

RECURSO CASACION Num.: 4790/2010

Votación: 30/11/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Espín Templado

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Llamas Soubrier

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil once.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4.790/2.010, interpuesto por D^a ***** , representada por la Procuradora D^a Mónica Oca de Zayas, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 27 de mayo de 2.010 en el recurso contencioso-administrativo número 991/2.009, sobre denegación de solicitudes de visado de reagrupación familiar (20090016895 y 20090016896).

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 27 de mayo de 2.010, desestimatoria del recurso promovido por D^a ***** contra la resolución del Cónsul General de España en Bogotá de fecha 4 de mayo de 2.009, por la que se denegaban la solicitudes de visado por reagrupación familiar 20090016895 y 20090016896 para D^a *** y D. ***, respectivamente.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 13 de julio de 2.010, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de D^a ***** ha comparecido en forma en fecha 27 de julio de 2.010, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 17.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y de los artículos 39, 42 y 43 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y
- 2º, igualmente por infracción del artículo 17.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y de los artículos 39, 42 y 43 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y

su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se revoque la recurrida, declarando el derecho de acordar la concesión del visado por agrupación familiar, con expresa imposición de las costas a la Administración demandada y valoración, en su momento, de los daños y perjuicios ocasionados por la demora en poder convivir junto con su familia en territorio español.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 28 de octubre de 2.010.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, con confirmación de la sentencia recurrida.

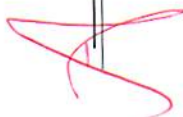
QUINTO.- Por providencia de fecha 20 de septiembre de 2.011 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 30 de noviembre de 2.011, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **EDUARDO ESPÍN TEMPLADO**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

Doña ***** interpone recurso de casación contra la Sentencia de 27 de mayo de 2.010 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera. La Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por la recurrente contra la resolución denegatoria del visado de reagrupación familiar a favor de sus padres, ***** y ***** , emitida por el Consulado General de España en Bogotá el 4 de mayo de 2.009.



La Sala de instancia fundamentó la decisión en la falta de concurrencia de los requisitos para la reagrupación familiar establecidos en el artículo 39 del Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 4 de diciembre. En sus fundamentos, la Sentencia manifiesta:

"[...] La reagrupación no es un instituto concebido en interés del reagrupante, sino de los reagrupables y parte del criterio de quienes quedaron allí sean los necesitados, bien por su minoría de edad o minusvalía, bien por su edad avanzada y total abandono. En cuanto a esto último, aun partiendo de que sea cierto que allí no quedan hijos, el matrimonio se tiene recíprocamente. Si nos referimos a la salud, los problemas son lógicos y además no graves ni impedimentos, más bien derivados de una situación creada voluntariamente (la lejanía) y con asunción de tales riesgos, como que la edad acaba haciendo también mella en el físico. Respecto de la motivación, la resolución no hace sino reflejar lo que se desprende de toda la documentación aportada y tras valorarla, como aquí in extenso y por los argumentos de la parte tenemos que hacer nosotros más explícitamente. Y hay un argumento final que nos facilita la demanda y que es definitivo cuando en el hecho SEXTO nos dice que con la pensión del padre (150 dólares al mes) y las remesas (media de 167 dólares al mes) los padres mantienen un adecuado nivel, y claro que es así porque en Colombia unos ingresos que superan los 300 dólares doblan el salario medio habitual de una familia y con lo que se puede llevar una vida más que digna sin "necesidad" del desplazamiento. En definitiva, no hay ni necesidad afectiva grave, ni económica y aun cuando la reagrupante sea española por nacionalización le es aplicable a efectos de reagrupación de ascendientes el régimen general del R.D. 2393/04 por así establecerlo la Disposición Final Tercera del R.D. 240/07 al introducir una Disposición Adicional Vigésima - 2 en el Reglamento General." (fundamento de derecho séptimo)

SEGUNDO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso se articula sobre dos motivos, ambos acogidos al apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción.

El primero, por infracción de los artículos 17.1 d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y 39, 42 y 43 del Real Decreto 2393/2004. A juicio de la recurrente, la infracción proviene de la interpretación del requisito para la reagrupación relativo a la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España, y que la Sentencia equipara a una necesidad absoluta del reagrupado que además ha de implicar su plena realización.

El segundo, por infracción de los mismos preceptos, se fundamenta igualmente en la indebida interpretación en la instancia del mencionado requisito. Sostiene la recurrente que, conforme al principio de protección a la familia del artículo 39 de la Constitución, la necesidad exigida para la reagrupación puede recaer tanto sobre el reagrupado como sobre

reagrupante, y no únicamente sobre el primero, como declara la Sentencia. Asimismo, el régimen general para la reagrupación de extranjeros que es aplicado por el Tribunal de instancia supone una discriminación que tiene un atisbo de solución en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, disposición que prevé el establecimiento de condiciones especiales más favorables para la reagrupación familiar ejercida por los españoles.

TERCERO.- Sobre los requisitos para el visado de reagrupación de ascendientes de españoles.

La Sentencia de instancia, como se ha dicho, ha fundamentado su decisión en lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento de la Ley de Extranjería, el cual establece: «El extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares: [...] d) Sus ascendientes o los de su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España». El precepto se refiere a los reagrupantes extranjeros y, en el supuesto de hecho de este recurso, la reagrupante tiene nacionalidad española. No obstante, su aplicación a reagrupantes españoles proviene de la disposición adicional vigésima del mismo Reglamento, que recoge 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». El número 2 de esta disposición estableció: «La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección 2ª del capítulo I del título IV del presente reglamento», esto es, sus artículos 38 y siguientes.

La disposición adicional fue introducida por el Real Decreto 240/2007, que regula la residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares y excluía de su normativa a los ciudadanos españoles. Así, el artículo 2 de este Real Decreto establecía: «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 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, 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».

Por tanto, respecto de la reagrupación de ascendientes convivían dos regímenes durante la plena vigencia del Real Decreto 240/2007: el aplicable a los reagrupantes españoles y extranjeros no integrados en la Unión Europea, y el aplicable a los reagrupantes pertenecientes a otro Estado de la Unión Europea distinto de España. Para los primeros eran exigibles dos requisitos: hallarse el reagrupado a cargo del reagrupante y concurrir razones justificativas de la necesidad de la residencia en España. No obstante, para los ciudadanos comunitarios bastaba con el cumplimiento del primero de ellos.

Esta situación fue modificada mediante nuestra Sentencia de 1 de junio de 2.010, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1/114/2.007 interpuesto contra dicho Real Decreto 240/2007. En la Sentencia anulamos la expresión «otro Estado miembro» contenida en el artículo 2, de manera que el Real Decreto devino aplicable también a los españoles. Con ello resultó inoperante la disposición adicional vigésima del Reglamento de Extranjería.

En consecuencia, a partir de dicha Sentencia el régimen a que se somete la reagrupación de ascendientes directos de españoles es el contemplado en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, que, como se ha dicho, únicamente exige que el reagrupado se halle a cargo del reagrupante. Este criterio ha sido acogido recientemente en la Sentencia de 20 de octubre de 2.011, recurso de casación 1.470/2.009.

CUARTO.- Sobre la concurrencia del requisito de dependencia económica del reagrupado.

Los dos motivos de casación deducidos por la recurrente en realidad se reconducen a un único motivo, relativo al alcance del ya inexigible requisito de la necesidad de la residencia en España. En el desarrollo de los motivos se aboga por una interpretación del requisito contraria a la discriminación para reagrupantes españoles, finalidad alcanzada mediante la asimilación de su régimen al de los ciudadanos del resto de los países de la Unión Europea.

A la ineficacia del requisito en cuya ausencia la Sala de instancia fundamentó su resolución debe unirse la concurrencia de circunstancias

particulares que, en este caso, son suficientemente demostrativas de la situación de dependencia económica que justifica la concesión del visado.

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.

QUINTO.- Conclusión y costas.

Lo expuesto en el anterior fundamento de derecho conduce a la estimación del recurso de casación.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no ha lugar a la imposición de las costas de ninguna de ambas instancias.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por D^a ***** contra la sentencia de 27 de mayo de 2.010 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 991/2.009, sentencia que casamos y anulamos.



2. Que ESTIMAMOS el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por D^a ***** contra la resolución del Cónsul General de España en Bogotá de fecha 4 de mayo de 2.009, por la que se denegaban las solicitudes de visado por reagrupación familiar 20090016895 y 20090016896 para D^a ***** y D. *****, resolución que igualmente anulamos, y declaramos el derecho a que les sean concedidos los visados solicitados.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-José Manuel Sieira Míguez.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-M^a Isabel Perelló Doménech.-Firmado.-El Sr. Yagüe votó en Sala y no pudo firmar.-José Manuel Sieira Míguez.-Firmado.-
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-

