



Roj: **STS 5227/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5227**

Id Cendoj: **28079130032011100363**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **22/07/2011**

Nº de Recurso: **5467/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 9798/2007,**
STS 5227/2011

SENTENCIA

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

VISTO el recurso de casación número 5467/2007, interpuesto por la Procuradora Doña Lucía Gloria Sánchez Nieto, en representación de Doña Lidia , con asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de septiembre de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 3596/2004 , seguido contra la resolución del Consulado General de España en Tetuán de 29 de noviembre de 2004, que desestimó el recurso de reposición promovido contra la resolución de 4 de octubre de 2004, que denegó la solicitud de visado por reagrupación familiar. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 3596/2004, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 10 de septiembre de 2007 , cuyo fallo dice literalmente:

« DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo 3596/04, interpuesto por D^a Lidia , contra la Resolución de 29- 11-04 del Consulado de España en Tetuán (Marruecos), que desestima el recurso de reposición interpuesto por la misma contra la previa Resolución de 4-10-04, por la que se acuerda desestimar la solicitud de visado de reagrupación familiar de la actora con hijo nacional y residente en España, formulada en fecha 19-7-04 ante dicho Consulado, por causa de no acreditación documental de dependencia económica del reagrupante, actuación administrativa que se confirma en cuanto que resulta ajustada a Derecho.

No procede pronunciamiento alguno en las costas del presente recurso .».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Doña Lidia recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante providencia de 17 de octubre de 2007 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de Doña Lidia recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 5 de diciembre de 2007, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:



«que tenga por formalizado el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimatoria del recurso interpuesto contra la resolución del Consulado General de España en Tetuan por la que se le denegaba a mi representada el visado de reagrupación familiar, y en virtud de lo alegado dicte nueva sentencia casando la recurrida y dictando otra en su lugar por la que estime el recurso contencioso administrativo interpuesto y se ordene a la Administración que expida el visado de reagrupación familiar solicitado por D^a Lidia . » .

CUARTO.- La Sala, por providencia de 2 de abril de 2008, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 5 de junio de 2008, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse a los recursos, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el día 3 de julio de 2008, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, teniendo por presentado este escrito y por evacuado el trámite de oposición, dicte sentencia por la que sea desestimado en su totalidad y se impongan las costas al recurrente. ».

SEXTO.- Por providencia de fecha 12 de enero de 2011, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, acordó, de conformidad con las normas de reparto que operan en la Sala, remitir las actuaciones a la Sección Tercera.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en la Sección Tercera, por providencia de fecha 20 de mayo de 2011, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 20 de julio de 2011, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación que enjuiciamos tiene por objeto la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de septiembre de 2007 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Doña Lidia contra la resolución del Consulado General de España en Tetuán de 29 de noviembre de 2004, que desestimó el recurso de reposición planteado contra la resolución de 4 de octubre de 2004, que denegó la solicitud de visado por reagrupación familiar.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones:

« [...] Debe significarse en primer término que, tratándose de madre de nacional español, cual es el caso (el hijo reagrupante adquirió la nacionalidad española por residencia en 19-4-02), resulta de aplicación en primer término lo dispuesto en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero , sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuyo artº 2 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 los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos:

a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho.

b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.

c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges.

Conforme a sus artículos 4.2 y 5.2 es exigible el visado para familiares no comunitarios, cual es el caso presente.

A este respecto, la LO 4/2000, de 11-1, de Extranjería, señala lo que sigue en la materia:

"Artº 17 . Familiares reagrupables.



1.- El **extranjero** residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:.....

d) Los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España".

"Artículo 18 . Procedimiento para la reagrupación familiar

1. Los **extranjeros** que deseen ejercer este derecho deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que deseen reagrupar. Al mismo tiempo, deberán aportar la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 17.3, inciso primero , podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año.

3. Cuando se acepte la solicitud de reagrupación familiar, la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse la autorización de residencia, cuya duración será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación".

Dichos preceptos son objeto de desarrollo, en el momento de la solicitud, en el precedente Reglamento aprobado por RD 864/01, de 20-7, cuyo artículo 19.3 , que entre otros regula la residencia temporal en virtud de reagrupación familiar, establece que:

"3. La denegación de un visado de residencia para reagrupación familiar o de residencia con permiso de trabajo por cuenta ajena deberá ser motivada, informando al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria".

[...] Conforme nos recuerda , a título de ejemplo, la razonada y extensa sentencia de la Sala, Sección 5ª, de 14-9-04 (EDJ 227921), que explicita la normativa aplicable a estos casos, tenemos que:

"...En consecuencia la normativa española, teniendo en cuenta las previsiones contenidas con carácter general, a nivel comunitario y obedeciendo al mandato de ajustar la legislación nacional a la misma, ha venido a establecer una serie de requisitos que deben ser acreditados a fin de que proceda la expedición del correspondiente visado por reagrupación que, en definitiva, pretende la acreditación de su dependencia económica o personal, puesto que se exige la prueba de que los ascendientes " viven a sus expensas " o de que está a cargo " del mismo".

Pues bien, en nuestro caso, conforme a lo aportado a autos y al expediente administrativo es lo cierto que obran en tal expediente, a juicio de esta Sala, suficientes elementos probatorios que llevan a entender acertado en Derecho el criterio denegatorio adoptado.

En efecto, es lo cierto que la parte recurrente no prueba suficientemente en autos la situación de dependencia económica que alega, aún teniendo en cuenta la documentación adicional que aporta en reposición administrativa, ni tampoco la razón que justifique la necesidad que justifique el reagrupamiento, respecto del hijo residente en España.

En efecto, constan sendos informes consulares (antes y después de la denegación inicial-folios 116 y 123, entre otros-) en el sentido de que más que dependencia económica, la actora recibe o precisa ayudas no periódicas desde 1.998, aportándose al expediente una serie de resguardos de giros por distintas cantidades desde dicho año sin periodicidad ni continuidad estable, lo que, unido también a su cuantía, lleva a la razonable conclusión de que no existe dependencia económica, sino que se trata de ayudas circunstanciales para mejorar su situación económica dada su viudedad.

De otra parte, y complementando lo anterior, ni la edad de la actora, ni su estado de salud (nada de se dice de una posible enfermedad), ni la no referencia a otros posibles hijos de la misma y su situación (no se dice siquiera que se trate de un único hijo), aconsejan o llevan a entender justificada la reagrupación pretendida.

A este respecto es de subrayar, se reitera, el razonado informe consular que fundamenta con suficiencia, a juicio de la Sala, y visto el material probatorio aportado a autos, la resolución denegatoria adoptada.

Sobre esta materia, y a título de ejemplo o botón de muestra, baste la transcripción parcial de la sentencia de la Sala, Sección 1ª, de 23-4-02 (EDJ 65321), que señala en este sentido lo que sigue:

".....Desde esta perspectiva el contenido de la resolución impugnada se nos presenta como contraria a las más elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido, carente de toda justificación y de extrema arbitrariedad. Por todo ello, deviene necesario concluir en la disconformidad de la resolución impugnada con nuestro ordenamiento jurídico, debiendo recordarse que un Estado de Derecho, entre otras consideraciones,



significa la exclusión de la arbitrariedad en todo tipo de relaciones jurídicas tanto públicas como privadas- artículo 9.3 CE EDL 1978/3879 -. Por otra parte, evidenciado un propósito de reagrupación familiar, éste debe ser amparado por los Tribunales, pues no en vano la protección jurídica de la familia es uno de los principios rectores de nuestra política social- artículo 39 CE - que debe informar la práctica judicial y la actuación de todos los poderes públicos - artículo 53.3 CE -, tal y como esta Sala viene ya reiteradamente declarando".

También cabe citar las sentencias de la Sala de 8-4-05 (EDJ 85210), 7-10-03 (EDJ 212925), 5-6-03 (EDJ 159703) o 26-6-02 (EDJ 62916), que apoyan en algunos supuestos la conclusión a que aquí llegamos, siendo así que en estos casos a veces se sustentan criterios en apariencia diferentes o incluso divergentes, derivados sin duda de la diferente apreciación que merece a la Sala juzgadora las circunstancias concretas del supuesto enjuiciado, a la vista siempre del material probatorio aportado en cada caso y de la específica fundamentación de la denegación impugnada.

Por todo ello, sin precisión de mayor consideración específica, podemos concluir que la actuación impugnada, a la vista del material probatorio aportado, resultó ser conforme a la normativa reseñada en el fundamento jurídico anterior, debiendo por ello confirmarse en cuanto ajustada a Derecho, por no incurrir en las infracciones que sustenta la demanda actora . » .

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de Doña Lidia , se articula en la formulación de un único motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, por infracción del artículo 17, apartado d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los **extranjeros** en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre .

En el desarrollo argumental del motivo de casación se arguye que la sentencia recurrida interpreta el requisito contemplado en el artículo 17, apartado d) de la Ley Orgánica 4/2000 , respecto de la reagrupación familiar de los ascendientes, de forma excesivamente restrictiva, al confirmar la denegación del visado solicitado por la recurrente, a pesar de haberse demostrado que vivía en Marruecos a expensas de su hijo, residente en España y nacionalizado español, que le enviaba regularmente cantidades de dinero para su subsistencia.

CUARTO.- Sobre la prosperabilidad del recurso de casación.

El recurso de casación, en los términos planteados, debe prosperar, en cuanto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación rigurosa e inadecuada del artículo 2 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero , sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en relación con el artículo 17.1 d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los **extranjeros** en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre , que establece el derecho a reagrupar en España a los familiares ascendentes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España, y con lo dispuesto en el artículo 8.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio , por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , al no haber tomado en consideración que se habían acreditado en el proceso las circunstancias referidas a la situación económica y los medios de vida de Doña Lidia , de nacionalidad marroquí, nacida en 1940 y de estado civil viuda, que vivía a expensas de los ingresos proporcionados por su hijo, de nacionalidad española, y residente en España.

En efecto, consideramos que la Sala de instancia ha incurrido en error de Derecho en la aplicación del requisito exigido para la expedición de visado por reagrupación familiar, en relación con los familiares no comunitarios de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, al confirmar las resoluciones del Consulado General de España en Tetuán de 4 de octubre de 2004 y de 29 de noviembre de 2004, en cuanto que advertimos que no aprecia la existencia de dependencia económica de la peticionaria respecto de su hijo, al haberse demostrado que no tiene otras fuentes de ingresos que las remesas enviadas con carácter periódico, y que, en razón de su edad, desea mantener un vínculo de convivencia estable y permanente con su hijo nacionalizado español y residente en España.

En este sentido, cabe significar que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005 (RC 3952/2003), en relación con el examen particular de las solicitudes de exención de visado por reagrupación familiar, determinamos la trascendencia de valorar, entre otros aspectos, los lazos afectivos concurrentes y el cumplimiento de deberes jurídicos entre la persona del reagrupante y sus familiares mas directos, en los siguientes términos:

« [...] Parece obligado recordar ahora que la reagrupación familiar ha sido insistentemente considerada por esta Sala del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 28 de Diciembre de 1.998 , de 24 de Abril de 1994



, 19 de Diciembre de 1995 , 2 de Enero de 1996 , 12 de Mayo de 1998 y 21 de Diciembre de 1998) como causa justificativa para dispensar de la exigencia de visado a fin de obtener permiso de residencia, visto su profundo significado social; de modo que ha de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socio culturales de los interesados, que evidencien las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la meramente paterno-filial[...]. » .

En consecuencia con lo razonado, al estimar el único motivo de casación articulado, debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Lidia contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de septiembre de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 3596/2004, que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Doña Lidia contra la resolución del Consulado General de España en Tetuán de 29 de noviembre de 2004, que desestimó el recurso de reposición planteado contra la resolución de 4 de octubre de 2004, que anulamos por no ser conforme a Derecho, reconociendo el derecho a la expedición de visado por reagrupación familiar, en los términos fundamentados.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

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.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Lidia contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de septiembre de 2007, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 3596/2004, que casamos.

Segundo.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Doña Lidia contra la resolución del Consulado General de España en Tetuán de 29 de noviembre de 2004, que desestimó el recurso de reposición planteado contra la resolución de 4 de octubre de 2004, que anulamos por no ser conforme a Derecho, reconociendo el derecho a la expedición de visado por reagrupación familiar, en los términos fundamentados.

Tercero.- No efectuar 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 .- 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.- Rubricados. **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.