



Roj: STS 8359/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8359
Id Cendoj: 28079130032011100548
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1046/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 1046/2010 interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. de la Cuesta Hernández en nombre y representación de D. Maximo y Dña. Yolanda , contra la Sentencia de 12 de noviembre de 2009, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 698/08, sobre denegación de visado para reagrupación familiar.

Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado 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 698/08, contra la Resolución del Consulado General de España en Bogotá de 3 de julio de 2008, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 30 de mayo de 2008, que les denegó visado de residencia, en régimen general, para reagrupación familiar en España con su hijo.

SEGUNDO.- La expresada Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta Sentencia el 12 de noviembre de 2009, cuyo fallo expresa:

" Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por don Maximo y por doña Yolanda contra la resolución del Consulado General de España en Bogotá de 3 de julio de 2008, a que este proceso se refiere, sin formular condena en costas."

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, el Procurador de los Tribunales Sr. de la Cuesta Hernández en nombre y representación de D. Maximo y Dña. Yolanda , 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 ordenando 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, el Procurador de los Tribunales Sr. de la Cuesta Hernández en nombre y representación de D. Maximo y Dña. Yolanda , interpuso el 22 de marzo de 2010 el citado recurso de casación, el cual se formula al amparo de lo establecido en el subapartado d) del artículo 88.1 de la LRJCA, alegando un único motivo impugnatorio, la infracción de los siguientes preceptos: art. 24.1 CE, art. 54.1.a) Ley 30/92, art. 27.6 L.O. 4/2000, art. 43.4 y D.A.6.6 del R.D. 2393/2004. Argumenta que, en contra de lo que afirma la sentencia de instancia, la parca motivación de la resolución administrativa impugnada sí le ha causado indefensión pues no expresaba los concretos hechos por los cuales se estimaba que no se cumplían los requisitos para la concesión del visado solicitado, siendo posteriormente la sentencia la que los determina (existencia de otros hijos que viven en Colombia) no siendo ya posible la defensa e impugnación adecuada y acreditar la imposibilidad de que tales hijos residentes en Colombia atiendan a sus padres - por estar uno en prisión y el otro en desempleo continuado-. También considera infringida la parte recurrente la doctrina jurisprudencial sobre falta de motivación generadora de indefensión con cita y transcripción parcial de numerosas SSTs.

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 30 de junio de 2010.

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 15 de noviembre 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.- La Sentencia de 12 de noviembre de 2009, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestima el recurso número 698/08, interpuesto contra la Resolución del Consulado General de España en Bogotá de 3 de julio de 2008, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 30 de mayo de 2008, que les denegó visado de residencia, en régimen general, para reagrupación familiar en España con su hijo, don Juan Ignacio , de nacionalidad española, que habían solicitado con fecha de 29 de mayo de 2008.

SEGUNDO.- Puesto que la sentencia de instancia recoge de manera detallada los antecedentes más relevantes en el presente caso, procede reseñar ahora la siguiente secuencia procedimental:

D. Juan Ignacio , ciudadano de origen colombiano nacionalizado español, presentó con fecha 27 de septiembre de 2007, ante la Subdelegación del Gobierno en Sevilla, una solicitud de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de sus padres, D. Maximo y D^a Yolanda .

Dicha solicitud fue estimada por resolución del Subdelegado del Gobierno de Sevilla de 20 de febrero de 2008, por la que se concedió la autorización solicitada. En esta resolución se indicaba que en el plazo de dos meses a contar a contar desde la notificación al reagrupante de esta resolución, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar personalmente el visado en la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación resida en la forma y en las excepciones previstas en el artículo 43 del Reglamento.

D. Maximo y Yolanda procedieron de conformidad con lo indicado en esa resolución, y presentaron, el día 29 de mayo de 2009 ante el Consulado de España en Bogotá una solicitud de visado Schengen individual para reagrupación familiar. Junto con dicha solicitud se aportaron los respectivos pasaportes y documentación de los solicitantes, el "pasado Judicial apostillado" de ambos y los correspondientes certificados médicos en los que se describían las enfermedades padecidas por los interesados, en concreto, D. Yolanda , cirugía herniorrafia hiatal, de columna vertebral, y túnel carpiano, y D Maximo , cirugía rodilla derecha, cirugía por luxación y de clavícula derecha.

Se adjuntaron, de igual modo, los diversos documentos de remesas enviadas por D. Juan Ignacio en favor de sus ascendientes, que oscilan entre los 294 y 900 Euros que se reseñan en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia recurrida.

Consta en el expediente administrativo que el 30 de mayo de 2008 el Consulado General de España en Bogota dicta resolución denegando el visado de reagrupación familiar interesado por "no cumplir con lo establecido en el artículo 39, letra d-e 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, que recoge la necesidad de demostrar dependencia económica y existir razones que justifiquen la autorización de residencia en España."

Contra esta resolución ambos solicitantes del visado formularon recurso de reposición, alegando la precaria situación de salud de ambos solicitantes y la conveniencia de la convivencia con la familia en España añadiendo que la resolución denegatoria carecía de motivación, e insistiendo en que tenían derecho al visado pretendido, dada sus edades y el hecho de que sus hijos y nietos residieran en España, y que una de sus fuentes de ingresos eran los envíos de dinero que sus hijos les remitían desde España.

El recurso de reposición fue desestimado por nueva resolución del Consulado de 3 de julio de 2008, en la que como fundamentación de esta desestimación se expuso lo siguiente: "se informa que este Consulado General ha procedido a la revisión de dicho expediente. Al no existir documentación nueva considerada válida para la revocación de la decisión emitida, se confirma la resolución denegatoria notificada en su momento".

Contra esta resolución interpusieron Don Maximo y Doña Yolanda recurso contencioso- administrativo, alegando la falta de motivación de la resolución impugnada e infracción del artículo 43 del Real Decreto

2393/2004 de 30 de diciembre al haberse autorizado previamente la residencia en España y por haberse acreditado la concurrencia de los requisitos de dependencia económica y necesidad, precisos para la obtención del visado, debido a la avanzada edad y enfermedades de los demandantes. A continuación, insistió en que había aportado toda la documentación necesaria para la reagrupación y que las circunstancias personales de los reagrupables (edad avanzada, con sus cinco hijos residentes en España, tres de ellos con nacionalidad española, 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 12 de noviembre de 2009, contra la que se ha interpuesto el presente recurso de casación.

TERCERO.- La Sentencia de instancia confirma la resolución recurrida, reconociendo que, aunque es cierto que la motivación es extremadamente parca, también lo es que ha sido suficiente para que los interesados pudieran conocer el fundamento de la decisión administrativa y mostrar su desacuerdo en vía administrativa y en este proceso, de ahí que no pueda concluirse que la inicial concisión de la motivación les fuera ocasionado indefensión, basando su fallo desestimatorio en las consideraciones siguientes:

<<[...] Se dan las circunstancias de que don Juan Ignacio prestó juramento para la adquisición de la nacionalidad española - en los términos del artículo 23 del Código Civil- el día 5 de diciembre de 2006, y de que con fecha de 27 de septiembre de 2007 solicitó autorización gubernativa de residencia a favor de sus padres.

Conviene dejar sentado que los visados litigiosos se solicitaron con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 240/07, cuya Disposición Final Tercera ha introducido dos nuevas disposiciones adicionales en el Real Decreto 2393/2004, resultando de la nueva Disposición Adicional Vigésima que, en adelante, se regirá por lo previsto en la Sección 2ª del Capítulo I del Título IV del Real Decreto 2393/2004 la reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, que, antes de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 240/2007, no hubieran ejercido el derecho a la libre circulación y devenido titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor, o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del Real Decreto 178/2003, que no exigía que concurrieran razones que justificasen la necesidad de autorizar la residencia en España de los ascendientes solicitantes del visado, requisito cuyo cumplimiento sí era exigible, junto con el de la dependencia económica, para que en el régimen general procediera el derecho a la reagrupación familiar de ascendientes.

En consecuencia, cuando no se haya ejercido previamente el derecho a la libre circulación, como es el caso, el régimen aplicable a los visados de reagrupación familiar de ascendientes en régimen comunitario es, a partir del 27 de marzo de 2007, el establecido en los artículos 38 y siguientes del Real Decreto 2393/2004, cuyo artículo 39, apartados d) y e), exige que los ascendientes se encuentren a cargo del descendiente reagrupante y que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia de aquéllos en España.

Se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando se 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. En cuanto a la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España de los familiares reagrupables, constituye un requisito distinto de la dependencia económica y su cumplimiento es exigible cumulativamente con aquella para que la reagrupación sea procedente, siendo criterio de esta Sección que, con carácter general, las circunstancias a considerar para evaluar la necesidad habrán de venir referidas a la edad de los solicitante del visado, a su estado de salud y a su situación familiar en su país de origen.

[...] El examen de la concurrencia del requisito de dependencia económica pasa por la previa consideración de que la documentación incorporada al expediente administrativo y a los autos acreditan las siguientes remesas, efectuadas por don Juan Ignacio, a favor de sus, en las fecha que se indican y expresadas en euros: [...]

Ni al expediente administrativo ni a los autos se han aportado documentos que justifiquen si los recurrentes son, o no, titulares de cuentas bancarias, y sus saldos y movimientos, o si lo son, o no, de bienes inmuebles, incluido aquél en el que residen - aunque han alegado que lo hacen en régimen de alquiler-, o si pagan impuestos sobre la renta. En el recurso de reposición se reconoció, no obstante, que perciben una pensión mensual de 700.000 pesos colombianos. Sin embargo, ha de añadirse que, según consta en los historiales médicos aportados a los autos, ambos padecen serias enfermedades, circunstancia que aumenta considerablemente sus gastos, lo que unido a la regularidad de las remesas y a que sus cuantías son

importantes en relación al cambio del peso colombiano, permite concluir que los recurrentes necesitan, en una considerable proporción, la ayuda económica de su hijo para poder subvenir a sus necesidades materiales.>>

Por lo que ahora interesa, la Sala realiza las siguientes consideraciones en el Fundamento Jurídico Quinto:

<<[...] Consta en las actuaciones que doña Yolanda nació el 24 de julio de 1938, por lo que estaba próxima a cumplir 70 años cuando solicitó el visado. Don Maximo , nació el día 12 de octubre de 1929, por lo que cuando pidió el visado tenía 79 años. Ninguno de ellos padece enfermedades cuarentenables, ni drogadicción o alteración psíquica importante que pudiera poner en peligro el orden público, ni enfermedad infecciosa o parasitaria, pero sí otras muchas enfermedades, como resulta de las fotocopias de sus respectivos historiales clínicos, de las que están siendo tratados, según se acredita en sus historias clínicas y en el recurso de reposición, en el que alegaron que "si bien por sinceridad expusimos que percibimos una pensión mensual de 700.000 pesos colombianos también es cierto que mi discapacidad eleva la capacidad de supervivencia económica y la de mi esposa. Sumamos a estos recursos la manutención que envía nuestro hijo, lo cual apenas determina la cuantía o el porcentaje de ingresos considerado suficientes: en medicamentos, transportes de taxis por la inmovilidad física, alimentación, vivienda, servicios públicos, vestuario y la enfermera que nos asiste 8 horas diarias, entre otros gastos".

Han acreditado los recurrentes que, además del hijo que les reagrupa, se encuentran también en España su hija doña Irma Esperanza, y sus hijos don Marcial , don Narciso y don Pedro .

Sin embargo, en el certificado médico de doña Yolanda consta, entre los antecedentes, que tuvo siete (7) partos normales. Pero ni en el expediente administrativo ni en este proceso se ha dado explicación al respecto, pese a que, dado que los documentos aportados por los recurrentes justifican que tuvieron siete hijos, les compete la carga de probar cumplidamente todas las circunstancias que determinen su situación de necesidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Por ello no podemos concluir que carezcan de hijos residentes en Colombia ni, en consecuencia, que no tengan plenas posibilidades de apoyo afectivo y de que otros hijos les presten los cuidados personales que precisen.

Y no siendo posible apreciar que, por razones de soledad, los recurrentes se encuentren en una situación de vulnerabilidad susceptible de ser calificada como un supuesto de necesidad de convivencia con el hijo reagrupante, no resulta procedente estimar el presente recurso contencioso administrativo, al no haberse desvirtuado en este proceso los fundamentos de la decisión administrativa.>>

CUARTO. - El recurso de casación interpuesto por la representación de D. Maximo y D^a Yolanda , se formula al amparo de lo establecido en el apartado d) del artículo 88.1 de la LRJCA, alegando un único motivo impugnatorio, la infracción de los siguientes preceptos: art. 24.1 CE, art. 54.1.a) Ley 30/92, art. 27.6 L.O. 4/2000, art. 43.4 y D.A.6.6 del R.D. 2393/2004.

Argumenta que, en contra de lo que afirma la sentencia de instancia, la parca motivación de la resolución administrativa impugnada sí le ha causado indefensión pues no expresaba los concretos hechos por los cuales se estimaba que no se cumplían los requisitos para la concesión del visado solicitado, siendo posteriormente la sentencia la que los determina (existencia de otros hijos que viven en Colombia) no siendo ya posible la defensa e impugnación adecuada y acreditar la imposibilidad de que tales hijos residentes en Colombia atiendan a sus padres -por estar uno en prisión y el otro en desempleo continuado-. También considera infringida la parte recurrente la doctrina jurisprudencial sobre falta de motivación generadora de indefensión con cita y trascripción parcial de numerosas sentencias de esta Sala.

QUINTO.- Dicha normativa que regula el procedimiento para la reagrupación familiar cuando se trate, como en el supuesto de autos, de un ciudadano nacionalizado español, nos hemos pronunciado en la reciente Sentencia de esta Sala Tercera de fecha 20 de octubre de 2011, RC 1470/2009, en la que expusimos el marco normativo aplicable a estos supuestos. Decíamos en esta Sentencia:

<< [...] 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 .

[...]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".

[...] 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.e) cit., y sin embargo se entendiera procedente en otro país de la Unión en el que esas tablas no fueran aplicables, por aplicación las reglas y principios derivados de la Directiva 2004/38). Por lo demás, no parece admisible que el concepto se someta a interpretaciones restrictivas de ese calibre, cuando está en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante como el de protección de la familia de quien -no se olvide- ya tiene conferida la condición de ciudadano español..

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

SEXTO. - Determinado, pues, el marco normativo aplicable, hemos de proceder al examen circunstanciado del caso litigioso, a fin de determinar, en definitiva, si los ahora recurrentes padecieron una situación de indefensión material a través de la sucesiva motivación que justifico la denegación del visado interesado, primero por las autoridades administrativas y después por el órgano jurisdiccional.

La resolución administrativa denegatoria del visado presenta una escueta motivación que dificulta considerablemente la indagación de las verdaderas causas determinantes de la denegación ahora combatida. Con todo, el examen de esta parca motivación de dicha resolución, y las actuaciones administrativas que la precedieron, parece dar a entender que la denegación tuvo lugar en vía administrativa por la falta de acreditación de la dependencia económica y de la necesidad de autorizar la residencia temporal en España. Esa motivación permite pues discernir que fueron esas dos concretas razones las que determinaron que la Administración denegó el visado pretendido.

Cohherentemente los recurrentes formularon su impugnación ante dicha denegación, planteando alegaciones dirigidas a combatir ambos extremos y aportando medios de prueba tendentes a desvirtuar tales afirmaciones que, en definitiva, sustentaban el rechazo de su petición.

Con ocasión de la valoración de dichas alegaciones, la Sala sentenciadora considero suficientemente acreditado que el hijo residente en España realizaba remesas periódicas de dinero que oscilaban entre los 290 y 900 Euros, que se reseñan en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia, así como la delicada salud que presentaban ambos solicitantes. Ya en el Fundamento Jurídico siguiente se hace referencia a la avanzada edad de los recurrentes, de 70 años, D^a Yolanda y 79 años D. Maximo y se aprecia, de igual modo, a través de los respectivos historiales clínicos, las enfermedades sufridas por ambos que exigen tratamiento medico continuado.

No obstante, la Sala sentenciadora, tras reconocer estos factores, es decir la dependencia económica, la avanzada edad de los solicitantes y la situación de grave enfermedad que padecían ambos, se adentra

en el examen del certificado medico correspondiente a D^a Yolanda y a partir del mismo constata que tuvo 7 partos naturales, cuestionándose seguidamente la residencia de los dos hijos de los interesados sobre los que afirma no figuran datos en el expediente que permitan deducir si estos residentes en Colombia, podían atender y asistir adecuadamente a sus padres.

Y esta es la razón esencial que determina el fallo desestimatorio, en suma, la no acreditación en el expediente de la singular situación de los hijos que se encontraban en el país de origen de los solicitantes y en fin, la inobservancia por parte de los recurrentes de la obligación de acreditar cumplidamente todas las circunstancias que determinen su situación de necesidad con arreglo al artículo 217.2 LEC.

No obstante, entendemos que la falta de una motivación específica en la denegación inicial junto con esta motivación ofrecida por la Sala de instancia que precisa y puntualiza la previa de la resolución administrativa, ha generado a los recurrentes una evidente indefensión material. Como hemos indicado, los esfuerzos argumentales de los recurrentes estuvieron dirigidos a justificar los dos extremos mencionados inicialmente por la Administración para rechazar su solicitud, esto es, la necesidad de la reagrupación y la dependencia económica, pero en modo alguno tuvieron ocasión de alegar sobre la específica circunstancia advertida en sede jurisdiccional referida a los dos hijos residentes en Colombia, alegaciones que solo han podido formularse en el presente recurso de casación. Es con ocasión de este recurso cuando los interesados tienen por vez primera la oportunidad de exponer su argumentación referida a la incapacidad de estos dos hijos colombianos de atender y asistir a los recurrentes.

El Consulado de España nada expresó al respecto y tampoco dirigió a los solicitantes del visado requerimiento de subsanación. La Administración no expuso en su resolución denegatoria que no consideraba acreditada la necesidad de reagrupación precisamente por la presencia de esos dos hijos en Colombia ni solicitó que aportara documentación o información para acreditar en debida forma este extremo, ni en fin, les citó para una comparecencia, con apoyo en los artículos 35.3, 43.3 y 51.8 del reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004.

Podemos así, concluir que la genérica motivación administrativa de la denegación de la solicitud del visado junto a la ulterior concreción de las razones determinantes de la inviabilidad de la solicitud del visado, acabó por generar a los recurrentes una situación de indefensión material, que denuncian en el motivo de impugnación, que determina la estimación del recurso y la casación de la sentencia de instancia.

SEPTIMO.- Casada la sentencia y situados como tribunal de instancia (artículo 95.2 LJCA) hemos de analizar los motivos de la impugnación esgrimida en la demanda, y del análisis de lo actuado se advierte que la motivación ofrecida por la Administración resulta excesivamente genérica al aludir a la falta de acreditación de la dependencia económica y de la necesidad de reagrupación, cuando además de no hacer mención a las específicas y singulares circunstancias en realidad, tal razonamiento no se ajusta con exactitud a nuestra doctrina anteriormente expuesta sobre la reagrupación familiar cuando se trata de nacionales españoles, que exige la valoración casuística y circunstanciada del requisito de encontrarse el reagrupado "a cargo" del reagrupante según se expresa en la sentencia de 20 de octubre de 2011 (RC.1470/2009).

Por las razones anteriormente expuestas debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Maximo y D^a Yolanda, contra la sentencia de la Sala de este Orden Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, de 12 de noviembre de 2009, en el recurso contencioso 698/2008.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, estimamos el recurso contencioso-administrativo y revocamos la resolución recurrida a fin de que la Administración dicte nueva resolución valorando específicamente las circunstancias concurrentes, con arreglo a nuestra doctrina contenida en la Sentencia de 20 de octubre de 2011, (RC.1470/2009), y en su caso, otorgando la oportunidad a los recurrentes de realizar alegaciones y exponer las razones concurrentes que justifiquen su solicitud.

OCTAVO.- 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.

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. - Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Maximo , y D^a Yolanda , contra la sentencia de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso contencioso-administrativo 608/08, que casamos.

Segundo.-Revocamos la resolución dictada por el Consulado General de España en Bogotá de 3 de julio de 2008 recurrida, a fin de que la Administración dicte nueva resolución valorando específicamente las circunstancias concurrentes con arreglo a nuestra doctrina contenida en la Sentencia de 20 de octubre de 2011 (RC.1470/2009), y en su caso, otorgando la oportunidad a los recurrentes de realizar alegaciones y exponer las razones que justifiquen su solicitud.

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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ