

Roj: STSJ MAD 7905/2009
Id Cendoj: 28079330012009100307
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 426/2008
Nº de Resolución: 1103/2009
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: ALFREDO ROLDAN HERRERO
Tipo de Resolución: Sentencia

PO 426/08

T.S.J.MADRID CON/AD SEC.1

MADRID

SENTENCIA: 01103/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

RECURSO nº 426/08

SENTENCIA Nº 1103

PRESIDENTE:

D. Alfredo Roldán Herrero

MAGISTRADOS:

D^a. Francisca Rosas Carrión

D.^a M^a Jesús Vegas Torres

D. José Félix Martín Corredera

En Madrid, a dieciséis de septiembre de dos mil nueve.

Vistos los autos del recurso número 426/08 que ante esta Sala ha promovido la Procuradora Sra. Casielles Moran, en nombre y representación de D^a. Encarna, sobre visado. Ha sido parte la Administración General del Estado representada por el Sr. Abogado del Estado. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Alfredo Roldán Herrero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 11-6-08, acordándose su admisión en fecha 10-9-08 con todo lo demás procedente en derecho.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó demanda mediante escrito presentado en fecha 29-12-08, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho oportunos,

suplicó la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 28-1-09, en el cual suplicó la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de fecha 29-1-09, se propuso por la parte actora la documental, admitiéndose con el resultado que obra en autos y en su caso se analizará.

QUINTO.- Dado traslado a las partes para conclusiones, formalizaron sus escritos ratificando sus pedimentos. Se señaló para votación y fallo el día 10-9-09, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo resolución del Consulado en Quito de fecha 18-2-08, confirmada en fecha 8-4-08 que denegó a la recurrente natural de Ecuador D^a Encarna visado de reagrupación con su hija.

SEGUNDO.- La resolución recurrida denegó el visado por considerar no acreditado que existiese necesidad en la reagrupación.

TERCERO.- El *art. 39, apartados d) y e) del R.D. 2393/04* reconoce el derecho a la reagrupación familiar de ascendientes cuando éstos estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España y continúa diciendo que se entenderá que los familiares están a su cargo cuando el reagrupante acredite que, al menos durante el último año ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva, sin decir nada respecto de lo que se entiende por necesidad pero dejando claro que han de darse las dos circunstancias cumulativamente, no una u otra ("y existan", dice el precepto).

CUARTO.- Este concepto de necesidad ha de integrarse en cada caso concreto según las circunstancias concurrentes y dada la multiplicación de asuntos parecidos de que conocemos, hora es que intentemos clarificarlo doctrinalmente. El concepto de "necesidad de autorizar la residencia" está en función de múltiples factores, cuales podrían ser: a) los niveles de ingresos del reagrupante y del reagrupable; b) el entorno familiar; c) el sacrificio económico que supone para el reagrupante la asistencia a su ascendiente en su país, d) el nivel de vida de que disfruta el ascendiente con las ayudas que recibe. Un análisis ponderado de estos factores (y de algunos otros que se nos podrían escapar ahora) nos permitirá determinar si objetivamente es absolutamente necesario que el ascendiente venga a España para su plena realización.

QUINTO.- Teniendo en cuenta lo precedente, nos encontramos con una mujer nacida en 1942 con al menos cinco hijos y casada. Llegados a este punto fue fundamental la testifical de la propia hija reagrupante y que no soportó muy bien la intermediación procesal ante el Ponente porque facilitó información esencial que por vía de exhorto no se hubiera obtenido porque era evidente que las preguntas serían conocidas y las respuestas indudablemente afirmativas al cuestionario. Por eso se acordó la comparecencia personal y de ello resultó que: a) que la demandante no es, como se pretendía, divorciada, sino casada y el marido reside en Ecuador; b) que si bien se dice en los escritos que no ejerce profesión, consta documentalmente que es modista (poder y cedula de identidad) sin que la testigo de razón convincente de esta contradicción; c) que tiene allí cuatro hermanos quienes a su vez tienen hijos, nietos de la recurrente; d) que la testigo reagrupante ha traído a tres hijos en distintos momentos quedando (comparecencia notarial) una cuarta (13 años) en Ecuador al cuidado de la recurrente que es su abuela; e) que los viajes de los otros hijos (nietos de la actora) los abonó la testigo reagrupante con envíos de dinero.

SEXTO.- Así las cosas, aparecen envíos de dinero por un total de 21 en 2007 y otros anteriores según un listado aportado a los autos porque los justificantes del expediente no son sino la correspondencia allí de la recepción, no de otros envíos. Podría incluso haberse cuestionado la dependencia económica porque es indudable (y humano) que esos envíos fuesen desestimados al sostenimiento de los hijos allí hasta su reagrupación y ahí que oscilen entre los 50 y los 1744 euros, cantidad esta última excepcional y en todo caso muchos estarían destinados a un fondo de ahorro para los pasajes de los hijos tal y como se ha reconocido y de ahí que viniesen de uno en uno, no todos a la vez. Realmente lo que viene a decirnos todo lo actuado es que, bien sea por propios medios, bien por lo que reciba de la reagrupante o sus otros hijos allí residentes, no necesitan venir a España para desarrollar su existencia. Eliminado el aspecto económico, ¿Qué nos queda? En el orden afectivo la mayor parte de la familia (marido, hijos y nietos), permanecería allí y, lo que es más grave, otra nieta de 13 años que no se nos dice quién cuidaría de ella. Consta documentación acreditativa de que la recurrente no está afectada por enfermedad alguna que requiriese

especial tratamiento en España. Siendo el recurso contencioso-administrativo un juicio entre partes iguales, según reza la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora, al considerar el Consulado que no está acreditada la necesidad es tarea de la parte demostrar esta valoración como hecho trascendental de la pretensión y si no se consigue, el Tribunal "desestimará" (en imperativo) el reconocimiento del derecho pretendido (*Art. 217 L.E.C .*) y nada se ha intentado, solo se ha puesto especial énfasis en el dinero enviado. Pero puestos a razonar vamos a ir más lejos y así comprobamos que en comparecencia notarial la reagrupante manifiesta su interés en traer a su madre "para que la ayude en el cuidado de sus hijos" en España. Esa no es la filosofía de la reagrupación porque está concebida en beneficio del reagrupado, no del reagrupante y es a la necesidad de quien pretende venir a lo que se ha de atender, no la de quien ya está aquí aunque este último también pudiera valorarse en casos muy excepcionales que aquí no se dan. La recurrente está casada, tiene una profesión que puede ejercer (otra cosa es que no quiera), ignoramos si caso de ser cierta la separación del hecho de su esposo recibe de él alguna pensión o ayuda que es legalmente exigible, lo mismo que no tenemos constancia de su libreta de ahorro o cuenta bancaria ni de posibles ayudas de otros hijos. Se dice que no es propietaria de inmueble alguno, pero si es cierto que no vive con su esposo, no sabemos dónde y en qué condiciones mora... todo demasiado oscuro pero suficiente para revelar esos "indicios suficientes" de inveracidad a que se refiere el *Art. 43-4 del R.D. 2393/04* .

SEPTIMO.- Procede por lo expuesto rechazar la pretensión deducida en la demanda, sin que existan razones para una expresa condena en costas. En consecuencia,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso interpuesto por la Procuradora Sra. Casielles Moran, en representación de D^a. Encarna , sin costas.

Contra la presente cabe interponer recurso de casación dentro de los diez días hábiles siguientes a su notificación, a preparar ante esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.