

Roj: STS 4505/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4505
Id Cendoj: 28079130032016100399
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 1177/2016
Nº de Resolución: 2203/2016
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En Madrid, a 11 de octubre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1177/2016, interpuesto por doña Angelina , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Catalina Rey Villaverde y asistida por la Letrada doña Beatriz Ariznavarreta García, contra la sentencia de 26 de febrero de 2016, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 907/2015 , sobre denegación de visado, y en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 26 de febrero de 2016 , con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

« Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Angelina contra la resolución de fecha 24 de abril de 2.015 dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo que, en reposición, confirma la de 27 de enero de 2015.

Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía. »

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de doña Angelina , ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y el Letrado de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 7 de abril de 2016, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La indicada representación presentó, con fecha 5 de mayo de 2016, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia por la que, estimando íntegramente este recurso, case y anule la sentencia recurrida por no ser conforme a derecho y se conceda el visado de reagrupación familiar en régimen comunitario al solicitante y padre de la recurrente, Don Sebastián , con imposición de costas a la Administración.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado al Abogado del Estado para que manifestara su oposición, lo que verificó por escrito de 11 de julio de 2016, en el que solicitó a la Sala que dicte resolución desestimando el recurso, por ser conforme a derecho la resolución judicial impugnada, con expresa imposición de costas a la parte contraria.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 4 de octubre de 2016, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de febrero de 2016 , que desestimó el recurso interpuesto por doña Angelina , también aquí parte recurrente, contra la resolución de 24 de abril de 2015, dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo que, resolviendo un recurso de reposición, confirmó la resolución de 27 de enero de 2015, de denegación de visado a D. Sebastián , padre de la hoy recurrente.

Don Sebastián , de nacionalidad dominicana, solicitó ante el Consulado General de España en Santo Domingo un visado de residencia para reagrupación familiar con su hija, doña Angelina , que adquirió la nacionalidad española por resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2006, y dicha solicitud fue denegada por resolución de 27 de enero de 2015 del Indicado Consulado General de España en Santo Domingo.

El recurso de reposición fue igualmente desestimado por resolución del Consulado, de 24 de abril de 2015, por la consideración de que *"No queda demostrado fehacientemente en el expediente que el solicitante dependa de la persona que le reagrupa. Se valoran otras circunstancias personales. El interesado tiene casa en propiedad y trabaja como agricultor."*

El recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Angelina contra la anterior denegación de visado fue desestimado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de febrero de 2016 , impugnada en el presente recurso de casación.

La sentencia del TSJ (FD 2º), a la vista de la nacionalidad española de la hija del solicitante del visado para reagrupación familiar, estimó que la norma aplicable al caso era el RD 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, así como el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar .

Señaló la sentencia impugnada que, de conformidad con el artículo 2.d) del citado RD 240/2007 , dicha norma se aplica, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de ciudadano de la Unión Europea, cuando le acompañen o se reúnan con él sus ascendientes directos, que vivan a su cargo.

Después de precisar en la forma indicada las normas jurídicas aplicables en la resolución del caso, la sentencia basó la desestimación del recurso en que, a la vista de las circunstancias concurrentes, no pudo dar por probado que el solicitante del visado estuviera a cargo de su hija de nacionalidad española.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en un único motivo, formulado al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción .

En el motivo único de recurso denuncia la parte recurrente la infracción por la sentencia recurrida de la Directiva 2004/38 y jurisprudencia comunitaria, el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 2.c) del RD 240/2007 , y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo que cita.

TERCERO.- La sentencia impugnada determinó correctamente las normas jurídicas aplicables en la resolución del presente litigio, que eran básicamente por el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la U.E. y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y tras resumir las alegaciones de las partes, centró el debate en el examen sobre la concurrencia o no en el presente caso de los requisitos establecidos por el artículo 2, letra d) del indicado RD 240/2007 , en la redacción resultante tras la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007), que anuló diversas expresiones en dicho precepto.

La cuestión a resolver en el recurso contencioso administrativo, como indica la sentencia impugnada, consiste en decidir si se cumplen o no los requisitos exigidos por el artículo 2.d) del RD 240/2007 para la reagrupación objeto del recurso, y para ello deberemos tener en cuenta los criterios jurisprudenciales en la materia.

Esta Sala ha señalado en sentencia de 30 de abril de 2014 (recurso 1496/2013), que el establecimiento de un condicionante como el referido de estar o vivir a cargo, no vulnera en sí mismo el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, referido al derecho al respeto a la vida privada y familiar, y solo si el contenido material que se quiera dar al mismo impide dicho derecho se podrá afirmar que la denegación vulneró su derecho al respeto de su vida familiar.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado este concepto de miembro de la familia "a cargo" en su sentencia de 9 de enero de 2007 (caso C- 1/05), en la forma siguiente:

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].

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.

43. ...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.

También en relación con el indicado requisito de vivir a cargo es doctrina jurisprudencial de esta Sala, recogida en las sentencias de 25 de febrero de 2016 (recurso 2827/2015) y 11 de julio de 2016 (recurso 499/2015), que la posibilidad de reagrupación con familiares que no sean nacionales de un Estado miembro debe ser aplicada con criterios menos restrictivos, aunque en ningún caso con carácter incondicionado, cuando el reagrupante es un 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 ciudadano de la Unión Europea o se trate de un residente legal nacional de un tercer país.

Finalmente, esta Sala ha señalado sobre el requisito que comentamos, en sentencias de 23 de septiembre de 2014 (recurso 278/2013) y 19 de octubre de 2015 (recurso 1373/2015), que si bien las transferencias periódicas de dinero por parte de la reagrupante puede ser un elemento que sirve para acreditar esa dependencia económica, sin embargo no puede considerarse el envío de dinero como el único elemento que demuestre la dependencia económica del solicitante del visado, pues "este dato escueto y simple no puede ser por sí solo 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 a la subsistencia de la madre", pues se requiere que las remesas tengan por finalidad lograr la subsistencia del familiar, sin cuya prueba las remesas inexplicadas no están cubiertas por el precepto.

CUARTO.- De acuerdo con las citadas normas y criterios jurisprudenciales, la obtención del visado con fines a la reagrupación con un nacional español, en el caso que nos ocupa, exige la concurrencia de dos requisitos: a) que el familiar de que se trate sea un ascendiente directo del reagrupante y b) que viva a su cargo.

El cumplimiento del primero de los requisitos no plantea entre las partes cuestión alguna, por lo que la controversia se centra en la concurrencia del segundo requisito, es decir, en determinar si en el momento de la solicitud del visado por reagrupación familiar, don Sebastián , de nacionalidad dominicana, vivía a cargo de su hija doña Angelina , de nacionalidad española.

Sobre esta precisa cuestión, la Sala de instancia señaló lo siguiente:

Por lo tanto, se deberá acreditar que don Sebastián , nacido el NUM000 de 1946, vivía a cargo de su hija.

El solicitante, soltero, indicó en su solicitud que era agricultor. Manifestó, ante Notario, que vivía con su hijo Daniel en su casa que es de su propiedad, del solicitante, que tiene seis hijos.

Al solicitante le han estado enviando dinero con regularidad en los términos referidos en la demanda y ya expresados que se coligen de los certificados de remesas.

No consta que la hija trabaje y solicitó y obtuvo el beneficio de justicia gratuita. Tiene tres hijos nacidos en los años 1990, 1993 y 1995.

Como hemos señalado lo que se ha de acreditar es que una persona a cargo es una persona que se encuentra en una situación de dependencia respecto al ciudadano de la Unión de que se trate y tal dependencia ha de ser de tal naturaleza que exija a dicha persona recurrir a la ayuda del ciudadano de la Unión para satisfacer sus necesidades básicas y por ello lo que se ha de demostrar es esa situación de hecho, a saber, una ayuda material proporcionada por el ciudadano de la Unión, necesaria para la satisfacción de las necesidades básicas del miembro de su familia y en el presente caso, como arriba se expuso, no podemos dar por probado que esté a cargo de su hija dado que pese a sus declaraciones lo cierto es que tiene familia en su país, de hecho convive con su hijo o sobrino, tiene otros hijos una propiedad con terreno en la que cultiva desconociéndose si tiene más bienes o cualquier otro tipo de rentas o si percibe alguna pensión o subsidio y en su solicitud indicó que era agricultor. No consta que esté enfermo ni que necesite del auxilio de su hija para adquirir medicinas o cualquier tipo de artículos de primera necesidad. Además, la hija carece de capacidad económica para sostenerle y tiene unas importantes cargas familiares y no consta que, salvo las remesas a que se refiere, haya tenido, desde su estancia en nuestro país, algún tipo de contacto que acredite una vinculación más allá del lazo parental.

En resumidas cuentas, se ignora si el solicitante, de forma efectiva y real y no meramente formal, es parte integrante de la familia de su hija y por ello el mismo le tiene que mantener en todo lo necesario para vivir dignamente (artículo 7 de la CEDH).

Así pues, la sentencia impugnada reconoce el envío con regularidad de remesas de dinero por la reagrupante a su padre, en los términos que resultan de la demanda y de los certificados acompañados, que muestran que en el año anterior a la solicitud de visado, de octubre de 2013 a septiembre de 2014, la recurrente remitió a su padre, con periodicidad mensual, un total de 1.740,63 € (una media mensual de 145,05 €), y la misma regularidad y similar promedio se aprecia en el año precedente (de octubre de 2012 a septiembre de 2013).

Pero al lado de estos envíos de dinero, la Sala de instancia también señaló las circunstancias del expediente que, en su criterio, se oponían a la acreditación de que el ascendiente viviera a cargo de la hija reagrupante, como eran que el propio solicitante del visado reconoció ante Notario que actualmente vivía con su hijo de nombre Daniel , si bien en la demanda se indica que con quien vivía era un sobrino, que tiene otros familiares (tres hijas) en el país, que tenía una propiedad con terreno y que se desconocía si tenía más bienes o cualquier tipo de rentas o si percibe alguna pensión o subsidio, y la Sala de instancia, valorando todas las anteriores circunstancias, llegó a la conclusión ya indicada de considerar que no podía dar por probado que el ascendiente solicitante del visado estuviera a cargo de su hija de nacionalidad española.

La fundamentación de la sentencia recurrida que acabamos de reseñar permite constatar que la Sala de instancia ha llevado a cabo un análisis individualizado de los datos y elementos disponibles en este caso, sin que podamos ahora en casación revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, porque como hemos declarado en numerosas ocasiones, tal revisión del material probatorio no tiene cabida en casación, salvo en supuestos excepcionales, como son aquellos en que se justifique que el Tribunal de instancia ha vulnerado alguno de los preceptos de nuestro ordenamiento que atribuyen valor tasado a determinados medios de prueba, o en que la valoración realizada sea arbitraria e ilógica y, por consiguiente, vulneradora del artículo 9.3 CE . Pero entre las excepciones a la revisión de la prueba no tiene cabida la simple discrepancia valorativa, ni es suficiente con señalar que el resultado obtenido por la Sala de instancia pudo ser distinto o que es erróneo, a juicio de la parte recurrente, sino que, como decimos, resulta necesario justificar que la valoración realizada es arbitraria, irrazonable o conduce a resultados inverosímiles, lo que no sucede en el caso examinado.

QUINTO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas del mismo, de conformidad con la regla del artículo 139.2 LJCA , si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita a 1.000 € el importe máximo a reclamar por la parte recurrida por todos los conceptos como costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido Declarar no haber lugar al presente recurso de casación número 1177/2016, interpuesto por la representación procesal de doña Angelina contra la sentencia de 26 de febrero de 2016, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso número 907/2015 , con imposición de las costas de casación a la parte recurrente, hasta el límite señalado en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el magistrado ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ