



Roj: STS 6566/2012
Id Cendoj: 28079130032012100462
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1335/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 1335/2012, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Rosa Martínez Serrano, en nombre y representación de Doña Penélope , contra la Sentencia de 13 de enero de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso-administrativo núm. 966/2010 , sobre denegación de visado para reagrupación familiar a los padres de la recurrente. Ha comparecido como parte recurrida el ABOGADO DEL ESTADO en la representación que legalmente ostenta.

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 número 966/2010 , interpuesto por la Procuradora Doña Rosa Martínez Serrano, en representación de Doña Penélope , contra la resolución del Consulado General de España en Bogotá de 28 de abril de 2010, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 15 de marzo del mismo año que denegaba el visado para reagrupación familiar a los padres de la recurrente, Doña María Purificación y Don Lázaro .

SEGUNDO .- En fecha 13 de enero de 2012 la Sala del Tribunal Superior de Justicia dictó Sentencia con este fallo:

<<DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por la representación de la recurrente doña Penélope , contra la resolución, 28-4-2010, del Consulado General de España en Bogotá (Colombia), que desestima el recurso de reposición interpuesto contra resolución de ese mismo órgano, de 15-3-2010, por la que deniega la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar solicitado por los padres de dicha recurrente, doña María Purificación y D. Lázaro .>>

TERCERO.- La Procuradora Doña Rosa Martínez Serrano, en representación de Doña Penélope , interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1335/2012 contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo:

PRIMERO.- Al amparo de lo establecido en el art. 88.1 apartado d) de la LJCA : Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate:

A) Se ha producido infracción de las normas del ordenamiento jurídico que resulta aplicable para resolver la cuestión objeto de debate, en base a los siguientes términos, A juicio de esta parte la Sala de Instancia ha cometido una infracción de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto 240/2007, y de la Directiva 2004/38/CE, así como del Art. 24 de la Constitución .

[...] B) También se ha vulnerado la Jurisprudencia aplicable a este caso en concreto, destacando la Sentencia, que antes se ha hecho mención, de fecha 20.10.2011:(recurso 1470/09) del Tribunal Supremo [...]

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto en los términos expuestos, el Abogado del Estado formuló escrito de oposición al recurso, en el que suplicaba se dicte resolución desestimatoria, con expresa imposición de costas a la parte contraria.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el 18 de septiembre de 2012, 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.- Doña Penélope impugna a través de este recurso de casación la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, en fecha 13 de enero de 2012 . En esta Sentencia se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquella contra la resolución del Consulado de España en Bogotá, el cual denegaba el visado por reagrupación familiar a favor de sus padres, Doña María Purificación y Don Lázaro .

En su fundamentación jurídica, la Sentencia recurrida examinó el doble procedimiento para la reagrupación familiar contenido en los artículos 42 y 43 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, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En el examen realizado por la Sala se destacó la necesidad del reagrupante de solicitar en España la autorización de residencia de los reagrupados y, después, la petición de visado por estos ante la oficina consular del país de origen.

La resolución jurisdiccional aquí impugnada también puso de manifiesto la transcendencia de la Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (RCA 114/2007), la cual, al anular la disposición adicional 20^a del mencionado Real Decreto, impone la aplicación a la reagrupación por españoles del 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. Puesto que Doña Penélope , reagrupante, posee nacionalidad española, no es exigible el requisito de la justificación de la necesidad de reagrupación que sí lo sería en caso de ser el reagrupante extranjero. Sin embargo, subsiste el requisito de que los reagrupados se hallen a cargo del reagrupante, impuesto por el artículo 2.d) del último texto legal citado .

La Sentencia interpreta la situación de hallarse «a cargo» con apoyo en la jurisprudencia comunitaria, que considera como tal aquella situación en que el reagrupado necesita del apoyo económico del reagrupante para alcanzar un nivel de vida digno. Después, considera que no hay prueba de este hecho en el presente caso, lo que expone en estos términos:

<<[...] Es lo esencial que debe quedar debidamente acreditado que los reagrupados se encuentren efectivamente a cargo de la persona reagrupante, y para ello se han de ponderar las situaciones familiares personales concretas, por lo que entran en juego factores como la posible existencia de otros hijos que también están obligados a contribuir económica y afectivamente, la condición de estado civil de los ascendientes, si perciben alguna pensión o subvención de la asistencia social en su país, etc. No podemos olvidar que se requiere que el ascendiente viva a cargo exclusivo del descendiente reagrupante y aún cuando esa exclusividad no figura en la norma, es inherente a ella, pues de no concurrir no viviría "a su cargo". Si la normativa hubiera querido reconocer el derecho automático a la reagrupación, no hubiera incluido este inciso porque de lo contrario podría darse el caso fraudulento de que se pretendiese reagrupar a un ascendiente verdaderamente autosuficiente con sólo acreditar que se envía algún dinero. Resumiendo, en el supuesto que examinamos la hija reagrupante, que percibe aproximadamente unos ingresos mensuales de 1000 #, con los que tiene que vivir ella, pagarse el alojamiento, y además enviar algún dinero a sus padres, como antes hemos dicho, siendo difícil de apreciar que la reagrupante pague el alquiler de un piso en España, tenga que hacer frente a los gastos de subsistencia más elementales y además envíe cantidades que oscilan de 100 y 300 # a sus padres, sin que éstos tengan otras fuentes de ingresos en Colombia, que no han acreditado que no las perciban ni que no tengan otros hijos en dicho país.

En consecuencia, no ha quedado acreditado en este caso que los solicitantes vivan a cargo exclusivamente de su hija nacionalizada española y residente en España, por lo que, de acuerdo con la normativa expuesta, no se ha probado en este caso dicho requisito legal exigido para obtener dicho visado, lo cual ha de llevar a la desestimación del recurso.>>

SEGUNDO.- El recurso de casación se fundamenta en un único motivo, acogido al artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por considerar que la Sentencia infringe el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, la

Directiva 2004/38/CE y el artículo 24 de la Constitución , así como la jurisprudencia recogida en la Sentencia de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009).

En el desarrollo del motivo alega la recurrente que la Sala de instancia no ha valorado correctamente los documentos acreditativos de la dependencia económica de los reagrupados, consistentes en el envío de dinero por la reagrupante durante los años 2008 y 2009 en cuantías muy superiores al salario mínimo interprofesional de Colombia. Estima que la valoración probatoria debe someterse en casos como el actual a criterios menos restrictivos de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala y la mencionada Directiva europea, así como que los requisitos de idoneidad de la reagrupante y de los reagrupados ya fueron examinados por la Delegación del Gobierno en el trámite de autorización de residencia, dando por válidos los documentos relativos a los ingresos y modo de vida de los últimos.

Entiende la recurrente, por último, que ha sido vulnerado el artículo 24 de la Constitución por falta de suficiente motivación de la Sentencia acerca de la aplicación de los criterios sentados por la jurisprudencia y contenidos en la normativa europea.

TERCERO.- Por evidentes razones sistemáticas debe analizarse en primer lugar, para rechazarla, la denuncia de falta de motivación de la Sentencia.

Como hemos reiterado (Sentencias de 29 de abril de 2011, RC 353/2008 , 5 de mayo de 2011, RC 205/2007 , y 13 julio 2011, RC 205/2007 y 473/2008), la motivación de las resoluciones judiciales configura uno de sus requisitos, de manera que su falta es subsumible en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia que, en casación, debe encauzarse a través del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional , y no en el apartado d), como hace la parte recurrente.

De todos modos, el defecto de motivación que se atribuye a la Sentencia aquí impugnada no es tal. La alegación de la recurrente se fundamenta en que la Sala ha vulnerado criterios legales y jurisprudenciales sobre la reagrupación familiar, cuestión no procesal, sino sustantiva, que se reitera en el resto del motivo. Aun así, basta con la lectura de la Sentencia para comprobar que cuenta con una motivación amplia, detallada y plenamente ajustada a las concretas circunstancias del caso. Cuestión distinta es que esa motivación sea incorrecta o no satisfaga a la parte recurrente.

CUARTO.- Por otro lado, gran parte de la argumentación del motivo se reduce a impugnar la valoración de la prueba realizada en la instancia acerca del dato de la dependencia económica de la reagrupante por sus padres. Pero es notoria doctrina que la apreciación de la prueba únicamente puede acceder a casación si se denuncia la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de pruebas tasadas o si la llevada a cabo resulta contraria a la razón e ilógica, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9.3 de la Constitución (Sentencias de 16 de febrero de 2009, RC 6092/05 , 8 de febrero de 2010, RC 6411/2004 , 12 de abril de 2011, RC 3234/2009 y 4403/2006 , 3 de mayo de 2011, RC 5490/2009 , 4 de mayo de 2011, RC 6187/2006 , 13 de junio de 2011, RC 3681/2007 , 27 de marzo de 2012, RC 4382/2008 , y muchas otras).

El análisis de la prueba practicada que refleja la Sentencia no da lugar a resultados inverosímiles, ni es ilógico o absurdo. Podrán compartirse o no las conclusiones de la Sala, pero se apoyan rigurosamente en el contenido del expediente administrativo y en las pruebas aportadas por la recurrente en vía judicial, a partir de lo cual infiere, mediante un proceso lógico, la insuficiencia probatoria sobre el hecho de la dependencia económica de los reagrupados.

QUINTO.- Es especialmente relevante la cuestión que suscita el recurso acerca de la disparidad de criterio entre la Delegación del Gobierno en trance de autorizar la residencia de los reagrupados y el Consulado en Bogotá al denegar el visado, puesto que, conforme se dirá, en el procedimiento de concesión del visado solo excepcionalmente puede modificarse la decisión sobre el cumplimiento de los requisitos para la reagrupación que fue tomada en el procedimiento autorizatorio de la residencia.

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

En primer lugar, el instado por el reagrupante mediante la solicitud de la autorización de residencia a favor de los reagrupados. Esta solicitud exige la aportación, entre otros documentos, de la «copia de la

documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica» [artículo 42.2.a)].

Y, el posterior tramitado ante la oficina consular del país de origen del reagrupado para obtener el visado. A la solicitud de visado debe acompañarse la «documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, de la edad y la dependencia legal o económica» [letra d) del artículo 43.2]. La denegación del visado se produce «Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado».

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

<<[A]un habiéndose concedido por la Administración la autorización de residencia temporal por reagrupación (art. 42), la Embajada o Consulado podrá denegar el visado correlativo (art. 43) en los siguientes supuestos:

1º) Si el reagrupado no aporta (o no lo hace en debida forma) junto con su solicitud de visado la documentación propia o característica de este concreto expediente, que es la específicamente exigida por el artículo 43; o si esta documentación resulta inservible o insuficiente a los efectos pretendidos de expedición del visado.

2º) Si una vez aportados los documentos originales concernientes a los vínculos familiares, la edad, y la dependencia legal y económica, de los que en el primer expediente de autorización de residencia temporal únicamente se adjuntó copia, se comprueba tras el correspondiente examen y cotejo que esos datos aportados en el primer expediente, a través de simples copias, no son ciertos (esto es, que las copias presentaban algún tipo de falsedad) y que los originales no son suficientes a los efectos pretendidos (en tal caso además de denegarse el visado, lo procedente es instar la inmediata revisión de oficio de la inicial autorización de residencia temporal por reagrupación).

3º) Si con ocasión de la tramitación del expediente para la obtención del visado surgen o se aprecian datos o elementos de juicio novedosos, esto es, no tenidos en cuenta al tiempo de resolver sobre la autorización de residencia temporal para la reagrupación familiar, que pongan de manifiesto una circunstancia que justifique la denegación del visado pretendido (una vez más, en la medida que esa circunstancia novedosa pudiera dar lugar a reconsiderar la propia validez de la precedente resolución de concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, habrá de valorarse su revisión de oficio).

Ahora bien, si la documentación original coincide con la aportada antes mediante copia y no se ponen de manifiesto con ocasión de la tramitación del expediente de visado esos datos novedosos a que acabamos de referirnos carece de justificación aprovechar el trámite de solicitud del visado para reexaminar y reconsiderar lo mismo que ya se ha examinado y acordado mediante resolución administrativa firme, y así cambiar el criterio sentado en esa primera resolución autorizatoria de la reagrupación.

Esto es, si la documentación de la que en su día se aportó copia es reproducción fiel del original auténtico, y como tal ya ha sido valorada y considerada adecuada y suficiente por la autoridad que concedió la autorización de residencia por reagrupación, no cabe rectificar esta valoración con única base en el personal y diferente criterio de quien resuelve sobre la expedición del visado acerca de la suficiencia de esos documentos a los fines pretendidos; y eso por tres razones: 1º) porque significaría negar valor a un acto administrativo declarativo de derechos sin utilizar los preceptivos cauces revisorios de oficio establecidos en la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común; 2º) porque implicaría ir contra el principio de vinculación a los propios actos que rige en las relaciones entre Administración y ciudadanos, del que deriva que la Administración no puede comunicar una decisión que favorece a su destinatario e ignorarla después; y 3º) porque partiendo de la base de que en cualquier realidad no pueden convivir indistintamente una cosa y la contraria, lo que no puede la Administración es negar la concurrencia de uno de los requisitos exigidos para la reagrupación familiar, cuando ella misma ha reconocido su concurrencia con base en los mismos datos y en favor del mismo interesado.

Con una consideración añadida que no está de mas apuntar: 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, en cuanto

acotados en términos bien claros por la L.O. 4/2000 y su reglamento de desarrollo aprobado por R.D. 2393/2004.>>

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

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

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

SEXTO .- En lo que respecta al presente caso, obra incorporado a los autos el expediente de autorización de residencia tramitado ante la Delegación del Gobierno en Asturias.

En él figuran los justificantes de las órdenes de transferencia de determinadas cantidades de dinero por Doña Penélope a sus padres por un periodo comprendido entre noviembre de 2008 y septiembre de 2009 (documento 1.10).

Asimismo se halla el informe de la Brigada de **Extranjería** que concluye, entre otros extremos, que «el dinero transferido durante el último año a sus padres [por la solicitante] es insuficiente [...] para reagrupar a sus padres» (documento 2), afirmación demostrativa de que los justificantes de las transferencias aportadas por la reagrupante fueron valoradas durante la instrucción del procedimiento.

Por último, obran al folio 4 de ambos expedientes la resolución de 10 de febrero de 2010, autorizatoria de la residencia de los reagrupados, en cuyo primer fundamento de Derecho se declara que «concurren las circunstancias requeridas por los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica 4/2000 [...]», y no puede omitirse que una de las circunstancias exigidas en el apartado 1. d) del artículo 17 es precisamente el que los ascendientes estén a cargo del reagrupante.

La Delegación del Gobierno, por tanto, fue favorable a la concurrencia del requisito controvertido.

En consecuencia, nos hallamos ante un supuesto idéntico al enjuiciado en las Sentencias antes citadas. El Consulado debió haberse abstenido de valorar aquello que ya había sido tomado en consideración en la tramitación de los permisos de residencia, y, por tanto, conceder el visado ante la ausencia de indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas o la autenticidad de los documentos, así como de hechos nuevos y relevantes. Ello nos lleva a la estimación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- La casación de la Sentencia del Tribunal de Madrid coloca a esta Sala en la posición de Tribunal de instancia conforme a lo previsto en el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción , con la consecuencia de la estimación del recurso contencioso-administrativo por las razones anteriormente expresadas.

La denegación de los visados por las causas manifestadas en las resoluciones administrativas no son ajustadas a Derecho. La relativa a la inexistencia de «razones que justifiquen la necesidad» no es procedente por las correctas razones que expresa la Sentencia recurrida, esto es, por la inexigibilidad de este requisito cuando nos hallamos ante la reagrupación por un ciudadano español, en que resulta aplicable el Real Decreto 240/2007. La razón consistente en la insuficiente acreditación de la dependencia económica, tampoco resulta correcta porque este hecho fue apreciado en sentido positivo por la Delegación del Gobierno y no concurre razón alguna que justificara una nueva valoración del mismo dato por el Consulado, que sustenta su decisión denegatoria en esta distinta ponderación..

OCTAVO.- Procede, en suma, la estimación del recurso, sin imposición de las costas de la primera instancia, por no apreciarse temeridad ni mala fe, ni las de este recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .



Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

PRIMERO.- HA LUGAR al recurso de casación número 1335/2012, interpuesto por la Procuradora Doña Rosa Martínez Serrano, en nombre y representación de Doña Penélope , contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, en fecha 13 de enero de 2012, recurso núm. 966/2010 , que casamos.

SEGUNDO.- ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha recurrente contra la resolución del Consulado General de España en Bogotá de 28 de abril de 2010, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 15 de marzo del mismo año, la que anulamos por no ser ajustada a Derecho y declaramos el derecho de Doña María Purificación y Don Lázaro a la obtención del visado por reagrupación familiar solicitado en su día.

TERCERO.- No imponemos a ninguna de las partes las costas procesales causadas en primera instancia ni en este 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 Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.