

Roj: STS 7339/2011
Id Cendoj: 28079130032011100497
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1470/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº **1470/2009** interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. López Valero en nombre y representación de D. Pedro Francisco , contra la Sentencia de 17 de diciembre de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 131/08 . Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso contencioso administrativo nº 131/08 , contra la Resolución del Consulado de España en Quito de fecha 5 de diciembre de 2007, confirmada en fecha 17 de diciembre de 2007, que denegó al natural de Ecuador D. Lucas visado de reagrupación con su hijo ciudadano español y recurrente D. Pedro Francisco .

SEGUNDO. - La expresada Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta Sentencia el 17 de diciembre de 2008 , cuyo fallo expresa:

" *Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso interpuesto por la Procuradora Sra. López Valero en representación de D. Pedro Francisco , sin costas.*"

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, la representación de D. Pedro Francisco presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia de 25 de febrero de 2009, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

CUARTO .- Elevados los autos y el expediente administrativo a este Alto Tribunal, la Procuradora de los Tribunales Sra. López Valero en nombre y representación de D. Pedro Francisco , interpuso el 23 de abril de 2009 el citado recurso de casación, el cual se formula al amparo de lo establecido en el *art. 88.1.c) LRJCA* , por infracción de *arts. 33.1 y 33.2 y 67.2 LRJCA y 84.1 de la Ley 30/92* , al haber fundado la Sala de instancia la desestimación del recurso en un motivo distinto del que utilizó la Administración para denegar la solicitud, incurriendo en incongruencia.

Por otro lado, al amparo de lo dispuesto en los *artículos 86.4 y 88.1d), de la Ley Jurisdiccional* , se alega la infracción del *art. 14 CE y de los apartados 2º, 6º y 20º de la Directiva 2004/38 /CE*, por no entender aplicable la sentencia recurrida la regulación que para los ciudadanos europeos y sus familiares se halla contenida en el R.D 240/2007, de 16 de febrero, entendiéndose aplicable, en cambio, la D.F. 3ª de dicho R.D. 240/07 *que introduce una D.A. 20ª en el R.D. 2393/2004* , y por la que se excluye a los ascendientes de los ciudadanos españoles del régimen comunitario de extranjería.

Así mismo, se aduce la infracción de los *arts. 2 y 8 del R.D. 2393/2004* , y de los *arts. 3, 5, 7 y 10 de la Directiva 2004/38/CEE* , y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la interpretación del concepto estar "a cargo", no siendo exigible la acreditación del envío periódico de divisas,

criticando que la Sala de instancia interprete como dato desfavorable que las remesas hayan sido enviadas al padre por los 4 hijos residentes en España, y no sólo por el reagrupante.

Por último, se alega infracción de los arts. 16 y 17 L.O. 4/2000 y del art. 39 R.D. 2303/2004, pues critica el recurrente la interpretación que hace la sentencia del concepto jurídico indeterminado "existir razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España", al exigir, según afirma, que sea absolutamente necesario que el reagrupante resida en España para conceder el visado.

QUINTO. - Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se dio traslado a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al expresado recurso, lo que verificó la Abogacía del Estado con fecha 8 de octubre de 2009.

SEXTO .- Formalizada la oposición al recurso de casación, interpuesto, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el 5 de octubre de 2011, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Pedro Francisco ha interpuesto el presente recurso de casación contra la sentencia de la Sala de este Orden Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1^a) de 17 de diciembre de 2008 (recurso contencioso- administrativo nº 131/2008) que desestimó el recurso interpuesto por aquel contra la resolución del Consulado de España en Quito (Ecuador) de 11 de diciembre de 2007, confirmada en reposición por resolución de 17 de diciembre de 2007, por la que se le denegó al ciudadano ecuatoriano D. Lucas su solicitud de visado para reagrupación familiar en España con su hijo y aquí recurrente D. Pedro Francisco.

Puesto que la sentencia de instancia no la recoge de manera detallada, procede reseñar aquí la siguiente secuencia procedimental:

D. Pedro Francisco, ciudadano de origen ecuatoriano nacionalizado español, presentó con fecha 7 de junio de 2007, ante la Subdelegación del Gobierno en Girona, una solicitud de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de su padre, D. Lucas. Dicha solicitud fue estimada por resolución del Subdelegado del Gobierno de 28 de agosto de 2007, por la que se concedió la autorización solicitada hasta el día 27 de agosto de 2012, "quedando supeditada la eficacia de la autorización hasta la expedición del visado y la efectiva entrada en territorio nacional". Por tal motivo, se advirtió en la misma resolución que "en el plazo de dos meses desde la notificación de la presente autorización administrativa de residencia, el familiar reagrupable deberá solicitar personalmente el correspondiente visado de residencia en la misión diplomática u oficina consular española en cuya demarcación resida. Se remarca expresamente que la autorización de residencia de que se trata no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado y la posterior entrada en España".

D. Lucas procedió de conformidad con lo indicado en esa resolución, y así, el día 9 de noviembre de 2007 presentó ante el Consulado de España en Quito una solicitud de visado Schengen individual para reagrupación familiar.

En la misma fecha, el Consulado General de España en Quito dirigió al solicitante de visado un requerimiento de subsanación para que aportase en el plazo de diez días (bajo apercibimiento de tenerle por desistido en caso contrario) original y copia "notarizada" de la siguiente documentación: pasaporte con vigencia mínima de diez días, copia notarial del DNI del reagrupante, acta de manifestaciones o declaración notarial del reagrupante en la que manifieste su deseo de reagrupación familiar con el reagrupado expedida en los últimos tres meses, declaración notarial expresando las razones que se tienen para pedir la reagrupación, y certificación de la Subdelegación del Gobierno en Girona en donde se indicara la notificación de la autorización de residencia.

El solicitante de visado, en contestación a este requerimiento de subsanación, presentó ante el Consulado un escrito de alegaciones protocolizado notarialmente, expresando las razones por las que solicitaba la expedición del visado de reagrupación (centradas en que sus cuatro hijos y sus nietos residían en España y deseaba reunirse con ellos); un acta notarial de manifestaciones del reagrupante D. Pedro Francisco de fecha 14 de noviembre de 2007 y copia notarial de su DNI; certificaciones de remesas de dinero efectuadas a favor del reagrupado D. Lucas por otro de sus hijos residentes en España; certificación de que la autorización de residencia temporal se notificó el 18 de septiembre de 2007; certificación de habitabilidad de la residencia del reagrupante; y certificación de que el reagrupado percibe en su país una pensión de 215'17 dólares.

Con fecha 23 de noviembre de 2007, el Consulado notificó al solicitante de visado un requerimiento de comparecencia personal para el día 5 de diciembre siguiente, que se decía efectuado de conformidad con los *artículos 35.3, 43.3 y 51.8 del 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*, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. No consta en el expediente el acta de dicha comparecencia ni el resultado de la misma. Sí que consta, empero, que en el mismo día en que estaba señalada esa comparecencia, 5 de diciembre de 2007, se le comunicó a D. Lucas que su expediente había sido resuelto desfavorablemente " *por el siguiente motivo: no acreditar documentalmente las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España* ".

Contra esta resolución interpuso el solicitante de visado recurso administrativo de reposición, alegando en primer lugar que la resolución denegatoria carecía de motivación, e insistiendo en que tenía derecho al visado pretendido, dada su edad y su condición de jubilado, el hecho de que todos sus hijos residen en España, y que una de sus fuentes de ingresos eran los envíos de dinero que sus hijos le remitían desde España.

El recurso de reposición fue desestimado por nueva resolución del Consulado de 17 de diciembre de 2007, en la que como fundamentación de esta desestimación se dijo tan solo lo siguiente: " *estudiadas las alegaciones formuladas en el recurso de reposición, y revisado el expediente que obra en este Consulado, no se deduce la aparición de hechos, argumentos jurídicos o elementos de juicio nuevos que puedan determinar una modificación de la resolución de denegación inicialmente notificada* ".

Contra esta resolución interpuso D. Pedro Francisco (recordemos, reagrupante en su condición de hijo del solicitante de visado D. Lucas) recurso contencioso-administrativo, alegando en primer lugar que su solicitud de visado no se debía tramitar por el *Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre* (reglamento de desarrollo de la *L.O. 4/2000*) sino por el *Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero*, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos miembros de la Unión Europea. A este respecto, adujo que los incisos "otros" y "otro" de los *artículos 1 y 2 de este último real Decreto*, así como la *Disposición Adicional Vigésima del RD 2393/2004* (introducida por la *disposición final tercera del RD 240/2007*), eran nulos por discriminar a los ciudadanos españoles respecto del resto de ciudadanos de la Unión Europea a los efectos de la reagrupación familiar. A continuación, insistió en que había aportado toda la documentación necesaria para la reagrupación con su padre, citando la *Directiva Comunitaria 2004/38 /CE*, y enfatizando que la normativa de aplicación no exige la acreditación de la dependencia económica del mismo modo o en los mismos términos que se exige respecto de la reagrupación de ascendientes de residentes no nacionales de Estados miembros de la Unión europea. Añadió, finalmente, que aun admitiendo dialécticamente la aplicación del régimen general de extranjería plasmado en el RD 2393/2004, las circunstancias personales del reagrupado (viudo, con sus cuatro hijos residentes en España, tres de ellos con nacionalidad española, con 65 años de edad y percibiendo una pequeña pensión de jubilación insuficiente para su sostenimiento) justificaban la reagrupación pretendida.

El recurso contencioso-administrativo fue desestimado por sentencia de la Sala de este orden Jurisdiccional de Madrid de fecha 17 de diciembre de 2008, contra la que se ha interpuesto el presente recurso de casación.

TERCERO .- La sentencia, tras identificar en su fundamento jurídico primero el acto administrativo impugnado, recuerda en su fundamento jurídico segundo la razón de la denegación del visado en sede administrativa, señalando que tal denegación se debió a " *no acreditarse documentalmente las razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España* " .

A continuación, en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto, la Sala reseña el régimen jurídico regulador de la reagrupación familiar tal y como se ordena en el *Real Decreto 2393/2004*, diciendo:

"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 acumulativamente, no una u otra ("y existan", dice el precepto) [...] 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".

Partiendo de esta base, el fundamento de Derecho quinto descende al examen del caso analizado, haciendo una referencia a las circunstancias personales del reagrupado:

" Teniendo en cuenta lo precedente, nos encontramos con una persona aún joven en cuanto nacido en 1942 y a pesar de ello jubilado con una pensión mensual de 215 dólares. Es casado con mujer que no es la madre de sus hijos. Vive en casa propia. Tiene cuatro hijos en España y ninguno allí y de los cuatro tres están nacionalizados españoles y el cuarto es residente legal. 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 reagrupante y los otros dos por el hijo no nacionalizado".

Y el fundamento de Derecho sexto matiza que no es de aplicación al caso, a juicio de la Sala, el Real Decreto 240/2007 :

" Así las cosas, y al tratarse de un reagrupante español, la normativa aplicable debiera ser el R.D. 240/07 de 16 de Febrero que entró en vigor en el mes de Marzo de dicho año y la solicitud se produjo en Noviembre. Este Reglamento deroga el RD 178/2003 sobre entrada y permanencia en España de ciudadanos comunitarios. La nueva reglamentación establece en su art. 2 -d el derecho de estancia y residencia de ascendientes que "vivan a cargo" de quien pretende acogerlos, de manera que habría que estudiar solamente, y en teoría, si en este caso el padre vive realmente "a cargo" de sus hijo, pero no es así porque el mismo RD. 240/2007 contiene una Disposición Final Tercera que introduce en su apartado dos una Disposición Adicional Vigésima en el RD.2393/2004 y cuyo número 2 dice que "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 RD. 2393/2004, es decir, el régimen general establecido en los arts. 38 y siguientes y en especial lo dispuesto en el ya citado art. 39 -d en cuanto a la concurrencia de los requisitos de dependencia y necesidad".

Finalmente, el fundamento jurídico sexto matiza que tanto si se aplica el RD 2393/2004 como si se entiende aplicable el RD 240/2007, la consecuencia práctica es la misma, a saber, que el recurso no puede prosperar:

" Realmente cualquiera que sea el régimen aplicable la consecuencia sería la misma. Si, como pretende la demanda, un principio de igualdad entre comunitarios españoles debería permitir la aplicación del mismo régimen del art. 2-d del RD 240/2007 a todos, no puede decirse taxativamente que el padre viva de manera exclusiva "a cargo" del reagrupante porque ya hemos visto que la mayor parte de las remesas proceden de otro hijo y, además, percibe una pensión modesta en España pero superior al salario medio en Ecuador. Si aplicamos la innovación introducida por la D.A. Tercera del RD 240/2007 en el RD 2393/2004, vemos que los ingresos medios mensuales del padre ascienden en total, incluida la pensión, a los setecientos euros al mes, cantidad que lo convierten en un potentado allí. Además está casado y parece que no quiere saber del destino de su esposa ni manifiesta su intención de traerla consigo, de manera que la intentada reagrupación lo que haría es romper el núcleo familiar básico, justo lo contrario de lo que es "reagrupación".

CUARTO .- El escrito de interposición del recurso de casación promovido por D. Pedro Francisco desarrolla cuatro motivos de impugnación de la sentencia de instancia, el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la ley de la Jurisdicción 29/1998 , y los demás al amparo del apartado d) del mismo precepto.

El primer motivo denuncia la infracción de los artículos 33, apartados 1º y 2º, y 67.2 de la ley Jurisdiccional 29/1998 , y del artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común . Alega el recurrente que cuando su padre pidió el visado para reagrupación ante el Consulado General de España en Quito, el Consulado, antes de dictar resolución, le requirió para que apretara cierta documentación, referida a la justificación de los motivos de su residencia en España, pero no pidió ninguna acreditación adicional sobre la circunstancia de hallarse a cargo de su hijo en España; y cuando finalmente denegó el visado, lo hizo por una sola razón, a saber, por no haberse acreditado documentalmente las razones justificativas de la necesidad de autorizar la residencia en España, por lo que el enjuiciamiento de la legalidad de esta denegación debería haberse limitado a esta única circunstancia. Sin embargo -afirma el recurrente- la Sala de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo por una razón distinta, ya que la Sala no estudia si hay o no razones que justifiquen la necesidad de la reagrupación, sino que basa el rechazo de la pretensión del recurrente en la falta de acreditación de un requisito (estar el reagrupante a cargo del reagrupado) que el Consulado no adujo para denegar el visado, que no fundó la resolución administrativa y en el que en el proceso nada se alegó. Y esto lo hizo la Sala de instancia sin acudir a la facultad procesal de planteamiento de la "tesis" que prevé el artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998. Considera , por ello, el recurrente que la sentencia de instancia

ha incurrido en incongruencia al haber desestimado el recurso por razones diferentes de las esgrimidas por la Administración.

El segundo motivo denuncia la infracción del principio de igualdad consagrado en el *artículo 14 de la Constitución*, y de los apartados 2º, 6º y 20º de la *Directiva 2004/38 / CE*, en relación con la nulidad de los *artículos 1, 2 y disposición final 3ª del real Decreto 240/2007 de 16 de febrero*. Alega el recurrente, insistiendo en lo aducido en su demanda, que estos *artículos del RD.240/2007* son nulos por contrarios al Ordenamiento de la Unión Europea y por discriminatorios para los ciudadanos españoles respecto del resto de ciudadanos de la Unión Europea; y frente a lo dicho en la sentencia, apunta que no es cierto que la decisión del litigio sea la misma cualquiera que sea el régimen aplicable, pues, afirma, los requisitos de dependencia y necesidad no son exigibles a los descendientes de ciudadanos comunitarios.

El tercer motivo alega la infracción de los *artículos 2 y 8 del Real Decreto 2393/2004 de 16 de febrero* (en realidad, del desarrollo del motivo resulta con evidencia que se refiere a los *artículos 2 y 8 del RD 240/2007*) y de los *artículos 3, 5, 7 y 10 de la Directiva 2004/38 / CE de 29 de abril*. Critica aquí el recurrente la afirmación de la Sala de instancia de que para dar lugar a la reagrupación es preciso que el ascendiente esté "taxativamente" a cargo del hijo español y que los ingresos que el reagrupante necesita para subsistir provengan "de manera exclusiva" del reagrupante. Tal interpretación, aduce el recurrente, infringe los referidos *preceptos del RD 240/2007, pues a tenor de lo establecido en este reglamento*, para la reagrupación de ascendientes de ciudadanos comunitarios no hay que acreditar el requisito de la dependencia económica en los mismos términos que se establecen para el régimen general de extranjería en el RD 2393/2004. Concretamente, en el caso de reagrupación con ciudadanos comunitarios no es necesario acreditar remesas periódicas de dinero en cantidad alguna determinada ni por periodos de tiempo concretos. Por eso, dice el recurrente, no cabe entrar, como hace la sentencia de instancia, en el examen de las cuantías de las remesas de dinero realizadas en este caso, ni mucho menos exigir que la situación "a cargo" sea "taxativa" y que los medios de vida facilitados al reagrupado por el reagrupante sean los "exclusivos" medios de vida de que disponga aquel. En este sentido, el recurrente afirma que el hecho de que el ascendiente reagrupado recibiera remesas de sus demás hijos y no sólo del reagrupante, lejos de ser un obstáculo para la reagrupación, no hace más que abundar en su procedencia, al acreditar que los cuatro hijos se implican en la atención y el cuidado de su padre.

El cuarto motivo denuncia la vulneración por la sentencia de instancia de los *artículos 16 y 17 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero*, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con el *artículo 39 del Real Decreto 2393/2004*. Dice en este cuarto motivo el recurrente que ni de la letra de la norma ni de su espíritu se desprende la reagrupación sólo proceda cuando se contempla una situación crítica de necesidad económica, social o vital, por la que solo la venida a España permita una mínima calidad de vida del reagrupado. Por el contrario, basta con demostrar suficientemente que hay razones justificativas de la reagrupación de acuerdo con los usos sociales comúnmente aceptados: razones, que, siempre a juicio del recurrente, se dan con evidencia en este caso.

QUINTO .- El primer motivo de casación no puede prosperar, porque no se ha producido la incongruencia que en el mismo se denuncia.

Como acabamos de apuntar, el recurrente afirma que la sentencia de instancia incurre en incongruencia porque al denegar la Administración el visado, lo hizo por una sola razón, a saber, por no haberse acreditado documentalmente las razones justificativas de la necesidad de autorizar la residencia en España, por lo que el enjuiciamiento de la legalidad de esta denegación debería haberse limitado a esta única circunstancia. Sin embargo -afirma el recurrente- la Sala desestimó el recurso contencioso-administrativo por una razón distinta y ajena al debate procesal entablado, consistente en no haberse acreditado la circunstancia de estar el reagrupante "a cargo" del reagrupado, cuando lo cierto es que tal circunstancia no había sido determinante de la denegación del visado.

Ahora bien, el motivo, decimos, no puede prosperar porque al resolver así la Sala no excedió los términos del debate procesal, ni lo condujo hacia derroteros distintos de los que habían sido objeto de controversia por las partes litigantes.

En efecto, la parte recurrente, en su demanda, planteó directamente el tema de fondo, insistiendo en la concurrencia de todos los requisitos sustantivos y formales exigidos por la normativa de aplicación, y refiriéndose específicamente a las remesas de dinero enviadas al reagrupado desde España así como a la dependencia del reagrupado respecto de dichas remesas (por ser insuficiente, decía, la pensión de jubilación del reagrupado para su sostenimiento). A su vez, el Abogado del Estado, en la contestación, adujo (págs. 6 y 7) que " *en el caso que nos ocupa, según los datos obrantes en el Consulado General de España en Quito, la interesada no acreditó la existencia de una verdadera dependencia económica del reagrupante residente*

en España", refiriéndose pues de forma concreta a ese requisito de la dependencia económica (entendemos que la referencia a "la interesada", en femenino, cuando en este caso se trataba de un interesado varón, no es más que una errata material de redacción).

Siendo, pues, estos los términos del debate procesal, al examinar el asunto litigioso la Sala de instancia desde esa perspectiva (la concerniente a las relaciones de dependencia entre reagrupante y reagrupado), no hizo más que situar el pleito en el terreno en que las mismas partes lo habían ubicado; por lo que la sentencia, lejos de incurrir en incongruencia, resolvió de forma plenamente congruente. Cuestión distinta es que su respuesta haya sido más o menos acertada, cosa que veremos a continuación, pero desde el punto de vista que interesa en este primer motivo de casación, no existe la incongruencia que en este motivo denuncia la parte recurrente, pues la Sala no extendió su respuesta por caminos ajenos a los suscitados por los litigantes.

Y no habiéndose alegado otras razones distintas a esta que acabamos de examinar, por las que pudiera sostenerse una eventual incongruencia de la sentencia, hemos de concluir que el primer motivo de casación no puede prosperar al no haber incurrido la sentencia en la concreta infracción que se le reprocha.

SEXTO .- En el segundo motivo se plantea la cuestión relativa a la validez de los *artículos 1, 2 y disposición final 3ª del Real Decreto 240/2007* . Estos preceptos son los que determinaron la aplicación al caso del régimen general de extranjería establecido en el *Real Decreto 2393/2004* y no del régimen específico de la reagrupación de ascendientes de nacionales de la Unión Europea contemplado en el propio *Real Decreto 240/2007, al operarse a través de dichos preceptos* , y dicho sea a grandes rasgos, una remisión al régimen general de extranjería cuando se trata de reagrupar ascendientes de españoles nacionalizados, como es el caso. Pues bien, 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, afirma este que los mencionados *artículos del RD 240/2007* son nulos por contrarios al Ordenamiento de la Unión Europea y por discriminatorios para los ciudadanos españoles respecto del resto de ciudadanos de la Unión Europea, añadiendo que no es cierto que la decisión del litigio resulte la misma cualquiera que sea el régimen aplicable, pues, afirma, los requisitos de dependencia y necesidad no son exigibles a los descendientes de ciudadanos comunitarios.

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:

"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).

El Real Decreto parcialmente impugnado tiene por objeto, según expone en su artículo 1º , 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". Sin embargo, en el artículo 2º , impugnado, se extiende dicho ámbito subjetivo de aplicación ---"cualquiera que sea su nacionalidad"--- a los "familiares de ciudadano de otro Estado miembro". Esto es, el derecho interno español (el Real Decreto impugnado) se va a imponer ---se va a extender a regular--- también la situación y los derechos de los familiares de los ciudadanos de otros Estados miembros, que ya han visto reconocida su situación en otro Estado miembro de la Unión europea como consecuencia de su vinculación familiar.

Mas ello, con una salvedad, cual es la de los familiares del propio ciudadano español, los cuales quedan excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión "de otro Estado miembro". Esto es, el Real Decreto se va a aplicar solo a estos familiares y no a los familiares del propio ciudadano español, pues, estos no son "de otro Estado miembro", sino de "este" Estado miembro. A estos, a los familiares del ciudadano español les sería, pues, de aplicación, no el régimen de este Real Decreto, sino el régimen general de extranjería contenido 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 ; norma reglamentaria en la que ---a través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado--- se introducen las 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".

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 cuentan 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 .

En síntesis, la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia ---de nacionalidad extraeuropea---, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38 / CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros. La introducción, en el precepto impugnado, de la expresión en la que la impugnación se concreta ("de otro Estado miembro") implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada".

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:

" 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 sitúan en el ámbito subjetivo del artículo 2º Real Decreto 240/2007 , debe, obviamente, y por las mismas razones allí expuestas, desaparecer el contenido de dicho régimen, que se contiene en la Disposición Final Tercera 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (a la sazón Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre)".

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:

" 34 El artículo 1, apartado 1, letra d), de la Directiva 73/148 sólo se aplica a los ascendientes del cónyuge del ciudadano de un Estado miembro establecido en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta propia, que estén «a su cargo».

35 Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la calidad de 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 [véase, a propósito del artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 y del artículo 1 de la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990 , relativa al derecho de residencia (DO L 180, p. 26) respectivamente, las sentencias Lebon, antes citada, apartado 22, así como de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, Rec. p. I-9925, apartado 43].

36 El Tribunal de Justicia también declaró que la calidad de miembro de la familia a cargo no supone un derecho a alimentos, porque de ser éste el caso dicha calidad dependería de las legislaciones nacionales que varían de un Estado a otro (sentencia Lebon, antes citada, apartado 21). Según el Tribunal de Justicia no es necesario determinar las razones del recurso a ese mantenimiento ni preguntarse si el interesado está en condiciones de subvenir a sus necesidades mediante el ejercicio de una actividad remunerada. Esta interpretación viene impuesta, en particular, por el principio según el cual las disposiciones que establecen la libre circulación de trabajadores, uno de los fundamentos de la Comunidad, deben ser objeto de interpretación extensiva (sentencia Lebon, antes citada, apartados 22 y 23).

37 Para determinar si los ascendientes del cónyuge de un ciudadano comunitario están a cargo de éste, el Estado miembro de acogida debe apreciar si, a la vista de sus circunstancias económicas y sociales, no

están en condiciones de subvenir a sus necesidades básicas. La necesidad del apoyo material debe darse en el Estado de origen o de procedencia de dichos ascendientes en el momento en que solicitan establecerse con el ciudadano comunitario.

38 Esta conclusión se impone a la luz del artículo 4, apartado 3, de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968 , sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88), de acuerdo con el cual la prueba de la calidad de ascendiente a cargo del trabajador por cuenta ajena o del cónyuge de éste, en el sentido del artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 , se satisface con la presentación de un documento expedido por la autoridad competente del «Estado de origen o de procedencia» en el que se acredite que el ascendiente de que se trata está a cargo de dicho trabajador o del cónyuge de éste. En efecto, pese a la falta de indicaciones en cuanto a los medios de prueba admitidos para que el interesado demuestre que está incluido en alguna de las categorías que se contemplan en los artículos 1 y 4 de la Directiva 73/148 , nada justifica que la calidad de ascendiente se aprecie de forma diferente según se trate de los miembros de la familia de un trabajador por cuenta ajena o de los de un trabajador por cuenta propia.

39 De conformidad con el artículo 6, letra b), de la Directiva 73/148, el Estado miembro de acogida puede exigir al solicitante que aporte la prueba de que está incluido en alguna de las categorías contempladas en el artículo 1 de dicha Directiva .

40 Los Estados miembros están obligados a ejercer sus competencias en este ámbito respetando tanto las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE como la eficacia de las disposiciones de las directivas que establecen medidas para suprimir entre ellos los obstáculos a la libre circulación de personas, a fin de facilitar el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias en el territorio de cualquier Estado miembro (véase, por analogía, la sentencia de 25 de mayo de 2000, Comisión/Italia, C-424/98 , Rec. p. I-4001, p. 35).

41 En lo que atañe al artículo 6 de la Directiva 73/148, el Tribunal de Justicia declaró que, a falta de indicaciones en cuanto al medio de prueba admitido para que el interesado demuestre que está incluido en alguna de las categorías contempladas en los artículos 1 y 4 de la misma Directiva , hay que concluir que dicha prueba puede efectuarse por cualquier medio adecuado (véanse, en particular, las sentencias de 5 de febrero de 1991 , Roux, C-363/89, Rec. p. I-1273, apartado 16 , y de 17 de febrero de 2005 , Oulane, C-215/03 , Rec. p. I-1215, apartado 53).

42 Consecuentemente, si bien un documento expedido por la autoridad competente del Estado de origen o de procedencia en el que se acredite que existe una situación de dependencia es un medio particularmente adecuado a estos efectos, no puede constituir un requisito para la expedición del permiso de residencia mientras que, por otra parte, puede considerarse que el mero compromiso, del ciudadano comunitario o de su cónyuge, de asumir a su cargo a los miembros de la familia de que se trata no demuestra que exista una situación real de dependencia de éstos.

43 En estas circunstancias, procede responder a la segunda cuestión, letras a) y b), que el artículo 1, apartado 1, letra d), de la Directiva 73/148 debe interpretarse en el sentido de que «[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. El artículo 6, letra b), de la misma Directiva debe interpretarse en el sentido de que la prueba de la necesidad de un apoyo material puede efectuarse por cualquier medio adecuado, aunque puede considerarse que el mero compromiso, del ciudadano comunitario o de su cónyuge, de asumir a su cargo a los miembros de la familia de que se trata, no demuestra que exista una situación real de dependencia de éstos"

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 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 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* .

OCTAVO .- Entrando, pues, al examen de los requisitos que para la reagrupación establece el RD 240/2007, el mismo se ordena (coherentemente) 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.d)*: *a tenor del mismo, el Real Decreto se aplica -sic- "a sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo"* . En una interpretación puramente gramatical pudiera sostenerse (dada la ubicación de la "coma" en la oración, con la pausa a que dicha coma obliga) que la expresión "que viven a su cargo" sólo se predica de los ascendientes del cónyuge, que no de los ascendientes del reagrupante. No obstante, esta interpretación debe rechazarse, pues, como es bien sabido, las normas deben ser interpretadas, con arreglo a lo dispuesto en el *art. 3.1 del Código Civil* , según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Y en este caso resulta evidente que la mera interpretación gramatical que hemos apuntado conduciría a un resultado contrario al Ordenamiento de la Unión Europea que el reglamento español trata de trasponer y al propio sentido global de la normativa interna española de extranjería, que en ningún caso han querido establecer el derecho de reagrupación de ascendientes de terceros países como un derecho subjetivo absoluto e incondicionado. Diferentemente, si esa lectura puramente gramatical del precepto se pone en relación, como corresponde, con el sentido y finalidad de la norma tanto comunitaria como española, y con la propia realidad social en que se inserta, puede concluirse que su "*ratio*" es que la expresión "que vivan a su cargo" se refiere (por encima de la desafortunada ubicación de la *coma* en la oración) tanto a los ascendientes del reagrupante nacional español como a los de su cónyuge.

A estos ascendientes 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" .

NOVENO .- Evidentemente, 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):

- en la *Directiva 2004/38* se afirma (considerando 5º) que el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad; y consiguientemente, recordemos, se establece que la *Directiva se aplicará* (art.3) al ciudadano de la Unión y a los "miembros de su familia", entendida esta expresión en el sentido que puntualiza el artículo 2.2, que define cuáles son esos miembros, incluyendo entre ellos "los ascendientes directos a cargo". Más aún, el artículo 3 añade que "el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de... cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas". Obsérvese que respecto de estos últimos familiares la Directiva utiliza el imperativo "facilitará", y no el potestativo "podrá facilitar", de modo que aun cuando se habilita un margen de apreciación para el legislador nacional en cuanto a la concreción de los requisitos necesarios a tal efecto, ese margen no puede derivar en prohibiciones o limitaciones de tal entidad que hagan tal posibilidad de reagrupación inviable en la práctica.

- en la *Directiva 2003/86* se comienza reconociendo (considerando 4º) que "la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado"; y sobre esta base, se diseña un sistema en el que la reagrupación familiar "debe aplicarse en todo caso a los miembros de la familia nuclear, es decir, al cónyuge y a los hijos menores de edad", y "los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa..." (considerandos 9º y 10º). Así, el artículo 4 establece que los estados miembros "autorizarán" la entrada y la residencia del cónyuge y los hijos del reagrupante (en los términos que dicho precepto perfila), y el mismo precepto añade que "los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de los siguientes miembros de la familia: a) los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen".

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.ej 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.

DÉCIMO .- Determinado, pues, el marco normativo aplicable, hemos de descender al examen circunstanciado del caso litigioso, a fin de determinar, en definitiva, si el padre 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.

Llegados a este punto, hay un dato que resulta del expediente y que no puede dejar de anotarse, cual es que 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.

El problema reside en que, como razonaremos a continuación, la resolución administrativa denegatoria del visado presenta una patente insuficiencia de motivación que dificulta considerablemente la indagación de las verdaderas causas determinantes de la denegación ahora combatida. Con todo, si examinamos la escueta motivación de dicha resolución, y las actuaciones administrativas que la precedieron, entendemos

que al menos puede excluirse que la denegación del visado tuviera relación con la falta de acreditación de la dependencia económica entre reagrupante y reagrupado (que es la nota a que el RD 2393/2004 reconduce el concepto "estar a cargo").

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.

Sin embargo, esa motivación adolece de una clara insuficiencia en el caso que nos ocupa, pues el examen de la resolución denegatoria del visado, y de la posterior resolución del recurso de reposición promovido contra la misma, no permite discernir cuál fue la concreta razón por la que la Administración denegó el visado pretendido; ni es posible determinar con la mínima certeza exigible cuáles fueron esas razones en atención a las actuaciones practicadas en el expediente de su razón.

En efecto, como antes hemos visto al dejar constancia de la tramitación del expediente administrativo:

a) tras presentar el padre del ahora recurrente su solicitud de visado (tramitada conforme al RD 2393/2004), el Consulado le dirigió un requerimiento de subsanación para que aportase original y copia "notarizada" de la siguiente documentación: pasaporte con vigencia mínima de diez días, copia notarial del DNI del reagrupante, acta de manifestaciones o declaración notarial del reagrupante en la que manifieste su deseo de reagrupación familiar con el reagrupado expedida en los últimos tres meses, declaración notarial expresando las razones que se tienen para pedir la reagrupación, y certificación de la Subdelegación del Gobierno en Girona en donde se indicase la notificación de la autorización de residencia.

b) El solicitante de visado, en contestación a este requerimiento de subsanación, presentó ante el Consulado un escrito de alegaciones protocolizado notarialmente, expresando las razones por las que solicitaba la expedición del visado de reagrupación (centradas en que sus cuatro hijos y sus nietos residían en España y deseaba reunirse con ellos); un acta notarial de manifestaciones del reagrupante D. Pedro Francisco de fecha 14 de noviembre de 2007 y copia notarial de su DNI; certificaciones de remesas de dinero efectuadas a favor del reagrupado Lucas por otro de sus hijos residentes en España; certificación de que la autorización

de residencia temporal se notificó el 18 de septiembre de 2007; certificación de habitabilidad de la residencia del reagrupante; y certificación de que el reagrupado percibe en su país una pensión de 215'17 dólares.

c) A continuación, el Consulado notificó al solicitante de visado un requerimiento de comparecencia personal para el día 5 de diciembre siguiente, que se decía efectuado de conformidad con los *artículos 35.3, 43.3 y 51.8 del 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*, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

d) No consta en el expediente que dicha comparecencia tuviera lugar, ni por tanto obra en dicho expediente el acta de la comparecencia ni el resultado de la misma, pero en todo caso, en el mismo día en que estaba señalada esa comparecencia, 5 de diciembre de 2007, se comunicó a D. Lucas que su expediente había sido resuelto desfavorablemente " *por el siguiente motivo: no acreditar documentalmente las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España* " (esta frase es reproducción literal parcial del *artículo 39.dj del reglamento aprobado por RD 2393/2004*, a cuyo tenor 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*")

e) Contra esta resolución interpuso el solicitante de visado recurso administrativo de reposición, que fue desestimado por nueva resolución del Consulado de 17 de diciembre de 2007, en la que como fundamentación de esta desestimación se dijo tan solo lo siguiente: " *estudiadas las alegaciones formuladas en el recurso de reposición, y revisado el expediente que obra en este Consulado, no se deduce la aparición de hechos, argumentos jurídicos o elementos de juicio nuevos que puedan determinar una modificación de la resolución de denegación inicialmente notificada* " .

Obvio es que la expresión utilizada por la Administración para denegar el visado, " *no acreditar documentalmente las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España* " es de una vaguedad tal que hace imposible saber qué fue exactamente lo que la Administración echó en falta, o consideró no debidamente acreditado, o cuál fue el requisito establecido en la normativa de aplicación que no concurría en el caso.

No obstante, a pesar de la indeterminación de la respuesta de la Administración (de la que, por cierto, la propia Administración, que incumplió su deber de motivar, no debe esperar consecuencias beneficiosas), sí que puede descartarse -teniendo en cuenta el tenor literal de la resolución y las actuaciones administrativas que la precedieron- que la razón de la denegación tuviese que ver con una supuesta falta de acreditación de la dependencia legal o económica del reagrupado respecto del reagrupante.

En efecto, cuando el Consulado dirigió al solicitante de visado el requerimiento de subsanación, le solicitó la acreditación documental de distintos extremos, a los que acabamos de referirnos. Pues bien, atendamos al contenido de ese requerimiento (obran en el expediente, aunque no podemos apuntar el folio exacto del mismo, dado que el remitido por la Administración no tiene índice ni esta foliado, como exige el *artículo 48.4 de la Ley Jurisdiccional 29/1998*).

Ese requerimiento responde a un modelo formulario en el que figura un listado general de documentos que pueden requerirse en esta clase de expedientes; y ese listado o relación se individualiza para caso anotando una "X" en la casilla correspondiente a los concretos documentos que la Administración considera no aportados, incompletos o insuficientes en el expediente casuísticamente examinado. En este listado general, figura entre otras una casilla que corresponde al siguiente extremo: " *para agrupación de ascendientes y descendientes mayores de 21 años: acreditación documental de que los interesados viven a expensas del reagrupante* " .

Y ocurre que en el caso que ahora examinamos la Administración no puso ninguna "X" en esa concreta casilla que acabamos de transcribir, aunque sí lo hizo en otras que hemos detallado *supra* .

De este modo, con ocasión del trámite de subsanación el Consulado ni comunicó al solicitante del visado que consideraba no acreditada esa dependencia (vivir a expensas del reagrupante), ni le pidió que aportara documentación para acreditar en debida forma este extremo.

Más adelante, el Consulado le citó para una comparecencia, con apoyo en los *artículos 35.3, 43.3 y 51.8 del reglamento* aprobado por *Real Decreto 2393/2004*. *Ahora bien, de estos tres preceptos, sólo uno, el artículo 43.3, tiene verdadera relación con el objeto del expediente, pues los otros dos se refieren a procedimientos distintos al aquí concernido. En este artículo 43.3 se dispone 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". De acuerdo con lo establecido en este artículo, el Consulado pudo haber considerado procedente esa entrevista a fin de comprobar la concurrencia de algunos de los extremos que se acaban de transcribir, entre los que se encuentra la verificación de la dependencia legal o económica. Ahora bien, lo cierto es que no resulta posible saber cuál fue la exacta razón por la que en este caso se produjo tal citación, dado que no se ha unido al expediente el acta de esa comparecencia, ni hay rastro alguno en el expediente del contenido y finalidad de la misma, pese a que el propio *artículo 43.3* ordena que se extienda un acta expresiva del contenido de dicha comparecencia.

Así pues, recapitulando este *iter* procedimental, observamos que tras presentarse la solicitud de visado con su documentación adjunta, tuvo lugar un trámite de subsanación, en el que se requirieron al solicitante del visado documentos referidos a distintos extremos, pero no se le requirió ninguna documentación concerniente al específico punto de la dependencia económica entre reagrupado y reagrupante. Este extremo tal vez fuera examinado en la comparecencia a la que el solicitante de visado fue citado después de verificarse el trámite de subsanación, pero decimos "tal vez", porque no obra en el expediente el acta de dicha comparecencia, sobre la que, por ende, nada sabemos (ni siquiera sabemos si realmente tuvo lugar).

Así las cosas, la resolución denegatoria del visado nada dijo acerca de una falta de acreditación de dependencia económica entre reagrupante y reagrupado. Al contrario, a la vista de los datos que acabamos de recoger con detalle, resulta forzoso concluir que excluyó tal causa de denegación.

Lo único que dice la resolución denegatoria del visado es que el mismo ha sido resuelto desfavorablemente " *por el siguiente motivo: no acreditar documentalmente las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España*". Esta frase transcribe de forma prácticamente literal parte del *artículo 39.dj del reglamento aprobado por RD 2393/2004*, a cuyo tenor 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*". Ahora bien, reparemos en que la transcripción es, como decimos, parcial. Esto es, el *precepto exige la concurrencia de dos* notas para que proceda la reagrupación del ascendiente: primero, que el reagrupado esté a cargo del reagrupante; y segundo, que se aprecien razones justificativas de la necesidad de autorizar la residencia del reagrupado en España. Pues bien, la resolución denegatoria del visado que analizamos se refirió expresamente a este segundo requisito, refiriendo que su concurrencia no se había acreditado (aunque sin dar ninguna razón o explicación justificativa de tal conclusión), pero nada indicó sobre el primero, de manera que no cabe sino apreciar que la propia Administración no discutió realmente que el solicitante del visado dependiese económicamente del reagrupante.

Podemos, así, calibrar la afirmación del Abogado del Estado, en su contestación a la demanda, de que según los datos obrantes en el Consulado General de España en Quito, no se ha acreditado la existencia de una verdadera dependencia económica. Ante todo, tal afirmación carece del menor respaldo documental, por lo que hemos de tenerla por infundada y gratuita; pero además resulta ajena a lo decidido por la Administración en la resolución denegatoria del visado; no siendo ocioso recordar que según jurisprudencia consolidada, incumbe a la Administración, en el momento de resolver sobre la solicitud, expresar todas las razones por las que considera incumplido alguno de los requisitos para la obtención de lo solicitado por el interesado, debiendo limitarse luego la revisión jurisdiccional a verificar si la resolución administrativa denegatoria, dadas las razones en que se apoya, es o no ajustada a Derecho.

Desde esta misma perspectiva, carecen también de sentido las consideraciones de la sentencia de instancia sobre la acreditación de esa dependencia económica.

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.

Por tanto, la pretensión del recurrente debe ser estimada, reconociendo el derecho de su progenitor, D. Lucas a la obtención del visado solicitado.

UNDÉCIMO .- Pero más aún, esta conclusión se refuerza si examinamos la cuestión desde la perspectiva de examen que hemos razonado ampliamente en nuestra reciente sentencia de fecha 5 de octubre de 2011, recurso de casación nº 5245/2008 .

Recordemos que la resolución administrativa denegatoria del visado aplicó el *reglamento aprobado por RD 2393/2004*. Pues bien, atendiendo a la regulación incorporada en los artículos 42 y 43 de esta norma reglamentaria (referidos, respectivamente, al procedimiento para la autorización de residencia temporal por reagrupación, y para la obtención posterior del visado por parte del reagrupado), en esa sentencia de 5 de octubre de 2011 concluimos que una vez que se ha concedido por la Administración la autorización de residencia temporal por reagrupación (*art. 42*), la Embajada o Consulado podrá denegar el visado correlativo (*art. 43*) únicamente 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

podiera 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).

No obstante -añadíamos en la sentencia de 5 de octubre de 2011 -, 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 los que acabamos de aludir, 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.

Con una consideración añadida que no está de más añadir: que tanto la resolución del Subdelegación del Gobierno a la hora de conceder la autorización de residencia temporal por reagrupación como la resolución del Consulado a la hora de la concesión del visado, no son actos discrecionales sino reglados.

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.

DÉCIMOSEGUNDO .- Por las razones anteriormente expuestas, debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pedro Francisco contra la sentencia de la Sala de este Orden Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) de 17 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo nº 131/2008).

Y de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998*, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Pedro Francisco contra la resolución del Consulado de España en Quito (Ecuador) de 11 de diciembre de 2007, confirmada en reposición por resolución de 17 de diciembre de 2007, por la que se le denegó al ciudadano ecuatoriano D. Lucas su solicitud de visado para reagrupación familiar en España con su hijo y aquí recurrente D. Pedro Francisco.

(La estimación del recurso de casación y consiguiente estimación del recurso contencioso-administrativo por las razones expresadas en el cuerpo de esta nuestra sentencia hace innecesario entrar al examen de los demás motivos de casación esgrimidos por la parte recurrente)

DECIMOTERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139 de la Ley Jurisdiccional*, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso de casación.

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

Primero.- Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Francisco contra la sentencia de la Sala de este Orden Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1ª) de 17 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo nº 131/2008); que casamos.

Segundo.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Francisco contra la resolución del Consulado de España en Quito (Ecuador) de 5 de diciembre de 2007, confirmada en reposición por resolución de 17 de diciembre de 2007, por la que se le denegó al ciudadano ecuatoriano D. Lucas su solicitud de visado para reagrupación familiar en España con su hijo y aquí recurrente D. Pedro Francisco; resoluciones ambas que anulamos por no ser conformes a Derecho, reconociendo el derecho a la expedición de visado por reagrupación familiar, en los términos fundamentados.

Tercero.- No efectuamos expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el presente recurso 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 .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.-Rubricado.-**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.