



Roj: STS 2842/2012
Id Cendoj: 28079130032012100229
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 6769/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Abril de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Tercera) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº **6769/2010** interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Viñambres Romero en nombre y representación de D. Adrian , contra la Sentencia de 23 de septiembre de 2010, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en los recursos acumulados números 827 y 828 de 2009 , sobre denegación de visados 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 los recursos acumulados números nº 827 y 828 de 2009, contra las Resoluciones del Consulado General de España de Tánger (Marruecos) de 4 de mayo de 2009 , por las que se denegaron los visados de residencia solicitados por D^a Edurne y D. Feliciano para reagrupación familiar, en España, con su hijo, D. Adrian .

SEGUNDO.- La expresada Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta Sentencia el 23 de septiembre de 2010 , cuyo fallo expresa:

<< Que desestimamos los recursos contencioso administrativos interpuestos por D. Adrian , representado por el Procurador de los Tribunales don Alejandro Viñambres Romero contra dos resoluciones de 4 de mayo de 2009 dictadas por el Consulado General de España en Tánger.>>

TERCERO.- Notificada la referida Sentencia a las partes, el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Viñambres Romero en nombre y representación de D. Adrian , 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, por la representación de D. Adrian , interpuso el 3 de enero de 2011 el citado recurso de casación, formulando dos motivos de casación.

Por Auto de la Sala de 5 de mayo de 2011 se inadmitió a trámite el primer motivo, siendo admitido a trámite el segundo de los motivos que fue desarrollado al amparo del artículo 88.1.d) LRJCA , denunciando la infracción de la Directiva 2004/38/CEE, interpretada por la STS de 1 de junio de 2010 , y de los artículos 19 y 39.1 de la Constitución Española .

QUINTO.- En fecha 14 de julio de 2011, la parte recurrida formuló su oposición al expresado recurso, quedando posteriormente las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el 24 de abril de 2012 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 23 de septiembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestima los recursos acumulados números 827 y 828 de 2009 , interpuestos contra las Resoluciones del Consulado General de España en Tánger (Marruecos) de 4 de mayo de 2009, por las que se denegaron los visados de residencia solicitados por D^a Edurne y D. Feliciano , para reagrupación familiar en España con su hijo, D. Adrian , de nacionalidad española.

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:

Con fecha 12 de febrero de 2009, el Subdelegado del Gobierno de Cuenca, concedió sendas autorizaciones de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de D^a Edurne y D. Feliciano supeditando su eficacia a la obtención del visado correspondiente, que debía ser solicitado en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución, en la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación residan.

D^a Edurne presentó ante el Consulado de España en Tánger (Marruecos) una solicitud de visado Schengen individual para reagrupación familiar. Consta en el expediente administrativo que el Consulado citado dicta resolución, el 4 de mayo de 2009, denegando el visado de reagrupación familiar solicitado por D^a Edurne , de acuerdo con lo establecido en el artículo 39.d) 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 los siguientes motivos:

<< Que de la documentación obrante en el expediente y de la presentada por el solicitante se demuestra que no hay dependencia económica de éste con respecto al reagrupante, recibiendo de su cónyuge con el cual convive en Marruecos, una pensión de jubilación de la CNSS de 3.411,54 Dhs.mensuales .>>

En la misma fecha, el citado Consulado General de España en Tánger (Marruecos) dicta resolución denegando el visado de reagrupación familiar solicitado por D. Feliciano , de acuerdo con lo establecido en el artículo 39.d) 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 los siguientes motivos:

<< Que de la documentación obrante en el expediente y de la presentada por el solicitante se demuestra que no hay dependencia económica de éste con respecto al reagrupante, recibiendo además una pensión de jubilación de la CNSS de 3.411,54 Dhs.mensuales>>

Contra estas resoluciones interpuso D. Feliciano sendos recursos contencioso-administrativos, en fecha 26 de mayo de 2009 que fueron acumulados, correspondiéndoles los números 827 y 828 de 2009 alegando que la documentación ya fue examinada por la delegación del Gobierno de Cuenca y que la resolución administrativa carece de motivación. Igualmente añadió que la pensión de jubilación que percibe el padre no es suficiente para vivir sus padres en Marruecos.

TERCERO .- La Sentencia de instancia confirma la resolución recurrida declarando, en su fundamento tercero, el régimen aplicable y las razones por las que ante la constatación de la no dependencia de los solicitantes del visado respecto del reagrupante, basa su fallo desestimatorio, expresándolo en las consideraciones siguientes:

«[...] En cuanto al fondo del asunto, el régimen aplicable es el establecido en los artículos 38 y siguientes del Real Decreto 2393/2004 , cuyo artículo 39, apartados d) y e), exige que los ascendientes se encuentren a cargo del descendiente reagrupante y que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia de aquéllos en España.

Se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando se 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. En cuanto a la existencia de razones que justifiquen la necesidad de autorizar la residencia en España de los familiares reagrupables, constituye un requisito distinto de la dependencia económica y su cumplimiento es exigible cumulativamente con aquella para que la reagrupación sea procedente, siendo criterio de esta Sección que, con carácter general, las circunstancias a considerar para evaluar la necesidad habrán de venir referidas a la edad de los solicitante del visado, a su estado de salud y a su situación familiar en su país de origen.

Como hemos sostenido en multitud de Sentencias, y baste citar a tales efectos las más recientes de 4 y 11 de noviembre de 2009 (Recursos 336/2008 y 106/2009), el concepto de "necesidad de autorizar la residencia" está en función de múltiples factores, cuáles podrían ser: a) los niveles de ingresos del reagrupante y del reagrupable; b) el entorno familiar; c) el sacrificio económico que supone para el reagrupante la asistencia a su ascendiente en su país, d) el nivel de vida de que disfruta el ascendiente con las ayudas que recibe. Un análisis ponderado de estos factores (y de algunos otros que se nos podrían escapar ahora) nos permitirá determinar si objetivamente es absolutamente necesario que el ascendiente venga a España para su plena realización.

En el supuesto de autos nos encontramos con un matrimonio en el que la madre nació en el año 1947 y el padre en el año 1938. El padre aparece como perceptor de una pensión de jubilación de la CNSS de 3.411'54 Dhs mensuales. El matrimonio tiene siete hijos vivos, seis de los cuales, incluido el recurrente, viven en España. El otro manifiesta el recurrente que vive en Inglaterra pero no es un dato que haya sido documentado. No constan remesas de los hijos en beneficio de los padres.

Así las cosas, no puede considerarse que los padres vivan a expensas del hijo ni que necesiten sus aportaciones para sobrevivir pues ha quedado constancia que han vivido normalmente con la pensión que perciben del estado marroquí sin que hayan necesitado de dinero de sus hijos que, como se ha indicado, no han remitido remesas de dinero que lleven a pensar que sin ellas los padres no pueden vivir y, por ello, que suponen una carga excesiva que disminuiría con su venida a España. No consta que padezcan enfermedad de imposible o difícil tratamiento allí.

Si la "necesidad" es un elemento esencial de la pretensión y ésta se niega por el Consulado, corresponde a quien reclama acreditar que existe y caso de duda, el Tribunal "desestimara" (en imperativo) la pretensión (art. 217. L.E.C .). Para nosotros esa necesidad no está mínimamente acreditada en los términos que dejamos expuestos con carácter general en los precedentes anteriores.»

CUARTO. - Del recurso de casación interpuesto por la representación de D. Adrian , sólo fue admitido su segundo motivo que se formula al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , denunciando la infracción de la Directiva 2004/38/CE, interpretada por la STS de 1 de junio de 2010 , y de los artículos 19 y 39.1 de la Constitución Española .

El recurrente en su escrito se limita a afirmar que la Sentencia de instancia infringe la Directiva 2004/38/CE tras la publicación de la Sentencia de la Sala de 1 de junio de 2010 , por la que se anuló la disposición final tercera del RD 240/2007, sin hacer el menor esfuerzo argumental en relación con el fundamento de la confirmación por la Sentencia de instancia de los acuerdos denegatorios de los visados solicitados. La sentencia recurrida argumenta desde varios enfoques que no ha quedado demostrado que los ascendientes directos de D. Adrian , estén a su cargo, por lo que hemos de ver, a continuación, qué repercusión tendrá la ausencia de datos o argumentos por parte del recurrente, en su escrito de recurso, para desvirtuar la ausencia de dependencia económica de sus padres respecto de él, como reagrupante, declarada por el tribunal sentenciador tras la valoración de los datos y documentación de los expedientes de solicitud de visado.

QUINTO .- La normativa que regula el procedimiento para la reagrupación familiar cuando se trate, como en el supuesto de autos, de una ciudadano nacionalizado español, 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. De ella transcribimos en primer lugar los razonamientos sobre la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, invocada por el recurrente. 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. " «[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 las 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».

En el fundamento jurídico décimo de la Sentencia de la Sala que venimos comentando, señalábamos que lo esencial eran los criterios aplicados, pues si eran los contemplados en el RD 240/07, la decisión denegatoria habría resultado legítima, expresándolo con el razonamiento siguiente:

<<[...] De todos modos, por encima de la norma formalmente aplicada, el dato verdaderamente relevante, y al que tenemos que atender, es la razón real de la denegación del visado solicitado por el padre del recurrente, pues si para tomar tal decisión se tuvieron en cuenta reglas y principios propios y específicos de la reagrupación con residentes en España no nacionales españoles, tal decisión sería contraria a Derecho, al basarse en una norma no aplicable al caso. En cambio, si la denegación se hubiera basado en criterios que al fin y al cabo están contemplados en el RD 240/2007, la denegación del visado resultaría, en definitiva, legítima.>>

SEXTO.- Procede a continuación ponderar si el Tribunal de instancia ha incurrido, en su sentencia, en alguna de las infracciones normativas que el recurrente alega, adelantando que no es acogible el motivo porque no se aprecian, ni en los fundamentos ni en el fallo, las vulneraciones imputadas. Hemos de mencionar que aunque la normativa citada en el segundo fundamento jurídico parece referirse a otro supuesto, el Tribunal declara, en el tercer fundamento, la normativa que aplica al caso, la contenida en el artículo 39 d) y e) del RD 2393/04. Pues bien, el contenido de estos preceptos se ciñe a la definición de los familiares reagrupables y de los requisitos exigibles, entre los que se encuentra "estar a cargo" del reagrupante al contemplar la reagrupación de sus ascendientes directos. Este requisito, "estar a cargo", guarda una clara analogía con lo regulado en la Directiva invocada, 2004/38/CE, en cuanto a la exigencia de su dependencia económica (de los ascendientes directos) respecto del reagrupante, como así lo regula el artículo 2.2 d) de la Directiva comunitaria citada, y art. 2 d) del RD 240/07, (que también utilizan las expresiones "a cargo" y "a su cargo", respectivamente). Ahora bien, aunque el requisito de "estar a cargo", del artículo 39 d) se matiza en el apartado

e) del mismo precepto, la Sentencia de instancia se ha referido, esencialmente, al importe neto de la pensión de jubilación percibida por D. Feliciano , para justificar que no ha podido apreciar que los solicitantes del visado "esten a cargo" del reagrupante. Es verdad, que también añade que no han remitido los hijos remesas económicas, pero se deduce del razonamiento que lo esencial ha sido la acreditación de la percepción de la pensión de jubilación, de D. Feliciano , como profesor de enseñanza de 2º grado, del Estado marroquí, para considerar que ninguno de los esposos cumplía con el requisito de estar a cargo del reagrupante. Pues bien, todo ello, nos revela que aún cuando se hubiera aplicado, formalmente, por la Sentencia de instancia, el artículo 2 d) del RD 240/07 , al guardar el contenido del precepto aplicado una clara analogía en el concreto aspecto exigible de la dependencia económica de los ascendientes directos respecto del reagrupante con lo estipulado en el citado art. 2 d) del RD 240/07 , la confirmación de los acuerdos denegatorios, por no cumplir los solicitantes del visado el requisito reglado ineludible, la resolución habría sido del mismo tenor, por lo que tras haber sido valorados por la sentencia recurrida el elemento que debería haber sido igualmente ponderado (importe neto de la pensión percibida) en su aplicación, no se habría producido la infracción normativa que achaca a la sentencia el recurrente.

En efecto, como ya hemos expuesto, la Directiva 2004/38/CE, invocada por el recurrente, y en lo que ahora interesa, 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 , de modo que han de cumplir, para reagruparse, dos requisitos, ser ascendientes directos y estar a su cargo, (art. 2.2 d), con la matización del concepto por la jurisprudencia comunitaria (STJUE (Gran Sala) de 9 de enero de 2007, asunto C-1/05) , trasladando al Estado miembro de acogida la competencia para valorar si a la vista de sus circunstancias económicas y sociales están en condiciones de subvenir a sus necesidades básicas. Es aquí donde la Sala de instancia ha incidido en sus razonamientos, declarando, tras la valoración de toda la documentación obrante en las actuaciones que no sólo no puede considerarse que Dª Edurne y D. Feliciano , vivan a expensas de su hijo, D. Adrian , sino que tampoco han percibido ayudas o remesas de sus otros hijos residentes en España, habiendo declarado la Sala que lo que ha quedado acreditado, por el contrario es que los solicitantes del visado, han vivido normalmente de la pensión de jubilación que perciben del Estado marroquí y no consta que padezcan enfermedad de imposible o difícil tratamiento en su país de origen. No podemos dejar de abundar en esta valoración de la Sala de instancia, pues es razonable pensar que si según los datos que pueden obtenerse del Ministerio de Empleo y Formación Profesional marroquí , el salario mínimo legal para el sector de la industria, el comercio y las profesiones libres es de aproximadamente 1.700 dirhams mensuales, los cónyuges, Dª Edurne y D. Feliciano , puedan vivir normalmente con algo más del doble del salario estipulado para ese sector, (según ha quedado acreditado) teniendo en cuenta que ya no tienen que atender a gastos de manutención ni de formación de ningún miembro familiar, como sin duda habrá sido calculado para aquel país, por sus autoridades, a la hora de fijar el salario de ese concreto sector.

Por tanto no se aprecia en el presente caso vulneración sustantiva ni de la normativa comunitaria, ni de la interpretación "estar a cargo" que ha fijado el TJUE, al aplicar la Sentencia de instancia, nominalmente, el artículo 39 d) citado en relación con el concepto "a cargo" y la valoración de las circunstancias económicas y socio-sanitarias efectuadas.

Tampoco son acogibles ninguna de las imputaciones que hace el recurrente, a la Sala, respecto de los artículos 19 y 39 CE , en concreto, por no "proteger la integridad de la familia" y porque "le obligaría a desplazarse a Marruecos para estar con su familia". Hemos de partir de la apreciación de que la decisión de D. Adrian , de abandonar Marruecos, fijando su residencia en España e incluso nacionalizándose español, ha sido voluntariamente tomada, y la Sala que ha enjuiciado la decisión administrativa, se ha limitado a valorar si fueron ajustadas a derecho las resoluciones administrativas denegatorias, en relación con los requisitos exigibles para la obtención de los visados. El art 19 CE se refiere al derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, así como a su derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca, precepto que a todas luces no guarda la menor relación ni puede imputarse a la sentencia impugnada en un caso que se refiere a la denegación de los visados a ciudadanos marroquíes.

SÉPTIMO .- La desestimación del recurso de casación lleva consigo la imposición de costas al recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional .

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



Que declaramos NO HABER LUGAR y por tanto desestimamos el recurso de casación interpuesto por D. Adrian contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de septiembre de 2010, dictada los recursos contencioso-administrativos acumulados números 827 y 828 de 2009 . Se condena a la parte recurrente en las costas procesales del 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.- Isabel Perelló Doménech.-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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ