

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Primera
C/ General Castaños, 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2013/0004934



Procedimiento Ordinario 327/2013

Demandante: Dña. SHIRLEY DOLORES
PROCURADOR D
Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN
Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA NÚMERO 1630/2013
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. Francisco Javier Canabal Conejos

Magistrados:

D. Arturo Fernández García

D. Fausto Garrido González

D. Alfredo Roldán Herrero



En la Villa de Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil trece.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 327/13, interpuesto por doña Shirley F..., representada por el Procurador de los Tribunales don..., y asistida por el Letrado don Pedro Fernández Bernal, contra la resolución de fecha 21 de diciembre de 2012 dictada por el Consulado General de España en Guayaquil que, en reposición, confirma la de 24 de octubre de 2012. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente indicada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 28 de febrero de 2.013 contra los actos antes mencionados ante la Sala y, una vez formalizados los trámites legales preceptivos, fue emplazado para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos reclamando se acuerde la concesión del visado solicitado a su madre doña María España

SEGUNDO.- La representación procesal de la Administración General del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se dio pro reproducido el expediente administrativo y la documental aportada, con fecha 28 de noviembre de 2013 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Canabal Conejos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional la parte recurrente impugna la resolución de fecha 21 de diciembre de 2.012 dictada por el Consulado General de España en Guayaquil que, en reposición, confirma la de 24 de octubre de 2012 por la que se denegaba la solicitud de visado por reagrupación familiar solicitada por su madre doña María España

Las citadas resoluciones deniegan el visado al entender que no se ha acreditado la dependencia económica de la madre respecto de su hija.

La parte recurrente señala que desde el año 2007 su madre recibe sus remesas, constando el envío de 5.638 euros en el año 2012. Su madre es viuda, no cuenta con ninguna





Se expresa en dicho considerando que puede ser para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y, sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutaban del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física de dicho ciudadano. Trasunto de la protección de la unidad familiar, es la inclusión de otros miembros de la familia, más allá de los hijos, la esposa o pareja y los ascendientes, como beneficiarios (art. 3 de la Directiva) siempre que se encuentren en determinadas situaciones y, paralelamente la DA 19ª del Real Decreto 240/2007 igualmente afectada por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010.

Como consecuencia de la reiterada sentencia del Tribunal Supremo, a los familiares extracomunitarios de españoles les es aplicable el régimen de comunitarios y de éste, a diferencia del régimen de reagrupación familiar, resulta el derecho a entrar, circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuando acompañen o se reúnan con el ciudadano español, para lo cual han de obtener un visado, que bien puede ser de estancia para un periodo de una duración total no superior a tres meses (vid. art. 2 del Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo) y solicitar luego la residencia si pretenden permanecer o fijar su residencia en España.

Es conveniente recordar que el artículo 5.1 de la Directiva 2004/38, titulado "Derecho de entrada", dispone que "sin perjuicio de las disposiciones que regulan los documentos de viaje en controles fronterizos nacionales, los Estados miembros admitirán en su territorio a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido". Y añade en el apartado 2 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) 539/2001, o, en su caso, con la legislación nacional.

Los artículos 5, 6, apartado 2, y 7, apartado 2, de la Directiva y paralelamente los arts. 4, 6 y 8 del Real Decreto 240/2007, reconocen los derechos de entrada, de residencia hasta tres meses y de residencia de más de tres meses en el Estado miembro de acogida a los



comunitario necesita el apoyo económico de éste para alcanzar o mantener el nivel de vida que desea, o bien considerar que la situación de dependencia tiene su origen en el hecho de que, sin dicho apoyo económico, el miembro de la familia sería incapaz de lograr un nivel de vida digno en su país de origen o en aquél en el que reside habitualmente.

También el propio TJCE ha indicado 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].

El TJCE 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.

En el supuesto de autos la pretensión del recurrente se sustenta sobre tres pilares fácticos: la total falta de medios económicos de su madre y las sustanciosas cuantías de las remesas que les ha ido remitiendo desde el año 2007.

Los datos ciertos son que la madre, de 74 años, es viuda y señaló en la declaración jurada que realizó en el Consulado que tenía dos hijos en Ecuador y dos en España. Acreditó que no realizó aportes a la Seguridad Social, que no estaba inscrita en el Registro Único de Contribuyentes y que no percibe pensión alguna. Su hija, ahora recurrente, la ha estado remitiendo dinero con asiduidad desde el año 2008. Así, constan 16 remesas en el año 2008; 12 en el año 2009; 12 en el año 2012 y mensual hasta julio de 2013. Las cuantías eran dispares pero desde el año 2009 siempre superiores a los 200 euros, superando en ocasiones los 300 y en una ocasión remitió 1.814 euros (octubre de 2011). En el año 2012 alcanzaron la suma de 5.638 euros. Uno de los hijos residente en Ecuador declaró el 22 de febrero de 2013 ante Notario Público del Cantón de Guayaquil que su madre no convivía con él y que era su hermana Shirley quien cubría sus gastos de manutención.



Con esos datos podemos afirmar que la madre requiere de forma perentoria de las remesas que la envía su hija y que arriba se han expuesto, pues en caso contrario no podría vivir dignamente al carecer de cualquier otro medio de subsistencia, es viuda y sin rentas, ya que el hijo que vive en Ecuador reside en una localidad distinta por lo que resulta harto difícil que pueda ocuparse de su madre.

En consecuencia, se ha probado que la citada madre es integrante de forma real y no meramente nominal de la familia de la reagrupante, de modo que la concesión del visado es necesaria para garantizar el derecho a la vida familiar al que se refiere el artículo 7 de la CEDH arriba referido. Por todo lo cual, el recurso se ha estimar, anulando las resoluciones recurridas por no ser conformes a derecho y reconocer el derecho de la madre a obtener el visado de entrada en los términos recogidos en el artículo 3.1 del Real Decreto 240/2007.

CUARTO.- Establece el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el caso de autos procede la condena en costas de la parte demandada que ha visto rechazadas sus pretensiones sin que concurra motivo para su no imposición fijándose las mismas en cuantía de 300 euros.

VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por doña Shirley ~~...~~, representada por el Procurador de los Tribunales don ~~...~~, y asistida por el Letrado don Pedro Fernández Bernal, contra la resolución de fecha 21 de diciembre de 2.012 dictada por el Consulado General de España en Guayaquil que, en reposición, confirma la de 24 de octubre de 2012, las cuales anulamos declarando el derecho de doña María España Cardozo Mayorga al visado de entrada en los términos recogidos en el artículo 3.1 del Real Decreto 240/2007.

Se condena al pago de 300 euros a la parte demandada en concepto de costas causadas en esta instancia.

