



Roj: STS 1883/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1883
Id Cendoj: 28079130032012100153
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 129/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 129/2011 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña Raquel Nieto Bolaño en nombre y representación de Dª Marí Juana , contra la Sentencia de 27 de octubre de 2010, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 1551/2009 , 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 1551/2009 , contra la Resolución del Consulado General de España en Bogotá de 23 de septiembre de 2009, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra otra resolución anterior de 22 de julio de 2009, que denegó visado de residencia, a Dª Elisa , en régimen general, para reagrupación familiar en España con su hija, Dª Marí Juana , solicitado en fecha 7 de julio de 2009.

SEGUNDO.- La expresada Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta Sentencia el 27 de octubre de 2010 , cuyo fallo expresa:

<<Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso interpuesto por la Procuradora Sra. Nieto Bolaño, en representación de Dª. Marí Juana , sin costas>>

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, la Procuradora de los Tribunales Dña Raquel Nieto Bolaño en nombre y representación de Dª Marí Juana , 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, la Procuradora de los Tribunales Dña Raquel Nieto Bolaño en nombre y representación de Dª Marí Juana , interpuso el 27 de enero de 2011 el citado recurso de casación.

El Auto de la Sala de 28 de abril de 2011 acordó admitir el recurso de casación interpuesto en cuanto al motivo segundo de casación, e inadmitir el recurso respecto de los motivos primero, tercero y cuarto, remitiéndose las actuaciones para su sustanciación a la Sección Tercera, con arreglo a las normas de reparto de asuntos.

El segundo motivo del recurso se formula por infracción de los arts. 18 y 19 de la LO 4/2000 , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y de los arts. 42 y 43 del RD 2393/2004 que desarrolla la citada ley orgánica.

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 14 de julio de 2011.

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 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 27 de octubre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestima el recurso número 1551/2009 , interpuesto contra la Resolución del Consulado General de España en Bogotá de 23 de septiembre de 2009, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra otra anterior, de 22 de julio de 2009, que denegó el visado de residencia a D^a Elisa , en régimen general, para reagrupación familiar en España con su hija, D^a Marí Juana , de nacionalidad española, que había solicitado con fecha 7 de julio de 2009.

SEGUNDO .- Puesto que la sentencia de instancia no recoge de manera detallada los antecedentes más relevantes en el presente caso, procede reseñar ahora la siguiente secuencia procedimental:

D^a Marí Juana , ciudadana de origen colombiano nacionalizada española, presentó con fecha 7 de abril de 2009, ante la Subdelegación del Gobierno en Burgos, una solicitud de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de su madre, D^a Elisa .

Dicha solicitud fue estimada por resolución del Subdelegado del Gobierno de Burgos de 28 de mayo de 2009, por la que se concedió la autorización solicitada. En esta resolución se indicaba que en el plazo de dos meses 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.

D^a Elisa procedió de conformidad con lo indicado en esa resolución, y presentó, el día 7 de julio de 2009 ante el Consulado de España en Bogotá una solicitud de visado Schengen individual para reagrupación familiar. Junto con dicha solicitud se aportó el respectivo pasaporte y documentación de la solicitante, certificado de nacimiento y certificado judicial con sus correspondientes apostillas y el pertinente certificado médico.

Se adjuntaron, de igual modo, certificado de nacimiento de su hija, así como el carné de identidad de ésta y de sus dos hijos, así como los diversos documentos de remesas enviadas por D^a Marí Juana en favor de su ascendiente, que oscilan entre los 60 y 401 dólares, remesas a las que se hace expresa mención en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia recurrida.

Consta en el expediente administrativo que el 22 de julio de 2009 el Consulado General de España en Bogota dicta resolución denegando el visado de reagrupación familiar solicitado de acuerdo con lo establecido en los artículos 39, y /o 43, apartado 4 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, por el siguiente motivo: "No existencia de razones que justifiquen la necesidad de reagrupación."

Contra esta resolución D^a Marí Juana , en su nombre y en el de su madre, D^a Elisa , formuló recurso de reposición alegando haberle sido concedida la autorización de residencia temporal a D^a Elisa , y haber cumplido con los requisitos para la obtención del visado. Expuso las razones en que apoya la reagrupación familiar, expresando su situación personal y familiar con remisión a los correspondientes documentos que acreditan sus circunstancias personales, familiares, laborales y económicas, y justificando el modo de efectuar sus envíos periódicos de dinero a efectos de sostener que su madre, D^a Elisa , está a su cargo. Alegó finalmente, que quien controla la solicitud de reagrupación familiar es la Subdelegación de Gobierno del domicilio del peticionario, que tras verificar solicitud y documentos concluyó la concesión de autorización, por lo que "no se comprende" que el Consulado General de España en Colombia dijera lo contrario. Por último, sostuvo que a quien solicitó el visado le asiste el derecho a obtenerlo, por tener concedida la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, aunque esté en suspenso.

El recurso de reposición fue desestimado posteriormente en fecha 23 de septiembre de 2009, con la siguiente fundamentación: "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 interpuso D^a Marí Juana recurso contencioso-administrativo, alegando varios motivos, de los que resaltamos, en lo que aquí importa, la infracción de los arts. 18 y 19 de la LO 4/2000 , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y de los arts. 42 y 43 del RD 2393/2004 que desarrolla la citada ley orgánica, porque por haberse acreditado la concurrencia de los requisitos para la concesión de la autorización de residencia temporal en expediente de reagrupación familiar, y haberse demostrado la existencia de los correspondientes documentos exigidos para la concesión del visado, la denegación del consulado no se encuentra amparada por la legalidad, e ignorando con ello el carácter vinculante de las resoluciones administrativas anteriores sobre las posteriores con el mismo objeto. El recurso contencioso-administrativo fue desestimado por sentencia de la Sala de este orden Jurisdiccional de Madrid de fecha 27 de octubre de 2010, contra la que se ha interpuesto el presente recurso de casación.

TERCERO .- La Sentencia de instancia confirma la resolución recurrida, afirmando que el presente caso ha de enmarcarse en el derecho de reagrupación reconocido el artículo 2d) del RD 240/07 , basando su fallo desestimatorio en las consideraciones siguientes:

«[...] el supuesto debe enmarcarse en el derecho de reagrupación reconocido en el art. 2-d del ya citado R.D. 240/07 , que exige acreditar dos condiciones: a) que se trate de un ascendiente, b) que viva "a cargo" del reagrupante. Lo primero no está cuestionado, pero en cuanto a lo segundo, y por imperativo del art. 217 L.E.C ., incumbe a quien va a ser reagrupado no decir, sino acreditar no ya solo que recibe dinero del reagrupante sino que, efectivamente, "está a cargo" de éste. El tema no es baladí porque las remesas de emigrantes pueden tener diversas finalidades como, solo por vía de ejemplo: a) subvencionar realmente el mantenimiento y demás necesidades básicas del ascendiente; b) simplemente mejorar sus condiciones normales de vida; c) crear un fondo de ahorro en el país de origen con vistas a un futuro regreso, algo que fue tradicional en la España de los cincuenta y sesenta; d) adquirir propiedades en el país aprovechando el mayor valor de la moneda europea y los bajos precios allí. Es lo primero lo esencial y lo que debe quedar debidamente acreditado y para ello se han de ponderar las situaciones familiares y personales concretas, y ahí 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 del ascendiente, si percibe alguna pensión en su caso del cónyuge o de la asistencia social... etc. No podemos olvidar que se requiere que el ascendiente "viva a cargo" exclusivo del descendiente reagrupante y aun 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 potentado o verdaderamente autosuficiente con solo acreditar que se manda dinero, ello sin contar con las detectadas en ocasiones "remesas de ida y vuelta" en que un mismo dinero va y viene periódicamente para hacerlo parecer como nuevas remesas, y ello se ha detectado porque es económicamente imposible que un modesto reagrupante pague un piso en España, sostenga a su familia directa aquí y aun le quede para remitir entre 150 y 300 euros al mes a su ascendiente. Resumiendo, si alguien vive A CARGO del benefactor y solo de él, presupone que de faltar éste su existencia medianamente digna sería imposible, y eso es lo que ha de acreditarse, no solo que "manda dinero".

[...] Dicho lo anterior, la reagrupable aparece nacida en 1954 y se dice separada. Se acreditan (excluidas las duplicadas de envío y recepción) hasta al menos 44 remesas en dos años, y nada más, ni un solo dato complementario.

[...] Dado que la resolución recurrida solo hace referencias a la "necesidad", la demanda pretende acreditarla mediante el argumento de que la reagrupante, separada y madre de dos hijos uno de ellos con minusvalía, trabaja en horario incompatible con la escolarización y cuidado de los hijos, necesitando por ello a la abuela. Pues bien, aunque desgraciadamente sea así, la filosofía de la reagrupación es al de hacer frente a la necesidad que tiene el reagrupado para desenvolver su vida con un mínimo decoro, no la necesidad del reagrupante aunque excepcionalmente pudieran admitir supuesto muy extremos que no son el caso. Con todo, esa expresión de necesidad ya no tiene vigencia.

[...] Retomando el tema en su conjunto, la actora solo ha acreditado un dato objetivo, que manda dinero con periodicidad, y eso no es bastante según lo que hemos dejado expuesto, lo que determina el rechazo de la pretensión deducida en la demanda, sin que existan razones para una expresa condena en costas..»

CUARTO .- Del recurso de casación interpuesto por la representación de D^a Marí Juana , sólo fue admitido su segundo motivo que se formula por infracción de los arts. 18 y 19 de la LO 4/2000 , sobre derechos

y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y de los arts. 42 y 43 del RD 2393/2004 que desarrolla la citada ley orgánica, por considerar que constituyen el régimen jurídico vigente en la fecha de solicitud del expediente administrativo correspondiente a la solicitud del visado instado por reagrupación familiar, una vez obtenida la residencia temporal para tal fin.

Sostiene que las razones que justificaron y justifican la reagrupación familiar se fundamentan en los documentos que obran en la solicitud y que son los que fueron tenidos en cuenta en la Subdelegación de Gobierno en Burgos para la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar. Reitera una vez más, como ya hizo en su demanda, las razones y documentos en los que fundamentó su petición:

a) La reagrupante, D^a Marí Juana ostenta doble nacionalidad colombiana y española, es titular de familia numerosa (madre de dos hijos menores, uno de ellos con una minusvalía de un 40%, remitiéndose a los documentos que aportó junto a su demanda para acreditar estos extremos.

b) D^a Marí Juana desempeña sola y en exclusiva la guarda y custodia de sus hijos, explicando los pormenores y razones de esta situación, familia monoparental tras la sentencia firme de divorcio del padre de su segundo hijo, y la orden de alejamiento que pesa sobre el referido padre de su segundo hijo, (remitiéndose al Auto de 30 de marzo de 2009 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Aranda del Duero , que obra en las actuaciones)

c) La recurrente desempeña su puesto de trabajo con carácter fijo pero en un régimen de horarios que según argumenta es incompatible con el horario escolar.

d) Sostiene que quedó demostrada la dependencia económica de la solicitante del visado, por estar separada, no trabajar ni por cuenta propia ni ajena, ni percibir pensión ni prestación alguna y no tener otros familiares y estar a cargo de la reagrupante, su hija, D^a Marí Juana .

La recurrente alega que habiéndose acreditado la concurrencia de los requisitos exigidos para la autorización de residencia temporal en expediente de reagrupación familiar, (otorgado por la Subdelegación del Gobierno de Burgos) y habiéndose demostrado la existencia de los documentos exigidos para la concesión del visado, esto ha de llevar a concluir que se había demostrado la necesidad de reagrupación familiar y afirma que la denegación del visado por el Cónsul General de España en Bogotá ha sido infundada.

Enfatiza que quien solicita el visado en base a una autorización de residencia temporal y dándose cumplimiento a las condiciones de necesidad de reagrupación, le asiste el derecho a la obtención del visado por tener ya concedida la autorización de residencia temporal para reagrupación familiar.

Por último añade, que aún admitiendo como aplicable la normativa que indica la Sala de instancia, la propia sentencia impugnada dice que se han acreditado hasta 44 remesas en 2 años de entre 150 y 300 euros, que es, a su juicio, bastante, para demostrar, que su ascendiente vive a su cargo, "en un país como Colombia".

QUINTO .- La normativa que regula el procedimiento para la reagrupación familiar cuando se trate, como en el supuesto de autos, de una ciudadana nacionalizada española, ha sido expuesta y razonada 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 esa 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 la 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, no podemos dejar de exponer, a continuación, la normativa reglamentaria contenida en el RD 2393/04, que estaba vigente durante el procedimiento, ya que aún no había sido declarada nula por la STS de 1 de junio de 2010 la disposición adicional vigésima del citado reglamento que a su vez disponía que la reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español o de su cónyuge, se regiría por lo previsto en la Sección 2ª del Capítulo I del Título IV de ese reglamento, Sección en la que se insertan sus artículos 38 a 44. De esta normativa hemos de referirnos a continuación a los artículos 42 y 43.

El estudio de estos preceptos, así como los procedimientos que regulan, documentación y requisitos exigibles así como el examen que en cada procedimiento debe seguirse, ha sido expuesto en nuestras recientes sentencias de 5 de octubre de 2011 (RC 5245/2008) y de 27 de enero de 2012 (RC 4675/2010). En ellas, tras razonar ampliamente sobre los dos procedimientos (el de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar y el de obtención posterior del visado por parte del reagrupado), decíamos que:

« [...] la resolución sobre el visado ha de atender o basarse únicamente en datos propios de ese expediente y distintos de los valorados en el expediente de autorización de residencia del artículo 42; pero no se puede utilizar el expediente del artículo 43 para someter a nueva valoración los mismos elementos que ya han sido apreciados y valorados con ocasión de la decisión propia del expediente de autorización de residencia del art. 42.

Así, en una interpretación conjunta y armónica de lo dispuesto en estos dos artículos 42 y 43 tan citados, que proporcione una solución coherente con el marco jurídico de referencia y respetuosa de los derechos de los interesados, ha de entenderse que aun 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->>

SÉPTIMO.- Proyectadas estas consideraciones sobre el caso que ahora nos ocupa, apreciamos que si bien la Administración concedió la autorización por residencia temporal para reagrupación familiar a D^a Elisa , porque "la reagrupante cumple con los requisitos previstos en el artículo 42 del Real Decreto 2393/2004 " posteriormente, sin embargo le denegó el visado, con fundamento en los artículos 39 y /o 43 del citado reglamento.

La resolución 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 sucinta resolución, parece dar a entender que la denegación tuvo lugar en vía administrativa por la falta de acreditación de la necesidad de reagrupación. Esa motivación no permite pues discernir, con exactitud, las concretas razones que determinaron que la Administración denegara el visado pretendido.

Coherentemente la recurrente formuló su impugnación ante dicha denegación, planteando alegaciones dirigidas a combatir tanto el acuerdo denegatorio posterior de la Administración como intentando demostrar, una vez más, sus circunstancias personales, familiares, laborales y económicas como reagrupante y las de la reagrupada, aportando medios de prueba tendentes a desvirtuar la sucinta motivación que, en definitiva, sustentaba el rechazo de su petición, y que fue confirmada posteriormente en fase de recurso de reposición.

La Sala sentenciadora, aún afirmando que la normativa aplicable es el artículo 2d) del RD 240/07 , que únicamente exige cuando se trata de ascendientes directos que el reagrupado se halle a cargo del reagrupante, confirma la resolución administrativa. Su razonamiento se centra, en la valoración de las pruebas dirigidas a demostrar que la reagrupada vive a cargo de la reagrupante, cuando sin embargo la razón lacónicamente expresada en el acuerdo denegatorio se limita a: "No existencia de razones que justifiquen la necesidad de reagrupación". Esta motivación se ubica, en el acuerdo de fecha 22 de julio de 2009, en un formulario tipo de resolución en el que no fue señalada insuficiencia alguna respecto de la acreditación de la dependencia económica. Este hipotético motivo denegatorio, por tanto, insistimos, no fue fundamento del acuerdo denegatorio.

Sin embargo, como ya ha quedado expuesto, la Sala de instancia confirmó la resolución denegatoria del visado apreciando un motivo que no había sido el causante de la denegación.

En definitiva, ni las razones dadas por la Sala de instancia para justificar la desestimación del recurso contencioso- administrativo son asumibles; ni la Administración justificó 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 no 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.

OCTAVO.- Casada la sentencia y situados como tribunal de instancia (artículo 95.2 LJCA) apreciamos que sí se vulneró por la Administración el Art. 43 del RD 2393/2004 , al denegar el visado a D^a Elisa tras la autorización de residencia temporal por motivos diferentes a los que hemos declarado pertinentes *ut supra*, (falta o insuficiente aportación o en indebida forma de la documentación exigible en el expediente regulado por el citado artículo 43, o que no sirviera a los efectos pretendidos; no ser ciertos los vínculos familiares, la edad, y la dependencia legal y económica, tras el examen y cotejo de la documentación original con las copias aportadas en cumplimiento del artículo 42 del citado reglamento; la apreciación de elementos de juicio novedosos, que no pudieron ser tenidos en cuenta al tiempo de resolver sobre la autorización de residencia temporal para la reagrupación familiar), y que en caso de haber concurrido estas hipotéticas causas así debieron hacerse constar en la resolución denegatoria.

Por las razones anteriormente expuestas debemos estimar el citado recurso contencioso-administrativo, nº 1551/2009 interpuesto por D^a Marí Juana contra la resolución del Cónsul General de España en Bogotá de 23 de septiembre de 2009, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 22 de julio de 2009, que denegó visado de residencia a D^a Elisa , en régimen general, para reagrupación familiar en España con su hija, D^a Marí Juana , que igualmente anulamos y declaramos el derecho a que le sea concedido el visado solicitado.

NOVENO .- 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^a Marí Juana , contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2010, de la Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1551/2009 , sentencia que casamos y anulamos.

Segundo .- Que ESTIMAMOS el citado recurso contencioso-administrativo, interpuesto por D^a Marí Juana contra la resolución del Cónsul General de España en Bogotá de 23 de septiembre de 2009, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la de 22 de julio de 2009, que denegó visado de residencia a D^a Elisa , en régimen general, para reagrupación familiar en España con su hija, D^a Marí Juana , resoluciones que igualmente anulamos, y declaramos el derecho a que le sea concedido el visado solicitado.

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 Excm. Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.