



Roj: **STS 4311/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4311**

Id Cendoj: **28079130032015100303**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **1373/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 4450/2015,**
STS 4311/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera, Sección Tercera del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 1373/2015, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de DOÑA María Teresa contra sentencia de fecha 16 de marzo de 2015 dictada en el recurso 947/2014 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid . Siendo parte recurrida EL ABOGADO DEL ESTADO en la representación que ostenta

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

"FALLAMOS.-

Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por doña María Teresa , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Delia Villalonga Vicens y defendida por la Letrada doña Antonia Flores Martínez, contra la resolución de fecha 25 de abril de 2014 dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo, confirmada en reposición por posterior resolución de 23 de junio de 2014.

Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente en los términos fundamentales respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía y conceptos expresados".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Doña María Teresa , presentó escrito ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación se tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: "... dicte Sentencia estimando el recurso y declarando como doctrina legal lo expresado por esta parte en el cuerpo de este escrito".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "... dicte resolución desestimándolo, por ser conforme a Derecho la resolución judicial impugnada, con expresa imposición de costas a la parte contraria".



QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por concluidas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 13 de octubre de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . En el presente recurso de casación, interpuesto por la representante legal de Doña María Teresa , se impugna la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 16 de marzo de 2015 (rec. 947/2014) por la que se desestimó el recurso interpuesto por la hoy recurrente en casación contra la resolución de 25 de abril de 2014 dictada por el Consulado General de España en la República de Santo Domingo, confirmada en reposición por resolución de 23 de junio de 2014, por la se denegó el visado de reagrupación familiar en régimen comunitario solicitado.

Doña Emma , de 22 años de edad y nacional de la Republica Dominicana, solicitó visado de reagrupación familiar comunitario para venir a España con su madre, Doña María Teresa , nacional española desde diciembre de 2012, al amparo del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero. El Consulado General de España en Santo Domingo le denegó el visado al considerar que "no queda demostrado fehacientemente en el expediente que la solicitante dependa económicamente de la persona que le reagrupa". Decisión que fue confirmada en reposición afirmando "Se reitera que no queda acreditado que la solicitante viva a cargo de la persona que la reagrupa; el solicitante es mayor de 21 años, tiene un hijo y no se encuentra incapacitada para trabajar".

La sentencia recurrida consideró que la solicitante no cumplía los requisitos previstos en el art. 2.c) del Real Decreto 240/2007 , por entender que no resultaba acreditado que viviese a cargo de su madre, por cuanto su madre estaba casada sin que constase que su marido estuviese empadronado con su esposa por lo que el tribunal de instancia entiende que el padre de la solicitante vive en Santo Domingo y puede también hacerse cargo de sus gastos, sin que tampoco constase que la solicitante no contase con bienes o subsidios o pensiones con los que pueda atender sus necesidades básicas concluyendo que "no podemos sostener que la solicitante, de forma efectiva y real y no meramente formal, sea parte integrante de la familia de su madre y por ello la misma la tenga que mantener ...".

SEGUNDO . Motivo de casación.

El recurso de casación se plantea en torno a un único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , por entender que la sentencia impugnada vulnera el art. 2.c) del Real decreto 240/2007 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituida por la STS de 8 de junio de 2012 (rec. 5946/2011), de 1 de junio de 2010 (rec. 114/2007) y de 20 de octubre de 2011 (rec. 1470/2009).

El recurso argumenta que la solicitante del visado es hija de Doña María Teresa que obtuvo la nacionalidad española en diciembre de 2012. La solicitante había cumplido 22 años de edad, no está casada y tiene un hijo en el momento de solicitar el visado. Su madre había enviado importantes cantidades de dinero de forma regular en los cuatro años anteriores (13.569,46 €) y hacía constar en acta notarial su deseo de reagrupar a sus hijos para que residiesen con ella haciéndose cargo de su alojamiento y manutención.

A su juicio, la sentencia se basa en una mera hipótesis consistente en que su padre al no estar empadronado en España residen en Santo Domingo y puede hacerse cargo de su mantenimiento, pero la recurrente afirma en casación "ni sabemos dónde reside Marcelino , ni sabemos, si este señor puede hacer frente a los gastos de su hija que es mayor de edad. Y aunque se admitía que el padre reside con la hija, desde luego lo cierto es que con los ingresos de este señor no puede subsistir la hija, ya que de otro modo la madre no se hubiera visto obligada a enviarle tal cantidad de dinero mensualmente. Lo único que sí sabemos es las remesas importantes de dinero que María Teresa envía a su hija". Y añade que aun admitiendo que la hija percibiese alguna ayuda económica de su padre, ello tampoco impediría considerar que cumple con el requisito de "estar a cargo" de su madre a los efectos de obtener el visado comunitario, pues según dispone la sentencia de 8 de junio de 2012 ninguna norma exige que todos los ingresos económicos del reagrupado provengan del reagrupante sino que basta que sea quien principalmente cubra sus necesidades. Es más, según la STS de 1 de junio de 2010 el hecho de tener una actividad laboral no excluirá que se considere que está a cargo del reagrupante por el hecho de que ejerza una actividad laboral si los ingresos con ella obtenidos no son necesarios para el sustento o con la necesaria continuidad laboral.

Finalmente argumenta que el concepto jurídico indeterminado "estar a su cargo" debe interpretarse a tenor de las reglas contenidas en la Directiva 2004/38 y la jurisprudencia comunitaria, contemplado en el RD 2393/2004, estando en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante como la protección de la familia.



TERCERO . Tal y como hemos señalado en la STS de 1 de junio de 2010 (RC 114/2007), y posteriormente en STS de 26 de diciembre de 2012 (rec. 2352/2012) entre otras, la reagrupación por españoles de sus familiares no comunitarios se rige por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, norma que transpone en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de Abril de 2004.

La Directiva 2004/38/CE permite la entrada en los Estados miembros a todo ciudadano de la Unión y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro que estén en posesión de un pasaporte válido y obtengan un visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 539/2001, o, en su caso, con la legislación nacional. La citada Directiva considera miembro de la familia a "c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)".

Y el art. 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , establece que " *El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de 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:*

c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces "

En definitiva, la obtención del visado con fines a la reagrupación con nacional español exige, en el caso que nos ocupa, cumplir dos requisitos: a) ser descendiente directo; b) tener menos de veintiún años o los mayores que vivan a su cargo o sean incapaces.

No existiendo dudas en el supuesto que nos ocupa de que la reagrupante tiene nacionalidad española y reside en España y de que el familiar que pretende reagrupar es su hija, se cumple el requisito de ser descendiente directo, pero al ser mayor de 21 años, la cuestión controvertida se centra en determinar si se encuentra "a cargo" de la reagrupante.

Para interpretar la expresión "a cargo" se ha de acudir a la interpretación uniforme de dicho concepto jurídico indeterminado llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión.

A tal efecto, la STJUE de 9 de enero de 2007 (Asunto C-1/05. Yunying Jia contra Migrationsverket) interpretando el requisito relativo a encontrarse "a cargo", que ya se contenía en la Directiva 73/148 hoy derogada por la Directiva 2004/38/CE, ha señalado que "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".

Y en esta misma sentencia se añadía que si bien la 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), "... 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 "



Doctrina que hemos recogido y aplicado en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009) y de 24 de julio de 2014 (Recurso: 62/2014), entre otras.

CUARTO . En base a esta doctrina procede determinar si, a la vista de las pruebas practicadas, la solicitante cumplía los requisitos previstos en el art. 2.c) del Real Decreto 240/2007 , en concreto si resultaba acreditado que viviese a cargo de su madre con la que pretendía reagruparse.

El recurso de casación empieza por cuestionar que la sentencia de instancia niegue esta situación de dependencia económica basándose en la hipótesis de que el padre de la reagrupada vive con ella y contribuye a la cargas de su mantenimiento, partiendo del dato que no consta su residencia en España. La sentencia de instancia afirma al respecto que "la madre está casada con Marcelino quien no aparece en el certificado de empadronamiento por lo que debemos entender que el padre de la solicitante vive en su país" y más adelante añade que "no podemos afirmar que la hija viva de su madre y que esta sea la única que se hace cargo de sus gastos ya que su padre también puede atenderla...".

Es cierto que el mero hecho de que el padre de la solicitante, de nacionalidad dominicana, no resida en España no significa necesariamente que resida con ella ni que esté en condiciones de mantenerla económicamente. Pero, por otra parte, no debe olvidarse que es la solicitante a la que le corresponde demostrar que depende económicamente del familiar con el que pretende reagruparse y que no dispone, por sí o por los familiares de su entorno que con ella viven en su país de origen, de los medios necesarios para su subsistencia, porque de ser así no se podría entender acreditado que la solicitante de asilo se encuentra "a cargo" de su madre con la que pretende reagruparse. Y en este punto la recurrente en casación se muestra incomprensiblemente ambigua respecto del domicilio de su padre y de su contribución al levantamiento de las cargas económicas de la familia, afirmándose en su recurso "ni sabemos dónde reside Marcelino , ni sabemos, si este señor puede hacer frente a los gastos de una hija que es mayor de edad. Y aunque se admitiera que el padre reside con la hija, desde luego lo que es cierto es que con los ingresos de este señor no puede subsistir su hija, ya que de otro modo la madre no se hubiera visto obligado a enviarle tal cantidad de dinero mensualmente". Tales afirmaciones lejos de despejar las dudas existentes contribuyen a acrecentarlas, aunque al movernos en el terreno de la pura especulación no pueden resultar decisivas para negar el cumplimiento de este requisito.

El núcleo central de su recurso gira en torno al hecho acreditado de que la reagrupante ha venido realizado en los últimos cuatro años envíos de diversas sumas de dinero a sus familiares en Santo Domingo, por un importe aproximado de 13.500 €, lo que justifica, a su juicio, la situación de dependencia económica de su hija respecto de la reagrupante.

Lo cierto es que si bien las transferencias periódicas de dinero por parte de la reagrupante puede ser un elemento que sirve para acreditar esa dependencia económica, este Tribunal en su sentencia 23 de septiembre de 2014 (rec. 278/2013) ha relativizado el envío de cantidades de dinero como único elemento que demuestre la dependencia económica de la solicitante del visado, argumentando que "este dato escueto y simple no puede ser por sí sólo demostrativo de que la madre, ... vive " a cargo " de su hija ... en el sentido de que la subsistencia de aquella dependa de su hija. Una conclusión de esta naturaleza hubiera requerido más datos y más pruebas, pues está claro que las remesas pueden obedecer a múltiples razones, y no necesariamente al mantenimiento de la subsistencia de la madre" pues se requiere que esté probado que las remesas tienen por finalidad lograr la subsistencia del familiar, sin cuya prueba las remesas inexplicadas no están cubiertas por el precepto.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, lejos de existir esta prueba existen suficientes datos en el expediente para llegar a la conclusión contraria. Así, las cantidades enviadas por la reagrupante no estaban dirigidas a su hija sino a otro de sus hijos que convive con la solicitante y, según se afirma en el recurso de reposición entablado contra la inicial denegación de visado, su madre es propietaria de dos casas en Santo Domingo "las cuales están alquiladas, dando ambas un monto total mensual por alquiler de 20.000 pesos... representadas ambas en el contrato de alquiler por su hijo Don Marcelino ", añadiendo que " Don Marcelino , está a cargo de las propiedades de su madre doña María Teresa , está compelido a entregar la suma mensual de diez mil pesos a su hermana menor Emma , por lo que Doña María Teresa , en ocasiones no suele enviar dinero para su hija, ya que solo lo hace cuando es necesario completar algunos gastos extra de su hija".

En definitiva, la madre ha realizado varios envíos de dinero a su familia en Santo Domingo en los últimos años, dirigidos a su hijo Marcelino , el cual figura como arrendador de dos casas que tiene alquiladas y ha sido él el que se ha encargado de mantener a su hermana con la que vive y las cantidades que envía su madre desde España tienen como finalidad "completar algunos gastos extra de su hija", lo cual no permite concluir, de conformidad con el criterio sostenido por la sentencia de instancia, que la solicitante del visado viva a cargo de la reagrupante ni que exista una dependencia económica en los términos señalados por la jurisprudencia antes reseñada.

QUINTO . Costas.



Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

FALLAMOS

Que, por lo expuesto, declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña María Teresa contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, de 16 de marzo de 2015 (rec. 947/2014) con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Eduardo Calvo Rojas D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde**, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.