestro modelo económico y social. A este objetivo se puede contribuir mediante la captación de la inmigración cualificada, como han hecho ya otros países --Australia, Canadá o Estados Unidos--, según se destaca en las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Reflexión encargado por el Consejo Europeo.*

*De modo que la contratación de trabajadores extranjeros por empresas establecidas en España, cuando se trata de cubrir puestos de muy alta y específica cualificación se convierte en un factor productivo clave, como declara la justificación del acuerdo impugnado. Desde esta perspectiva debe observarse la disposición adicional primera, apartado 4, del Reglamento de la LO de tanta cita que constituye la norma que habilita al Consejo de Ministros a dictar las instrucciones que se recurren. Y lo cierto es que en dicha habilitación normativa se hace referencia a cuando "circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorización de residencia temporal y/o trabajo (...)".*

*La naturaleza de tales presupuestos --que concurren las circunstancias de la naturaleza expresada, que se trate de casos no regulados y que sean de especial relevancia-- a que alude la disposición adicional antes transcrita, se han de analizar, por tanto, bajo el prisma anunciado del vigoroso interés público concurrente. Es el caso de las excepciones del artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000 y por la disposición adicional 12 del Reglamento. Recordemos a estos efectos, v.gr., que el apartado a) de la instrucción primera al personal directivo o altamente cualificado, de empresas o empleadores que desarrollen actividades que supongan realización de inversiones o creación de puestos de trabajo en España.*

*Además, y ya no respecto al personal directivo o de confianza sino al personal científico altamente cualificado, resulta de aplicación la Recomendación 2005/762/CEE del Consejo de la Unión Europea, de 12 de diciembre, así como la Directiva 2005/71/CE del Consejo, también de 12 de diciembre de 2005, que tiene por finalidad facilitar la admisión de nacionales de terceros países a efectos de la investigación científica.*

*Por tanto, en un enjuiciamiento general de los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley no se advierte reparo alguno de ilegalidad, no obstante examinaremos, en el fundamento siguiente, cada uno de los supuestos a que la recurrente limita su impugnación: apartados a), c), d) y e). [...]*

*El apartado a) se refiere al personal directivo o altamente cualificado, de empresas o empleadores que desarrollen actividades que supongan realización de inversiones o creación de puestos de trabajo en España. Este caso tiene cobertura general en el artículo 40 de la LO 4/2000 que prescinde, para determinados casos específicos y singulares, de tomar en consideración la situación general de empleo. Pues bien, entre dichos casos incluye al personal de confianza, cuyo alcance concreta la disposición adicional 12 del Reglamento porque expresamente el artículo 40.a) de la citada LO se remite a la norma reglamentaria.*

*Se considera que ocupan puestos de confianza, según la adicional citada, aquellos trabajadores que desempeñen únicamente actividades propias de alta dirección por cuenta de la empresa que los contrate, basadas en la recíproca confianza y que ejerzan legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general. Y además, tienen la misma consideración los trabajadores altamente cualificados que tengan conocimiento esencial para la realización de la inversión y sean especialistas o desempeñen funciones relacionadas con la dirección, gestión y administración necesarias para el establecimiento, desarrollo o liquidación de la citada inversión. Estos trabajadores deben poseer acreditada experiencia en la realización de dichas funciones o haber realizado trabajos en puestos similares en la empresa inversora o en el grupo de empresas en el que puede estar integrada esta última.*

*De modo que la inclusión del colectivo previsto en el apartado a) tienen la cobertura legal y reglamentaria expresada, que incluye, además, la experiencia en el puesto de trabajo a que se refiere también la instrucción segunda, apartado 2.g). Por tanto, la regulación resulta acorde con la habilitación recibida y con el marco normativo de referencia, y su contenido contiene las especificaciones propias del supuesto regulado.*

**OCTAVO.-** *El apartado c) se refiere a los técnicos y científicos altamente cualificados, cuya llegada tenga como fin la realización de trabajos de investigación o la incorporación a actividades de desarrollo en universidades privadas y centros de I+D de reconocido prestigio o en unidades de investigación y desarrolle de entidades empresariales establecidas en España.*

*La inclusión de este personal técnico y científico altamente cualificado encuentra cobertura no sólo en la Directiva y Recomendación ya citadas, sino también en nuestro Derecho interno.*

*En el plano comunitario la propia Directiva 2005/71/CE, con concordancia con la Recomendación 2005/762/CE que cita y aprueba el mismo día, señala como finalidad de la misma, además de crear un Espacio Europeo de Investigación, definir "las condiciones de admisión en*

los Estados miembros de investigadores de terceros países, por un período superior a tres meses, con el objetivo de llevar a cabo proyectos de investigación". Apoyo a la investigación que, por lo demás, incluye a sus familias, como explica la propia Directiva, al señalar que conviene prestar especial atención a que se facilite y apoye la preservación de la unidad de los miembros de la familia del investigador, de conformidad con la Recomendación del Consejo, de 12 de octubre de 2005, destinada a facilitar la admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica en la Comunidad Europea.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, el artículo 41.1 de la LO 4/2000 representa el soporte legal del apartado c) que analizamos y que exceptúa a determinados colectivos de la necesidad de obtener permiso de trabajo. Es el caso, según disponen los artículos 41.1 de la LO de tanta cita, en conjunción con el 68 del Reglamento de la misma, de los técnicos y científicos invitados o contratados por la Administraciones u organismos (apartado a), miembros de misiones científicas internacionales (apartado f), los profesores así como los técnicos, investigadores y científicos extranjeros invitados o contratados por la universidad española (apartado b).

Interesa destacar que la política europea de investigación se verá reforzada, y el Espacio Europeo de Investigación fortalecido, si la economía europea es más competitiva y dinámica. Estas razones, y no otras, son las que presiden la aprobación de la Directiva 2005/71/CEE, y las instrucciones cuya aprobación se impugna. Las exigencias que impone la globalización en la economía demandan que los investigadores dispongan de una movilidad acorde con las exigencias de los nuevos tiempos en una economía fuertemente interrelacionada.

**NOVENO.-** El apartado d) comprende a los artistas de reconocido prestigio internacional, así como el personal necesario para llevar a cabo su actuación, que vengan a España a realizar actuaciones de interés cultural.

La inclusión de este colectivo en el ámbito de aplicación de las instrucciones aprobadas por el acuerdo impugnado encuentra cobertura legal en el artículo 41.1.g) de la LO 4/2000 que excluye de la obtención de permiso de trabajo y, por tanto, de estar sujeto a la situación nacional de empleo a los "artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada". En consecuencia, debemos alcanzar la misma conclusión desestimatoria de la impugnación que los anteriores apartados y por las mismas razones.

Por otro lado, respecto de los familiares de los supuestos incluidos en los apartados examinados debemos señalar, en primer lugar, que no constituyen ningún colectivo incluido en el ámbito de aplicación con sustantividad propia, sino que tienen el carácter auxiliar o de apoyo que proporciona siempre el soporte familiar al directivo o al científico. En segundo lugar, las medidas no serían plenamente eficaces si conllevaran la separación de los miembros de la familia, de modo bien podrían suponer un freno a los fines que se pretenden, ante el efecto disuasorio que pudiera comportar. Y, en fin, en el caso específico de los científicos y técnicos, también nos remitimos a lo señalado en el fundamento octavo y a la regulación en la Directiva y Recomendación de 2005 ya citadas. Baste con destacar que la citada directiva destaca que para preservar la unidad de los miembros de la familia y permitir la movilidad, conviene que los

*miembros de la familia puedan reunirse con el investigador en el Estado miembro.*

**DÉCIMO.**- *El apartado e) incluye a cualquier otro puesto "asimilado" a los anteriores, y en que concurran razones excepcionales debidamente acreditadas de interés económico, social o laboral, previa autorización de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.*

*Adelantando la conclusión, debemos señalar que el citado apartado ha de ser declarado nulo porque adolece de indefinición respecto de los casos que comprende y de indeterminación en relación con la regulación que establece.*

*Así es, es indefinido porque el apartado e) de la instrucción primera no acota ni define los supuestos a los que se refiere. No podemos entender que la referencia a la "asimilación" respecto de los apartados anteriores, junto a las razones excepcionales, pueda proporcionar base suficiente para integrar un supuesto cuyo contenido es desconocido y, por tanto, su vinculación con la ley o el reglamento de cobertura resulta, cuando menos, incierta. [...]*

*Resulta, además, indeterminado en cuanto a su regulación porque en la instrucción segunda c.5, cuando se regula el procedimiento y se establece la documentación que se precisa, respecto del apartado e) de la instrucción primera, no se alude a documentación específica alguna que deba presentarse, como se hace en los anteriores apartados respecto de los demás supuestos de la citada instrucción primera. En este caso, se limita a remitirse a lo que determine la Dirección General de Inmigración. Y ello resulta acorde con lo que hemos señalado antes sobre la indefinición, pues si no se conocen los casos para los que se ha previsto mal pueden establecerse los requisitos que se exigen.*

*La razones expuestas nos hacen concluir que el apartado e) de la instrucción primera es nulo porque no se ajusta a la habilitación recibida respecto de la regulación de los supuestos para la concesión de autorizaciones. Recordemos que en la disposición adicional primera.4 del Reglamento de la LO 4/2000 se indicaba que las instrucciones "establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión". Por tanto, se ha lesionado el principio de jerarquía normativa --prevista en el artículo 9.3 de la CE y artículo 51.1 de la Ley 30/1992--, que constituye uno de los vicios de nulidad de las disposiciones generales, el que ahora fundamenta este recurso, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992, en la medida que la instrucción primera, apartado e) no se atiene a los términos de la habilitación reglamentariamente recibida.*

*En consecuencia, y en atención a lo expuesto, procede la estimación en parte del recurso contencioso administrativo. "(FFJJ 4º a 10º)*

**- Falta de infracción del artículo 51.9 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre. Discrepancia, considerada esencial, entre el trabajo que figuraba en la autorización otorgada por la Delegación de Gobierno y el manifestado en la entrevista en la Embajada de España. STS de 15 de noviembre de 2011 (RC 3025/2009)**

*"[...] Pues bien, del expediente administrativo resulta que la entrevista mantenida con el solicitante de visado por cuenta ajena, el día 31 de agosto de 2008, en la Embajada de España en Islamabad, refleja, en lo que aquí importa, que el trabajo que venía a desarrollar en España era el de distribuidor de panfletos de anuncios de la Compañía que le va a*

*emplear (pregunta 7) lo que no coincide con la autorización concedida por la Delegación de Gobierno en Madrid. En efecto, figura en la autorización otorgada por la Delegación de Gobierno que el trabajo a desempeñar sería de peón de transportes y descargador, en tanto que en la entrevista sostiene el solicitante del visado que su actividad sería la de distribución de panfletos, sin embargo, discrepancia que entendemos esencial como hemos expuesto.*

*De igual modo, de la entrevista se pone de manifiesto la ausencia de garantías de alojamiento "le ajustarán con alguna familia paquistaní" y la vaga referencia a un amigo de su padre en España. En suma, las dudas sobre el motivo del viaje se sustentan en datos objetivos y resultan razonables con arreglo a lo actuado en el expediente. Por otro lado, la información relativa a que le sería prestado el dinero para pagar el viaje a España, que la empresa ofertante del trabajo fuera propiedad de un amigo de la escuela en Pakistán, y que dicho empresario tuviera amistad con el dueño de un locutorio en España a través del cual le fue enviada la oferta, presentaron carácter negativo dado su excesiva vaguedad.*

*En atención a las consideraciones expuestas, podemos concluir que la Sentencia impugnada no infringe el precepto que se denuncia como vulnerado, por cuanto esta Sala considera que de la documentación obrante en autos y en el expediente administrativo se desprenden indicios razonables que permitan dudar de la veracidad de la razón alegada para solicitar el visado y el trabajo ofertado, compartiendo con el Tribunal a quo que la resolución recurrida se halla conforme a derecho. En consecuencia, rechazando el motivo impugnatorio formulado, procede desestimar el recurso de casación que nos ocupa." (FJ 5º)*

**- Concesión visado de trabajo por cuenta ajena. Nacional rumano: desde 1-1-2007 goza del estatuto de ciudadano de la Unión. Consecuencias jurídicas. Apreciación, en el año 2011, de la pérdida de objeto del recurso de casación que versa sobre la petición de un visado de trabajo por cuenta ajena solicitado en 2003 y reconocido en la Sentencia impugnada, cuando los ciudadanos de Rumanía no necesitan ese visado. STS de 29 de junio de 2011 ((RC 6070/2007)**

*"[...]Con carácter previo al examen de los motivos de casación esgrimidos por la Abogacía del Estado, consideramos ineludible analizar la repercusión sobre el caso de la circunstancia sobrevenida de especial entidad, consistente en la incorporación de Rumania a la Unión Europea.*

*En efecto, con fecha 25 de abril de 2005 se firmó en Luxemburgo el Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea. Este Tratado fue ratificado por España mediante instrumento de 26 de mayo de 2006, publicado en el BOE nº 17, de 19 de enero de 2007, y entró en vigor el día 1 de enero de 2007, conforme a lo dispuesto en su art. 4. Por consiguiente, a partir de esa fecha de 1 de enero de 2007, los nacionales de Rumanía y Bulgaria pasaron a tener la consideración de ciudadanos de la Unión Europea. Condición esta, la de ciudadano de la Unión Europea, que como es bien sabido implica el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.*

*Conviene resaltar, en este sentido, que el Tratado de adhesión de 25 de Abril de 2005 expresa en su artículo 1º que ambos Estados, Rumanía y Bulgaria, pasan a ser miembros de la Unión Europea, (...) Ahora bien,*

*en el Protocolo y en sus Anexos VI ("medidas transitorias para Bulgaria") y VII ("medidas transitorias para Rumanía") sólo se previó la posibilidad de que se adoptasen medidas transitorias por el resto de los Estados miembros, a modo de cláusulas de salvaguardia, en relación a las libertades de circulación de trabajadores y prestación de servicios -que implican una directa repercusión sobre el mercado de trabajo-, pero no en relación a la libertad de circulación y residencia en el ámbito territorial de la Unión Europea.*

*Coherentemente, el Consejo de Ministros de España aprobó el día 22 de diciembre de 2006 un Acuerdo por el que se establecía un periodo transitorio para la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena de ambos países, que se fijó, en principio, en dos años a partir del día 1 de enero de 2007 (aunque con la puntualización de que si la evolución del mercado de trabajo lo permitiera, podría reducirse esa duración), no estableciéndose ninguna medida de similar entidad respecto de la libertad de circulación y residencia. De este modo, el régimen jurídico de esta concreta libertad de circulación y residencia ha pasado a ser para los ciudadanos rumanos y búlgaros el regulado con carácter general en el Real Decreto 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero de 2007), en cuyo artículo 3 se establece que "las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste", siendo digno de destacarse que la disposición transitoria tercera de esta norma reglamentaria contiene un régimen especial de carácter transitorio referido a los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Estados miembros de la Unión Europea a los que se apliquen medidas transitorias para regular su acceso al mercado de trabajo español, pero ese régimen transitorio se proyecta únicamente sobre el acceso al mercado de trabajo y no afecta al resto de las libertades, y así se resalta en la referida disposición transitoria, donde se puntualiza que las medidas transitorias que regulen su situación como trabajadores por cuenta ajena "en ningún caso supondrán menoscabo alguno del resto de derechos contemplados en tanto que ciudadanos de la Unión Europea".*

*La trascendencia de esta incorporación de Rumanía a la Unión Europea ha sido resaltada en diversas sentencias de esta Sala Tercera, que han apreciado este dato incluso de oficio (esto es, aunque las partes no lo hubiesen alegado) y con plena conciencia de estar tomando un marco normativo posterior al existente al tiempo de la resolución administrativa impugnada en el proceso; extrayendo del mismo consecuencias como la anulación de las sanciones de expulsión acordadas contra ciudadanos rumanos, o de las órdenes de salida del territorio nacional existentes contra ellos por contravenir de las normas sobre entrada y permanencia en territorio nacional (así, SSTS de 12, 13 y 15 de febrero de 2008, RRC 2525/2004, 2110/2004 y 1767/2004).*

**CUARTO.-** *Como hemos declarado en las indicadas sentencias, aunque los razonamientos expresados no fueron objeto de valoración por las partes, entendemos que el nuevo marco jurídico aludido constituye un hecho notorio de especial relevancia, que ha de ser necesariamente tomado en consideración a los efectos de resolver el presente recurso de*

*casación. No se opone a esta conclusión el llamado "carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa", en virtud de la reiterada doctrina sentada por esta Sala que declara que en materia de extranjería han de valorarse las circunstancias sobrevenidas (por todas, Sentencia de 13 de febrero de 2008).*

*Las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora, que tiene su razón de ser en la prerrogativa de autotutela decisoria y ejecutiva de las Administraciones públicas, tienen en todo caso un carácter instrumental y no pueden prevalecer frente a las consideraciones anteriores, que imponen una reconsideración de la aplicación normativa, a la luz del este marco legal sobrevenido, que priva de vigencia a los intereses generales esgrimidos por la Administración, al mismo tiempo que refuerza la posición jurídica del recurrente en la instancia.*

*Situados en esta perspectiva, cabe apreciar, en el año 2011, la pérdida de objeto del presente recurso de casación que versa sobre la petición de un visado de trabajo por cuenta ajena solicitado en 2003 por D. (...) actor en la instancia y reconocida en la Sentencia impugnada, cuando los ciudadanos de Rumanía no necesitan ese visado; la Sentencia recayó en fecha cercana a la de incorporación de Rumanía a la Unión Europea, a partir de la cual pasan a tener la consideración de ciudadanos de la misma, con el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Como consecuencia de lo expuesto, debemos desestimar el recurso de casación y confirmar la Sentencia objeto de impugnación.” (FFJJ 3º y 4º)*

### **3.1.4 Visado de estudios**

**- Procedencia de que la Sala de instancia estimara aplicables los requisitos enunciados en los artículos 85 a 91 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, aun cuando el Consulado hubiera exigido el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 93 de la referida norma reglamentaria. STS de 10 de mayo de 2012 (RC 332/2010)**

*“[...] Carece de fundamento la alegación que formula la defensa letrada de la recurrente, respecto de que resultaba improcedente que la Sala de instancia entendiera de aplicación los requisitos enunciados en los artículos 85 a 91 del Real Decreto 2393/2004, cuando el Consulado de Bogotá habría exigido el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 93 de la referida norma reglamentaria, pues ello resulta incongruente con la declaración de Doña (...), que se recoge en el Acta de Manifestaciones efectuada ante notario el 4 de abril de 2008, que se encuentra en el expediente, en que la otorgante expone que garantiza el cumplimiento del supuesto contenido en el párrafo e del apartado 2 del artículo 87 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre -Reglamento de Extranjería-, a saber, la disposición de medios de subsistencia y alojamiento para el periodo que se indica.*

*En suma, consideramos que la Sala de instancia no ha incurrido en error de Derecho ni en arbitrariedad en la apreciación de la falta de concurrencia de los requisitos exigidos para la expedición de visado de estudios, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, al expresar, razonadamente, de forma clara y con convincente rigor jurídico, que en el supuesto enjuiciado no se han ofrecido las garantías suficientes del*

*retorno de la peticionaria al país de origen, siendo, no obstante, a estos efectos, irrelevante la consideración sobre la circunstancia de que la recurrente gozara del beneficio de asistencia jurídica gratuita, debido a los términos en que se formula.[...]" (FJ 4º)*

**- Concesión de visado de estudios. Nacional rumano: desde 1-1-2007 goza del estatuto de ciudadano de la Unión Europea. Consecuencias jurídicas. Apreciación en el año 2011 de la pérdida de objeto del recurso de casación que versa sobre la legalidad del visado de estudios solicitado en 2005 por el hermano de la actora en la instancia, cuando desde hace años los ciudadanos de Rumanía no necesitan ese visado. STS de 29 de junio de 2011 (RC 6146/2007)**

*"[...] Con carácter previo al examen de los motivos de casación esgrimidos por la Abogacía del Estado, consideramos ineludible analizar la repercusión sobre el caso de la circunstancia sobrevenida de especial entidad, consistente en la incorporación de Rumania a la Unión Europea.*

*En efecto, con fecha 25 de abril de 2005 se firmó en Luxemburgo el Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea. Este Tratado fue ratificado por España mediante instrumento de 26 de mayo de 2006, publicado en el BOE nº 17, de 19 de enero de 2007, y entró en vigor el día 1 de enero de 2007, conforme a lo dispuesto en su art. 4 . Por consiguiente, a partir de esa fecha de 1 de enero de 2007, los nacionales de Rumanía y Bulgaria pasaron a tener la consideración de ciudadanos de la Unión Europea. Condición esta, la de ciudadano de la Unión Europea, que como es bien sabido implica el reconocimiento del derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.*

*Conviene resaltar, en este sentido, que el Tratado de adhesión de 25 de Abril de 2.005 expresa en su artículo 1º que ambos Estados, Rumanía y Bulgaria, pasan a ser miembros de la Unión Europea, (...) Ahora bien, en el Protocolo y en sus Anexos VI ("medidas transitorias para Bulgaria") y VII ("medidas transitorias para Rumanía") sólo se previó la posibilidad de que se adoptasen medidas transitorias por el resto de los Estados miembros, a modo de cláusulas de salvaguardia, en relación a las libertades de circulación de trabajadores y prestación de servicios -que implican una directa repercusión sobre el mercado de trabajo-, pero no en relación a la libertad de circulación y residencia en el ámbito territorial de la Unión Europea.*

*Coherentemente, el Consejo de Ministros de España aprobó el día 22 de diciembre de 2006 un Acuerdo por el que se establecía un periodo transitorio para la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena de ambos países, que se fijó, en principio, en dos años a partir del día 1 de enero de 2007 (aunque con la puntualización de que si la evolución del mercado de trabajo lo permitiera, podría reducirse esa duración), no estableciéndose ninguna medida de similar entidad respecto de la libertad de circulación y residencia. De este modo, el régimen jurídico de esta concreta libertad de circulación y residencia ha pasado a ser para los ciudadanos rumanos y búlgaros el regulado con carácter general en el Real Decreto 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero de 2007), en cuyo artículo 3 se establece que "las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste" , siendo digno de*

*destacarse que la disposición transitoria tercera de esta norma reglamentaria contiene un régimen especial de carácter transitorio referido a los trabajadores por cuenta ajena nacionales de Estados miembros de la Unión Europea a los que se apliquen medidas transitorias para regular su acceso al mercado de trabajo español, pero ese régimen transitorio se proyecta únicamente sobre el acceso al mercado de trabajo y no afecta al resto de las libertades, y así se resalta en la referida disposición transitoria, donde se puntualiza que las medidas transitorias que regulen su situación como trabajadores por cuenta ajena "en ningún caso supondrán menoscabo alguno del resto de derechos contemplados en tanto que ciudadanos de la Unión Europea".*

*La trascendencia de esta incorporación de Rumanía a la Unión Europea ha sido resaltada en diversas sentencias de esta Sala Tercera, que han apreciado este dato incluso de oficio (esto es, aunque las partes no lo hubiesen alegado) y con plena conciencia de estar tomando un marco normativo posterior al existente al tiempo de la resolución administrativa impugnada en el proceso; extrayendo del mismo consecuencias como la anulación de las sanciones de expulsión acordadas contra ciudadanos rumanos, o de las órdenes de salida del territorio nacional existentes contra ellos por contravenir de las normas sobre entrada y permanencia en territorio nacional (así, SSTS de 12, 13 y 15 de febrero de 2008, RRC 2525/2004, 2110/2004 y 1767/2004).*

**CUARTO.-** *Como hemos declarado en las indicadas sentencias, aunque los razonamientos expresados no fueron objeto de valoración por las partes, entendemos que el nuevo marco jurídico aludido constituye un hecho notorio de especial relevancia, que ha de ser necesariamente tomado en consideración a los efectos de resolver el presente recurso de casación. No se opone a esta conclusión el llamado "carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa", en virtud de la reiterada doctrina sentada por esta Sala que declara que en materia de extranjería han de valorarse las circunstancias sobrevenidas (por todas, Sentencia de 13 de febrero de 2008).*

*Las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora, que tiene su razón de ser en la prerrogativa de autotutela decisoria y ejecutiva de las Administraciones públicas, tienen en todo caso un carácter instrumental y no pueden prevalecer frente a las consideraciones anteriores, que imponen una reconsideración de la aplicación normativa, a la luz del este marco legal sobrevenido, que priva de vigencia a los intereses generales esgrimidos por la Administración, al mismo tiempo que refuerza la posición jurídica del recurrente en la instancia.*

*Situados en esta perspectiva, cabe apreciar, en el año 2011, la pérdida de objeto del presente recurso de casación que versa sobre la legalidad del visado de estudios solicitado en 2005 por el hermano de la actora en la instancia, cuando desde hace años los ciudadanos de Rumanía no necesitan ese visado; la solicitud de visado tuvo lugar en fechas muy cercanas a la de incorporación de Rumanía a la Unión Europea. Como consecuencia de lo expuesto, debemos desestimar el recurso de casación y confirmar la Sentencia objeto de impugnación. "(FFJJ 3º y 4º)*

### 3.2 Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

#### 3.2.1 Declaración de nulidad de determinados artículos, apartados o Disposiciones del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero por STS de 1 de junio de 2010 (Recurso Contencioso-administrativo nº 114/2007)

- La STS de 1 de junio de 2010 (Recurso Contencioso-administrativo nº 114/2007), aclarada por sendos Autos de 14 de septiembre de 2010 y de 13 de enero de 2011, anula determinados Artículos, apartados o Disposiciones del RD 240/2007, de 16 de febrero.

*"[...] La primera impugnación se concreta en la expresión "otro Estado miembro" que se contiene en el Artículo 2 (Aplicación a 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), párrafo primero, que dice así:*

*"El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: ...". (Incluyendo al cónyuge, pareja registrada, descendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada, y ascendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada).[...]*

*La impugnación ha de prosperar, ya que el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE 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"; expresión con la que no se excluye a la familia del español ---cualquier que sea su nacionalidad--- residente con el mismo (posiblemente por la vía de la reagrupación familiar) en otro Estado de la Unión Europea, en el supuesto de regreso, desde ese otro Estado miembro, al Estado de su nacionalidad, esto es, a España. Exclusión que sí se produce con la expresión impugnada del artículo 2, apartado primero, del Real Decreto citado, ya que, a estos familiares del ciudadano español ---que, obviamente, no cuenten con la nacionalidad española--- se les somete a un régimen de derechos diferente, cual es el previsto en la Disposición Transitoria Vigésima para el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.[...]*

**TERCERO.-** Examinamos en el presente Fundamento Jurídico tres aspectos de la impugnación de las recurrentes directamente relacionados entre sí, y que se concretan en los efectos derivados de la situación de "separación legal":

**1º.-** Dentro del mismo artículo 2º del Real Decreto 240/2007 (Aplicación a 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) también se impugna la expresión "separación legal" que se contiene en los apartados a), c) y d) del citado artículo 2º.

(Igualmente se impugna la expresión "**cónyuge separado legalmente**" que se contiene en el artículo 9.4 del Real Decreto impugnado, que luego examinaremos).

Esto es, al configurar el ámbito subjetivo familiar se incluyen ---entre otros--- en dicho ámbito, a su cónyuge, a los descendientes directos del mismo cónyuge, así como a los ascendientes directos del mismo cónyuge, mas con la condición, que se reitera en los tres apartados mencionados del artículo 2º, de que "no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o **separación legal**". Si bien se observa, este artículo 2º extiende el régimen jurídico que nos ocupa a los familiares de los ciudadanos de los Estados miembros "cuando le acompañen o se reúnan con él", pero siempre y cuando, en relación con los citados cónyuges, "no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o **separación legal**". Esto es, desaparecido el vínculo conyugal, desaparece la consideración familiar del cónyuge. Pues bien, como quiera que la situación de "separación legal" no implica ---como si acontece con la nulidad matrimonial o el divorcio--- una desaparición definitiva del vínculo matrimonial, en tales supuestos no debe desaparecer tampoco la extensión ---al cónyuge separado legalmente--- del régimen jurídico contenido en el Real Decreto impugnado.

2º. Esta impugnación se relaciona con la que los recurrentes realizan en su Fundamento Jurídico Séptimo de determinados apartados del 9 del Real Decreto impugnado; la relación es obvia, por cuanto se trata de la misma expresión.

En efecto, la misma expresión de "**separación legal**" se contiene en el artículo 9, dedicado al "Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, **separación legal** o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia"; en concreto, se contiene (i) en el enunciado del precepto, (ii) en su apartado 1, (iii) en su apartado 4, y (iv) en su apartado 4.a). [...]

Es cierto que en el Código Civil se señala, artículo 83 que "La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica", pero, el artículo 84 siguiente añade que "La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio". En consecuencia, la situación de "separación legal" no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial, siendo sus efectos muy diferentes, por ejemplo, a los del divorcio, disponiendo el artículo 88.2 que ---a diferencia de la separación legal--- "La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio". En consecuencia, lo que no es igual en el propio ámbito interno español, y lo que ni siquiera contempla la Directiva comunitaria, no puede ser utilizado por el Reglamento que nos ocupa para la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes. Así, además, ha sido puesto de manifiesto tanto por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto Aussatou Diatta c. Land Berlín) como por el propio Tribunal Supremo (STS de 11 de diciembre de 2002). [...]

3º. Por los mismos argumentos ha de anularse la expresión que también se impugna, de "**cónyuge separado legalmente**" que se contiene en el artículo 9.4.d) del Real Decreto. Con la introducción de dicha expresión se viene a

exigir ---como si de un ex cónyuge se tratara--- al cónyuge separado legalmente que aporte un resolución judicial o mutuo acuerdo que determine un derecho de visita a un hijo menor para poder conservar el derecho de residencia. Como antes expusimos tal exigencia solo será posible en los supuestos de disolución o desvinculación definitiva familiar, lo que no acontece con la situación de separación legal.

**CUARTO.-** También del Artículo 2º se impugna, dentro de su párrafo 1, apartado b) la expresión "**que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado**". Expresión que igualmente se contiene en la Disposición Adicional Vigésima, apartado 1.b) y que, también se impugna. [...] Tal exigencia excede de lo establecido en la Directiva (Artículo 2.2.b), que, al referirse, para definir, a los "Miembros de la familia", solo se refiere a "la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro", sin mas exigencias.

Se trata, pues, de una exigencia no contemplada en la Directiva comunitaria, que implica una restricción respecto del contenido subjetivo de la misma y que, por tanto ha de ser anulada. [...]

La expresión, pues, ha de ser anulada; tanto la contenida dentro del artículo 2º, párrafo 1, apartado b), como en el apartado 1.b) de la Disposición Adicional Vigésima.

**QUINTO.-** [...]

Pues bien, dicha expresión ("**exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente Real Decreto**"), es la que también es objeto de impugnación por parte de las recurrentes.[...]

Se trata, sin duda, de otra restricción evidente; ni en el artículo 2.2.d) de la Directiva, ni en el 23, que hemos reproducido, podemos encontrar restricción alguna en el ámbito laboral ---y similar--- reseñado en relación con estos miembros de la unidad familiar que se define, ya que la Directiva es clara e incondicionada, en sus expresiones y en el significado de las mismas, constituyendo, sin duda, una ampliación subjetiva, en relación con la anterior normativa que modifica y deroga (Directivas 90/364, 90/365, 93/96, y Reglamento 1612/68). Por otra parte, este derecho no puede considerarse como un derecho condicionado o dependiente de la situación ---o evolución de la situación--- económica de su titular. Se trata, pues, de una transposición restrictiva y limitadora, tanto del derecho de libre circulación de ciudadanos comunitarios (artículo 18 del Tratado de la Unión Europea), como del derecho de libre circulación de trabajadores (artículo 39.1 del mismo Tratado).

En consecuencia, la expresión del artículo 3.2 del Real Decreto 240/2007 ("**exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente Real Decreto**"), debe de ser suprimida.

**SEXTO.-** Por otra parte, y dentro del mismo artículo 3.2 del Real Decreto, se impugna ---así se dice--- el inciso primero de su párrafo segundo, que ya antes hemos transcrito, como supuesto de excepción a la genérica prohibición laboral de los descendientes a cargo mayores de 21 años y de los ascendientes igualmente a cargo; dicho inciso señala que:

**"No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado**

**laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento".**

No se trata, en realidad, de una impugnación directa, sino que, como en realidad, constituye una excepción o matización a la excepción que hemos anulado, su inclusión en el precepto carece de sentido y, por ello, un principio de seguridad jurídica obliga a su eliminación por innecesaria.

**SEPTIMO.-** Se impugna también parte del apartado 2, párrafo segundo, del artículo 4 del Real Decreto, artículo dedicado a la regulación de la "Entrada" en el territorio español de los ciudadanos de la Unión Europea. Como regla general, y para tales ciudadanos, el apartado 1 señala que la entrada "se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular".

En el apartado 2 se regula ---con algunas diferencias--- la entrada de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión Europea "que no posean la nacionalidad de los Estados miembros", señalando al efecto que los mismos "efectuarán su entrada con un pasaporte válido y en vigor, necesitando, además, el correspondiente visado de entrada cuando así lo disponga el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. La expedición de dichos visados será gratuita y su tramitación tendrá carácter preferente cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él".

Pues bien, en el párrafo segundo de dicho apartado 2 se contiene una excepción a la obligación de la presentación de visado por los expresados familiares, cuando los mismos estuvieren en posesión de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, disponiendo al efecto que "La posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, válida y en vigor, **expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo**, expedida por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener el visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requerirá la estampación del sello de entrada o de salida en el pasaporte".

La diferencia con la Directiva 38/2004/CEE (artículo 5.2) estriba, según los recurrentes en que en la norma comunitaria no se limita, como hace el apartado impugnado, exclusivamente, a las tarjetas expedidas por los Estados que aplican plenamente el Acuerdo de Schengen. En concreto, en el citado precepto de la Directiva, en su segundo inciso, sin ningún tipo de limitación se señala que "A los efectos de la presente Directiva, la posesión de la tarjeta de residencia válida contemplada en el art. 10 eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener visado".

Procede su anulación no obstante haber perdido su objeto, pues, justamente, la modificación introducida en el citado artículo, apartado y párrafo por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, que Modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ha consistido en la supresión del mencionado inciso por las razones que en la Exposición de Motivos del nuevo Real Decreto se contienen, y que, en síntesis, coinciden y avalan las expuestas por los recurrentes:[...]

**OCTAVO.-** Dentro, también, del artículo 9, al que ya antes nos hemos referido y dedicado a la regulación del "Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia", se impugna por los recurrentes el párrafo segundo del apartado segundo.

El apartado 2 del precepto regula, en concreto, el supuesto de la ruptura familiar por el fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea, poniendo de manifiesto que, como regla general "El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el caso de miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, tampoco afectará a su derecho de residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho. Los familiares tendrán obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes".

El problema surge con la adición de un segundo párrafo, aquí impugnado, en el que se expresa que "**Transcurridos seis meses desde el fallecimiento salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el familiar deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 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. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos**".

Pues bien, nuevamente nos encontramos con otra interpretación restrictiva de la Directiva 38/2004/CEE y con una transposición limitativa de derechos, que, en modo alguno contiene las restricciones a la continuación del derecho a la residencia, que en el precepto impugnado se vislumbran, para el supuesto del fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea. Efectivamente, el artículo 12.2 de la tan citada Directiva dispone que "el fallecimiento del ciudadano de la Unión no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido en el Estado miembro de acogida en calidad de miembros de su familia durante al menos un año antes del fallecimiento del ciudadano de la Unión".[...]

El párrafo segundo, del artículo 9.2 ha de ser suprimido y eliminado del Real Decreto 240/2007.

**NOVENO.-** Hemos de rechazar la impugnación que los recurrentes realizan en el relación con el artículo 17 del Real Decreto 240/2007, dedicado a las "Garantías procesales" y que, en síntesis, viene a coincidir con el contenido del artículo 31 de la Directiva 38/2004/CEE.[...]

**DECIMO.-** Por el contrario, ha de prosperar la impugnación que se realiza en relación con un inciso del artículo 18.2 del Real Decreto, que regula la Resolución de la expulsión del territorio español. Dicho precepto dispone que: "Las resoluciones de expulsión fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el territorio español. **Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata,** en los

demás supuestos se concederá al interesado un plazo para abandonarlo, que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se debe formalizar".[...]

Dicha urgencia no puede anular las expresadas garantías de motivación de la resolución, notificación con información de recursos (con indicación de plazo y de la autoridad ante la que se pueden formular), y, sobre todo, posibilidad de su ejercicio; aun exigiéndose una debida justificación de la urgencia, la misma no puede impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y su posibilidad de suspensión cautelar.

En consecuencia, dicha expresión ha de ser suprimida.

**DECIMO PRIMERO.-** A través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado se introducen en 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, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sus nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea "no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007", y, van a establecer la "Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

A) Pues bien, de la citada Disposición Adicional Decimonovena se impugnan dos aspectos o incisos:

Se trata ---el de esta Disposición Adicional--- de un régimen para aquellos familiares del ciudadano de la Unión Europea que no se contemplan en el ámbito subjetivo del Real Decreto impugnado; concretamente en su artículo 2º, que, en diversos aspectos hemos examinado. Así, la nueva Disposición Adicional del Real Decreto 2393/2004, dispone, en síntesis, que "Las Autoridades competentes facilitarán ... la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a quien sin estar incluido en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero ... se halle en una de las siguientes circunstancias:

a) Sea **otro** familiar con parentesco **hasta segundo grado**, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad ...".

Analizando conjuntamente ambas impugnaciones, y, comparando el texto de la norma interna española con el de la Directiva comunitaria transpuesta, es evidente que se produce una restricción del ámbito subjetivo, que, para estos supuestos, contempla la Directiva en su artículo 3.2.a) que se refiere a "cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 ...". Por ello el término "otro" ha de permanecer ya que es el mismo que utiliza la Directiva, pero la expresión "parentesco **hasta segundo grado**" implica una restricción interpretativa y una transposición limitada del concepto, mas amplio, de "cualquier otro miembro de la familia".

Nada ---si siquiera el posible deseo de concreción--- puede posibilitar tal restricción, ya que la misma no es subjetiva, en la citada apartado, sino objetiva o material, pues no se trata de "cualquier otro miembro de la familia", sin mas, sino que, en el país de procedencia, o bien ha de estar a cargo del ciudadano de la Unión Europea, o bien han de concurrir en el mismo motivos graves de salud

o discapacidad, y, además, que resulte "estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal".

La limitación, pues, impugnada ---"parentesco **hasta segundo grado**"--- debe de ser suprimida.

**B)** Resta, por último, el examen de la impugnación de 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, y que, en concreto regula 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".

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 sitúen 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).” (FFJJ 2º a 11º)*

### **3.2.3 Reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España**

**-La reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España ha pasado a quedar regulada en el R.D. 240/2007, de 16 de febrero, atendiendo a la redacción de los preceptos de dicho Real Decreto resultante de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007, y a falta de una norma específica, tanto comunitaria como interna, sobre este ámbito. Interpretación del concepto jurídico indeterminado "a su cargo", tomando en consideración los principios y reglas dimanantes de la Directiva 2004/38 y la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, el familiar "a cargo" contemplado en el RD 240/2007 no coincide, o no tiene por qué coincidir, con el familiar a cargo definido en el RD 2393/2004. La Directiva 2004/38 ha querido establecer un marco común europeo, que se frustraría si cada país fijara reglas propias para sí mismo, que como tales no serían aplicables a los demás Estados de la Unión; está en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante como el de protección de la familia de quien -no se olvide- ya tiene conferida la condición de ciudadano español. La individualización de los casos en que efectivamente quepa apreciar la concurrencia de una situación en la que el reagrupado necesita de la asistencia del reagrupante español para hacer frente a sus necesidades básicas (que tal es el canon de concreción del concepto "a cargo") requerirá una valoración casuística y circunstanciada. STS de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009)**

*“[...] partiendo de la base de que el recurrente (reagrupante) es un ciudadano de origen ecuatoriano que al tiempo de solicitar y obtener la reagrupación con su padre había adquirido la nacionalidad española por residencia [...]*

*Ciertamente, a la fecha de la solicitud del visado ya estaba en vigor el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, de entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de*

otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por lo que hemos de examinar su aplicabilidad al caso.

El artículo 1 del reglamento aprobado por este Real Decreto, en su redacción original, definía su objeto señalando que el mismo consistía en regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de "otros" Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; añadiendo su artículo 2 que "el presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: [...] d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo...". En coherencia con la redacción de estos preceptos, la disposición final 3ª introducía una adicional vigésima en el RD 2393/2004, a cuyo tenor el régimen de la reagrupación de los ascendientes 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 sería el regulado con carácter general en el Real Decreto 2393/2004; con la consecuencia de que la reagrupación familiar con estos familiares extranjeros quedaba regulada en este último Real Decreto. Concretamente, decía la disposición adicional vigésima, apartado 2º, lo siguiente: "La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección II del capítulo I del Título IV del presente reglamento".

El resultado de esa regulación era el establecimiento de un régimen jurídico específico para los familiares extranjeros del ciudadano español, que quedaban sometidos a un régimen diferente al ordenado para los familiares de los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Pues bien, es precisamente la diferencia de tratamiento jurídico para uso y otros casos la que denuncia la parte recurrente en su segundo motivo de casación; y ocurre que esta cuestión ha sido ya resuelta, justamente en el sentido que el recurrente propugna, por la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007.

En esta sentencia, entre otros extremos, se declara la nulidad del inciso "de otro Estado miembro" del artículo 2º, por las siguientes razones:[...]

Y en coherencia con ese pronunciamiento de la Sala, se declara asimismo en esta sentencia de 1 de junio de 2010 la nulidad del régimen especial que se recoge en la Disposición Adicional Vigésima del RD 2393/2004, por las siguientes razones:[...]

Con arreglo a esta sentencia que acabamos de transcribir, el segundo motivo de casación debe prosperar, pues ya hemos visto que la Sala de instancia consideró aplicable al caso el Real Decreto 2393/2004 justamente con base en los preceptos que se han declarado nulos por la tan citada sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, a tenor de la cual resulta claro que régimen jurídico establecido en el Real Decreto 240/2007 es el único que ha de tenerse en cuenta en este caso que ahora examinamos.

**SEPTIMO.-** Situados, pues en la posición procesal del Tribunal de instancia (art. 95.2.d] de la Ley Jurisdiccional), hemos de fijar el marco normativo

aplicable a la controversia, que -con las matizaciones que a continuación explicaremos- está constituido por el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero. Aquí hemos de hacer un inciso. Este Real Decreto se aprobó con el objetivo de incorporar al Ordenamiento español la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; por lo que a fin de determinar la finalidad y contenido del Real Decreto resulta necesario detenernos en el contenido y finalidad de la Directiva que a través del mismo se traspone (no ha de olvidarse que en materias como esta resulta especialmente necesario abordar su estudio desde una perspectiva que trascienda la normativa nacional y se extienda al marco jurídico de la Unión Europea en la que aquella se integra, habida cuenta que en un espacio como el europeo, regido por la libertad de circulación y establecimiento, la determinación de las políticas sobre emigración adquiere una evidente dimensión supranacional).

La Directiva 2004/38/CE tiene por objeto primordial (art.1), establecer las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia. El artículo 2.2º define como ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, y, a los efectos que ahora interesan, entiende por "miembros de su familia" a "los ascendientes directos a cargo" del ciudadano de la Unión. A su vez, el artículo 3 define los beneficiarios de la Directiva, señalando en primer lugar que "La presente Directiva 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 artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él". A su vez, el artículo 5.2 dispone 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) no 539/2001, o, en su caso, con la legislación nacional.

Se observa pues, que la directiva comunitaria que ahora glosamos considera miembros de la familia del ciudadano de la Unión, entre otros, a "los ascendientes directos a cargo" del ciudadano de la Unión que se reúnan con él. Ergo, la Directiva 2004/38/CE no reconoce derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro, en calidad de "miembros de la familia", a cualesquiera ascendientes nacionales de terceros países, sino únicamente a los ascendientes directos, y no a todos, sino solamente a los que están "a cargo" del ciudadano de la Unión (art. 2.2); habiendo interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ese concepto jurídico indeterminado (miembro de la familia "a cargo") en el sentido de que tal condición "resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia" (sentencia del TJUE, Pleno, de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, apartado 43).

Más específicamente, la STJUE (Gran Sala) de 9 de enero de 2007, asunto C-1/05, perfila con aun más detalle la interpretación de dicho concepto, en los siguientes términos:[...]

Aun cuando estos párrafos que acaban de transcribirse, y la sentencia en que se enmarcan, se refieren a una Directiva distinta de la 2004/38, su cita es pertinente y adecuada en la medida que a través de ella se acota el concepto jurídico indeterminado "a su cargo" (que la Directiva 2004/38 también emplea) en un sentido inteligible y susceptible de determinación en cada caso,

consistente en que "conviene resaltar este extremo- "[estar] a su cargo» significa que los miembros de la familia de un ciudadano comunitario, establecido en otro Estado miembro al amparo del artículo 43 CE, necesitan el apoyo material de este ciudadano o de su cónyuge para subvenir a sus necesidades básicas en el Estado de origen o de procedencia de dichos miembros de la familia en el momento en que éstos solicitan establecerse con ese ciudadano."

Interesa resaltar este dato, porque del mismo fluye con evidencia la conclusión apuntada de que la posibilidad de reagrupación de ascendientes abierta por la Directiva 2004/38 tantas veces mencionada no es incondicionada ni automática, es decir, no viene dada por el solo hecho de la relación de parentesco.

Pues bien, hecho este excursus sobre la finalidad y contenido de las Directiva 2004/38 (y sobre la jurisprudencia europea que ha interpretado ese concepto, "a su cargo", que la misma emplea para referirse a la reagrupación de ascendientes), no se nos oculta que a tenor de cuanto acabamos de apuntar surge una duda a la hora de proyectar su aplicación al caso que ahora resolvemos, cual es que dicha Directiva se refiere a los ciudadanos de la Unión que se desplazan a otro Estado de la Unión distinto de aquel del que son nacionales, mientras que en el presente caso consideramos un supuesto distinto, en cuanto concierne a un extranjero que ha obtenido la nacionalidad española, que sigue residiendo en España (no se ha desplazado por ende a otro estado de la Unión Europea), y que desea reagrupar con él en España a sus ascendientes extranjeros (nacionales del país de origen del reagrupante).

Dicho sea de otro modo, no hay en el presente recurso ningún tercer Estado de la Unión implicado en la reagrupación, por lo que, desde esta perspectiva, pudiera decirse que la Directiva 2004/38/CE no resulta de aplicación al caso, habida cuenta que su finalidad y ámbito de aplicación es otro, y en ella no se contempla la situación de los nacionales de un Estado que residen en ese mismo Estado y desean ejercer desde él el derecho a la reagrupación de sus familiares.

Más aún, a tenor de esta constatación inicial, apurando dialécticamente el planteamiento, la duda apuntada parece -en principio- extenderse asimismo al Real Decreto 240/2007, que, como proclama su preámbulo y ya hemos resaltado, tuvo por objeto incorporar al Ordenamiento español esa Directiva (cuya aplicación a este caso resulta al menos forzada), y en su redacción original no previó la inclusión de casos como el ahora analizado dentro de su ámbito de regulación.

Sin embargo, lo cierto es que aun cuando no existe una norma europea que proporcione reglas en casos como el que estudiamos en el presente recurso, no es menos cierto que la Directiva 2004/38 es el instrumento normativo europeo que por su finalidad y contenido más se acerca a los supuestos de dicha índole. Desde luego, mucho más que la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros; por lo que a la hora de delimitar el Derecho aplicable a esta controversia, resulta legítimo acudir a esa Directiva, siquiera sea por vía de integración analógica.

Integración analógica que, además, responde a un orden de lógica y razonabilidad. Si por efecto de esta Directiva 2004/38 se abre la puerta, y en términos tan amplios (mucho más, como veremos infra, que en el supuesto del reagrupante extranjero residente legal en España), a la reagrupación familiar de ascendientes de un español nacionalizado que fija su residencia en otro

*Estado de la Unión Europea, con el mismo o mayor fundamento habrá que contemplar la reagrupación cuando el ciudadano español (nacionalizado) permanece en el mismo Estado cuya nacionalidad ha obtenido.*

*Y desde luego, desde el punto de vista del Derecho interno español, aquí las dudas se disipan definitivamente, desde el momento que tras la sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, y atendiendo a la redacción de los preceptos del RD 240/2007 resultante de dicha sentencia, sólo cabe concluir que a falta de una norma específica sobre este peculiar ámbito (que no la hay), dicho Real Decreto ha pasado a regular también el caso aquí examinado, de reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España; dado que a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 en la redacción derivada de la sentencia, el régimen jurídico contemplado en esta norma es de aplicación, sin distinciones entre españoles y miembros de otros estados de la Unión, a -sic- "los familiares de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:...d) a sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo...".*

*Que esto es, efectivamente, así, lo ha asumido con carácter general la misma Administración española, cuya Dirección General de Inmigración, a la vista de la sentencia de 1 de junio de 2010, aprobó con fecha 4 de noviembre de 2010 la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, que comienza reconociendo y constatando que dicha sentencia determina, entre otros extremos, "la aplicación del régimen comunitario de extranjería a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge o pareja registrada"; añadiendo más adelante que "a partir de la sentencia, los ascendientes directos de ciudadano español, así como los de su cónyuge o pareja registrada, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, serán beneficiarios del régimen comunitario de extranjería".*

*En suma, este es el dato del que hemos de partir: la pretensión de reagrupación que ahora analizamos se ha de resolver de acuerdo con lo establecido en el RD 240/2007 de tanta cita, por lo que hemos de atender a sus previsiones, integradas con los principios y reglas dimanantes de la Directiva 2004/38.[...] de todos los requisitos exigidos en el Real Decreto 240/2007 para la reagrupación de ascendientes, el más relevante es el consistente en que el reagrupado se encuentre "a cargo" del reagrupante. Puestos, por consiguiente, en la tesitura de determinar el alcance de esta expresión (estar el ascendiente reagrupado de un tercer país a cargo del descendiente y reagrupante español) a los efectos que ahora interesan, nuestra indagación sobre tal concepto debe partir del hecho ya anotado de que a expresión "a cargo" empleada por el RD 240/2007 procede, como hemos visto, de la Directiva 2004/38, por lo que hemos de retomar el examen del tema desde el prisma del Ordenamiento comunitario y la jurisprudencia que lo ha interpretado y aplicado.*

*Ya hemos expuesto que la jurisprudencia europea caracteriza genéricamente la expresión "estar a cargo", en sede del ejercicio del derecho de reagrupación familiar, como un concepto jurídico indeterminado con el que se hace referencia a las situaciones en que el reagrupado precisa del apoyo y asistencia del reagrupante para subvenir a sus necesidades básicas.*

*Dando un paso más en el razonamiento, el sentido de esta expresión, "a cargo", se comprende aún mejor si se sitúa en el contexto normativo en que se emplea, y a tal efecto resulta oportuno comparar la regulación del derecho a la reagrupación, tal y como se contempla en la Directiva 2004/38 (referida a*

*reagrupantes nacionales de Estados miembros), y en la Directiva 2003/86 (referida a reagrupantes residentes legales en territorio de la Unión pero nacionales de terceros países):[...]*

*La comparación entre una y otra Directiva evidencia que en el caso de la Directiva 2004/38, el reagrupante tiene directamente conferido por el Derecho de la Unión Europea el derecho a reagrupar a sus ascendientes directos a su cargo, e incluso se requiere a los Estados miembros para que "faciliten" la entrada y la residencia de otros familiares. Más aún, si en el caso de esos familiares no incluidos en el núcleo familiar del artículo 2.2 se establece que los Estados miembros facilitarán la reagrupación no sólo cuando el reagrupado "esté a cargo" sino también cuando concurren otras circunstancias (como los motivos graves de salud que hagan estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado del reagrupado), es evidente que esos supuestos añadidos también serán extensibles, con más razones y con menos cortapisas, en las relaciones entre parientes del artículo 2.2. En cambio, la Directiva 2003/86 defiere al ámbito de libre disposición del legislador nacional la decisión sobre la autorización de la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante "cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen".*

*Y de este marco normativo deriva que el Ordenamiento interno español puede fijar con libertad las condiciones y requisitos que considere necesarios para abrir la puerta a la reagrupación de los ascendientes del extranjero residente legal en España, mientras que en el supuesto de que el reagrupante tenga ya la condición de español, no existe ese margen de opción, ya que debe franquear la entrada en territorio nacional, con la única salvedad de que se trate de ascendientes directos y se hallen a cargo del reagrupante (incluso debe facilitar la reagrupación de otros ascendientes).*

*Así las cosas, ha de concluirse que: en primer término, a tenor de este marco regulador, la posibilidad de reagrupación se presenta más expedita y por ende debe ser aplicada con criterios menos restrictivos (aunque en ningún caso con carácter incondicionado) cuando el reagrupante es ciudadano de la Unión europea (lo que, por lo demás, resulta lógico, al ser cualitativamente distinta la situación del reagrupante en función de que sea ya ciudadano de la Unión europea, o se trate simplemente de un residente legal nacional de un tercer país); En segundo lugar, que la labor interpretativa y aplicativa del concepto jurídico indeterminado "ascendientes directos a cargo del reagrupante español", tiene que realizarse básicamente con base en los criterios que proporciona el Derecho europeo, y finalmente, que en el supuesto de reagrupación de ascendientes de españoles, no puede el Ordenamiento interno español restringir la operatividad de tal concepto, "a cargo" con pretendido apoyo en un margen de disposición normativa del que, en este concreto punto, carece.*

*En este sentido, el familiar "a cargo" contemplado en el RD 240/2007 no coincide, o no tiene por qué coincidir, con el familiar a cargo definido en el RD 2393/2004. En esta última norma se establece, en relación con la reagrupación de ascendientes con el extranjero residente legal en España (art. 39, apartados "d" y "e") que cabe dicha reagrupación de ascendientes "cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España", añadiéndose 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.*

*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". Esta última previsión, y la regla prácticamente automatizada que de ella resulta, es legítima cuando se analiza la reagrupación de ascendientes del extranjero residente en España (ámbito en el que el Derecho de la Unión europea atribuye libertad de configuración al Derecho interno español), pero no cabe acudir a ella cuando se trata de la reagrupación con un reagrupante español y por tanto nacional de un Estado de la Unión Europea, pues, insistimos, es este un ámbito en el que la Directiva 2004/38 ha querido establecer un marco común europeo, que se frustraría si cada país fijara reglas propias para sí mismo, que como tales no serían aplicables a los demás Estados de la Unión (piénsese en el efecto paradójico que podría acaecer si la misma pretensión de reagrupación se rechazase en España en aplicación de las tablas aprobadas por Orden Ministerial ex art. 39.e] cit., y sin embargo se entendiera procedente en otro país de la Unión en el que esas tablas no fueran aplicables, por aplicación las reglas y principios derivados de la Directiva 2004/38). Por lo demás, no parece admisible que el concepto se someta a interpretaciones restrictivas de ese calibre, cuando está en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante como el de protección de la familia de quien -no se olvide- ya tiene conferida la condición de ciudadano español.*

*No quiere decirse con esto que la individualización de los casos en que efectivamente quepa apreciar la concurrencia de una situación en la que el reagrupado necesita de la asistencia del reagrupante español para hacer frente a sus necesidades básicas (que tal es el canon de concreción del concepto "a cargo") quede al albur de la indefinición y la inseguridad jurídica. Tal operación de individualización requerirá una valoración casuística y circunstanciada, como corresponde a la dogmática de los conceptos jurídicos indeterminados, que siempre será racionalizable y por tanto controlable en cuanto a su adecuación a la Ley y al Derecho.[...]” (FFJJ 6º, 7º y 9º)*

**- La reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España ha pasado a quedar regulada en el R.D. 240/2007, de 16 de febrero, atendiendo a la redacción de los preceptos de dicho Real Decreto resultante de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007, y a falta de una norma específica, tanto comunitaria como interna, sobre este ámbito. Si, a pesar de regirse por lo dispuesto en el R.D. 240/2007 – como consecuencia de dicha anulación- la tramitación administrativa aplicó lo dispuesto en el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, “por encima de la norma formalmente aplicada, el dato verdaderamente relevante, y al que tenemos que atender, es la razón real de la denegación del visado solicitado por el padre del recurrente, pues si para tomar tal decisión se tuvieron en cuenta reglas y principios propios y específicos de la reagrupación con residentes en España no nacionales españoles, tal decisión sería contraria a Derecho, al basarse en una norma no aplicable al caso. En cambio, si la denegación se hubiera basado en criterios que al fin y al cabo están contemplados en el RD 240/2007, la denegación del visado resultaría, en definitiva, legítima.” STS de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009)**

*“[...] la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar que la Administración concedió al ahora recurrente a favor de su padre, mediante resolución de fecha 28 de agosto de 2007, se había tramitado con arreglo al Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, y la posterior solicitud de visado se examinó y resolvió en aplicación de la misma norma.*

*Ya hemos advertido que esa tramitación podía tenerse por correcta y procedente al tiempo en que tuvo lugar pero no ahora, dado que aun siendo cierto que el RD 240/2007 se remitía en este punto al RD 2393/2004, ocurre que los preceptos que operaban esa remisión fueron posteriormente declarados nulos.*

*De todos modos, por encima de la norma formalmente aplicada, el dato verdaderamente relevante, y al que tenemos que atender, es la razón real de la denegación del visado solicitado por el padre del recurrente, pues si para tomar tal decisión se tuvieron en cuenta reglas y principios propios y específicos de la reagrupación con residentes en España no nacionales españoles, tal decisión sería contraria a Derecho, al basarse en una norma no aplicable al caso. En cambio, si la denegación se hubiera basado en criterios que al fin y al cabo están contemplados en el RD 240/2007, la denegación del visado resultaría, en definitiva, legítima. [...]” (FJ 10º)*

**Criterio éste que aparece ratificado en la STS de 27 de abril de 2012 (RC 6769/2010), que en su FJ 5º transcribe parcialmente la STS de 20 de octubre de 2011**

**- En la STS de 28 de septiembre de 2012 (RC 1335/2012) se establece la procedencia de la aplicación supletoria de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Real Decreto 2393/2004, por así preverlo la disposición adicional segunda del Real Decreto 240/2007; aplicabilidad de lo resuelto en la STS de 5 de octubre de 2011 (RC 5245/2008) – analizada en el apartado 3.1.3.2 al que nos remitimos-. El Consulado no puede modificar el criterio de la resolución administrativa que concedió la autorización de residencia de los reagrupados salvo que concurran especiales circunstancias. STS de 28 de septiembre de 2012 (RC 1335/2012)**

*“[...] Las normas del procedimiento para la reagrupación familiar disponen de la peculiaridad, advertida por la Sentencia de instancia, de una doble tramitación y resolución. Dichas normas se contienen en los artículos 42 y 43 del Real Decreto 2393/2004, aplicable con carácter supletorio a la reagrupación de ciudadanos comunitarios por así preverlo la disposición adicional segunda del Real Decreto 240/2007. En ellos se regulan dos procedimientos:*

*En primer lugar, el instado por el reagrupante mediante la solicitud de la autorización de residencia a favor de los reagrupados. Esta solicitud exige la aportación, entre otros documentos, de la «copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica» [artículo 42.2.a)].*

*Y, el posterior tramitado ante la oficina consular del país de origen del reagrupado para obtener el visado. A la solicitud de visado debe acompañarse la «documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, de la edad y la dependencia legal o económica» [letra d) del artículo 43.2]. La denegación del visado se produce «Si los representantes de la Administración 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».*

*En nuestra Sentencia de 5 de octubre de 2011 (RC 5245/2008) acometimos «una interpretación conjunta y armónica de lo dispuesto en estos dos artículos 42 y 43 [...] que proporcione una solución coherente con el marco jurídico de referencia y respetuosa de los derechos de los interesados»:[...]*

*Este criterio fue reproducido en la Sentencia de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009), que añadió:*

*<<Pues bien, valga este excursus sobre la recta interpretación y aplicación de los artículos 42 y 43 tan citados del RD 2393/2004 para poner de manifiesto que en este caso que ahora examinamos, habiendo valorado ya la Administración con ocasión del trámite del artículo 42 la dependencia legal y económica (que como tal valoración permite, en este caso, tener por cumplido el trámite de valoración de la situación "a cargo" a que se refiere el RD 240/2007), el Consulado sólo podría haber valorado de forma diferente y contraria esa dependencia, en el curso del expediente del artículo 43, en los limitados supuestos que acabamos de enunciar, y si así hubiera acaecido, debería haberlo razonado de forma circunstanciada; lo que, reiteramos, no consta en modo alguno, pues nada razonó y menos justificó en tal sentido; por lo que desde esta perspectiva la denegación del visado solicitado por el padre del ahora recurrente se muestra aún más infundada.>>*

*La necesidad de mantener en la resolución sobre el visado lo decidido en el procedimiento de autorización de residencia, a salvo de los especiales supuestos que señalamos en dichas resoluciones, ha sido reiterada en lo que afecta al requisito de hallarse el reagrupado a cargo del reagrupante en las Sentencias de 15 de noviembre de 2011 (RC 5348/2009), 27 de enero de 2012 (RC 4675/2010) y 15 de junio de 2012 (RC 6249/2011).” (FJ 5º)*

**En la misma línea de sostener la aplicabilidad de lo dispuesto en el art. 43 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, en los casos de reagrupación familiar de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España, ya se pronunció la STS de 23 de marzo de 2012 (RC 129/2011) (ver FJ 8º)**

**Dicha aplicación supletoria también ha sido sostenida por este Tribunal en los casos de reagrupación familiar de descendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España, como es el caso de la STS de 20 de abril de 2012 (RC 3073/2011), que se reseña en el siguiente apartado al que nos remitimos.**

### **3.2.3 Reagrupación de descendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España**

**- La reagrupación de descendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España ha pasado a quedar regulada en el R.D. 240/2007, de 16 de febrero, atendiendo a la redacción de los preceptos de dicho Real Decreto resultante de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007, y a falta de una norma específica, tanto comunitaria como interna, sobre este ámbito. Interpretación del concepto jurídico indeterminado "a su cargo", tomando en consideración los principios y reglas dimanantes de la Directiva 2004/38 y la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, el familiar "a cargo" contemplado en el RD 240/2007 no coincide, o no tiene por qué coincidir, con el familiar a cargo definido en el RD 2393/2004. La Directiva 2004/38 ha querido establecer un marco común europeo, que se frustraría si cada país fijara reglas propias para sí mismo, que como tales no serían aplicables a los demás Estados de la**

**Unión; está en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante como el de protección de la familia de quien -no se olvide- ya tiene conferida la condición de ciudadano español. La individualización de los casos en que efectivamente quepa apreciar la concurrencia de una situación en la que el reagrupado necesita de la asistencia del reagrupante español para hacer frente a sus necesidades básicas (que tal es el canon de concreción del concepto "a cargo") requerirá una valoración casuística y circunstanciada. STS de 13 de febrero de 2012 (RC 5358/2010) – coherente con lo dicho respecto de la reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España en STS de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009), ya transcrita parcialmente en el apartado 3.2.2-**

*“[...] Pues bien, debemos partir de la base de que el solicitante del visado es un ciudadano de origen peruano que solicita la reagrupación con su padre, el cual había adquirido la nacionalidad española por residencia. Ciertamente, a la fecha de la solicitud del visado ya estaba en vigor el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, de entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por lo que hemos de examinar su aplicabilidad al caso.*

*A este respecto debemos traer a colación lo que ya expusimos en la Sentencia de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009), en la que decíamos:[...]*

**CUARTO.-** *El Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero se aprobó con el objetivo de incorporar al Ordenamiento español la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; por lo que a fin de determinar la finalidad y contenido del Real Decreto resulta necesario detenernos en el contenido y finalidad de la Directiva que a través del mismo se traspone (no ha de olvidarse que en materias como esta resulta especialmente necesario abordar su estudio desde una perspectiva que trascienda la normativa nacional y se extienda al marco jurídico de la Unión Europea en la que aquella se integra, habida cuenta que en un espacio como el europeo, regido por la libertad de circulación y establecimiento, la determinación de las políticas sobre emigración adquiere una evidente dimensión supranacional).*

*La Directiva 2004/38/CE tiene por objeto primordial (art.1), establecer las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia. El artículo 2.2 define como ciudadano de la Unión a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, y, a los efectos que ahora interesan, entiende por "miembros de su familia" a "c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b" del ciudadano de la Unión. A su vez, el artículo 3 define los beneficiarios de la Directiva, señalando en primer lugar que "La presente Directiva 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 artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él". A su vez, el artículo 5.2 dispone 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) no 539/2001, o, en su caso, con la legislación nacional.*

*Se observa pues, que la directiva comunitaria que ahora glosamos considera miembros de la familia del ciudadano de la Unión, entre otros, a "los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja" del ciudadano de la Unión que se reúnan con él; habiendo interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ese concepto jurídico indeterminado (miembro de la familia "a cargo") en el sentido de que tal condición "resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia" (sentencia del TJUE, Pleno, de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, apartado 43).*

*Más específicamente, la STJUE (Gran Sala) de 9 de enero de 2007, asunto C-1/05, perfila con aun más detalle la interpretación de dicho concepto, si bien referido a los ascendientes, en los siguientes términos:[...]*

*Aun cuando estos párrafos que acaban de transcribirse, y la sentencia en que se enmarcan, se refieren a una Directiva distinta de la 2004/38, su cita es pertinente y adecuada en la medida que a través de ella se acota el concepto jurídico indeterminado "a su cargo" (que la Directiva 2004/38 también emplea) en un sentido inteligible y susceptible de determinación en cada caso, consistente en que "conviene resaltar este extremo- "«[estar] a su cargo» significa que los miembros de la familia de un ciudadano comunitario, establecido en otro Estado miembro al amparo del artículo 43 CE, necesitan el apoyo material de este ciudadano o de su cónyuge para subvenir a sus necesidades básicas en el Estado de origen o de procedencia de dichos miembros de la familia en el momento en que éstos solicitan establecerse con ese ciudadano."*

*Interesa resaltar este dato, porque del mismo fluye con evidencia la conclusión de que la posibilidad de reagrupación de descendientes mayores de 21 años abierta por la Directiva 2004/38 tantas veces mencionada no es incondicionada ni automática, es decir, no viene dada por el solo hecho de la relación de parentesco.*

*Pues bien, hecho este excursus sobre la finalidad y contenido de la Directiva 2004/38 (y sobre la jurisprudencia europea que ha interpretado ese concepto, "a su cargo", que la misma emplea para referirse a la reagrupación de ascendientes), no se nos oculta que a tenor de cuanto acabamos de apuntar surge una duda a la hora de proyectar su aplicación al caso que ahora resolvemos, cual es que dicha Directiva se refiere a los ciudadanos de la Unión que se desplazan a otro Estado de la Unión distinto de aquel del que son nacionales, mientras que en el presente caso consideramos un supuesto distinto, en cuanto concerniente a un extranjero que ha obtenido la nacionalidad española, que sigue residiendo en España (no se ha desplazado por ende a otro estado de la Unión Europea), y que desea reagrupar con él en España a su descendiente extranjeros (nacional del país de origen del reagrupante).*

*Dicho sea de otro modo, no hay en el presente recurso ningún tercer Estado de la Unión implicado en la reagrupación, por lo que, desde esta perspectiva, pudiera decirse que la Directiva 2004/38/CE no resulta de aplicación al caso, habida cuenta que su finalidad y ámbito de aplicación es otro, y en ella no se contempla la situación de los nacionales de un Estado que residen en ese mismo Estado y desean ejercer desde él el derecho a la reagrupación de sus familiares. Más aún, a tenor de esta constatación inicial, apurando dialécticamente el planteamiento, la duda apuntada parece -en principio- extenderse asimismo al Real Decreto 240/2007, que, como proclama su preámbulo y ya hemos resaltado, tuvo por objeto incorporar al Ordenamiento español esa Directiva*

(cuya aplicación a este caso resulta al menos forzada), y en su redacción original no previó la inclusión de casos como el ahora analizado dentro de su ámbito de regulación.

Sin embargo, lo cierto es que aun cuando no existe una norma europea que proporcione reglas en casos como el que estudiamos en el presente recurso, no es menos cierto que la Directiva 2004/38 es el instrumento normativo europeo que por su finalidad y contenido más se acerca a los supuestos de dicha índole. Desde luego, mucho más que la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros; por lo que a la hora de delimitar el Derecho aplicable a esta controversia, resulta legítimo acudir a esa Directiva, siquiera sea por vía de integración analógica.

Integración analógica que, además, responde a un orden de lógica y razonabilidad. Si por efecto de esta Directiva 2004/38 se abre la puerta, y en términos tan amplios (mucho más, como veremos infra, que en el supuesto del reagrupante extranjero residente legal en España), a la reagrupación familiar de descendientes de un español nacionalizado que fija su residencia en otro Estado de la Unión Europea, con el mismo o mayor fundamento habrá que contemplar la reagrupación cuando el ciudadano español (nacionalizado) permanece en el mismo Estado cuya nacionalidad ha obtenido.

Y desde luego, desde el punto de vista del Derecho interno español, aquí las dudas se disipan definitivamente, desde el momento que tras la sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, y atendiendo a la redacción de los preceptos del RD 240/2007 resultante de dicha sentencia, sólo cabe concluir que a falta de una norma específica sobre este peculiar ámbito (que no la hay), dicho Real Decreto ha pasado a regular también el caso aquí examinado, de reagrupación de descendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España; dado que a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 en la redacción derivada de la sentencia, el régimen jurídico contemplado en esta norma es de aplicación, sin distinciones entre españoles y miembros de otros estados de la Unión, a -sic- "los familiares de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:... c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces....".

Que esto es, efectivamente, así, lo ha asumido con carácter general la misma Administración española, cuya Dirección General de Inmigración, a la vista de la sentencia de 1 de junio de 2010, aprobó con fecha 4 de noviembre de 2010 la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, que comienza reconociendo y constatando que dicha sentencia determina, entre otros extremos, "el derecho a trabajar de los descendientes mayores de 21 años (...), sin perjuicio de su condición de personas a cargo del ciudadano comunitario".

En suma, este es el dato del que hemos de partir: la pretensión de reagrupación que ahora analizamos se ha de resolver de acuerdo con lo establecido en el RD 240/2007 de tanta cita, por lo que hemos de atender a sus previsiones, integradas con los principios y reglas dimanantes de la Directiva 2004/38.

**QUINTO.-** Entrando, pues, al examen de los requisitos que para la reagrupación establece el RD 240/2007, el mismo se ordena en la misma línea

que la Directiva que viene a trasponer, aunque hemos de advertir que la redacción que emplea resulta algo confusa y equívoca.

Volvamos, en efecto, a lo establecido en el artículo 2.c): a tenor del mismo, el Real Decreto se aplica -sic-"A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces".

A estos descendientes extranjeros del reagrupante español les es de aplicación el artículo 4.2 del Reglamento 240/2007, que se refiere a los requisitos para su válida entrada en territorio nacional, señalando que "los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo efectuarán su entrada con un pasaporte válido y en vigor, necesitando, además, el correspondiente visado de entrada cuando así lo disponga el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación". Asimismo les es de aplicación el artículo 8, que establece que "los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo especificados en el artículo 2 del presente Real Decreto, que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un período superior a tres meses, estando sujetos a la obligación de solicitar y obtener una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión", y el artículo 9, que regula la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, disponiendo, en coherencia con la Directiva que se traspone, que el interesado en su obtención deberá aportar, entre otros extremos, "documentación acreditativa, en los supuestos en los que así se exija en el artículo 2 del presente Real Decreto, de que el solicitante de la tarjeta vive a cargo del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del que es familiar".

**SEXTO.-** Evidentemente, de todos los requisitos exigidos en el Real Decreto 240/2007 para la reagrupación de descendientes mayores de 21 años, el más relevante es el consistente en que el reagrupado se encuentre "a cargo" del reagrupante. Puestos, por consiguiente, en la tesitura de determinar el alcance de esta expresión (estar el descendiente reagrupado de un tercer país a cargo del descendiente y reagrupante español) a los efectos que ahora interesan, nuestra indagación sobre tal concepto debe partir del hecho ya anotado de que a expresión "a cargo" empleada por el RD 240/2007 procede, como hemos visto, de la Directiva 2004/38, por lo que hemos de retomar el examen del tema desde el prisma del Ordenamiento comunitario y la jurisprudencia que lo ha interpretado y aplicado.

Ya hemos expuesto que la jurisprudencia europea caracteriza genéricamente la expresión "estar a cargo", en sede del ejercicio del derecho de reagrupación familiar, como un concepto jurídico indeterminado con el que se hace referencia a las situaciones en que el reagrupado precisa del apoyo y asistencia del reagrupante para subvenir a sus necesidades básicas.

Dando un paso más en el razonamiento, el sentido de esta expresión, "a cargo", se comprende aún mejor si se sitúa en el contexto normativo en que se emplea, y

*a tal efecto resulta oportuno comparar la regulación del derecho a la reagrupación, tal y como se contempla en la Directiva 2004/38 (referida a reagrupantes nacionales de Estados miembros), y en la Directiva 2003/86 (referida a reagrupantes residentes legales en territorio de la Unión pero nacionales de terceros países):[...]*

*La comparación entre una y otra Directiva evidencia que en el caso de la Directiva 2004/38, el reagrupante tiene directamente conferido por el Derecho de la Unión Europea el derecho a reagrupar a sus descendientes directos a su cargo, e incluso se requiere a los Estados miembros para que "faciliten" la entrada y la residencia de otros familiares. Más aún, si en el caso de esos familiares no incluidos en el núcleo familiar del artículo 2.2 se establece que los Estados miembros facilitarán la reagrupación no sólo cuando el reagrupado "esté a cargo" sino también cuando concurren otras circunstancias (como los motivos graves de salud que hagan estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado del reagrupado), es evidente que esos supuestos añadidos también serán extensibles, con más razones y con menos cortapisas, en las relaciones entre parientes del artículo 2.2.*

*En cambio, la Directiva 2003/86 defiere al ámbito de libre disposición del legislador nacional la decisión sobre la autorización de la reagrupación familiar de los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.*

*Así las cosas, ha de concluirse que: en primer término, a tenor de este marco regulador, la posibilidad de reagrupación se presenta más expedita y por ende debe ser aplicada con criterios menos restrictivos (aunque en ningún caso con carácter incondicionado) cuando el reagrupante es ciudadano de la Unión europea (lo que, por lo demás, resulta lógico, al ser cualitativamente distinta la situación del reagrupante en función de que sea ya ciudadano de la Unión europea, o se trate simplemente de un residente legal nacional de un tercer país). En segundo lugar, que la labor interpretativa y aplicativa del concepto jurídico indeterminado "descendientes directos mayores de 21 años a cargo del reagrupante español", tiene que realizarse básicamente con arreglo a los criterios que proporciona el Derecho europeo, y finalmente, que en el supuesto de reagrupación de descendientes mayores de españoles, no puede el Ordenamiento interno español restringir la operatividad de tal concepto, "a cargo" con pretendido apoyo en un margen de disposición normativa del que, en este concreto punto, carece.*

*En este sentido, el familiar "a cargo" contemplado en el RD 240/2007 no coincide, o no tiene por qué coincidir, con el familiar a cargo definido en el RD 2393/2004. En esta última norma se establece, en relación con la reagrupación de ascendientes con el extranjero residente legal en España (art. 39, apartados "d" y "e") que cabe dicha reagrupación de ascendientes "cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España", añadiéndose 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. 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". Esta última previsión, y la regla prácticamente automatizada que de ella resulta, es legítima*

*cuando se analiza la reagrupación de ascendientes del extranjero residente en España (ámbito en el que el Derecho de la Unión europea atribuye libertad de configuración al Derecho interno español), pero no cabe acudir a ella cuando se trata de la reagrupación con un reagrupante español y por tanto nacional de un Estado de la Unión Europea, pues, insistimos, es este un ámbito en el que la Directiva 2004/38 ha querido establecer un marco común europeo, que se frustraría si cada país fijara reglas propias para sí mismo, que como tales no serían aplicables a los demás Estados de la Unión. Por lo demás, no parece admisible que el concepto se someta a interpretaciones restrictivas de ese calibre, cuando está en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante como el de protección de la familia de quien -no se olvide- ya tiene conferida la condición de ciudadano español.*

*No quiere decirse con esto que la individualización de los casos en que efectivamente quepa apreciar la concurrencia de una situación en la que el reagrupado necesita de la asistencia del reagrupante español para hacer frente a sus necesidades básicas (que tal es el canon de concreción del concepto "a cargo") quede al albur de la indefinición y la inseguridad jurídica. Tal operación de individualización requerirá una valoración casuística y circunstanciada, como corresponde a la dogmática de los conceptos jurídicos indeterminados, que siempre será racionalizable y por tanto controlable en cuanto a su adecuación a la Ley y al Derecho. [...]" (FFJJ 3º a 6º)*

**- La reagrupación de descendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España ha pasado a quedar regulada en el R.D. 240/2007, de 16 de febrero, atendiendo a la redacción de los preceptos de dicho Real Decreto resultante de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007, y a falta de una norma específica, tanto comunitaria como interna, sobre este ámbito. Si, a pesar de regirse por lo dispuesto en el R.D. 240/2007 – como consecuencia de dicha anulación- la tramitación administrativa aplicó lo dispuesto en el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, “el dato verdaderamente relevante y al que tenemos que atender, es la razón real de la denegación del visado solicitado por el hijo del recurrente, consistente en que, siendo mayor de 21 años, no ha demostrado que fuera incapaz o que viva a cargo del reagrupante por no poder ejercer actividad laboral por sí mismo.” STS de 13 de febrero de 2012 (RC 5358/2010) (FJ 7º)**

**- La reagrupación de descendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España ha pasado a quedar regulada en el R.D. 240/2007, de 16 de febrero, atendiendo a la redacción de los preceptos de dicho Real Decreto resultante de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007. Descendientes directos menores de veintiún años. Admisión de la reagrupación familiar parcial - al igual que se argumentó en la STS de 6 de junio de 2012 (RC 5247/2011) examinada en el apartado 3.1.3.2-. STS de 28 de febrero de 2012 (RC 6214/2010)**

*“[...] La normativa aplicable a la reagrupación de los hijos del recurrente está constituida por el citado Real Decreto 240/2007, sobre residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares, dada la modificación del artículo 2 resultante de la supresión de los términos «otro Estado miembro» por nuestra Sentencia de 1 de Junio de 2010, dictada en el recurso directo 114/2007. También mediante esta Sentencia fue anulada la disposición*

*adicional vigésima del Reglamento de la Ley de Extranjería, introducida por aquel Real Decreto y relativa a la reagrupación por ciudadanos españoles. De todos modos, la reagrupación de descendientes de españoles, en lo que ahora nos interesa, resultaba idéntica en ambos textos, pues comprende la de los descendientes directos menores de veintiún años.*

*Esta normativa debe adicionarse con la contenida en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de Abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Los descendientes directos menores de veintiún años disponen, en el seno de la legislación comunitaria, de la condición de miembros de la familia de un ciudadano de la Unión según definición del artículo 2 de la Directiva, y, por tanto, son beneficiarios de sus disposiciones (artículo 3), entre las que se encuentra el reconocimiento de los derechos de entrada y residencia en los términos de los artículos 5 y 6.*

*Pues bien, en lo que respecta al presente caso, se cumplen todas las condiciones legales para permitir la estancia en España de los hijos del recurrente mediante el instituto de la reagrupación familiar. Las objeciones que contiene la Sentencia de instancia, reproduciendo parcialmente las del acto administrativo recurrido, son producto de meras conjeturas y de una interpretación restrictiva del derecho a la reagrupación familiar que esta Sala ha rechazado con anterioridad.*

*Así, acerca de los efectos que, en orden a la relación familiar, produce la reagrupación de solo algunos de sus miembros, quedando los demás en el país de origen (reagrupación parcial), nos referimos en la Sentencia de 20 de Julio de 2011 (RC 4669/2008). En ella examinamos el concepto jurídico de reagrupación familiar conforme a la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de Septiembre de 2003 y las normas nacionales, todas aplicables a la reagrupación promovida por ciudadanos extranjeros y, por tanto, más limitada a la que es ejercida por nacionales. En dicha Sentencia concluimos que no hay obstáculo para acceder a la reagrupación en supuestos que no implican el traslado a España del entero núcleo familiar de quien la solicita, a lo que añadimos:*

*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.*

*En consecuencia, debe rechazarse el criterio de la Sentencia recurrida que, acudiendo al sentido que a la reagrupación otorga la Ley Orgánica 4/2000, la considera inexistente en este caso por permanecer la madre de los menores en el país de origen. [...]” (FJ 3º)*

**- En lo que se refiere al procedimiento de tramitación del visado, se estará, en lo no previsto en el Real Decreto 240/2007, a lo establecido en el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, con lo que, el artículo 43.4 de esta última norma de 2004 si deviene de aplicación al caso. Asimismo, existe una justificación sustantiva o de orden material para dicha aplicación, atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 240/2007. STS de 20 de abril de 2012 (RC 3073/2011)**

*“[...] Pues bien, la Sentencia mencionada deja sentado cual es la normativa aplicable al caso, considerando que el régimen jurídico aplicable al supuesto es el constituido por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, si bien, con la precisión que se establece en la Disposición Adicional de dicho Real Decreto, y es que en lo que se refiere al procedimiento de tramitación del visado, se estará, en lo no previsto en el mismo, a lo establecido en el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, con lo que, el artículo 43.4 de esta última norma de 2004 si deviene de aplicación al presente caso, en contra de lo que manifestaba el actor en su demanda.*

*En primer lugar debemos partir de la base de que el solicitante del visado de residencia para reagrupación familiar, de origen gambiano, pretendía reunirse con su padre, nacido en Gambia, aunque nacionalizado en España al tiempo de presentar su solicitud el 27 de abril de 2009, esto es, cuando ya estaba en vigor el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, de entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, normativa que se aprobó con el objetivo de incorporar al Ordenamiento español la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Dicho Real Decreto es aplicable al caso, de acuerdo con lo que ya expusimos en la Sentencia de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009).[...]*

*En suma, este es el dato del que se había de partir, la pretensión de reagrupación habría de ser resuelta al amparo de lo establecido en el RD 240/2007 de constante cita, tal y como la Sentencia impugnada ha entendido con acierto, y así lo ha expresado en el Fundamento de Derecho Tercero, donde la Sala de instancia manifiesta que conforme a lo dispuesto en el artículo 2.c), del Real Decreto 240/2007, dicha normativa se aplica, "cualquiera que sea su*

*nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los descendientes directos, y a los del cónyuge o pareja registrada, de ciudadano de Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, siempre que sean menores de veintiún años, o mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces, todos los cuales, según el artículo 3.1 tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por dicho Reglamento que, en lo que interesa al caso, comporta la necesidad de visado de entrada para los familiares no comunitarios"*

*Sentado lo anterior, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto de constante referencia establece:*

*<<En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente Real Decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos.>>*

*Pues bien, siendo así que la Disposición Adicional Segunda transcrita, en orden a la normativa aplicable al procedimiento, efectúa una remisión por vía de supletoriedad, a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y a las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, hemos de convenir con la Sala de instancia en la conformidad a Derecho de la resolución consular que deniega motivadamente el visado, al hallar indicios suficientes para dudar de la identidad de la persona que lo solicitaba, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar aquel, invocando el artículo 43.4 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por cuanto dicha norma regula la tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar.*

*Sin embargo, no solo razones procedimentales sustentan la correcta decisión de la Sala de instancia, a dichos motivos de orden adjetivo se une una justificación sustantiva o de orden material.*

*Efectivamente, la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 240/2007, establece una normativa subsidiaria y supletoria, en los siguientes términos:*

*<<1. La entrada, permanencia y trabajo en España de los familiares de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, incluidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, se registrarán por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en aquellos casos en que no quede acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el presente Real Decreto.*

*2. Las normas de carácter general contenidas en la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables y no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos>>.*

*El Real Decreto 240/2007 otorga los derechos en el mismo previstos -artículo 3-, una vez que concurran los requisitos previstos al efecto, y, así lo establece dicha normativa a lo largo de su articulado, tanto en orden a la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión -artículo 8-, como de residencia permanente para miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo -artículo 11-, pues en tales casos, junto a la solicitud de la referida tarjeta, ha de acompañarse la documentación acreditativa de la existencia del vínculo familiar, matrimonio o unión registrada, o, en su caso, del supuesto que da derecho a la tarjeta.*

*En este sentido, la ausencia de concurrencia de los requisitos establecidos para la concesión del visado llevara aparejada la denegación del mismo, como establece el artículo 4.3 del Real Decreto 240/2007: "Cualquier resolución denegatoria de una solicitud de visado o de entrada, instada por una persona incluida en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto deberá ser motivada. Dicha resolución denegatoria indicará las razones en que se base, bien por no acreditar debidamente los requisitos exigidos a tal efecto por el presente Real Decreto, bien por motivos de orden público, seguridad o salud públicas. Las razones serán puestas en conocimiento del interesado salvo que ello sea contrario a la seguridad del Estado".*

*Por tanto, habida cuenta de que la resolución consular denegatoria del visado expresa la existencia de dudas relativas a la identidad del solicitante del mismo, y por ende, su relación familiar con el reagrupante (además de dudar de la validez de la documentación presentada y la veracidad de la motivación alegada), en la medida en que ello revela la falta de acreditación de la concurrencia de los requisitos que el Real Decreto 240/2007 preve al efecto, resulta procedente, en aplicación de la Disposición Final Cuarta de este Real Decreto, acudir con carácter subsidiario a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como a las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, a la sazón, el RD 2393/2004 citado, tal y como la resolución administrativa de la que trae causa el recurso contencioso-administrativo efectuo.[...]" (FJ 3º)*

### **3.2.4 Concepto de familiar "a cargo"**

**- Interpretación del concepto jurídico indeterminado "a su cargo", referido a un supuesto de reagrupación familiar por parte de reagrupante nacionalizado español respecto de su ascendiente directo extranjero. Han de tomarse en consideración los principios y reglas dimanantes de la Directiva 2004/38 y la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, el familiar "a cargo" contemplado en el RD 240/2007 no coincide, o no tiene por qué coincidir, con el familiar a cargo definido en el RD 2393/2004. La Directiva 2004/38 ha querido establecer un marco común europeo, que se frustraría si cada país fijara reglas propias para sí mismo, que como tales no serían aplicables a los demás Estados de la Unión; está en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante como el de protección de la familia de quien -no se olvide- ya tiene conferida la condición de ciudadano español. La individualización de los casos en que efectivamente quepa apreciar la concurrencia de una situación en la que el reagrupado necesita de la**

**asistencia del reagrupante español para hacer frente a sus necesidades básicas (que tal es el canon de concreción del concepto "a cargo") requerirá una valoración casuística y circunstanciada.** STS de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009) – ya transcrita parcialmente en el apartado 3.2.2 al que nos remitimos-

**Atendiendo a esta valoración casuística y circunstanciada, podemos citar casos en los que este Tribunal ha apreciado que efectivamente el ascendiente directo vivía “a cargo” del reagrupante nacionalizado español, por ejemplo en la citada STS de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009) en la que se apreció:**

*“[...] El Tribunal a quo dejó constancia en su sentencia de que el padre del recurrente (esto es, el solicitante del visado) está jubilado y percibe en tal concepto una pensión mensual de 215 dólares. Paralelamente, constan remesas en 2006 por importe de 1150 euros (una sola) y en 2007 por 1320 euros (cuatro), mas otras en 2006 por importe de 3825 euros (cinco) y en 2007 por importe de 665 euros (cinco). De estas remesas los dos primeros grupos fueron enviados por el aquí recurrente-reagrupante y los otros dos por otro hijo no nacionalizado. Estos datos fácticos fueron considerados insuficientes por la Sala de instancia para considerar existente una situación de dependencia, en atención a dos consideraciones: la primera, que la pensión de jubilación es superior al salario medio de Ecuador; y la segunda, que no pueden afirmarse que el padre viva de manera exclusiva "a cargo" del reagrupante desde el momento que la mayor parte de las remesas proceden de otro hijo.*

*Ahora bien, este razonamiento del Tribunal de instancia no puede compartirse por tres razones:*

*- primero, porque parte de la base de que la ratio decidendi de la denegación del visado fue la falta de dependencia económica, lo que no es el caso;*

*- segundo, porque se desconoce la fuente de información que sustenta el razonamiento que se hace sobre el salario medio de Ecuador, pues la Sala de instancia no lo dice, ni del expediente ni de las actuaciones resulta ningún dato en tal sentido; ni puede considerarse que el salario medio de Ecuador constituya un "hecho notorio" no necesitado de acreditación alguna; ni cabe acudir a tal efecto a las reglas que hayan podido aprobarse en desarrollo de la habilitación conferida por el artículo 39.e) del RD 2393/2004, al no ser aplicables a este caso;*

*- y tercero, porque el hecho cierto es que el reagrupante y ahora recurrente ha remitido diversas remesas de dinero a su padre que no pueden tenerse por irrelevantes o meramente episódicas. Por añadidura, la circunstancia añadida de que otros hijos también residentes en España hayan enviado así mismo remesas, lejos de ser un dato negativo, ha de ser visto como algo positivo, en la medida que no hace más que exteriorizar una implicación colectiva de los hijos del reagrupado residentes en España a favor de su progenitor que no hace más que abundar en pro de la expedición del visado al garantizar aún más el sostenimiento de este en España. Siendo de tener en cuenta que, como hemos recordado en nuestra sentencia de 22 de julio de 2011, recurso de casación nº 5467/2007, la reagrupación familiar presenta un profundo significado social; de modo que ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socio culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia en la que la reagrupación se produce.*

*En definitiva, ni las razones dadas por la Sala de instancia para justificar la desestimación del recurso contencioso-administrativo son asumibles; ni la Administración aportó con el mínimo de concreción exigible ninguna otra explicación de la denegación del visado pretendido. Más bien al contrario, desde el momento que la propia Administración no ha discutido realmente que entre reagrupante y reagrupado existiera la relación de dependencia que se enmarca dentro del concepto "estar a cargo" (que, por lo demás, a la vista de los datos concurrentes, y con la perspectiva casuística que es inherente a esta materia, puede considerarse justificada), y siendo este requisito el único exigido para la reagrupación en el tan citado RD 240/2007, no se han alegado ni se aprecian cualesquiera otras razones derivadas de la aplicación de esta norma reglamentaria que pudieran justificar la denegación del visado pretendido por al padre del recurrente.” (FJ 10º)*

**Asimismo, este Tribunal ha apreciado que el ascendiente directo vivía “a cargo” del reagrupante nacionalizado español en la STS de 16 de diciembre de 2011 (RC 4790/2010) valorando que** *“aunque los reagrupados poseen ciertos ingresos procedentes de una pensión, éstos resultan insuficientes, dado que no debe olvidarse que periódicamente les han sido transferidos fondos por su hija reagrupante durante varios años, lo que ha proseguido tras la solicitud de visado. Si a ello unimos la edad de aquéllos, su estado de salud y la ausencia de descendientes en su país, ya que las dos hijas residen en España, debe concluirse que no se hallan en condiciones de subvenir sus necesidades si no es mediante la ayuda económica que se les transfiere desde España. La satisfacción de estas necesidades materiales de los padres de la recurrente depende, en definitiva, de ésta, lo que supone el cumplimiento de la condición requerida para la reagrupación en el sentido del artículo 2 del Real Decreto 240/2007.” (FJ 4º)*

**También en STS de 23 de noviembre de 2011 (RC 4338/2010):** *“[...] aunque el reagrupado recibe cierta asignación mensual y en su país de residencia vive uno de sus hijos, no debe omitirse que periódicamente le son transferidos fondos por sus hijos residentes en España. A esta circunstancia debe añadirse que la edad y estado de salud de Don (...) no permite asegurar que pueda obtener por sí mismo los medios para subvenir sus propias necesidades. Todo ello revela la insuficiencia de los medios materiales de que disfruta en su país de origen y, en consecuencia, acredita que son los hijos que habitan en España, especialmente la reagrupante Doña (...), los que sufragan realmente sus necesidades. Esta circunstancia justifica la concurrencia del requisito del artículo 2 del Real Decreto 240/2007 al que antes se ha hecho referencia, de hallarse el reagrupado a cargo del reagrupante, lo que es suficiente para autorizar la residencia en los términos en que fue solicitada.” (FJ 4º)*

**Sin embargo, este Tribunal no ha apreciado que el ascendiente directo viviera “a cargo” del reagrupante nacionalizado español, por ejemplo en la también citada STS de 27 de abril de 2012 (RC 6769/2010):**

*“[...] Es aquí donde la Sala de instancia ha incidido en sus razonamientos, declarando, tras la valoración de toda la documentación obrante en las actuaciones que no sólo no puede considerarse que Dª (...) y D. (...), vivan a expensas de su hijo, D. (...), sino que tampoco han percibido ayudas o remesas de sus otros hijos residentes en España, habiendo declarado la Sala que lo que ha quedado acreditado, por el contrario es que los solicitantes del visado, han vivido normalmente de la pensión de jubilación que perciben del Estado marroquí y no consta que padezcan enfermedad de imposible o difícil*

*tratamiento en su país de origen. No podemos dejar de abundar en esta valoración de la Sala de instancia, pues es razonable pensar que si según los datos que pueden obtenerse del Ministerio de Empleo y Formación Profesional marroquí, el salario mínimo legal para el sector de la industria, el comercio y las profesiones libres es de aproximadamente 1.700 dirhams mensuales, los cónyuges, (...) , puedan vivir normalmente con algo más del doble del salario estipulado para ese sector, (según ha quedado acreditado) teniendo en cuenta que ya no tienen que atender a gastos de manutención ni de formación de ningún miembro familiar, como sin duda habrá sido calculado para aquel país, por sus autoridades, a la hora de fijar el salario de ese concreto sector.*

*Por tanto no se aprecia en el presente caso vulneración sustantiva ni de la normativa comunitaria, ni de la interpretación "estar a cargo" que ha fijado el TJUE, al aplicar la Sentencia de instancia, nominalmente, el artículo 39 d) citado en relación con el concepto "a cargo" y la valoración de las circunstancias económicas y socio-sanitarias efectuadas.” (FJ 6º)*

**- Coherentemente con lo dispuesto en la citada STS de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009) sobre el concepto “a cargo”, la STS de 13 de febrero de 2012 (RC 5358/2010), relativa a un supuesto de reagrupación familiar por parte de reagrupante nacionalizado español respecto de un descendiente mayor de veintiún años de otra nacionalidad, señala también que la individualización de los casos en que efectivamente quepa apreciar la concurrencia de una situación en la que el reagrupado necesita de la asistencia del reagrupante español para hacer frente a sus necesidades básicas (que tal es el canon de concreción del concepto "a cargo") requerirá una valoración casuística y circunstanciada. Precisa esta Sentencia que el concepto jurídico «a cargo» resulta de una situación de hecho que se caracteriza porque el ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación o su cónyuge garantizan los recursos precisos para la subsistencia del miembro de la familia que pretende reagruparse, pero previamente ha de darse la necesidad de atender a dicha subsistencia o mantenimiento.**

**Atendiendo a esta valoración casuística y circunstanciada, este Tribunal no ha apreciado que el descendiente mayor de veintiún años viviera “a cargo” del reagrupante nacionalizado español, no habiéndose demostrado tampoco que fuera incapaz, por ejemplo en la ya citada STS de 13 de febrero de 2012 (RC 5358/2010)**

*“[...] Determinado, pues, el marco normativo aplicable, hemos de descender al examen circunstanciado del caso litigioso, a fin de determinar, en definitiva, si el hijo del aquí recurrente presentaba una situación vital que permitiera concluir que se daban en su caso las circunstancias necesarias para la concesión del visado pretendido.*

*Por encima de la norma formalmente aplicada en la resolución impugnada, esto es, el artículo 2.c) del RD 240/2007, el dato verdaderamente relevante y al que tenemos que atender, es la razón real de la denegación del visado solicitado por el hijo del recurrente, consistente en que, siendo mayor de 21 años, no ha demostrado que fuera incapaz o que viva a cargo del reagrupante por no poder ejercer actividad laboral por sí mismo.*

*Pues bien, del expediente administrativo resulta que el Consulado General de España en Lima, el mismo día de recibida la solicitud de visado presentada por el hijo del hoy recurrente el 13 de enero de 2009, requiere al mismo de subsanación, al entender que no reúne los requisitos exigidos en el Real Decreto*

240/2007, a cuyo efecto le otorga un plazo de quince días para aportar la documentación oficial, expedida por las autoridades peruanas competentes, mediante la que se demuestre que el solicitante no está trabajando actualmente en el Perú, así como que el solicitante no puede realizar trabajos remunerados y, por ello, depende económicamente del reagrupante, además de un certificado de soltería, expedido por la RENIEC, legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú y por ese Consulado General.

El solicitante de visado, en contestación a este requerimiento de subsanación, presentó ante el Consulado documentación donde se hace constar que no realiza trabajos remunerados. Junto a dicha documentación figura en el expediente documentos acreditativos de la realización de envíos de dinero en el año 2008 cuyo importe mensual se halla en torno a los 172 euros, así como que se encontraba realizando un curso de computación e informática desde junio de 2007. Tales elementos fácticos fueron considerados insuficientes por la Sala de instancia para considerar existente una situación de dependencia, si bien, a este respecto debemos añadir una corrección, por cuanto en la Sentencia analizada se manifiesta que se desconoce si la madre vive, a pesar de que en autos figura aportada la tarjeta de residencia en España de dicha progenitora.

La Sala de instancia no considera justificada la imposibilidad por el reagrupado de subvenir a sus necesidades, atendiendo a sus circunstancias económicas, familiares y sociales, por lo que confirma la resolución denegatoria del visado, que no estimaba acreditada la existencia de una verdadera dependencia económica del reagrupado respecto del reagrupante.

No debemos olvidar, a la luz de las Directivas antes reflejadas, que a estos efectos ha de apreciarse si, a la vista de sus circunstancias económicas y sociales, el reagrupado está o no en condiciones de subvenir a sus necesidades básicas, para lo cual podrá articular toda la prueba que considere oportuna. El concepto jurídico «a cargo», decíamos antes, resulta de una situación de hecho que se caracteriza porque el ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación o su cónyuge garantizan los recursos precisos para la subsistencia del miembro de la familia que pretende reagruparse, pero previamente ha de darse la necesidad de atender a dicha subsistencia o mantenimiento.

En el presente caso, la prueba obrante en autos y en el expediente, a la que anteriormente aludiéramos, no permiten concluir en la dependencia del solicitante del visado respecto de su padre. Desconocemos la vida laboral del interesado, su formación y posibilidades de acceder al mercado laboral en su país, si carece de patrimonio u otros recursos que le permitan su subsistencia. Tampoco se ha aludido a que padeciera problemas de salud, y no podemos concluir que sea un estudiante, pues contando con 24 años de edad al momento de formular su solicitud, únicamente ha acreditado que realiza un curso de informática desde el año 2007.

En definitiva, las razones aportadas por el recurrente en su escrito de impugnación de la Sentencia dictada en la instancia no poseen entidad suficiente para justificar que entre reagrupante y reagrupado exista realmente la relación de dependencia ni que este último precise del apoyo y asistencia del reagrupante para atender a las necesidades básicas a que se refiere el concepto "estar a cargo". A la vista de los datos concurrentes, y con la perspectiva casuística que es inherente a esta materia, siendo este requisito el único exigido para la reagrupación en el tan citado RD 240/2007, no se han alegado ni se aprecian cualesquiera otras razones derivadas de la aplicación de esta norma

reglamentaria que pudieran justificar la concesión del visado pretendido por el recurrente.

Por tanto, el motivo impugnatorio formulado por el recurrente debe ser desestimado, y con ello el recurso de casación que nos ocupa.” (FJ 7º)

**- Sin embargo, en la STS de 8 de junio de 2012 (RC 5946/2011), referida a un supuesto de reagrupación familiar por parte de reagrupante nacionalizado español respecto de un descendiente mayor de veintiún años de otra nacionalidad, se dice que “lo esencial para hallarse «a cargo» de otra persona es que esta sea quien principalmente cubra sus necesidades»**

*“[...] El hecho de hallarse un miembro de la familia «a cargo» «resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación o su cónyuge garantizan los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia» (como así hemos hecho en nuestras Sentencias de 20 de octubre de 2011, RC 1470/2009, 22 de noviembre de 2011, RC 1046/2010, 13 de febrero de 2012, RC 5358/2010, 23 de marzo de 2012, RC 129/2011, y 27 de abril de 2012, RC 6769/2010, siguiendo la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recogida en Sentencias de de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, y 9 de enero de 2007, asunto C-1/05, pues no debe olvidarse que la expresión «a cargo» empleada por el Real Decreto aquí aplicable procede de la Directiva 2004/38 y de las disposiciones que la precedían). A los meros efectos de concretar cuándo se alcanza la cantidad que garantiza tales recursos es posible acudir a muy diversos criterios interpretativos, sin perder de vista que ninguna norma exige que todos los ingresos económicos del reagrupado provengan del reagrupante. Lo esencial para hallarse «a cargo» de otra persona es que esta sea quien principalmente cubra sus necesidades.[...]”(FJ 3º)*

### **3.2.5 Otras cuestiones**

**Cuestionamiento de la relación paternofamiliar en base a los documentos presentados. No apreciación de la pretendida vulneración de la carga de la prueba, por cuanto la presunción de acierto y veracidad de la resolución impugnada determina que sea la parte recurrente quién haya de destruir aquélla, como acertadamente así lo ha entendido la Sala de instancia. STS de 6 de julio de 2012 (RC 6280/2011)**

*“[...] Observada la inveracidad de un dato esencial de uno de los documentos en que fundan su derecho los interesados, unida a determinados indicios opuestos a los hechos que alegan, no es desproporcionado imponerles la prueba de la veracidad de dicha documentación. Con ello no hay alteración de la carga de la prueba, puesto que con toda evidencia y en la más básica aplicación de la regla del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recae sobre los solicitantes del visado acreditar su identidad y su relación con el reagrupante, y, en caso de contradicciones o incompatibilidades de los datos consignados en los documentos, demostrar que, efectivamente, estas se tratan de meros errores en su elaboración sin otra trascendencia.*

*No se advierte la pretendida vulneración de la carga de la prueba, por cuanto la presunción de acierto y veracidad de la resolución impugnada determina que sea la parte recurrente quién haya de destruir aquélla, como acertadamente así lo ha entendido la Sala de instancia. Debemos recordar que la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de*

*accionar para evitar la producción de la figura del acto consentido, lo que no altera la carga de la prueba, que ha de ajustarse a las reglas generales. Ciertamente, las reglas generales de valoración de la prueba, que resultan desde luego aplicables, indican que cada parte soporta la carga de probar los hechos que integran el supuesto de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, como se deduce del artículo 1214 del Código Civil y el artículo 217 de la LEC, aplicable de conformidad tanto con el art. 60.4 como con la Disposición Final Primera de la Ley 29/98, de 13 de julio.*

*Así las cosas, valoradas casuísticamente las circunstancias concurrentes, hemos de concluir que, habiendo tenido ocasión la parte recurrente de desvirtuar el hecho obstativo a la concesión del visado, éste no ha hecho ningún esfuerzo encaminado a tal finalidad, pues no ha propuesto prueba alguna en la instancia dirigida a acreditar dicho extremo debatido, remitiéndose simplemente a la documentación que obraba ya en el expediente, y que fue tomada en consideración en su día por la Administración para dictar la resolución impugnada, pese a que, como hemos expresado, es a dicha parte a quien correspondía la carga de aportar la prueba sobre la veracidad de los citados documentos [...]” (FJ 3º)*

**En el mismo sentido, STS de 22 de junio de 2012 (RC 6254/2011); también STS de 20 de abril de 2012 (RC 3073/2011)**

**- Examen de la fuerza probatoria de los documentos públicos extranjeros. STS de 30 de mayo de 2012 (RC 6279/2011)**

*“[...] la fuerza probatoria de los documentos públicos extranjeros no es plena, pues este efecto está reservado a los documentos públicos españoles enumerados en el artículo 317 de la última Ley mencionada o a los que otorguen este carácter los tratados y convenios internacionales o una ley especial, eventualidad que aquí no ocurre. Por tanto, los datos constatados en los documentos públicos extranjeros permitirán prueba en contrario de acuerdo con el número 2 del artículo 319, y en este caso resulta que los documentos a los que el recurrente atribuye la condición de públicos presentan datos inverosímiles, y otros documentos tendentes a subsanar esta irregularidad consisten en simples fotocopias, situación ante la que es coherente negarles valor convictivo. Aun así, difícilmente podría alcanzar la plenitud de la fe pública a los datos que constan en los documentos pero que, según se desprende de lo manifestado por el recurrente, fueron suministrados por los propios interesados y no comprobados por la autoridad o funcionario que los expidió (artículos 319.1 y 2 y 323.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).[...]” (FJ 3º)*

**Por su parte, la STS de 20 de abril de 2012 (RC 5568/2011) razonó:**

*“[...] El recurrente plantea su segundo motivo, al amparo del artículo 88.1.d) de la ley Jurisdiccional, por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, que concreta en los artículos 319 y 323.2 LEC, alegando la fuerza probatoria de los documentos públicos extranjeros. Frente a esto hay que poner de manifiesto que al no haberse invocado ningún tratado, convenio internacional o ley especial aplicable en concreto a la fuerza probatoria de los documentos públicos procedentes de la República de Gambia, el precepto aplicable es el apartado segundo del artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De conformidad con lo establecido en él, la fuerza probatoria queda, en primer lugar, condicionada a que en el otorgamiento o confección del documento correspondiente se hayan observado los requisitos exigibles en el país de origen para que el documento haga prueba plena en juicio, y que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos*

*necesarios para su autenticidad en España. Pues bien, la parte actora, a pesar de conocer las razones de la negativa del Consulado, con base en las irregularidades detectadas no hizo ni en vía administrativa ni en la judicial de instancia ningún intento de justificar las discrepancias puestas de manifiesto por las resoluciones administrativas. Por todo ello, ni en atención a las circunstancias de hecho que la Sala de instancia (y antes el Consulado de España en Dakar) no consideró suficientemente acreditadas, ni en atención a los documentos, ni por los demás elementos de juicio que han quedado transcritos, se consideran infringidos los artículos 319 y 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los que fundamentó este motivo el recurrente.” (FJ 5º)*

### **3.3 Cuestiones diversas**

#### **3.3.1 Deber de motivación**

**- La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar. STS de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009)**

*“[...] En el régimen general de extranjería vigente a la fecha de la solicitud de visado, diseñado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, según redacción establecida por Ley Orgánica 8/2000, se establece con claridad el deber de motivación de las resoluciones administrativas en materia de visados por reagrupación familiar. Así, el artículo 27, en su apartado 5º, establece que "La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. Si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1990, se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio". Y el artículo 43.4 del reglamento de extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, referido a la tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar, dispone que "si los representantes de la Administración 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 y, en caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que hubiera concedido inicialmente la autorización". Más aún, la disposición adicional 6ª, apartado 6º, de la misma norma reglamentaria añade que "la denegación de un visado de residencia para reagrupación familiar o de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá ser motivada, e informará al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados, que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria".*

*En cuanto a la reagrupación familiar de familiares de ciudadanos comunitarios, regulada por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, se establece también en esta norma un deber de*

*motivación para las resoluciones denegatorias de visado. Así, el artículo 4.3 dispone que "cualquier resolución denegatoria de una solicitud de visado o de entrada, instada por una persona incluida en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto deberá ser motivada. Dicha resolución denegatoria indicará las razones en que se base, bien por no acreditar debidamente los requisitos exigidos a tal efecto por el presente Real Decreto, bien por motivos de orden público, seguridad o salud públicas. Las razones serán puestas en conocimiento del interesado salvo que ello sea contrario a la seguridad del Estado".*

*Podemos, pues, adelantar que tanto si se estima de aplicación a este caso el Real Decreto 2393/2004 (así lo entendió la Administración) como si se considera aplicable el real Decreto 240/2007 (que así efectivamente es), la resolución denegatoria de un visado como e aquí concernido, de reagrupación familiar, tiene que estar motivada.[...]" (FJ 10º)*

**- La no necesidad de motivación para la denegación de determinados visados –en el caso examinado, los visados que no sean de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena ex artículo 27.6 de la LO 4/2000 (antes de la reforma operada por LO 2/2009, de 11 de diciembre)- resulta constitucional porque la denegación del visado puede someterse a revisión jurisdiccional, con lo cual la Administración ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales. STS de 25 de noviembre de 2011 (RC 5421/2007)**

*"[...]la Administración recurrente en casación alega, como motivo de impugnación, la infracción del artículo 27.6 de la Ley Orgánica 4/2000 y 14/2000), a cuyo tenor "la denegación de visado habrá de ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena", de donde se deduce la no necesidad de motivación para el resto de los visados, como los de corta duración, de que este pleito trata.*

*Y este motivo debe ser estimado.*

*En efecto, la constitucionalidad de este precepto en cuanto exime de necesidad de motivación al resto de los visados ha sido proclamada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/07, de 7 de Noviembre (y las demás que le han seguido, STC 259/2007, de 19 de diciembre; 260, 261, 263, 264 y 267/2007, todas ellas de 20 de Diciembre) a cuyo tenor: [...]*

*Por lo tanto, la denegación de un visado como el de autos (de residencia de corta duración) no tiene necesidad de ser motivada, habiendo infringido la Sala de instancia tal precepto, al anular el acto administrativo por falta de motivación y decretar por ello una retroacción de actuaciones.*

*La sentencia impugnada debe, por ello, ser revocada, debiendo nosotros resolver ahora lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate. (Artículo 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional 29/98).*

**SEXTO.-** *Según la doctrina del Tribunal Constitucional que acabamos de reseñar, la no necesidad de motivación no es anticonstitucional porque la denegación del visado puede someterse a revisión jurisdiccional, con lo cual la Administración ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales, que es lo que a continuación pasamos a examinar.[...]" (FFJJ 5º y 6º)*

**Ha de matizarse que, tras la reforma de la L.O. 4/2000 por la L.O. 2/2009 de 11 de diciembre, se establece que la denegación de visado deberá ser**

motivada también *"en el caso de visados de estancia o de tránsito"*, pero esta reforma legal no era aplicable *"ratione temporis"* al caso aquí concernido.

**- La falta de exigencia de una motivación expresa para la denegación del visado de residencia no lucrativa no implica necesariamente que -por tal razón- se trate de un acto "fuertemente" discrecional. STS de 22 de marzo de 2012 (RC 2260/2010)**

*"[...] no puede compartirse sin matices la afirmación del Tribunal a quo de que la concesión de los visados de residencia no lucrativa se rige por un criterio de "discrecionalidad fuerte".*

*Tal afirmación se quiere sostener en que el artículo 27.6 de la L.O. 4/2000 (en la redacción aplicable a este litigio) establece una distinción entre las resoluciones denegatorias de visado que deben ser motivadas y las que no precisan de motivación (como la aquí concernida), de manera que si la denegación de algunas clases de visado no requiere motivación -se viene a afirmar- es porque la concesión o denegación del visado correspondiente es "fuertemente" discrecional.*

*Ahora bien, de tal precepto, y del contexto normativo en que se inserta, no cabe extraer tan rigurosa consecuencia, menos aún si con esa adjetivación de la discrecionalidad como "fuerte" se pretende caracterizar el ejercicio de la potestad administrativa como un ámbito de libre disposición no sujeto a límites predeterminados y reconocibles.*

*Como es bien sabido, el artículo 27.6 fue objeto desde la promulgación de la norma en que se inserta de una fuerte polémica doctrinal en cuanto eximía de las exigencias de motivación a una categoría de actos desfavorables para los interesados. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, de 11 de noviembre -seguida por otras con similar fundamentación- declaró su constitucionalidad señalando que "La inconstitucionalidad del precepto sólo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional pues "con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 CE" (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5). Pero la Ley enjuiciada somete a control de los Tribunales esta actividad administrativa (art. 106.1 CE), con lo cual la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales".*

*Quedó, así evidenciado, que la atribución a la Administración de un margen de discrecionalidad en este ámbito no puede implicar en modo alguno que la decisión devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control. Ciertamente, que un acto administrativo no requiera una motivación expresa no implica necesariamente que -por tal razón- sea "fuertemente" discrecional.[...]" (FJ 7º)*

### **3.3.2 Carga de la prueba**

**- Cuando la aseveración de la Administración sobre la efectiva realización de un trámite en el curso del procedimiento administrativo resulta clara y precisa, es carga de la parte recurrente desvirtuarla, mediante el trámite procesal establecido en el artículo 55 de la Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa 29/1998, referido a la llamada ampliación del expediente administrativo, o en su caso mediante la adecuada actividad probatoria y si**

**no lo hace, ha de tenerse por cierto que el trámite existió aunque no conste documentado en el expediente administrativo, tratándose, en consecuencia, de una irregularidad formal carente de toda trascendencia. STS de 20 de abril de 2012 (RC 5568/2011)**

*“[...] conviene recordar que según consolidada jurisprudencia, plasmada, entre otras, en nuestras sentencias de 7 de febrero de 2008 (RC 757/2004) y 23 de julio de 2009 (RC 5176/2006) y sentencia de 6 de mayo de 2011 (RC4146/2009), recaídas en litigios concernientes a la materia del asilo, cuando la aseveración de la Administración sobre la efectiva realización de un trámite en el curso del procedimiento administrativo resulta clara y precisa, es carga de la parte recurrente desvirtuarla, mediante el trámite procesal establecido en el artículo 55 de la Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa 29/1998, referido a la llamada ampliación del expediente administrativo, o en su caso mediante la adecuada actividad probatoria y si no lo hace, ha de tenerse por cierto que el trámite existió aunque no conste documentado en el expediente administrativo, tratándose, en consecuencia, de una irregularidad formal carente de toda trascendencia.[...]” (FJ 4º)*

#### **4. APATRIDIA**

**- Evolución legal en cuanto a la carga de la prueba en materia de reconocimiento del estatuto de apátrida; tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, la consideración de apátrida sólo procede respecto de la persona "que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación". Por tanto, más allá de la mera manifestación del solicitante de que carece de nacionalidad, debe existir algún dato que indique la concurrencia de la circunstancia señalada en la norma. STS de 22 de junio de 2011 (RC 2905/2008)**

*“[...] Como quiera que la recurrente en casación ha discutido las consideraciones de la Sala de instancia sobre la carga de la prueba en materia de reconocimiento del estatuto de apátrida, hemos de comenzar nuestra respuesta recordando la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, resumida en la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2008 (RC 8597/2004) en los siguientes términos:*

*"El artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000 establecía, en su redacción originaria, que "Los extranjeros que carezcan de documentación personal, y acrediten que el país de su nacionalidad no le reconoce la misma, podrán ser documentados con una tarjeta de identidad, reconociéndoseles y aplicándoseles el Estatuto de Apátrida, conforme al artículo 27 de la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, gozando del régimen específico que se determine reglamentariamente". Con la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, el precepto relativo al reconocimiento de la condición de apátrida –que pasa a ser el artículo 34 en virtud de la nueva numeración de preceptos dada con la reforma– se expresa en los siguientes términos: "El Ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención. El estatuto de apátrida comportará el régimen específico que*

*reglamentariamente se determine" (artículo 34.1 redactado por Ley 8/2000).*

*Del cotejo de ambas formulaciones se extraen unas notas diferenciales que ya tuvimos ocasión de destacar en las citadas sentencias de 20 de noviembre de 2007 y 12 de mayo y 9 de junio de 2008. Así, la regulación originaria de la Ley Orgánica 4/2000 viene caracterizada por: a) la necesidad de que el extranjero acredite que el país de su nacionalidad no le reconoce la misma; b) el carácter potestativo de la concesión del Estatuto de Apátrida ("podrá"). En cambio, tras la modificación introducida por la Ley 8/2000 no se exige al extranjero la acreditación de que el país de su nacionalidad no le reconoce la misma, pues la norma se refiere ahora a los extranjeros que "manifiesten" carecer de nacionalidad; y, por otra parte, nos encontramos con un régimen que no es ya potestativo sino imperativo, al señalar el precepto que el Ministro del Interior "reconocerá" la condición de apátridas y les "expedirá" la condición prevista en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas. Por lo demás, en consonancia con esta última formulación legal, el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida aprobado por Real Decreto 865/2001, de 20 de julio establece en su artículo 1.1 que "Se reconocerá el estatuto de apátrida conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad. Para hacer efectivo dicho reconocimiento, deberá cumplir los requisitos y procedimiento previstos en el presente Reglamento". Ahora bien, una vez señalado el cambio introducido por la Ley Orgánica 8/2000 respecto a la exigencia probatoria establecida en la normativa anterior, debe también destacarse que en la normativa legal y reglamentaria ahora aplicable el reconocimiento de la condición de apátrida aparece vinculado, como precisa el citado artículo 1.1 del Reglamento, a la circunstancia de que la persona solicitante "no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación". ste inciso es plenamente congruente con la remisión que tanto el precepto reglamentario como la norma legal a la que este sirve de desarrollo hacen a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, pues el artículo 1.1 de dicha Convención dispone que "el término apátrida designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación".*

*A la luz de tales disposiciones, y sin que ello suponga exigir al solicitante del estatuto de apátrida una cumplida acreditación de que el país de su nacionalidad no le reconoce la misma, no cabe ignorar que la consideración de apátrida sólo procede respecto de la persona "que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación". Por tanto, más allá de la mera manifestación del solicitante de que carece de nacionalidad, debe existir algún dato que indique la concurrencia de la circunstancia señalada en la norma, pues sin ella el reconocimiento del estatuto de apátrida resulta improcedente".*

*Por consiguiente, aun cuando la normativa de aplicación, resumida en la sentencia que acabamos de transcribir, no exige al solicitante del estatuto de apátrida una prueba plena y acabada de que su país de origen no le reconoce su*

*nacionalidad, eso no significa que la mera declaración en tal sentido del propio solicitante sirva por sí sola para tener por cierta su afirmación, pues habrá de existir algún dato a partir del cual pueda colegirse que efectivamente las cosas son como el solicitante expone.[...]*

*Así las cosas, la mera alegación de que la recurrente no tiene nacionalidad resulta insuficiente cuando, como aquí sucede, los datos reflejados en la única documentación personal de la recurrente de que disponemos, no corroboran su manifestación sobre su nacimiento en Polonia, más bien la contradicen, al resultar de esa documentación que nació en Bielorrusia y que ha sido documentada anteriormente con esa nacionalidad. Por lo demás, como también apunta la sentencia de instancia, en el curso del proceso no se ha acreditado de forma suficiente que la República de Bielorrusia no la reconozca al día de hoy como nacional de ese país o se niegue a darle la documentación pertinente.*

*Ha de tenerse en cuenta, en fin, que, como dice la sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 2008 (RC 6566/2004), carecer de pasaporte o de documento de identidad en modo alguno equivale a carecer de nacionalidad.[...]*" (FJ 5º)

**En el mismo sentido, en STS de 5 de febrero de 2009 (RC 6760/2005) tampoco se apreció que concurriera dato alguno a partir del cual se pudiera colegir que efectivamente la solicitante careciera de nacionalidad**

**Sobre esta misma cuestión de la carga de la prueba en materia de reconocimiento del estatuto de apátrida se pronuncia la STS de 27 de abril de 2012 (RC 6080/2011), si bien apreciando que en aquella ocasión sí había datos, y no simples manifestaciones del solicitante, que revelaban la concurrencia de los requisitos establecidos para tener la condición de apátrida.**

*"[...] En el segundo motivo también articulado al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional se alega la Infracción del art. 217 LEC, sobre la carga de la prueba.*

*La parte recurrente entiende que la sentencia de instancia, vulnera el precepto citado, en cuanto el mismo exige la carga de la prueba de los hechos en los que funda su alegato, a quien los afirma, y considera que se ha admitido por el Tribunal de instancia como prueba, sin evidencia confirmatoria alguna, la manifestación del recurrente de no poder obtener otra nacionalidad, siendo así que el art. 1 del RD 865/2001 ordena: "Se reconocerá el estatuto de apátrida conforme a lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad." Razona que la propia sentencia de 22 de diciembre de 2008 (RC 8597/2004), estipula que aún cuando la normativa de aplicación no exige al solicitante del estatuto de apátrida una prueba plena y acabada de que su país de origen no le reconoce su nacionalidad, eso no significa que la mera declaración en tal sentido del propio solicitante sirva por sí sola para tener por cierta su afirmación, pues habrá de existir algún dato a partir del cual pueda colegirse que efectivamente las cosas son como el solicitante expone.*

*No asiste la razón a la parte recurrente. El solicitante del estatuto de apátrida aportó todos los datos y documentos que permiten situar su lugar de nacimiento, filiación, así como el de sus ascendientes, y documentación actual, en clara concordancia con sus manifestaciones vertidas en su solicitud y en un relato que en lo que aquí importa, su carencia de nacionalidad argelina, ha sido contrastado por los datos aportados por las autoridades argelinas y españolas, y que ha sido finalmente valorado por el Tribunal sentenciador y con el que coincide esta Sala. Por tanto no se trata de simples*

*manifestaciones del demandante, sino de antecedentes que figuran en el expediente administrativo, evidentes, contrastados, y exhaustivos (los datos y documentación del solicitante se extienden más allá de los 40 primeros folios del mismo) que revelan la concurrencia de los requisitos establecidos para tener la condición de apátrida.*

*Por último hemos de referirnos a la sentencia a la que hemos hecho alusión, de 22 de diciembre de 2008 (RC 8597/2004), porque también es citada en este motivo por la parte recurrente, debiéndose añadir que se dictó en relación a un caso de una solicitud de estatuto de apátrida en el que los datos de filiación que figuraban en el expediente del solicitante, indicaban que el interesado había podido solicitar y obtener la nacionalidad bielorrusa de acuerdo con la legislación de aquel país, lo que no guarda analogía alguna con el presente caso, tal y como ha quedado plasmado con la doctrina reiteradamente citada y parcialmente transcrita.*

*Por tanto al no existir vulneración alguna en este caso de la carga de la prueba, el segundo motivo también ha de ser desestimado.” (FJ 5º)*

**- La presunción contenida en el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, aprobado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, admite la prueba en contrario y quedará destruida cuando se haya demostrado la concurrencia de los requisitos de fondo que condicionan el reconocimiento de la situación de apátrida. STS de 29 de mayo de 2012 (RC 3768/2010)**

*“[...] En el primer motivo de casación el Abogado del Estado denuncia la infracción del artículo 4 del Real Decreto 865/2001. Discrepa, con ello, de las consideraciones del tribunal de instancia en lo que concierne al "retraso" en la presentación de la solicitud, consideraciones que la Sala de la Audiencia Nacional expuso en estos términos:*

*"[...] Por otro lado, aunque el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, aprobado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, recoge una presunción de falta manifiesta de fundamento de la solicitud cuando la misma se presente transcurrido más de un mes en situación de ilegalidad, como sucede en el presente caso, es evidente que se trata de una presunción iuris tantum, susceptible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario, como la Sección aprecia que aquí ocurre, a la luz de todo cuanto se lleva expuesto, debido, esencialmente, a la carencia de nacionalidad argelina del interesado, lo que conduce a que se estime que dicha persona no es considerada nacional suya por ningún Estado, reuniéndose las condiciones previstas en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas para que se le reconozca la condición de apátrida."*

**Séptimo.-** *Es cierto que la solicitud de reconocimiento de la condición de apátrida ha de presentarse en el plazo de un mes desde la entrada en el territorio nacional, salvo en los supuestos en que el extranjero disfrute de un periodo de estancia legal superior al citado, en cuyo caso podrá presentarse antes de la expiración del mismo. La Sala de instancia reconoce que el demandante no presentó en el plazo reglamentario su petición (entró en España el 17 de agosto de 2007 y formuló la solicitud el 8 de febrero de 2008) pero niega que a este hecho se le hayan de atribuir necesariamente las consecuencias desfavorables que propugna el Abogado del Estado en el primer motivo casacional. A juicio del Abogado del Estado el artículo 4.2 del Real Decreto 865/2001 instaura "[...] una presunción legal que, incluso frente a la prueba en su contra, determina la quiebra de la seguridad jurídica que persigue la norma en cuestión".*

*El motivo será desestimado. La presentación de la solicitud una vez transcurrido el plazo reglamentario permite a la Administración "presumir" que aquélla es "manifiestamente infundada", según los términos del apartado 2 del artículo 4 antes citado pero, como bien afirma el tribunal de instancia, tal presunción admite la prueba en contrario y quedará destruida cuando se haya demostrado la concurrencia de los*

*requisitos de fondo que condicionan el reconocimiento de la situación de apátrida, tal cual sucedía en el caso de autos.*

*Nos hemos pronunciado en este mismo sentido al analizar la referida presunción reglamentaria en sentencias como la dictada el 14 de octubre de 2011 (recurso de casación número 4631/2010). En ella manifestamos que "[...] la presunción del artículo 4.2 precitado, [...] puede entenderse desvirtuada si a tenor de los datos concurrentes en el caso examinado se concluye que en el solicitante concurren todos los requisitos y condiciones necesarios para el reconocimiento y concesión del estatuto de apátrida". En atención a esta doctrina, ya consolidada, hemos de confirmar el criterio de la Sala de instancia pues la documentación aportada por el demandante y la valoración del conjunto de la prueba que llevó a cabo la Sala permitían deducir, razonablemente, que en su caso se había desvirtuado aquella presunción y el reconocimiento del estatuto de apátrida estaba justificado." (FFJJ 6º y 7º)*

**- Solicitantes del estatuto de apátrida procedentes de los campos de refugiados saharauis. Razonamientos que responden a las dos razones que fundamentaron la denegación: que el solicitante ya recibía protección de un organismo de las Naciones Unidas y que Argelia concede facilidades, concretamente pasaportes, a los saharauis. STS de 31 de octubre de 2009 (RC 2805/2006)**

*"[...] En efecto, en este caso se ha fundamentado la denegación del estatuto de apátrida en dos razones: que el solicitante ya recibía protección de un organismo de las Naciones Unidas y que Argelia concede facilidades, concretamente pasaportes, a los saharauis, pero dichas razones han sido consideradas insuficientes en nuestras recientes sentencias de 20 de noviembre de 2007 (RC 10503/2003), 18 de julio de 2008 (RC 555/2005) y 19 de diciembre de 2008 (RC 7337/2005), en las que hemos examinado y resuelto cuestiones sustancialmente iguales a las que ahora se plantean.*

*Respecto de la concesión de pasaporte por parte de Argelia dijimos lo siguiente:*

*"[...] Argelia nunca ha efectuado manifestación alguna -expresa ni tácita- tendente al reconocimiento u otorgamiento de la nacionalidad argelina a los saharauis que, como refugiados, residen en los campamentos de Tinduff.*

*Lo acontecido con la recurrente -y con otros saharauis en condiciones similares- es que Argelia, por razones humanitarias, documenta a los saharauis refugiados en su territorio -en concreto, en el desierto cercano a Tinduff- con la finalidad de poder salir por vía aérea a países que -como España- no tienen reconocido como país a la República Árabe Saharaui Democrática; documentación consistente en la emisión de pasaporte al que el Consulado Español en Argel acompaña el correspondiente visado. Mas, con tal actuación, en modo alguno se está procediendo al reconocimiento de la nacionalidad argelina por los saharauis, la cual, por otra parte, como ocurre con el Reino de Marruecos, tampoco es solicitada o deseada por los mismos. No se trata, pues, del otorgamiento del vínculo de la nacionalidad, sino de una mera actuación de documentación de un indocumentado con la expresada finalidad humanitaria de poder desplazarse para -como en este caso aconteció- poder recibir atención médica. Por ello, la exigencia, tanto del Ministerio de Interior como de la sentencia de instancia, de tener que recurrir a las vías administrativas y judiciales argelinas para obtener la renovación del pasaporte concedido en los términos expresados, en modo alguno resulta aceptable, cuando consta acreditado que el Consulado de Argelia en Madrid se niega a la mencionada prórroga -por carecer los*

*solicitantes de nacionalidad argelina- remitiéndolos a la Oficina de la RASD en España que, al no estar reconocida por España, carece de la posibilidad de emitir pasaportes o renovarlos a quienes -como la recurrente- devienen indocumentados en España por la expiración del pasaporte con el entraron en nuestro país.*

*Resulta conveniente distinguir dos situaciones diferentes: la una es la que -como en el supuesto de autos acontece- consiste en proceder a documentar a quien por diversos motivos carece de documentación que le impide su simple desplazamiento e identificación; y otra, diferente, la concesión de la nacionalidad de un país. La primera cuenta con un carácter formal, no exige la solicitud y voluntariedad del destinatario y no implica una relación de dependencia con el Estado documentante; la segunda, el otorgamiento de la nacionalidad, por el contrario, exige el cumplimiento de una serie de requisitos previstos por la legislación interna del país que la otorga, e implica su previa solicitud y su posterior y voluntaria aceptación -que se plasma en la aceptación o el juramento del texto constitucional del país-, surgiendo con el nuevo país un vínculo jurídico de derechos y obligaciones que la nacionalidad implica y representa. La nacionalidad no originaria implica, pues, la aceptación -por supuesto, voluntaria- de un nuevo status jurídico si se cumplen las condiciones legales previstas internamente por cada país, mas, en modo alguno, la nacionalidad puede venir determinada por la imposición, por parte de un país, con el que se mantienen determinados vínculos -por variados motivos- en relación con quien no desea dicha nacionalidad, por no concurrir un sustrato fáctico entre ambos que permita la imposición de la relación jurídica configuradora de la citada relación.*

*La nacionalidad, pues, es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, según se establece en la legislación del Estado, y comprende derechos políticos, económicos, sociales y de otra índole, así como las responsabilidades del Estado y del individuo; mas todo ello, como venimos señalando, en el marco de una relación de voluntariedad y mutua aceptación*

*En consecuencia, desde la perspectiva argelina, y de conformidad con la Convención de Nueva York, la recurrente no puede ser "considerada -por parte de Argelia- como nacional suyo, ... conforme a su legislación".*

*Y en cuanto a la protección de los saharauis por parte de las Naciones Unidas dijimos:*

*"Por último, tampoco podemos considerar a la recurrente como incluida en el supuesto de la excepción prevista en artículo 1.2.i) de la Convención de Nueva York de 1954, esto es, como "personas que reciben actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia".*

*Como ya conocemos la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU nº 690 (de 24 de abril de 1991), por la que se creó -por unanimidad- la Misión de Naciones Unidas para la Organización del Referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO) en modo alguno reconoce a la recurrente la protección y asistencia exigida por la excepción convencional de precedente cita; si se observan los objetivos de la misma se podrá comprobar que tal Misión está dirigida a "supervisar" el cese del fuego entre el Reino de Marruecos y los saharauis; a "verificar" la reducción de*

*tropas de Marruecos en el territorio del Sahara; a "supervisar" la restricción de tropas marroquíes y saharauis a lugares señalados; a "supervisar" el intercambio de prisioneros de guerra; a "hacer efectivo" el programa de repatriación; a "identificar y registrar" las personas con derecho a voto; así como a "organizar y asegurar" la celebración de un referéndum libre y justo, dando a conocer los resultados.*

*Por tanto, los seis primeros cometidos se relacionan con una situación bélica, que se trata de evitar o minimizar en sus efectos y consecuencias, y, los dos últimos se relacionan con la celebración de un referéndum, cuya espera dura ya dieciséis años desde que se creara la MINURSO. No parece, pues, que con tan específicas competencias la citada Misión pueda otorgar a los saharauis la protección y asistencia que la Convención requiere para excluir a los mismos de su pase a la situación de apatridia. Escasa protección y asistencia puede deducirse de tal Misión por parte de quienes -desde hace más de treinta años- viven como refugiados en el desierto de un país vecino, y sin que el ordenado referéndum se haya celebrado tras los citados dieciséis años de espera. En todo caso, si descendemos al caso concreto, tal supuesta protección y asistencia sería predicable en relación con quienes se mantienen como refugiados en Argel, mas sin que los efectos de la MINURSO, limitada a los ámbitos expresados, abarque a quienes, como la recurrente residen, en España.*

*Como hemos dicho, las consideraciones expuestas en estas sentencias, que acabamos de transcribir, resultan plenamente aplicables al caso aquí examinado, por lo que, en definitiva, procede estimar el recurso de casación y, revocando la sentencia de instancia, estimar el recurso contencioso-administrativo en el sentido de reconocer el derecho del recurrente al reconocimiento del estatuto de apátrida." (FJ 5º)*

**- Solicitantes del estatuto de apátrida procedentes de los campos de refugiados saharauis. Razonamientos que responden más directamente a la tesis del Sr. Abogado del Estado sobre la carencia de nacionalidad de los saharauis por no querer ostentar la que con razón o sin ella, un Estado quiere atribuirle. Apreciación de que concurren todas las circunstancias para el otorgamiento del estatuto de apátrida. STS de 11 de mayo de 2012 (RC 4387/2011)**

*"[...] El Sr. Abogado del Estado interpone contra esta sentencia el presente recurso de casación, que consta de tres motivos, formulados al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 de 29 de julio.*

*Dada la estrecha relación entre los dos primeros motivos, en los que se alegan la Infracción de los arts. 1.1 y 1.2 de la Convención sobre el Estatuto de Los Apátridas de 1954, y también en ambos se imputa a la sentencia la vulneración de los art. 4 y 34 de la Ley Orgánica 8/2000, se estudian conjuntamente.[...]*

*La tesis sostenida por la Administración ha sido rechazada por la doctrina de la Sala contenida en numerosas sentencias con la misma fundamentación jurídica y todas ellas referidas asimismo a solicitantes del estatuto de apátrida procedentes de los campos de refugiados saharauis. Podemos citar, en este sentido, nuestras sentencias de 20 de noviembre de 2007 (RC 10503/2003), 18 de julio de 2008 (RC 555 / 2005), 19 de diciembre de 2008 (RC 7337 / 2005 ), citadas por la Sala de instancia y las de 30 de octubre de 2009 (RC 2805/2006), de 20 de junio de 2011 (RC 5767/2007), de 22 de junio de 2011 (RC 4979/2009), de 13 de septiembre de 2011 ( RC 728/2010), de 14 de octubre de 2011(RC 4631/2010), de 21 de octubre de 2011( RC 5322/2010).*

*De las dos primeras sentencias a que acabamos de referirnos en el párrafo anterior, transcribimos a continuación los razonamientos que responden más directamente a la tesis del Sr. Abogado del Estado sobre la carencia de nacionalidad de los saharauis por no querer ostentar la que con razón o sin ella, un Estado quiere atribuirle. Los razonamientos expresados por la Sala en esta materia, no dejan la menor sombra de duda acerca de que, en estos casos, concurren todas las circunstancias para el otorgamiento del estatuto de apátrida:*

*<<[...] Sí se menciona, por el contrario, la opción de la recurrente por la nacionalidad marroquí, señalándose al respecto que "al tratarse de un nacimiento acaecido en territorio saharauí tiene la posibilidad de la nacionalidad marroquí pues la Convención sobre Estatuto de Apátridas no busca en su aplicación una vía expansiva, de ahí la definición del término apátrida establecido en su artículo 1.1, por lo que hay que colegir que si Marruecos reconoce como nacional suyo al interesado no se aplicaría la Convención ya mencionada".*

*Es obvio que el Ministerio del Interior se mantiene en un evidente condicional sin afirmar que, en este momento, el Reino de Marruecos puede reconocer a la recurrente como marroquí; y ello porque -aunque realmente así fuera conforme a la normativa marroquí- lo que consta en las actuaciones es, de una parte, la falta de voluntad de la recurrente en tal sentido, y, de otra, la ocupación por parte del Reino de Marruecos del territorio que, hasta 1975, ocupaba la recurrente. Existe un cierto consenso en el derecho internacional, en relación con la cuestión concreta relativa a la sucesión de Estados, de conferir -en orden a la nacionalidad- un derecho de opción entre la nacionalidad del Estado predecesor y el sucesor en el territorio. Mas tal posibilidad no resulta de aplicación en el supuesto de autos en el que -en realidad, y como ya sabemos- los saharauis (1) no contaban, como regla general, con la nacionalidad española en el momento de la ocupación de territorio por Marruecos, contaron (2) en determinados supuestos, con poder acogerse a la nacionalidad española, pero (3), sobre todo, de forma tácita pero evidente, se negaron a optar por la nacionalidad del -dicho sea sin valoración jurídica- país sucesor, pasando a la condición de refugiados en otro país vecino.*

*Y es que el propio Dictamen del Tribunal de Justicia Internacional, al que antes nos hemos referido, había rechazado, de una forma expresa, la vinculación jurídica de dicho territorio con el Reino de Marruecos. En el mismo se decía:*

*"Los elementos e informaciones puestos en conocimiento de la Corte indican que en el momento de la colonización española existían vínculos jurídicos de subordinación entre el Sultán de Marruecos y ciertas tribus que vivían en el territorio del Sahara Occidental. Indican además la existencia de derechos, incluidos ciertos derechos sobre la tierra, que constituían vínculos jurídicos entre el complejo mauritano, en el sentido en que lo entiende la Corte, y el territorio del Sáhara Occidental. En cambio, la Corte llegó a la conclusión de que los elementos e informaciones puestos a su disposición no demostraban la existencia de ningún vínculo de soberanía territorial entre el territorio del Sáhara Occidental, por una parte, y el Reino de Marruecos o el complejo mauritano, por la otra. Por lo tanto, la Corte no comprobó que existieran vínculos jurídicos capaces de modificar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en lo que se refiere a la*

*descolonización del Sáhara Occidental y, en particular, a la aplicación del principio de la libre determinación mediante la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio".*

*Muy expresiva resulta la propia motivación del mismo Tribunal en relación con el concepto -cuya existencia se negaba- de "vínculos jurídicos" entre el Sahara Occidental y el Reino de Marruecos. En concreto se decía:*

*"La Corte no puede aceptar la opinión de que esos vínculos puedan limitarse a los establecidos directamente con el territorio sin referencia a la población que exista en él. En el momento de su colonización, el territorio tenía una población dispersa, compuesta en su mayoría por tribus nómadas cuyos miembros atravesaban el desierto por rutas mas o menos regulares llegando a veces tan lejos como el Marruecos meridional o regiones de los actuales Mauritania, Argelia u otros Estados".*

*Al margen, pues, de tal falta de vinculación con la población, la Corte Internacional reclamaba "pruebas directamente relacionadas con el ejercicio efectivo de la autoridad en el Sahara Occidental en el momento de su colonización por España y en el período inmediatamente precedente". Pero las presentadas por Marruecos son rechazadas, señalándose al respecto que:*

*"Habiendo examinado esas pruebas y las alegaciones de los demás Estados que intervinieron en las actuaciones, la Corte resuelve que ni los actos internos ni los internacionales en los que se basa Marruecos indican, en el período pertinente, la existencia o el reconocimiento internacional de vínculos jurídicos de soberanía entre el Sahara Occidental y el Estado marroquí. Incluso teniendo en cuenta la estructura específica de ese Estado, no muestran que Marruecos ejerciera ninguna actividad estatal específica y exclusiva sobre el Sahara Occidental".*

*De conformidad con tal criterio de la Corte Internacional -esto es, ausencia de vínculos jurídicos entre el Reino de Marruecos y el territorio y los pobladores del Sahara Occidental- años más tarde sería dictada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas la Resolución 690 (de 29 de abril de 1991) creando la Misión de las Naciones Unidas para la Organización del Referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO), en cuyo censo aparece incluida la recurrente, según documentación obrante en el expediente. En tan prolongada situación -y pendientes del cumplimiento del expresado mandato de las Naciones Unidas, concretado en la Resolución de referencia- resulta evidente que, mientras tal evento no se produzca, no resulta de recibo el negar la condición de apátrida -como hace el Ministerio de Interior- con fundamento en que resulta posible optar por la nacionalidad marroquí, pues se trata de la nacionalidad del país que ocupó el territorio antes ocupado por los saharauis, que de una forma tácita, pero evidente, rechazaron tal opción al abandonar el territorio y pasar como refugiados al vecino país de Argelia.*

*Por tanto, en tal situación, y en relación con la nacionalidad marroquí, tampoco se cumple la exigencia de la Convención de Nueva York de poder ser la recurrente "considerada por el Reino de Marruecos- como nacional suyo..., conforme a su legislación">>.*

*Por toda esta doctrina jurisprudencial ya consolidada, no pueden prevalecer las razones aducidas por el Sr. Abogado del Estado por lo que, en definitiva, los dos primeros motivos no pueden prosperar.[...]" (FJ 4º)*

## **5. ARMAS**

**- Carácter restrictivo de la concesión de permisos, licencias o habilitaciones para la tenencia de armas de fuego, tras la promulgación del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, en comparación con el antiguo Reglamento, aprobado por Real Decreto 2179/1981. STS de 20 de diciembre de 2012 (RC 2963/2012)**

*"[...] resulta obligado recordar el carácter restrictivo de la concesión de permisos, licencias o habilitaciones para la tenencia de armas de fuego. En nuestra sentencia de 8 de abril de 2008 (RC 1564/2004), con cita de sentencias anteriores, hemos destacado el carácter restrictivo que rige esta materia debido al cambio normativo operado por la promulgación del nuevo Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, en comparación con el antiguo Reglamento, aprobado por Real Decreto 2179/1981.*

*En la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 8 de abril de 2008, dijimos:*

*« [...] una cosa es que el procedimiento no haya cambiado y otra cosa es que haya identidad en los preceptos citados. No la hay. Porque claramente se advierte la introducción de un punto de rigor en la nueva reglamentación que no se limita a hablar de discrecionalidades sino que se añade ... que la expedición de la licencia tendrá carácter restrictivo limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial o de necesidad". Añadiéndose que "es claro, pues, que bajo la normativa anterior la libertad estimativa que contiene toda potestad discrecional ha sido reducida, pues el otorgamiento queda sujeto a un mandato imperativo muy preciso: la citada potestad de otorgamiento ha de ejercerse de manera restrictiva.».[...]" (FJ 3º)*

**Igualmente, sobre dicho carácter restrictivo, en STS de 20 de diciembre de 2011 (RC 6049/2009) se dice:**

*"[...] En esta materia, debemos resaltar que las actividades relacionadas con las armas de fuego, en general, requieren de habilitación previa, en los términos que*

establece la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana. La intervención del Estado, por tanto, es necesaria para habilitar cualquier actividad relacionada con el proceso de producción y venta, así como en la tenencia y uso de cualquier arma de fuego. Se articula dicha intervención mediante un sistema de autorizaciones administrativas que tienen un marcado carácter restrictivo, por expresa disposición legal, requiriéndose el cumplimiento de los requisitos exigibles con arreglo al Reglamento de Armas para su conservación pudiendo ser revocadas, las licencias, si se apreciara que las circunstancias del titular de la licencia han variado y aconsejan su revocación.

En el artículo 7.1.b) de la expresada Ley Orgánica 1/1992, se establece el carácter restrictivo de la concesión de permisos o licencias para la tenencia de armas de fuego, al señalar que "Mediante la obligatoriedad de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego cuya expedición tendrá carácter restrictivo, especialmente cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias o permisos se limitará a supuestos de estricta necesidad".

En este sentido, el artículo 98.1 del Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, dispone que "En ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno". En esta norma reglamentaria que, no olvidemos, nace de la habilitación contenida, entre otros, en el artículo 7 de la Ley Orgánica citada, se pretende introducir medidas de control necesarias, en lo que hace al caso, sobre la tenencia de armas de fuego. Concretamente, es el artículo 97.5 del Reglamento de Armas el que faculta a los órganos competentes para la revocación de las licencias concedidas en cualquier momento, previa comprobación de los requisitos exigibles con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento para su otorgamiento, con la siguiente redacción: "La vigencia de las autorizaciones concedidas y de los reconocimientos de coleccionistas efectuados estará condicionada al mantenimiento de los requisitos exigibles con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento para su otorgamiento, pudiendo los órganos competentes para su expedición comprobar en cualquier momento tal mantenimiento y procediendo a revocarlas en caso contrario." (JF 3º)

**- Este principio restrictivo que debe regir la concesión de permisos o licencias para la tenencia de armas de fuego no excluye la valoración casuística que debe acometerse para resolver cada solicitud. La valoración debe recaer sobre todas las circunstancias concurrentes, entre ellas la conducta del solicitante, con la finalidad de determinar el peligro, posible o real, que supondría la tenencia de armas de fuego. STS de 13 de junio de 2012 (RC 2939/2011)**

"[...] Esta Sala no prescinde del principio restrictivo que debe regir la concesión de permisos o licencias para la tenencia de armas de fuego, así, en Sentencias de 20 de septiembre de 2.006 (RC 1.811/2.003), 21 de mayo de 2.009 (RC 500/2.005), 27 de noviembre de 2009 (RC 6.374/2.005) y 20 de septiembre de 2.010 (RC 2.424/2.006), por citar algunas de las muchas que recogen dicha doctrina. Pero esta regla no excluye la valoración casuística que debe acometerse para resolver cada solicitud. La valoración debe recaer sobre todas las circunstancias concurrentes, entre ellas la conducta del solicitante, con la finalidad de determinar el peligro, posible o real, que supondría la tenencia de armas de fuego.[...]" (FJ 3º)

**- Varias Sentencias de la Sala del año 2011 consideran injustificada la denegación o revocación de la licencia de armas al interesado, empleando, entre otros razonamientos, el relativo a valorar que el único dato negativo en que se basaba**

dicha denegación o revocación consistía en la existencia de antecedentes penales (o incluso únicamente policiales) por la comisión de delitos cuyo bien jurídico tutelado (patrimonio, Administración Pública...) correspondía a un “*ámbito*” “*ajeno*” al examinado y que no guardaba “*conexión*” con el mismo, si bien añadiéndose posteriormente el razonamiento de que la conducta en cuestión no ponía de manifiesto una especial peligrosidad o una peculiar conducta del peticionario de la licencia que fuera violenta o antisocial o implicara un riesgo propio o ajeno que desaconsejara el uso de las armas. Tal es el caso de las SSTS de 12 de mayo de 2011 (RC 1274/2007), de 14 de junio de 2011 (RC 5743/2007), de 8 de julio de 2011 (RC 4753/2007), de 20 de septiembre de 2011 (RC 3917/2008) y de 23 de septiembre de 2011 (RC 5247/2008).

Posteriormente, la STS de 7 de febrero de 2012 (RC 1228/2010) hace especial hincapié en que **el factor decisivo para la denegación de la licencia, en virtud del artículo 98.1 del Reglamento de Armas, consiste en la peligrosidad de su tenencia, la cual puede demostrarse mediante cualquier conducta o actitud agresiva reveladora de un posible riesgo de su uso violento. Y, a fin de valorar la presencia de ese riesgo es indiferente que la actitud agresiva se haya desplegado con ocasión del empleo de armas o en otros ámbitos o actividades.** STS de 7 de febrero de 2012 (RC 1228/2010)

*“[...] Aunque la conclusión que debe alcanzarse en este recurso es plenamente confirmatoria de la decisión de instancia, no puede omitirse que el segundo argumento que la sustenta debe rechazarse por esta Sala. El Tribunal de instancia manifiesta que «del hecho aislado de una denuncia archivada y no relacionado con el ejercicio de la caza ni con el uso del arma sino derivado de un conflicto familiar no puede deducirse la limitación y riesgo». De este razonamiento parece deducirse que el dato desfavorable que justifica la denegación de la licencia ha de estar relacionado con el uso de las armas de fuego, y esta conclusión es opuesta al parecer de esta Sala del Tribunal Supremo plasmado en Sentencias de 21 de mayo de 2.009 (RC 500/2.005), 27 de noviembre de 2.009 (RC 6.374/2.005), 22 de enero de 2.010 (RC 7.652/2.005), 30 de diciembre de 2.011 (RC 5.740/2.008) y 12 y 19 de enero de 2.012 (RC 778/2.010 y 1.288/2.010), entre muchas otras. De acuerdo con esta jurisprudencia, aunque las infracciones de la normativa de caza tengan una especial relevancia a la hora de otorgar o renovar una licencia de caza, el factor decisivo para la denegación de la licencia, en virtud del artículo 98.1 del Reglamento de Armas, consiste en la peligrosidad de su tenencia, la cual puede demostrarse mediante cualquier conducta o actitud agresiva reveladora de un posible riesgo de su uso violento, pues, como dice la Sentencia de 8 de abril de 2.008 (RC 1.564/2.004) «en aquellos casos en los que el poseedor de las armas muestra actitudes agresivas para con los demás [...], la peligrosidad podría verse incrementada por el posible e irracional manejo de quien no ha demostrado tener el sosiego de ánimo necesario para controlar sus impulsos». Y, a fin de valorar la presencia de ese riesgo es indiferente que la actitud agresiva se haya desplegado con ocasión del empleo de armas o en otros ámbitos o actividades.” (FJ 3°).*

**En esta misma línea de que para valorar la presencia de ese riesgo de uso violento es indiferente que la actitud agresiva se haya desplegado con ocasión del empleo de armas o en otros ámbitos o actividades, puede ubicarse la STS de 18 de diciembre de 2012 (RC 604/2012) – más abajo transcrita-, en la que se tomó en consideración la existencia de antecedentes policiales (no penales) indicativos de conductas irregulares que, aún correspondiéndose con actividades relativas a la inmigración ilegal y a la entrega de moneda falsa, justificaban, según este Tribunal, que el Ministerio del Interior hubiera denegado la licencia de armas interesada por el recurrente, “*pues la posesión de un arma de fuego en sus manos, a la vista de aquellos hechos, podría constituir un potencial riesgo para terceros.*”**

**- La mera carencia de antecedentes penales, o la cancelación de los existentes, no constituyen por sí solas razones suficientes para la concesión o el mantenimiento de la licencia de armas. Por encima de ese dato formal, es preciso apreciar de forma singularizada unas cualidades personales en el interesado que permitan concluir que de la concesión y mantenimiento de la licencia no se seguirá riesgo alguno ni para el propio interesado ni para terceros. STS de 20 de diciembre de 2012 (RC 2963/2012)**

*«La mera carencia de antecedentes penales, o la cancelación de los existentes, no constituyen por sí solas razones suficientes para la concesión o el mantenimiento de la licencia de armas (en este sentido, y respecto de la cancelación de antecedentes penales, STS de 14 de noviembre de 2000, RC 7494/1996), ni puede decirse que solo por no tener antecedentes penales, o por tener cancelados los existentes, se tenga ya derecho a la concesión o al mantenimiento de dicha licencia. Al contrario, por encima de ese dato formal, es preciso apreciar de forma singularizada unas cualidades personales en el interesado que permitan concluir que de la concesión y mantenimiento de la licencia no se seguirá riesgo alguno ni para el propio interesado ni para terceros» (STS de 21 de enero de 2010 dictada en el recurso de casación nº 7652/2005).*

*Es más, hemos declarado que la mera cancelación de los antecedentes penales no es suficiente para demostrar la aptitud para el uso de armas de fuego «Por el contrario, cuando esta Sala se ha enfrentado a la existencia de condenas por hechos susceptibles de ser valorados por la Administración como demostrativos de la falta de aptitud para el uso de armas (...) ha considerado que la simple cancelación de los antecedentes no es suficiente para demostrar dicha aptitud, pues, como dice la sentencia de 16 de enero de 1996 (recurso 11309/1991), la «formal extinción de las penas impuestas y de sus efectos (artículo 118 del Código Penal) no determina, sin más, como también admite la sentencia apelada, la automática concesión u otorgamiento de la Licencia de armas solicitada, de tal manera que aun extinguida la responsabilidad penal no cabe desconocer que para llegar a un juicio razonable y favorable sobre la conducta del solicitante se requería, para contrarrestar el negativo que surge de dicho historial delictivo, aun cancelado, que al menos se hubiera acreditado una conducta intachable, no circunscrita solamente en el aspecto jurídico-penal, dato éste que no se desprende de las actuaciones»» STS 14 de noviembre de 2000 dictada en el recurso de casación nº 7494/1996. [...]» (FJ 3º)*

**- El hecho de que unas determinadas actuaciones policiales no hayan sido seguidas de condenas penales no obsta a la posibilidad de que los hechos objeto de los atestados policiales, aun no revistiendo caracteres delictivos, revelen una conducta incompatible con la posesión y el uso de armas. Valoración circunstanciada de cada caso. STS de 18 de diciembre de 2012 (RC 604/2012)**

*“[...] Esta Sala ha afirmado con reiteración que el hecho de que unas determinadas actuaciones policiales no hayan sido seguidas de condenas penales no obsta a la posibilidad de que los hechos objeto de los atestados policiales, aun no revistiendo caracteres delictivos, revelen una conducta incompatible con la posesión y el uso de armas. El artículo 98.1 del Reglamento antes referido dispone que en ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno. Dichas circunstancias pueden darse tanto en quien haya sido absuelto de una causa penal como en quien ni siquiera haya tenido*

*la cualidad de imputado, tras el envío de unas diligencias policiales al juzgado correspondiente.*

*En el caso de autos las circunstancias en que se produjeron las sucesivas actuaciones de la unidad policial contra las redes de inmigración ilegal y falsificaciones, así como el informe oficial sobre ciertos testimonios prestados por ciudadanos de la misma nacionalidad del recurrente ante el Consulado General de España en Shanghai en los trámites de visado, permitían al Ministerio del Interior mantener, razonablemente, que concurrían razones obstativas para la expedición de la licencia de armas solicitada por quien aparece como empleador y responsable de la inmigración de un buen número de compatriotas (alrededor de 140 peticiones) en condiciones que, aun no habiendo sido consideradas suficientes por la jurisdicción penal para la imputación delictiva, eran en algunos casos precarias. Varios de los peticionarios de visados de residencia y trabajo reconocían que las ofertas laborales procedentes del recurrente incluían la percepción de salarios netos no superiores a cien euros al mes, durante varios años, "como pago al empleador por su contratación".*

*En las tres referencias policiales tomadas en consideración por la Sala constan diversos hechos que, repetimos, aun no habiendo dado lugar a condenas penales, permiten un juicio favorable a la denegación de la licencia. Consta, por un lado, que el solicitante había entregado, para pedir cambio, un billete de cincuenta euros falso en un bar de Barcelona (diligencias policiales del día 3 de agosto de 2009). Consta asimismo (diligencias policiales de 6 de marzo de 2007) que uno de los trabajadores, de nacionalidad china, que el señor Bao Chen empleaba en la empresa de construcción "La Muralla Luna", de la que es titular, carecía de permiso de trabajo. Y consta finalmente (diligencias policiales de 9 de mayo de 2007) que el referido señor realizaba ofertas de trabajo, en el número antes indicado, a compatriotas suyos residentes en China, en ciertos casos bajo las condiciones laborales y económicas a las que antes hemos hecho referencia.*

*La apreciación conjunta de estas conductas irregulares, aun cuando no hayan sido calificadas penalmente como delito, justifica que el Ministerio del Interior deniegue la licencia de armas interesada por el recurrente, pues la posesión de un arma de fuego en sus manos, a la vista de aquellos hechos, podría constituir un potencial riesgo para terceros. Y a esta conclusión no se opone la doctrina expuesta en las sentencias que invoca el recurrente en casación pues en ellas, como en otras coincidentes, ni el número o la entidad de los antecedentes policiales (que se reputaron entonces insuficientes para denegar la licencia de armas) ni el resto de las circunstancias concurrentes se asemejan a las que están en la base de este litigio. "(FJ 6º)*

#### **-Revocación de la licencia de armas:**

**El artículo 98.1 del Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, determina que el control administrativo que se describe en este precepto no sólo se extiende al momento de la concesión de la licencia o autorización, sino que también se proyecta sobre el mantenimiento de las mismas aptitudes o condiciones exigibles para ser titular de la licencia concedida. Cuando una vez concedida la autorización, la Administración tiene conocimiento de nuevas circunstancias, que han alterado las condiciones originarias concurrentes al tiempo del otorgamiento, o han determinado su desaparición, debe valorar este nuevo estado de cosas y motivar sobre la necesidad de su revocación. STS de 20 de diciembre de 2012 (RC 2963/2012)**

*"[...] conforme una reiterada jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 28 de enero de 2008 (RC 1059/2004), de 21 de mayo de 2009 (RC 500/2005), y de 27 de noviembre de*

2009 (RC 6374/2005), el artículo 98.1 del Reglamento de Armas, que dispone que «En ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno», determina que el control administrativo que se describe en este precepto no sólo se extiende al momento de la concesión de la licencia o autorización, sino que también se proyecta sobre el mantenimiento de las mismas aptitudes o condiciones exigibles para ser titular de la licencia concedida, de manera que cuando una vez concedida la autorización, la Administración tiene conocimiento de nuevas circunstancias, que han alterado las condiciones originarias concurrentes al tiempo del otorgamiento, o han determinado su desaparición, debe valorar este nuevo estado de cosas y motivar sobre la necesidad de su revocación.

Por tanto, un correcto entendimiento del precepto reglamentario lleva a considerar que procederá la revocación de la autorización previamente concedida cuando se constate que no se cumplen ya las condiciones exigibles, sea porque se advierten en el titular de la licencia condiciones psíquicas o físicas que no se consideran compatibles con la utilización de armas de fuego, sea por la concurrencia de circunstancias de las que se derive que la posesión y uso de armas comporta un riesgo propio o de terceros.[...]” (FJ 3º)

“(…) resulta procedente la revocación de la licencia de armas (...) con base en la existencia de una falta de diligencia en la custodia del arma de fuego, en tanto que cabe inferir de esa conducta un riesgo potencial para la integridad física o la seguridad de terceros que justifica la prohibición de la tenencia de armas.” STS de 14 de diciembre de 2012 (RC 2959/2012) (FJ 2º)

**- Denegación de licencia de armas aún cuando el interesado hubiera sido titular de una licencia anterior:**

En la STS de 15 de octubre de 2010 (RC 3140/2006) parece hacerse hincapié en que, si desde la primera concesión de la licencia de armas hasta la solicitud de renovación no se había producido ningún hecho novedoso, resultando que la Administración no había considerado los antecedentes del interesado como un obstáculo para la concesión de la licencia inicial pero sí se pretenden esgrimir esos mismos antecedentes para denegar años después la renovación de aquella licencia, “debe darse una cumplida justificación de conformidad con la exigencia de motivación establecida en el artículo 54.1.c/ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para los casos en que la Administración se aparta del precedente.”

“[...] En primer lugar, los antecedentes negativos señalados por la Administración - por cierto, todos ellos antecedentes policiales, salvo una condena penal ya cancelada- son remotos en el tiempo, y, lo que es más relevante, son anteriores a la fecha, año 1999, en que el demandante obtuvo la inicial licencia de armas cuya renovación luego se le denegó. Como acertadamente señala la Sala de instancia, si en el año 1999 la Administración consideró que esos antecedentes -por su escasa relevancia, por su lejanía en el tiempo, por no haber dado lugar a sentencias condenatorias, o por cualquier otra razón- no eran obstáculo para la concesión de la licencia de armas tipo E, no se alcanza a comprender cómo, sin explicación alguna, pueden esgrimirse esos mismos antecedentes para denegar años después la renovación de aquella licencia; y, si así se pretende, debe darse una cumplida justificación de conformidad con la exigencia de motivación establecida en el artículo 54.1.c/ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para los casos en que la Administración se aparta del precedente.

*En relación con lo anterior, debe señalarse que desde la primera concesión de la licencia de armas, en 1999, hasta la solicitud de renovación no se produjo ningún hecho novedoso que permitiera sustentar la denegación de dicha renovación. La detención practicada al demandante en 2004 no tiene, desde luego, relevancia alguna, pues, como también señala la sentencia recurrida, las actuaciones penales subsiguientes a esa detención dieron lugar a un juicio de faltas que terminó con una sentencia absolutoria que consideró no probados los hechos que se imputaban al Sr. (...), por lo que ninguna consecuencia desfavorable puede derivarse de ese dato en orden a la renovación de la licencia de armas tipo E (caza).[...]*” (FJ 2º)

**En la STS de 20 de septiembre de 2012 (RC 220/2012) -en un supuesto en que, tras haberse concedido una previa licencia de armas tipo E, se denegó la licencia de armas tipo D- se sostiene que “en caso de renovaciones, no es preciso para la denegación que hayan variado las circunstancias concurrentes en el momento de su original concesión” y que “la valoración de los requisitos para la concesión de la licencia debe realizarse con igual intensidad o amplitud aun cuando el interesado hubiera sido titular de una licencia anterior, y no basta con la mera constatación de que no ha existido cambio de circunstancias desde la concesión precedente”, entendiéndose posteriormente suficientemente motivada la denegación de la licencia de tipo D y añadiendo que “la posesión de la licencia de tipo E para escopetas de caza no constituye un precedente vinculante para la concesión de licencias para armas de mayor aptitud lesiva, aun cuando su normal destino sea igualmente la caza”.**

*“[...] Tercero; esta Sala ha destacado que la valoración de los requisitos para la concesión de la licencia de armas debe realizarse aun cuando el interesado hubiera sido titular de una licencia anterior, por lo que, en caso de renovaciones, no es preciso para la denegación que hayan variado las circunstancias concurrentes en el momento de su original concesión; tesis que se contiene en Sentencias de 24 de mayo de 2001 (RC 5751/1996), 9 de julio de 2003 (RC 844/1999), 23 de marzo de 2005 (RC 1469/2002), 11 de abril de 2006 (RC 300/2003), 24 de abril de 2007 (RC 5168/2003), 12 de febrero de 2008 (RC 1097/2004), 8 de abril de 2008 (RC 1564/2004), 22 de julio de 2010 (RC 4730/2006), 25 de mayo de 2011 (RC 4070/2007) y 22 de diciembre de 2011 (RC 6436/2008). Por tanto, la valoración de los requisitos para la concesión de la licencia debe realizarse con igual intensidad o amplitud aun cuando el interesado hubiera sido titular de una licencia anterior, y no basta con la mera constatación de que no ha existido cambio de circunstancias desde la concesión precedente.*

*La resolución de la Administración expresa en este caso el fundamento de la denegación, el cual consiste en la enfermedad o alteración psiquiátrica del solicitante, a la que se hace referencia en el segundo párrafo del cuarto antecedente. Esta circunstancia, unida al contenido de la fundamentación jurídica, ha permitido al interesado conocer las razones de la denegación de la licencia e impugnarlas en vía contencioso-administrativa, como así ha hecho. Por tanto, la Sentencia de instancia no incurrió en infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992 al no apreciar falta de motivación en el acto recurrido.*

*Debe señalarse, además, que la clasificación de licencias que hace el Reglamento de armas responde a los distintos tipos de armas, exigiéndose unos más rigurosos requisitos en relación a la peligrosidad de las diferentes armas de fuego. La posesión de la licencia de tipo E para escopetas de caza no constituye un precedente vinculante para la concesión de licencias para armas de mayor aptitud lesiva, aun cuando su normal destino sea igualmente la caza.”* (FJ 3º)

**- El artículo 99.2 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero: la razón de defensa de personas o bienes, por sí sola, no justifica la concesión de la licencia de armas B (para armas de fuego cortas de particulares), cuya expedición tendrá carácter restrictivo, limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial y de necesidad. STS de 25 de enero de 2012 (RC 5850/2008)**

*“[...] En Sentencias de 24 de mayo de 2.001 (RC 5.751/1.996), 9 de julio de 2.003 (RC 844/1.999), 23 de marzo de 2.005 (RC 1.469/2.002), 11 de abril de 2.006 (RC 300/2.003), 24 de abril de 2.007 (RC 5.168/2.003), 12 de febrero de 2.008 (RC 1.097/2.004), 8 de abril de 2.008 (RC 1.564/2.004), 22 de julio de 2.010 (RC 4.730/2.006), 25 de mayo de 2.011 (RC 4.070/2.007) y 22 de diciembre de 2.011 (RC 6.436/2.008) hemos dicho que el Reglamento de Armas aprobado por el Real Decreto 137/1993 introduce un punto de rigor en la nueva reglamentación, pues a diferencia de la antigua regulación que se refería a un juicio de discrecionalidad en la concesión de licencias, ahora se establece que la expedición de la licencia tendrá carácter restrictivo, limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial o de necesidad (artículo 99). El mismo carácter restrictivo lo impone el artículo 7.1 b) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, a lo que añade: "debiendo concederse licencias de armas para defensa personal únicamente en casos de auténtica necesidad". La doctrina de esta Sala también ha reiterado, a partir de la citada Sentencia de 24 de mayo de 2001, que «el hecho de venir disfrutando la licencia "desde siempre", no justifica su renovación, sino que es necesario hablar de una nueva expedición». La expresada jurisprudencia desvirtúa la invocada por el recurrente, que recayó sobre el régimen legal anterior al Reglamento de 1993.” (FJ 3º)*

**El transporte de dinero no entraña la necesidad de portar armas. STS de 25 de enero de 2012 (RC 5850/2008):**

*“[...] En relación con el transporte de dinero, la Sentencia de 24 de mayo de 2001, antes mencionada, declaraba que tal actividad no entraña la necesidad de portar armas «pues para el Tribunal de instancia, el transporte de fondos, que se dice efectuarse mensualmente, puede ser cubierto por sistemas de seguridad que permiten la custodia, recogida y entrega de estos fondos con garantías y sin peligro». Más tarde, la Sentencia de 9 de julio de 2.003 (RC 844/1.999) manifestó que «el hecho de tener que circular con el dinero producto de las operaciones habidas durante la jornada no justifica, de suyo, el tener que habilitar para el uso de armas tipo B al interesado, pues ello supondría tener que dar esa licencia a todo titular de una establecimiento en que se lleven a cabo operaciones en que media dinero.» (FJ 3º)*

**No cabe alegar como motivo que fundamente la necesidad de la posesión del arma corta la mera pertenencia al cuerpo de funcionarios de prisiones, a no ser que en determinados supuestos específicos algunos de dichos funcionarios se encuentren en una situación singular, de riesgo especial, que lo justifique. STS de 6 de marzo de 2012 (RC 575/2009)**

*“[...] no cabe alegar como motivo que fundamente la necesidad de la posesión del arma corta la mera pertenencia al cuerpo de funcionarios de prisiones, a no ser que en determinados supuestos específicos algunos de dichos funcionarios se encuentren en una situación singular, de riesgo especial, que lo justifique.[...]” (FJ 3º) – también se pronuncia en este sentido la STS de 17 de enero de 2012 (RC 2915/2009)-*

**De las funciones que el artículo 19 de la Ley 23/1992 atribuye a los detectives privados no se desprende que el ejercicio de tal profesión conlleve como regla o de principio la existencia de un riesgo especial para quien la ejerce. Por ello, debe ser el solicitante quien en cada caso en concreto y en razón a las circunstancias del mismo acredite la existencia del riesgo especial. STS de 31 de enero de 2012 (RC 4203/2008)**

*“[...] La tesis de la Sala de instancia se apoya, según ha quedado transcrito, en diversas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en el año 2005 o anteriores. A ellas podrían añadirse otras más recientes como las pronunciadas en los recursos de casación números 4838/2005 (sentencia de 16 de octubre de 2009, con cita de otras precedentes), 4554/2006 (sentencia de 20 de septiembre de 2010) o 2916/2009 (sentencia de 21 de diciembre de 2011). Unas y otras sostienen y reiteran las consideraciones que la de 16 de octubre de 2009 resumió en los siguientes términos:*

*"[...] Las cuestiones aquí planteadas son sustancialmente iguales a las ya examinadas y resueltas en nuestras sentencias de 19 de abril y 28 de junio de 2006 (recurso de casación 520/2003 y 2088/2003). En la sentencia de 19 de abril de 2006 dijimos que 'de las funciones que el artículo 19 de la Ley 23/1992 atribuye a los detectives privados no se desprende que el ejercicio de tal profesión conlleve como regla o de principio la existencia de un riesgo especial para quien la ejerce. En consecuencia, no hay razón jurídica que ampare la presunción de riesgo a la que se refiere el motivo de casación. Por ello, debe ser el solicitante quien en cada caso en concreto y en razón a las circunstancias del mismo acredite la existencia del riesgo especial'.*

*[...] Y en la sentencia de 28 de junio de 2006 (dictada en un recurso en el que la parte recurrente había invocado asimismo la sentencia de la Sala de Valencia de 22 de diciembre de 1999) añadimos unas consideraciones que, mutatis mutandis, y en lo sustancial, resultan plenamente extensibles al caso que ahora nos ocupa:*

*1) Que la afirmación de la Sala de instancia de no estar acreditada la situación de riesgo especial -exigida en el inciso último del artículo 99.2 del Reglamento de Armas aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, a cuyo tenor 'la razón de defensa de personas o bienes, por sí sola, no justifica la concesión de la licencia, cuya expedición tendrá carácter restrictivo, limitándose a supuestos de existencia de riesgo especial y de necesidad'-, en cuanto que es una afirmación referida al concreto supuesto de hecho enjuiciado, basada en la valoración de los elementos de prueba aportados al proceso, hubiera debido combatirse denunciando como infringidas las reglas o los principios que gobiernan esa labor jurisdiccional de valoración de la prueba, hasta el punto de que, mientras no se haga así, debe este Tribunal de Casación respetar una afirmación como aquélla.*

*2) Que el argumento de que tal situación de riesgo especial sea inherente al desempeño de la profesión de detective privado, no es el compartido por este Tribunal Supremo, como lo pone de relieve, por todas, su reciente sentencia de fecha 19 de abril de 2006, dictada en el recurso de casación número 520 de 2003 (en concreto, puede verse así en el inicio del párrafo último de su fundamento de derecho quinto).*

*3) Que la hipotética decisión contraria a otra anterior adoptada por un Tribunal Superior de Justicia no da lugar a la infracción de jurisprudencia, ni es, por tanto, uno de los motivos que cabe esgrimir en un recurso de casación ordinario.*

*4) Que la tenencia desde el año 1982 y hasta el año 1995 de una licencia de armas similar a la solicitada, no es argumento bastante desde el momento en que el nuevo Reglamento de Armas del año 1993, aplicable a la solicitud deducida por el actor en el año 2000, introdujo un criterio restrictivo, un punto de rigor respecto de la normativa anterior (ver la*

*sentencia de este Tribunal Supremo antes citada y las que en ella se citan; en concreto, de la primera, el inciso final de su fundamento de derecho tercero y el párrafo primero de su fundamento de derecho quinto).*

*5) Finalmente, porque motivación suficiente es aquella que se sustenta en la apreciación, basada a su vez en los informes emitidos, de que no concurre en el solicitante uno de los requisitos (en este caso, el del riesgo especial y de necesidad) exigidos para otorgar la licencia por la norma aplicable".*" (FJ 3º)

**- En la STS de 27 de enero de 2012 (RC 871/2009) se ha tenido en cuenta una resolución judicial de fecha posterior a la sentencia recurrida en casación para estimar que las condiciones concurrentes al tiempo de la revocación de las licencias de armas "B", "F", Libro de Coleccionista y Condición de Armero, que también determinaron la confirmación de la revocación por la Sala de instancia, no se mantenían en el momento de resolver el recurso de casación, procediendo, por ello, a estimarlo, casando la sentencia recurrida y, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, acordando anular la resolución impugnada, con el consiguiente mantenimiento de las licencias en su día revocadas.**

*"[...] Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 871/2009 interpuesto (...) contra la Sentencia de 4 de diciembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo nº 260/07.*

*[...] en lo que se refiere al supuesto analizado, la resolución que revoca las licencias y permiso de armero de referencia se fundaba en que de lo actuado en las diligencias instruidas por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado se podía racionalmente inferir una conducta incompatible con el mantenimiento de las licencias concedidas, máxime cuando, como en este caso, la conducta delictiva que fue imputada al recurrente afectaba directamente al propio otorgamiento de licencias de armas a terceras personas y, también estaba directamente relacionada con el objeto del negocio del recurrente, la venta de armas.*

*Sin embargo, las condiciones concurrentes al tiempo de la revocación no se mantienen en la actualidad, según se deduce del Auto de apertura de Juicio Oral, de 7 de octubre de 2011, dictado por el Juzgado de Instrucción número 4 de Castellón, aportado por el recurrente, en el que se acuerda el sobreseimiento provisional respecto del mismo, al declarar de forma tajante que "el Sr. (...) no ha tenido participación alguna en los hechos por los que formula acusación el Ministerio Fiscal" que motivaron la instrucción de las diligencias número 133/06 antes aludidas. Dicha circunstancia que justificó la decisión administrativa de revocación de las licencias de armas "B", "F", Libro de Coleccionista y Condición de Armero, confirmada por la Sala de instancia y deja sin fundamento válido que sustente la revocación al excluirse de forma contundente su intervención en los hechos que fueron ponderados.*

*Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores conducen a la conclusión de que el recurso de casación que nos ocupa ha de ser estimado y, consecuentemente la sentencia de instancia casada.*

*De conformidad con el artículo 95.2.d) de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y con arreglo a las anteriores razones expuestas, esto es, ante la carencia de razones jurídicas que justifiquen la revocación, y la ausencia de cualquier otro dato o elemento negativo que comporte el mantenimiento de la revocación de las licencias de armas "B" y "F", Libro de Coleccionista y Condición de Armero, procede la estimación del*

*recurso y la anulación de la resolución impugnada, con el consiguiente mantenimiento de las licencias en su día revocadas.” (Encabezamiento y FJ 5º)*

## **6. TRASLADO DE CENTRO PENITENCIARIO Y OTRAS CUESTIONES**

**- Traslado de interno a otro centro penitenciario. No se recoge en el artículo 12.1 LOGP ningún mandato dirigido a la Administración para que la condena se cumpla cerca del entorno familiar; nos hallamos ante un criterio orientador que configura la decisión administrativa en el ámbito del ejercicio de una potestad discrecional, que no puede sin más calificarse como de arbitraria sino que habrá que analizar cada caso concreto para concluir que su ejercicio se ajusta a Derecho al respetar los principios generales que deben informar toda actuación administrativa. La Administración ha de disponer de un margen razonable de actuación en la aplicación de la legislación penitenciaria, obviamente, dentro del respeto a sus normas y principios y a los derechos que contempla. STS de 25 de mayo de 2011 (RC 3801/2007)**

*“[...] El artículo 12.1 Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que «la ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración Penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquellos para <<satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados.»*

*Este precepto tiene, efectivamente, un carácter orientativo por la Administración Penitenciaria, que debe favorecer que en cada área territorial exista un número suficiente de centros para satisfacer sus necesidades penitenciarias y evitar así el desarraigo social de los penados; la Ley se ha limitado a fijar criterios para establecer y distribuir a los penados de manera que las necesidades penitenciarias estén atendidas adecuadamente; entre dichos criterios debe intentarse evitar el desarraigo social de los penados, pero también debe atenderse a las distintas clases de centros penitenciarios, a los distintos grados de clasificación de la población interna, los regímenes de vida penitenciarias, así como las propias disponibilidades de las infraestructuras penitenciarias. No nos hallamos, pues, ante un derecho subjetivo del interno a cumplir la condena en centros penitenciarios próximos a su domicilio o residencia habitual, pues el referido artículo 12.1 está incluido dentro del Título I de la Ley Orgánica General Penitenciaria, denominado «De los establecimientos penitenciarios y medios materiales», y no en el Título Preliminar de la Ley en el que se regulan entre otros aspectos los derechos de los internos.*

*No se recoge en el mencionado artículo 12.1 LOGP ningún mandato dirigido a la Administración para que la condena se cumpla cerca del entorno familiar; nos hallamos ante un criterio orientador que configura la decisión administrativa en el ámbito del ejercicio de una potestad discrecional, que no puede sin más calificarse como de arbitraria sino que habrá que analizar cada caso concreto para concluir que su ejercicio se ajusta a Derecho al respetar los principios generales que deben informar toda actuación administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2002, R.451/01; de 2 de abril de 2008, RC.3281/05; de 30 de abril de 2009, RC 3986/05, y de 27 de enero de 2010, RC.4317/07, entre otras).*

**CUARTO.-** *La Sentencia de instancia declara probados los siguientes extremos, con los que la parte recurrente se manifiesta conforme:[...]*

*Pués bien, en atención a las mencionada circunstancias, compartimos la conclusión de la Sala de instancia que considera que la decisión administrativa se justificaba en razones de índole organizativo, sin que el traslado del interno provocara mayor*

*desarraigo social y familiar al que de por sí éste padeciera. El propio informe social emitido el 22 de Julio de 2003 (folio 10) expresa: "El informado afirma no contar con apoyo familiar ni social alguno. Con el único hermano que reside en este país no mantiene relación desde el 97".*

*Ciertamente, la Administración ha considerado oportuno su destino al Centro Penitenciario de León, pues figura en el expediente administrativo que el Centro Penitenciario de Basauri en el que se encontraba interno, es un centro penitenciario concebido fundamentalmente para la retención y custodia de preventivos, circunstancia que no concurre en el hoy recurrente. Por otro lado, nada impide que el recurrente pueda someterse a un tratamiento de desintoxicación en el Centro Penitenciario al que se ha acordado su traslado.*

*Conforme a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, la decisión penitenciaria relativa al lugar de cumplimiento de la condena que se adopte en cada caso concreto habrá de responder a las circunstancias personales del interno. El fin de reinserción social y de reeducación a que debe orientarse el cumplimiento de la pena previsto en el artículo 25.2 de la Constitución, no confiere como tal un derecho amparable, un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos ( SSTC 2/87, de 21 de enero; 28/88, de 23 de febrero), de ahí que la reeducación y la resocialización han de orientar el modo de cumplimiento de las penas que supongan privación de libertad en la medida en que se presten a la consecución de aquellos objetivos.*

*Con estas premisas puede afirmarse que el cumplimiento de la condena en centros penitenciarios que no se ajustan a los deseos y expectativas de los internos son limitaciones que, practicadas con sujeción a lo dispuesto en la legislación penitenciaria vigente, no vulnera el artículo 15, ni el 17 CE, ni tampoco el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable por disposición del artículo 10.2 CE. Como esta Sala ha tenido ocasión de declarar con anterioridad, la Administración ha de disponer de un margen razonable de actuación en la aplicación de la legislación penitenciaria, obviamente, dentro del respeto a sus normas y principios y a los derechos que contempla, los cuales, por las razones expuestas no se han visto vulnerados." (FFJJ 3º y 4º)*

**- Interpretación de los artículos 49 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 52.1 del Reglamento Penitenciario. Información a la que tiene derecho el interno en el momento de su ingreso en un centro penitenciario, aunque provenga de otro centro. STS de 29 de septiembre de 2011 (RC 3176/2008)**

*"[...] El recurso de casación que nos ocupa tiene por objeto determinar si, como pretende la Abogacía del Estado, se ha producido una interpretación errónea en la aplicación de los artículos 49 de la LOGP y artículo 52 de su Reglamento, habida cuenta de que la sentencia impugnada ordena a la Administración la entrega al interno de una cartilla o folleto informativo general sobre sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos, que no le fue entregado al mismo en la prisión de Daroca, a donde había sido trasladado, al entender que tal folleto ya debió serle facilitado en el Centro Penitenciario de procedencia.*

*Pues bien, el artículo 49 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que "los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. A quienes no pueden entender la información por el procedimiento indicado, les será facilitada por otro medio adecuado". Por su parte, el artículo 52.1 del Reglamento Penitenciario establece que "los internos*

*recibirán a su ingreso información escrita sobre sus derechos y deberes, el régimen del establecimiento, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos. Con este fin, se les entregará un ejemplar de la cartilla o folleto informativo general y de las normas de régimen interior del Centro penitenciario de que se trate, que el Centro Directivo de la Administración Penitenciaria correspondiente editará necesariamente en castellano y en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario".*

*Compartimos con la Sala de instancia en la distinción entre las normas de régimen interior del Centro Penitenciario, que fueron entregadas al interno a su ingreso en la prisión de Daroca a través de una carpeta informativa resumen, y la cartilla sobre sus derechos y deberes, normas disciplinarias y medios para formular peticiones, quejas o recursos. En relación a estas últimas es donde se produce la discrepancia. Este Tribunal ha de convenir con la tesis expuesta en la sentencia impugnada, de que la tutela efectiva de los intereses legítimos del interno nos lleva a efectuar una interpretación amplia del término "ingreso", sin limitarlo a la circunstancia de que aquél proceda de una situación de libertad, de modo que tan sólo cuando se ingresare en un Centro Penitenciario directamente, esto es, sin provenir de otro centro, la Administración habría de hacerle entrega de dichas normas. Entendemos, antes bien, que también cuando el interno proceda de otro Centro y sea objeto de traslado, sin la exigencia de que alegue su extravío u otra razón similar, podrá obtener si lo solicita la normativa que recoge sus derechos, deberes y procedimiento para ejercerlos, pues no hay ningún inconveniente u obstáculo legal o material para que cuando el interno ingresa en cualquier Centro Penitenciario pueda ser informado debidamente de ellos, y sin necesidad de imponer la carga de su justificación, aunque dicha información ya le fuere entregada en el primer Centro en el que ingresó.*

*En efecto, constituye una garantía del adecuado ejercicio de los derechos e intereses la detallada y precisa información sobre los mismos, que además de su enumeración comprende, sin duda, el procedimiento a seguir para hacerlos valer. De manera que el interno que accede de nuevo al Centro penitenciario, además de obtener la información específica de las normas del mismo, puede requerir nuevamente que se le proporcione el folleto general sobre sus derechos y deberes, normas disciplinarias y medios para formular peticiones, quejas o recursos. El suministro de dicha información escrita asegura y permite verificar que se ha instruido adecuadamente al interesado sobre aquellas indicaciones que precisa para la salvaguarda y la efectividad de los derechos que reconoce la Ley General Penitenciaria." (FJ 3º)*

**- Interpretación del artículo 9.4.a) de la Ley 32/99, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo. Si bien la responsabilidad civil de los condenados por su intervención en un hecho punible se asienta en un principio de solidaridad, dicho carácter no es trasladable a las ayudas que el Estado otorga, al amparo de aquella normativa, a las víctimas de terrorismo. STS de 15 de noviembre de 2011 (RC 5624/2008)**

*"[...] fijar la interpretación correcta que del artículo 9.4.a) de la Ley 32/99 debe sostenerse. Así, si bien la responsabilidad civil de los condenados por su intervención en un hecho punible se asienta en un principio de solidaridad, dicho carácter no es trasladable a las ayudas que el Estado otorga, al amparo de aquella normativa, a las víctimas de terrorismo.*

*Pues bien, entendemos, conviniendo con el Abogado del Estado, que la tesis que propugna la parte recurrente conduciría a una inadmisibile duplicidad indemnizatoria, por cuanto que, de un mismo atentado terrorista que ha dado lugar a la condena de varios responsables penales, en virtud de sentencias dictadas en momentos distintos y que declaran la responsabilidad civil derivada del delito cometido, no puede*

*pretenderse que la cuantía indemnizatoria quede indefinidamente abierta. En efecto, el hecho de que se dictaran dos sentencias sucesivas en el tiempo -la primera de ellas, el 7 de marzo de 2005 y la segunda, el 28 de septiembre de 2006, ambas por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional- por las que se condenaba a los imputados como autores del atentado en la Casa Cuartel de la Guardia Civil de Agreda (Soria), a indemnizar a la víctima con dos cantidades también distintas - 216.364,36 euros y 300.000 euros, respectivamente-, no supone que se trate de hechos penales distintos, sino de un mismo hecho constitutivo de un delito de terrorismo, que se enjuicia penalmente en procedimientos diversos, debido a la imposibilidad de detener y juzgar a la vez a todos los intervinientes en el mismo delito, lo que no puede dar lugar más que a una indemnización constituida por el importe más alto fijado en la última sentencia (300.000 euros).*

*Resultaría contrario a toda lógica que las responsabilidades civiles que fueran siendo declaradas en sucesivas sentencias, a medida que los responsables de unos mismos hechos fueran juzgados, hubieren de adicionarse sucesivamente, habida cuenta de que el daño físico o psicofísico producido a la víctima y que se trata de resarcir, desde que aquél es conocido y determinado, es el mismo.[...]*

*En consecuencia, habiendo sido la víctima indemnizada en la cantidad de 216.364,36 euros, resulta conforme a Derecho el abono a la parte recurrente de 83.635,64 euros, tal y como reconoce la resolución administrativa originariamente dictada y de la que trae causa el recurso contencioso-administrativo seguido en la instancia, suma derivada de la diferencia entre aquella cantidad y la indemnización ulteriormente fijada en 300.000 euros, como así lo ha avalado la Sentencia impugnada, objeto del presente recurso de casación, que, en virtud de cuanto se ha expuesto, procede desestimar.” (FJ 5º)*

## **7. TRÁFICO**

**- Desestimación del recurso contencioso-administrativo ordinario nº 207/2011 interpuesto contra el Real Decreto 303/2011, de 4 de marzo, por el que se modifican el Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, y el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y se reduce el límite genérico de velocidad para turismos y motocicletas en autopistas y autovías. La Ley de Tráfico y Seguridad Vial en modo alguno restringe la limitación de velocidad a razones de seguridad del tráfico, sino que formula al respecto una habilitación genérica e indeterminada a la potestad reglamentaria. STS de 24 de julio de 2012 (Recurso contencioso-administrativo ordinario nº 207/2011)**

*“[...] Aunque la finalidad de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial la constituya, como es natural, la mejor y más segura ordenación del tráfico, ello no impide que en una materia con tantas implicaciones (muy destacadamente, de naturaleza económica) el legislador y el Gobierno, en uso de sus respectivas potestades normativas, tengan en cuenta también otros objetivos o aspectos de la materia. Como la propia recurrente señala, la Ley del Sector de Hidrocarburos contempla la posibilidad excepcional de limitar la velocidad máxima por razones de escasez de combustible.*

*Pues bien, en dicho contexto normativo y en contra de lo que sostiene la parte, la Ley de Tráfico y Seguridad Vial en modo alguno restringe la limitación de velocidad a razones de seguridad del tráfico, sino que formula al respecto una habilitación*

genérica e indeterminada a la potestad reglamentaria. Así, el artículo 19 reza de la siguiente manera: [...]

Como puede observarse, tras establecer la obligación de los conductores de atender las limitaciones de velocidad y a tener en cuenta las diversas circunstancias que inciden en la conducción, en el apartado 2 se prevé una remisión al reglamento ("la velocidad máxima y mínima autorizadas para la circulación de vehículos a motor se fijará reglamentariamente, con carácter general, para los conductores, los vehículos y las vías objeto de esta Ley, de acuerdo con sus propias características"). De esta forma, si bien en el tenor transcrito existe una referencia concreta que es preciso tener en cuenta (las características de conductores, vehículos y vías), en modo alguno puede entenderse que dicha referencia sea excluyente de otras consideraciones, empezando por la propia seguridad, que subyace a toda la regulación. La habilitación al reglamento es, por el tanto, absolutamente abierta.

Así pues, el Gobierno tenía plena capacidad para tener en cuenta a la hora de establecer tales límites de velocidad -al margen de lo que diga también la Ley del Sector de Hidrocarburos- otros factores como pueden serlo los de naturaleza económica. De esta manera, si el Real Decreto impugnado toma en consideración, como expresamente se indica en su preámbulo, el objetivo de reducción del consumo de energía, no existe ningún argumento legal para excluirlo de conformidad con el texto legal que se ha reproducido. Lo cual es, además, congruente, con la referida trascendencia económica de la circulación de vehículos a motor en muy diversos aspectos (infraestructuras, gasto energético, industria automovilística, etc.). Por lo demás, la propia disposición estipula que la medida es transitoria en atención a los resultados que se obtengan.

Las anteriores consideraciones implican el rechazo de las demás alegaciones y objeciones. En primer lugar hacen innecesario examinar la ausencia de apoyatura legal en la Ley del Sector de Hidrocarburos para imponer la medida que se impugna, habida cuenta del carácter genérico de la habilitación contenida en el artículo 19 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial. La existencia de esta habilitación priva también de fundamento a la argumentación de la parte sobre el principio de legalidad penal, en la medida en que la limitación de la velocidad tiene apoyatura legal y la colaboración del reglamento en la concreción de elementos de un tipo sancionador es un procedimiento admitido por reiterada jurisprudencia constitucional y de este Tribunal.

Por la misma razón, la habilitación legal ya referida hace que deba rechazarse la imputación de desviación de poder, supuestamente por haber usado una habilitación legal para un objetivo no contemplado en la norma.

Finalmente, es también patente la falta de fundamento de la imputación de falta de motivación y arbitrariedad de la disposición impugnada pues, como se ha indicado ya, la propia norma justifica la razón de su adopción, el ahorro energético. Y dicho objetivo, aunque pueda ser discutible en cuanto a sus resultados efectivos, no puede calificarse en modo alguno de absurdo o arbitrario, tanto más cuanto que el propio Gobierno condiciona su duración a los resultados obtenidos. En contra de lo que parece creer la sociedad recurrente, la motivación de una disposición general no tiene por qué consistir en un estudio en profundidad de la materia, sino en la justificación o indicación de las razones de la medida, para permitir, en su caso, su refutación. Pues bien, tal justificación existe, sin que las razones contrarias expuestas por la recurrente -tan genéricas como las de la disposición que la parte critica por tal motivo- acrediten que se trate de una especulación carente de toda verosimilitud." (FJ 2º)

**- Desestimación del recurso contencioso-administrativo nº 239/2010, interpuesto contra el Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de las Escuelas Particulares de Conductores, aprobado por Real**

**Decreto 2822/1998, y el Real Decreto 2100/1976, de 10 de agosto, sobre fabricación, importación, venta y utilización de piezas, elementos o conjuntos para reparación de automóviles, para adaptar su contenido a la Ley 17/2009, de 22 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades y servicios y su ejercicio. STS de 13 de febrero de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 239/2010)**

*"[...] En el artículo 28 del Reglamento, según la redacción dada por el Decreto 369/2010, se regula la documentación que debe acompañar a las solicitudes de autorización de ejercicio del personal directivo y docente de las escuelas de conductores. La exigencia se plasma también, a nuestro juicio, en términos que no merecen reproche -desde la perspectiva de la legalidad- si se parte, como admite la Federación recurrente, de la validez del sistema autorizatorio para el ejercicio de este género de actividades. No discutida, repetimos, en el recurso la necesidad de "autorización administrativa de ejercicio", el artículo 28 del Reglamento se limita a requerir, a tal fin, la aportación de los documentos usuales justificativos de la capacidad o habilitación profesional de los docentes (o directivos) que van a impartir las enseñanzas teóricas y prácticas a los futuros conductores de vehículos. [...]*

*A juicio de esta Sala es lógico que, en el marco de un sistema de autorizaciones, la Administración deba tomar conocimiento de los sucesivos cambios en las condiciones que determinaron el otorgamiento de aquéllas. Es decir, si la autorización para ejercer la actividad docente se concede en un determinado momento sobre la base de que el interesado reúne los requisitos exigibles, no es incoherente con aquel sistema que ante un eventual cambio de circunstancias deba procederse a una nueva verificación administrativa, precisamente para acreditar que el profesor (o directivo) sigue reuniendo la debida capacidad y habilitación profesionales. [...]*

*Es cierto que podía haberse optado por otras técnicas diferentes para conseguir la misma finalidad. Sugiere la recurrente, en concreto, que hubiese sido suficiente con una "declaración responsable y comunicación previa" o que bastaría con reconocer un período de validez determinado a las autorizaciones de ejercicio ya concedidas. Y sin duda estas soluciones contribuirían a simplificar el procedimiento y a hacerlo menos oneroso o incómodo para el administrado. Pero ello no implica que la opción elegida por el titular de la potestad reglamentaria, con la cobertura normativa antes reflejada, sea ilegal o vulnere una norma de rango superior. [...]*

*Por lo demás, lo que parece suscitar mayor preocupación en la Federación recurrente (que los profesores se vean "obligados a permanecer inactivos durante todos los periodos de tramitación de las sucesivas renovaciones") no es un efecto que necesariamente derive del Reglamento impugnado. Nada impide que el cambio de circunstancias, esto es, la incorporación del personal docente a una nueva escuela, se comunique con antelación suficiente (el plazo de que dispone la Jefatura Provincial de Tráfico para resolver sobre las autorizaciones de ejercicio es un mes) como para que no se produzca aquella inactividad." (FJ 6º)*

**- Desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los artículos 21.6 (segundo inciso), 23.4 y 28 del Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de las Escuelas Particulares de Conductores, aprobado por el Real Decreto 1295/2003, de 17 de octubre; el Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre; y el Real Decreto 2100/1976, de 10 de agosto, sobre fabricación, importación, venta y utilización de piezas, elementos o conjuntos para reparación de automóviles, para adaptar su contenido a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y a la Ley 25/2009,**

**de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. STS de 24 de mayo de 2011 (recurso contencioso-administrativo nº 233/2010)**

**“[...] SEGUNDO.- Sobre la pretensión anulatoria del inciso segundo del artículo 21.6 del Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo.**

*La pretensión anulatoria del segundo inciso del artículo 21.6 del Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo, cuyo contenido hemos transcrito, que se fundamenta en el argumento de que la previsión reglamentaria consistente en que debe entenderse desestimada por silencio administrativo la solicitud de autorización de apertura de una Escuela Particular de Conductores si transcurre el plazo de tres meses sin que recaiga resolución expresa es contraria a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su redacción introducida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, no puede ser acogida, en cuanto que consideramos que la disposición adicional vigésima novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, permite mantener el régimen de silencio negativo, en relación con las solicitudes de apertura de las referidas Escuelas.[...]*

**TERCERO.- Sobre la pretensión anulatoria del artículo 23.4 del Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo.**

*La pretensión anulatoria del artículo 23.4 del Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo, basada en el argumento de que de dicha disposición reglamentaria debe eliminarse, o al menos deben desaparecer de su texto las palabras «profesores» y «elementos personales», en cuanto que pone en cuestión la preservación de la seguridad vial que justifica la habilitación al Gobierno para desarrollar el artículo 60.2 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, no puede prosperar, porque se sustenta en un mero juicio sobre la oportunidad de la norma, en relación con el alcance de la autorización de apertura de Escuelas Particulares de Conductores y las exigencias de personal capacitado requeridas para ejercer la actividad en las Secciones o Sucursales, que trasciende del plano estricto de enjuiciamiento de su conformidad con el principio de legalidad administrativa, que corresponde a los tribunales del orden contencioso-administrativo.*

*En efecto, la crítica que se formula a la previsión reglamentaria por permitir que las Escuelas Particulares de Conductores puedan desarrollar su actividad con un sólo profesor, que puede ser el Director, no puede compartirse, porque la mera manifestación de la Confederación recurrente de que no ve «con buenos ojos» (sic) la decisión gubernamental, no basta para cuestionar la ilegalidad de la disposición, pues no se ha demostrado que esa exigencia mínima de elementos personales vaya en detrimento de la formación requerida a los conductores de vehículos.*

*En este sentido, cabe significar que la opción del titular de la potestad reglamentaria, de permitir el uso común de profesores en las Escuelas, Secciones o Sucursales, y exigir sólo un profesor, no es irrazonable ni arbitraria, pues puede justificarse, como arguye el Abogado del Estado, en facilitar el acceso a esta actividad formativa, eliminando obstáculos entorpecedores, lo que vendría singularmente indicado para atender las pequeñas localidades. Y, asimismo, estimamos que dicho precepto no puede tacharse de ilegal en la medida que no contradice el principio de liberalización de servicios que incorpora la Ley 17/2009, de 23 de noviembre,*

**CUARTO.- Sobre la pretensión anulatoria del artículo 28 del Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo.**

*La pretensión anulatoria, en su integridad, del artículo 28 del Real Decreto 369/2010, de 26 de marzo, que establece, entre otros aspectos regulatorios, la documentación que debe acompañarse a la solicitud de autorización de ejercicio del personal directivo y*

*docente de las Escuelas Particulares de Conductores, que descansa en el argumento de que constituye un supuesto de discriminación inversa exigir más requisitos que los que se imponen a los Directores y Profesores de Formación Vial, que están establecidos en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, conforme a lo previsto en la disposición adicional cuarta de la norma reglamentaria analizada, no puede ser acogida, porque consideramos que la diferencia del trato jurídico denunciada está justificada en la aplicación del principio de subsidiariedad que rige la Unión Europea, que, en relación con lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, obliga a los Estados miembros a respetar el derecho de los ciudadanos europeos a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en que están establecidos y a no supeditar el acceso a una actividad de servicios o su libre ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos contrarios al principio de no discriminación.*

*En efecto, sostenemos que la disposición reglamentaria enjuiciada no se caracteriza como un supuesto de discriminación inversa, que resulte incompatible con el principio de libre prestación de servicios, enunciado en el artículo 16 de la Directiva 2006/123/CE, pues este principio, consagrado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 17 de octubre de 1995 (Caso Kalanke) y de 11 de noviembre de 1997 (Caso Marschall), presupone la consideración de que el principio de igualdad de trato no impide que un Estado miembro adopte o mantenga medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar el ejercicio de actividades profesionales a colectivos menos representativos o desfavorecidos, o a evitar o compensar desventajas en las carreras profesionales, no resulta invocable en este supuesto, ya que la supuesta diferencia de trato cuestionada, en referencia a los requisitos exigidos para ejercer la actividad de docentes o profesores de Escuelas Particulares de Conductores en España, viene propiciada por la aplicación de la reglamentación de cada uno de los Estados miembros, que regula las condiciones exigidas para la obtención de la capacidad para poder establecerse en su país para desarrollar dichas actividades profesionales, de carácter formativo, en ausencia de una regulación uniforme en la Unión Europea.*

*Por ello, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en la sentencia de 17 de noviembre de 2010 (C-458/2008), no apreciamos que la controvertida no exigencia a los Directores y Profesores de Formación Vial, que están establecidos en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, de presentar una declaración por escrito del director o del profesor de no estar cumpliendo condena o sanción de privación o suspensión del permiso de conducir, acordada en vía judicial o administrativa, o haber perdido el crédito total de sus puntos, suponga una ventaja de carácter discriminatorio respecto de los Directores o Profesores nacionales, pues está fundamentada en la variedad y heterogeneidad de los regímenes jurídicos de las Escuelas de Formación Vial, debiendo recordar que la legislación nacional no puede supeditar el ejercicio de determinadas prestaciones o servicios en el territorio nacional a profesionales de terceros Estados miembros, a obligaciones específicas cuya verificación ya ha sido efectuada por las autoridades administrativas de los otros Estados miembros. [...]"(FFJJ 2º, 3º y 4º)*

**- Desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del Colegio Nacional de Ópticos-Optometristas de España contra el artículo 4.1 c) del Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores. El examen de las aptitudes visuales requeridas para la obtención del permiso de conducción, enunciadas en el Anexo**

**IV del Real Decreto 828/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, evidencia que la verificación de dicha capacidad deba realizarse por un médico especialista en oftalmología, lo que no excluye que pueda ser auxiliado por un óptico optometrista colaborador en el desarrollo de su actividad. STS de 21 de octubre de 2011 (recurso contencioso-administrativo nº 202/2010)**

**“[...] CUARTO.- Sobre los motivos de impugnación de fondo deducidos contra el Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero.**

*El motivo de impugnación del artículo 4.1 c) del Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores, sustentado en el argumento de que carece de justificación razonable y es contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, la exclusión de los ópticos-optometristas del personal facultativo requerido con los que debe contar un centro de reconocimiento destinado a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores, no puede prosperar, porque consideramos que la decisión de que el equipo del centro esté integrado «con carácter mínimo», como advierte el Abogado del Estado, por un médico general, un médico oftalmólogo y un psicólogo, guarda relación equilibrada con la función que desarrollan estos centros, sometidos a un régimen autorizador, de realizar las pruebas y exploraciones necesarias para comprobar que en las personas que pretenden obtener o prorrogar la autorización administrativa para conducir no concurre ninguna causa de incapacidad para realizar esta función, derivada del padecimiento de enfermedades físicas o psíquicas, lo que constituye un elemento esencial de la seguridad vial.*

*En efecto, la competencia profesional de los ópticos-optometristas, derivada de su formación universitaria y su conocimiento específico en materias relacionadas con la salud ocular y la implantación de correcciones ópticas, no promueve reconocer su habilitación para realizar actos de carácter médico, relacionados con la evaluación de la capacidad visual y el diagnóstico de procesos de patologías oculares, como advertimos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008 (RC 777/2006), en la que dijimos: [...]*

*En este sentido, debe significarse la transcendencia para el conductor que reviste el examen psicofísico, y, en particular, la verificación de su capacidad visual, en la medida en que la detección de una patología puede constituir causa legítima que justifique la denegación del permiso o licencia de conducción o su prórroga.*

*El examen de las aptitudes visuales requeridas para la obtención del permiso de conducción, enunciadas en el Anexo IV del Real Decreto 828/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, evidencia que la verificación de dicha capacidad deba realizarse por un médico especialista en oftalmología, lo que no excluye que pueda ser auxiliado por un óptico optometrista colaborador en el desarrollo de su actividad, como se desprende del artículo 4.2 del Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero.*

*El requisito de intervención de una «autoridad médica competente» para efectuar la evaluación de la capacidad visual de los candidatos a obtener un permiso de conducción se desprende, asimismo, de la regulación establecida en la Directiva 2009/112/CE de la Comisión, de 25 de agosto de 2009, que modifica la Directiva 91/439/CEE del Consejo sobre el permiso de conducción, en que, en aras de promover la armonización plena de los requisitos mínimos de aptitud para la conducción, se identifica la vista, la diabetes y la epilepsia como «aspectos médicos» objetos de trabajo: [...]*

*En último término, cabe rechazar que el artículo 4.1 c) del Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de centros de reconocimiento*

*destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores, conculque el principio de concurrencia competencial, pues estimamos que la norma reglamentaria cuestionada no establece ningún monopolio en favor de los médicos oftalmólogos, como sostiene el Colegio profesional recurrente, y, en consecuencia, no contradice la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, formulada sobre el principio de prohibición del «monopolio competencial», que parte del presupuesto de que profesionales con la misma formación, pero con distinta especialidad, tienen el derecho a ejercer sus profesiones sin restricción, salvo que una Ley determine expresamente criterios de exclusividad competencial basados en razones objetivas.» (FJ 4º)*

**- No cabe en modo alguno computar el día de la comisión de la infracción en que el vehículo ha quedado inmovilizado como de cumplimiento de la sanción de suspensión del permiso de conducir. STS de 23 de septiembre de 2011 (RC 4241/2008)**

*“[...] Conforme a lo dispuesto en el artículo 84 del RD Legislativo 339/1990, se podrá proceder a la inmovilización del vehículo cuando, entre otros supuestos, las pruebas a que se refiere el artículo 12.2 y 3 de dicho texto, realizadas al conductor de vehículos, arroje una tasa superior a la que reglamentariamente se establezca de bebidas alcohólicas.*

*La inmovilización del vehículo se producirá en el lugar señalado por los Agentes de la Autoridad. Evidentemente, nos hallamos ante una medida de seguridad de carácter precautorio, medida de inmovilización que se levantará en el momento en que cese la causa que la motivó.*

*En cambio, la suspensión del permiso de conducir constituye una sanción, y como tal está regulada en el artículo 67 del mismo texto legal. El cumplimiento de la sanción de suspensión de la autorización para conducir podrá realizarse fraccionadamente, a petición del interesado, en periodos que en ningún caso serán inferiores a 15 días naturales. Se podrá establecer un fraccionamiento inferior al antes indicado en el caso de los conductores profesionales, siempre que éstos lo soliciten y el cumplimiento íntegro de la sanción se realice en el plazo de doce meses desde la fecha de la resolución de la suspensión.*

*En consecuencia, no cabe en modo alguno computar, y así lo ha entendido acertadamente la Sala de instancia, el día de la comisión de la infracción en que el vehículo ha quedado inmovilizado, como de cumplimiento de la sanción, habida cuenta de que ésta es impuesta posteriormente, tras la tramitación del oportuno procedimiento administrativo, en tanto que aquélla tiene un carácter aseguratorio. [...]” (FJ 4º)*

**- Resolución de 11 de Mayo de 2006, del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, que modifica la de 15 de Marzo de 2006, que establece medidas especiales de regulación de tráfico durante el año 2006. Apreciación de que las restricciones a la circulación por los supuestos corredores son de tal alcance que impiden considerarlos como tales. Subsistencia, por tanto, de la limitación de forma general de la circulación de una específica clase de vehículos por una determinada parte del territorio nacional, lo que es contrario a la normativa vigente. STS de 18 de mayo de 2011 (RC 3749/2007)**

*“[...] el Anexo II de la resolución de 11 de Mayo de 2006, ya no enumera de forma exhaustiva las carreteras en que se prohíbe la circulación -como así hacía la resolución de 2005 anulada por esta Sala-, sino que se contiene una prohibición que se denomina "general" a través de la cual se prohíbe la circulación por todas las vías públicas de la Comunidad Autónoma a vehículos de más de 7.500 Kg de MMA los fines de semana y vísperas de festivos.*

*Posteriormente se crean unos "corredores" que, en principio, permitirían circular a los camiones durante los fines de semana y festivos en que existe la prohibición general de circular, sin embargo, estos corredores cuentan también con restricciones los fines de semana. [...]*

*Así pues, hemos de convenir con la parte recurrida que las restricciones a la circulación por los supuestos corredores son de tal alcance que impiden considerarlos como tales. Dicha circunstancia, unida a la prohibición general de circular por todas las vías, permiten concluir que nos hallemos ante una prohibición general con pequeñas excepciones. Si no se puede circular por determinados tramos de estas vías y no hay carreteras alternativas, pues existe una prohibición total en el apartado A del Anexo, no debemos sino llegar a la misma solución que la Sentencia de Instancia.*

*En conclusión, coincidiendo con el Tribunal a quo, entendemos que la resolución administrativa contiene un cumplimiento meramente "nominal" de la doctrina fijada por esta Sala del Tribunal Supremo en la tan repetida Sentencia de fecha 19 de enero de 2005, pero sustancialmente se mantiene la misma limitación que se contenía en la resolución anulada por esta sentencia.*

*Aún cuando aparentemente se trate de limitaciones o restricciones sobre determinados tramos o itinerarios concretos de cuatro vías, produce el efecto de limitar de forma general la circulación de una específica clase de vehículos por una determinada parte del territorio nacional, que es precisamente lo que consideramos contrario a la normativa vigente, razón por la cual compartimos el criterio de instancia que conlleva la desestimación del recurso de casación que nos ocupa." (FJ 4º)*

**- Desestimación de la cuestión de ilegalidad planteada en relación con el artículo 41.2 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Estimación de que cabe una interpretación de dicha disposición reglamentaria, conforme al principio de legalidad sancionadora, consagrado en el artículo 25 de la Constitución, que no contravenga ni contradiga el principio de proporcionalidad. STS de 11 de mayo de 2011 (cuestión de ilegalidad número 1/2010)**

**“[...] SEGUNDO.- Sobre los motivos de desestimación de la cuestión de ilegalidad.**

*La cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, respecto del artículo 41.2 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, debe ser desestimada, porque consideramos que cabe una interpretación de dicha disposición reglamentaria, conforme al principio de legalidad sancionadora, consagrado en el artículo 25 de la Constitución, que no contravenga ni contradiga el principio de proporcionalidad.[...]*

*En este sentido, cabe advertir que el artículo 41.2 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, aunque adolece de una deficiente técnica normativa, como pone de relieve el Abogado del Estado, pues de las tres posibles conductas infractoras antirreglamentarias que se pudieran inferir del contenido del apartado primero de esta disposición analizada, que regula específicamente las prescripciones relativas a la circulación por carriles habilitados para su utilización en sentido contrario al habitual, que pueden adoptar las autoridades encargadas de la regulación del tráfico, por razones de fluidez del tráfico -conducción en sentido contrario al estipulado por la autoridad de tráfico, circulación por el carril habilitado en el sentido de la marcha pero con un vehículo no autorizado o conducción por el carril habilitado en el sentido*

*de la marcha pero incurriendo en exceso de velocidad-, sólo determina como infracciones muy graves o graves la primera y la tercera conductas descritas, aunque ello no es obstáculo para incardinar esa segunda conducta en los supuestos tipificados en los apartados 5 e) -conducción temeraria-, o 4 c) -incumplir disposiciones respecto de la utilización de carriles-, del artículo 65 del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, según las circunstancias concurrentes.*

*Por ello, el juicio del juzgador promotor de la cuestión de ilegalidad, basado en la equiparación, a efectos de aplicación del mismo régimen sancionador, de conductas distintas, como son «conducir irregularmente con un vehículo no autorizado por carril habilitado» y «conducir en sentido contrario», se revela infundado, en cuanto no es ese el designio inequívoco del titular de la potestad reglamentaria, ya que, aún de forma defectuosa, como hemos expuesto, advertimos que apela en esta misma sede normativa a la tipificación de las infracciones muy graves y graves, establecida en los apartados 5 e), 5 f) y 4 c) del artículo 65 del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, lo que permite una interpretación no literal, sino sistemática e interpretada de la disposición reglamentaria cuestionada, acorde con los principios de tipicidad y legalidad sancionadora garantizados por el artículo 25 de la Constitución, en la medida que atiende en su aplicación a la especificidad y diferenciación, por su mayor o menor afectación a los bienes jurídicos protegidos, de las conductas infractoras del artículo 41.1 del Reglamento General de Circulación.*

*En este sentido, la interpretación aplicativa que propugnamos del apartado 2 del artículo 41 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, estimamos que resulta acorde con el principio de proporcionalidad, en su proyección referida a la correspondencia entre la naturaleza y la entidad de las conductas infractoras, atendiendo a los bienes jurídicos protegidos, y las sanciones administrativas previstas o impuestas, pues no se está sancionando de forma igual el incumplimiento de normas de circulación de distinta gravedad, ya que la infracción de la prohibición contenida en el artículo 41.1 de la referida norma reglamentaria, consistente en circular con vehículo no autorizado por un carril habilitado en sentido contrario al habitual, no se incardina, como hemos expuesto, en el supuesto contemplado en el primer inciso del apartado 2 del artículo 41 del Real Decreto 1428/2003 -circulación en sentido contrario al estipulado-, sino, con carácter general, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, como infracción grave, en el tipo infractor definido en el artículo 65.4 c) de la ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, consistente en incumplir las disposiciones de esta Ley, o, en su caso, en supuestos singulares de escasa entidad, como infracción leve, en el tipo infractor descrito en el artículo 65.3 de la referida Ley, como en este supuesto concreto apreció el juzgador.[...]” (FJ 2º)*