



Roj: **STS 3863/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:3863**

Id Cendoj: **28079130032012100290**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/06/2012**

Nº de Recurso: **5946/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11254/2011,**
STS 3863/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Junio de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. **5946/2011**, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Fabiola Jezzabel Simón Bullido, en nombre y representación de DON Juan Carlos , contra la Sentencia de 20 de julio de 2011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , por la que se estima en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 770/2010 formulado por dicho recurrente contra las resoluciones del Consulado español en Santo Domingo de fecha 11 de enero de 2010 que denegaban el visado de reagrupación a sus hijos Alfonso y Gema , confirmada en reposición en fecha 12 de abril de 2010 la relativa a la última. Ha comparecido como parte recurrida el ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que legalmente ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el recurso número 770/2010 , interpuesto por Don Juan Carlos contra las resoluciones del Consulado Español en Santo Domingo de fecha 11 de enero de 2010 que denegaban el visado de reagrupación a sus hijos Alfonso y Gema . La resolución denegatoria de Gema fue confirmada en reposición en fecha 12 de abril de 2010.

SEGUNDO .- La expresada Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia dictó Sentencia el 21 de julio de 2010 con este fallo:

<<Que debemos confirmar y confirmamos la resolución de fecha 11-1-10 que denegaba visado a Juan Carlos .

Que debemos anular y anulamos la resolución de la misma fecha respecto de Gema , reconociendo el derecho a un visado de entrada en régimen comunitario.

No ha lugar a expresa condena en costas.>>

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, la representación procesal del recurrente presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, lo que así fue acordado, emplazando a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal.

CUARTO.- Dentro del plazo al efecto concedido compareció, como recurrente, la Procuradora Doña Fabiola Jezzabel Simón Bullido, en nombre y representación de Don Juan Carlos , presentando escrito de interposición del recurso de casación.



QUINTO.- Admitido a trámite el recurso de casación, la Abogacía del Estado formuló escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, de conformidad con las normas de reparto.

SEXTO.- Señalándose para votación y fallo el 6 de junio de 2012, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Juan Carlos recurre en casación la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera de su Sala de lo Contencioso, por la que se estimaba en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación de visado de reagrupación en régimen comunitario de sus hijos Gema y Alfonso . La Sala de instancia estimó la pretensión respecto de la hija, pero no respecto de Alfonso .

Los fundamentos de la Sala fueron los siguientes:

<<[...] La solicitud y resolución se tramitó conforme a la normativa entonces vigente, la Disposición Adicional Vigésima 1-c- del R.D. 2393/04 , introducida por Disposición Final Tercera- Dos del R.D. 240/07 , pero esta Disposición Adicional ha sido anulada por S.T.S de 1-6-10 , por lo que es aplicable el régimen general de comunitarios. Dicho esto, la situación hijos es diferente porque; A) Respecto de Alfonso , nació el NUM000 -88 y según la demanda se pidió el visado el 13-10-09 aunque aparece registrado el 18-8-09 y estaremos a esta fecha, según la cual había superado en un mes la edad de 21 años. B) En cuanto a Gema , aparece nacida el NUM001 -90 aun cuando incita en 1924 [sic] en asiento ratificado por sentencia, de manera que era menor de 21 años.

[...] Así las cosas, respecto de la hija no habría menor problema, pero en cuanto al hijo se ha de acreditar que vivía a cargo de la reagrupante y es muy endeble la probanza porque si bien constan remesas, éstas van dirigidas a personas distintas del hijo en 2009 y 2010 quien tendría capacidad para recibirlas personalmente. Según los listados, una gran mayoría se remitieron a una hermana del padre llamada Deisy y otras a una tal Otilia que por el apellido pudiera ser la hermana de la actual esposa del reagrupante, más diversas cantidades a personas cuya relación se desconoce.

Existe una declaración notarial guiada del reagrupante en el que manifiesta que el dinero que enviaba a Deisy (solamente) era para "sus hijos" pero de las cuarenta remesas enviadas desde 2007 a 2010, tan solo doce son para esta destinataria y solo nueve anteriores a la solicitud del visado, con un importe en tres años de 3293 dólares (2,350 euros) que supone una media mensual de 66 euros para dos hijos.

Mal puede decirse entonces que los hijos estuvieran a cargo del padre, lo que no afecta a la hija, pero sí al varón quien debería "arreglarse" con 33 euros al mes y ya en edad en que las necesidades son mayores, incluso los estudios superiores que se dice cursa.>>

SEGUNDO.- El recurso de casación, que omite mencionar el apartado del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional en que se fundamenta, parte de la infracción de los artículos 1 , 2 y 3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero , sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

A juicio del recurrente, ha quedado acreditado que el hijo a reagrupar, Alfonso , vive a cargo de su padre Don Juan Carlos , de lo que es prueba las remesas de dinero enviadas por el último a su país de origen con dicho objeto. Se afirma en el recurso que, frente al criterio de la Sentencia recurrida, consta una declaración de la persona con quien se encontraban los reagrupados, la hermana del padre Doña Deisy, donde dice que recibía dinero del reagrupante en cantidad suficiente para solventar las necesidades de aquellos; que ambos progenitores de Alfonso se encuentran en territorio español, y que el reagrupante ha enviado de forma regular remesas por un importe que, entre mayo de 2008 y agosto de 2009, ascienden a 3.088,63 euros. Esta cantidad supone una media mensual de 386,08 euros que bastan a dicho fin, y además fueron enviadas otras remesas a la tía materna que, computadas, arrojan una media muy superior.

El recurrente resalta el error en que incurrió la Sala sentenciadora al considerar que las remesas se enviaban en dólares, cuando se hacía en euros, y supusieron, desde noviembre de 2007 hasta octubre de 2009, cerca de 9.000 euros.

También alega que debe tenerse en cuenta el nivel de vida de la República Dominicana para valorar si las cantidades eran suficientes para subvenir a las necesidades de los hijos, así como el hecho de que los dos padres y su hermana se hallen en España.



TERCERO.- Hemos declarado reiteradamente que el recurso de casación no es un remedio idóneo para rectificar los hechos probados o, más genéricamente, las apreciaciones de hecho efectuadas en la instancia, ya que este recurso está configurado por la ley exclusivamente para la revisión del Derecho. El recurso de casación se dirige únicamente a comprobar la correcta aplicación e interpretación de las normas jurídicas, incluidas las escasas que regulan el valor de las pruebas tasadas, pero no las valoraciones fácticas. Estas sólo podrán ser anuladas y rectificadas en los supuestos en los que no se expresan de forma motivada o puedan incurrir en falta de razonabilidad, arbitrariedad o error patente. Las improcedencia de la impugnación de la valoración de la prueba en casación ha sido declarada, por ejemplo, en Sentencias de 7 de julio de 2004 (RC 1630/2000), 21 de julio de 2008 (RC 208/2007), 22 de septiembre de 2008 (RC 326/2007), 26 de enero de 2009 (RC 2703/2005), 15 de junio de 2009 (RC 3474/2003), 14 de junio de 2010 (RC 336/2005), 30 de septiembre de 2010 (RC 7202/2005), 16 de diciembre de 2010 (RC 1877/2009), 21 de marzo de 2011 (RC 557/2007), 25 de febrero de 2011 (RC 3980/2010) y 22 de noviembre de 2011 (RC 582/2009).

Sin embargo, en este caso es apreciable la incursión de la Sala de instancia en un error material en el cálculo de las cantidades remitidas por el padre para el mantenimiento de su hijo Alfonso, error que incide decisivamente en la valoración de la prueba sobre el hecho de que este se hallaba a cargo del reagrupante.

Aun aceptando las premisas de que parte la Sentencia recurrida para determinar los recursos mensuales de que disponía el reagrupado, las cantidades que Don Juan Carlos remitía a la República Dominicana a su hermana Doña Deisy, que era la que se ocupaba de los hijos de aquel, figuran en los documentos obrantes en autos consignadas en euros y no en dólares. Ello supone que no es correcto el cálculo efectuado para hallar la media mensual con que contaban los hijos para su mantenimiento. El cómputo en euros de las sumas suministradas por el reagrupante a sus hijos arroja un promedio mensual muy superior al indicado por la Sala de instancia. Pese a la escasez que, desde la perspectiva del nivel de vida en España, representa esta diferencia en relación con la suma calculada por la Sala de instancia, no puede desconocerse su importancia a causa de las condiciones económicas del lugar de residencia de los reagrupados, que convivían con un familiar.

El hecho de hallarse un 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» (como así hemos hecho en nuestras Sentencias de 20 de octubre de 2011, RC 1470/2009, 22 de noviembre de 2011, RC 1046/2010, 13 de febrero de 2012, RC 5358/2010, 23 de marzo de 2012, RC 129/2011, y 27 de abril de 2012, RC 6769/2010, siguiendo la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recogida en Sentencias de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, y 9 de enero de 2007, asunto C-1/05, pues no debe olvidarse que la expresión «a cargo» empleada por el Real Decreto aquí aplicable procede de la Directiva 2004/38 y de las disposiciones que la precedían). A los meros efectos de concretar cuándo se alcanza la cantidad que garantiza tales recursos es posible acudir a muy diversos criterios interpretativos, sin perder de vista que ninguna norma exige que todos los ingresos económicos del reagrupado provengan del reagrupante. Lo esencial para hallarse «a cargo» de otra persona es que esta sea quien principalmente cubra sus necesidades.

Pues bien, habiéndose acreditado en este caso la periodicidad de las remesas que enviaba el padre con dicho objeto, la ausencia de ingresos provenientes del trabajo del reagrupado y el nivel económico de la República Dominicana, donde residía, es posible deducir que los recursos con que contaba Alfonso para satisfacer las necesidades vitales esenciales provenían esencialmente del reagrupante. Tampoco puede soslayarse el hecho de que ambos padres del reagrupado residen en España y que su hermana ha sido autorizada para ello en virtud del pronunciamiento de la instancia, así como que a Alfonso le es exigido el requisito de hallarse a cargo de su padre por la circunstancia de que solicitó el visado un mes después de cumplir los 21 años. Los vínculos familiares que tutela el instituto de la reagrupación familiar exigen una interpretación de sus requisitos legales en atención a las circunstancias expresadas.

Procede, por tanto, casar la Sentencia y, en aplicación de lo prevenido en el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, estimar el recurso contencioso-administrativo también en lo relativo al visado del citado Alfonso.

CUARTO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas procesales del presente recurso.

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

FALLAMOS



PRIMERO.- HA LUGAR al recurso de casación número **5946/2011**, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Fabiola Jezabel Simón Bullido, en nombre y representación de DON Juan Carlos , contra la Sentencia de 20 de julio de 2011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , por la que se estima en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 770/2010, la que casamos en el pronunciamiento por el que confirmaba la resolución denegatoria de visado a Don Alfonso , dejando subsistente el pronunciamiento estimatorio del recurso respecto de Doña Gema .

SEGUNDO.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el expresado recurrente contra la resolución del Consulado español en Santo Domingo de fecha 11 de enero de 2010, denegatoria del visado de reagrupación a Don Alfonso , por no ser ajustada a Derecho.

TERCERO.- No imponemos las costas causas en este recurso ni en la primera instancia a ninguna de las partes.

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.