



Roj: **STSJ M 3427/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:3427**

Id Cendoj: **28079330012017100209**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/04/2017**

Nº de Recurso: **1161/2016**

Nº de Resolución: **334/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2016/0017233

Procedimiento Ordinario 1161/2016

Demandante: D./Dña. Isabel y D./Dña. Justiniano

PROCURADOR D./Dña. ANDRES FERNANDEZ RODRIGUEZ

Demandado: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA NUMERO 334/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. Juan Pedro Quintana Carretero

Magistrados:

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Arturo Fernández García

D. Fausto Garrido González

D^a María Dolores Galindo Gil

D^a María del Pilar García Ruiz

En la Villa de Madrid, a veintuno de abril de dos mil diecisiete.



Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1161/2016, interpuesto por don Justiniano y doña Isabel, representados por el Procurador de los Tribunales don Andrés Fernández Rodríguez y asistidos por la Letrada doña Luz Elena Jara Vera, contra la resolución de fecha 7 de julio de 2016 dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo que, en reposición, confirma dos resoluciones de 1 de marzo de 2016 denegatorias de visado en régimen **comunitario**. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por don Justiniano y doña Isabel se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 2 de septiembre de 2016 contra los actos antes mencionados, acordándose su admisión, y 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 de los visados de reagrupación **familiar** en régimen **comunitario** solicitados para reunirse con su madre, doña Daniela.

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.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba ni el trámite de conclusiones, con fecha 19 de abril de 2017 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 don Justiniano y doña Isabel impugnan la resolución de fecha 7 de julio de 2016 dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo que, en reposición, confirmaba dos resoluciones de 1 de marzo de 2016 por las que se denegaban sus solicitudes de visado de reagrupación **familiar** en régimen **comunitario** presentada para reunirse con su madre, doña Daniela, porque "no acreditan estar a cargo del **familiar comunitario**. Las remesas son insuficientes. Se valora la situación personal de los solicitantes, cada uno tiene un hijo".

La parte recurrente impugna las citadas resoluciones señalando que las mismas infringen el artículo 2 del Real Decreto 240/2007 ya que consta la total dependencia de los solicitantes respecto de su madre dada su condición de estudiantes, ninguno trabaja, ni tienen pensión o propiedad alguna y viven de las cuantías remitidas. Aduce la falta de motivación de las resoluciones impugnadas.

Se opone la Administración demandada, tras recapitular la normativa aplicable, sobre la base de las apreciaciones del Consulado en función del contenido de los documentos aportados que no acreditan que vivan a cargo de su madre.

SEGUNDO.- En el supuesto de autos el **familiar**, madre de los solicitantes, está casada con un nacional español, hecho no controvertido, y por ello el régimen jurídico aplicable al supuesto de autos es el constituido por el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, que regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2, letra c) de la referida norma, dicho Real Decreto se aplica, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, "a los **familiares** de ciudadano de miembro 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:

c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces".



Estos ciudadanos, según el artículo 3.1, tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por dicho Real Decreto de 2007, que, en lo que concierne a este caso, comporta la necesidad de visado de entrada para los **familiares no comunitarios**.

Al hilo de lo expuesto, se ha de indicar que esta Sección mantiene el criterio de que, a tenor de las consecuencias de la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007), que modifica parcialmente el artículo 2 del RD 340/2007 (aunque, dicho sea de paso, es bastante polémica, desde el punto de vista de la aplicación del derecho **comunitario**, en lo que incide con especial intensidad el voto particular a ella formulado), no puede aplicarse un régimen especial distinto al del Real Decreto 240/2007, que en definitiva es el régimen general de la Directiva 2004/38, a los **familiares** de españoles (aunque no hayan ejercido las libertades comunitarias) y, por lo tanto, el marco normativo tenido en cuenta en las resoluciones impugnadas no es el correcto. Y ello porque el derecho de libre circulación y residencia (comprensivo de la entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, etc.) de los ciudadanos de la Unión y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y por extensión a los **familiares** beneficiarios del derecho y su régimen jurídico, no es asimilable al derecho a la reagrupación **familiar** de los extranjeros que - como se recordará- es objeto de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación **familiar** y se regula igualmente en la legislación general de Extranjería (arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica 4/2000 y 39 y siguientes del Reglamento de Extranjería).

La entrada en España de **familiares** beneficiarios de terceros países en el régimen del RD 240/2007, aunque tenga como finalidad que acompañen o se reúnan con el ciudadano de la Unión, no necesariamente tiene que ser con la finalidad de fijar la residencia o para mantener la unidad de la familia, pues puede serlo igualmente en régimen de estancia y por periodo inferior a tres meses. Si se pretende permanecer más allá de ese espacio de tiempo se ha de solicitar una **tarjeta** de residencia de **familiar** (vid. arts 3.3 y 8 del Real Decreto 240/2007), pero no necesariamente un visado de residencia. Por el contrario, en el régimen general de extranjería la reagrupación se concibe únicamente como una situación de residencia y, por ello, previamente a la expedición del visado ha de obtenerse una autorización de residencia para la reagrupación. En resumidas cuentas, la libre circulación de **familiares de comunitario**, en el supuesto de descendientes menores de 21 años o a cargo o de **ascendientes**, no parece concebida desde la perspectiva del mantenimiento de la unidad **familiar**. En el Considerando (6) de la Directiva 2004/38 se tiene en cuenta una situación específica de mantenimiento de la familia. 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 disfrutan 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 período 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 nacionales de terceros países, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que le acompañen o se reúnan con él en ese Estado miembro, sin hacer referencia a que la reunión se produzca con finalidad de mantener la unidad **familiar**.



En definitiva, tanto de la Directiva 38/2004, como del Real Decreto 240/2007, resultan derechos subjetivos claramente definidos para los "miembros de la familia" del ciudadano de la Unión (más ventajosos, desde luego, que los previstos en el régimen general de extranjería), comprensivos del derecho de entrada y que obliga a concederles un visado, gratuitamente, lo antes posible, mediante un procedimiento acelerado. Se ha de añadir que según constante doctrina del TJE aunque el derecho de libre circulación, que se extiende a los **familiares** beneficiarios, no sea incondicional, las limitaciones e interpretaciones que puedan establecerse son de aplicación restrictiva, sin que quepan restricciones por motivos económicos.

Por lo tanto, el acceso al territorio nacional de un **familiar** procedente de un país tercero de un ciudadano español no puede ser denegado porque no se produzca efectivamente - o no tenga por finalidad - una reagrupación **familiar**, en el sentido del mantenimiento de la unidad **familiar**, porque ello constituiría una excepción al principio fundamental de libre circulación y residencia, concebido como un derecho subjetivo, que incluye a los **familiares** beneficiarios de ese derecho y que no puede ser interpretado de forma restrictiva, lo que impide que se ejerzan respecto de esos **familiares** beneficiarios del derecho de libre circulación y residencia facultades de control respecto de la eventual disgregación **familiar** de su situación de origen (por contraria al objetivo de proteger la vida **familiar**).

TERCERO.- Ha de partirse de la base de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido ocasión de afirmar que la Directiva 2004/38 pretende facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que el Tratado confiere directamente a los ciudadanos de la Unión, y que tiene por objeto, en particular, reforzar ese derecho (véanse las sentencias de 25 de julio de 2008, Metock y otros, C 127/08, Rec. p . I 6241, apartados 82 y 59, y de 5 de mayo de 2011 , McCarthy, C 434/09, Rec. p . I 0000, apartado 28 ; y, de 15 de noviembre de 2011, Murat Dereci y otros, C 256/11 , apartado 50).

En concreto, la referida sentencia de la Gran Sala de 15 de noviembre de 2011 , en lo que interesa al presente caso, ha señalado:

54 "El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de observar que, conforme a una interpretación literal, teleológica y sistemática de esa disposición, un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación y siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee no está incluido en el concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 , por lo que ésta no le es aplicable (sentencia McCarthy, antes citada, apartados 31 y 39).

55 También ha declarado que, si un ciudadano de la Unión no está incluido en el concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 , un miembro de su familia tampoco está incluido en ese concepto, puesto que los derechos conferidos por esa Directiva a los miembros de la familia de un beneficiario de ésta no son derechos propios de esos miembros sino derechos derivados, adquiridos en su condición de miembros de la familia del beneficiario (véase, en relación con el cónyuge, la sentencia McCarthy, antes citada, apartado 42 y jurisprudencia citada).

56 En efecto, la Directiva 2004/38 no reconoce derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro a todos los nacionales de terceros países, sino únicamente a aquellos que son miembros de la familia, en el sentido del artículo 2, punto 2 , de esta Directiva, de un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho de libre circulación estableciéndose en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad (sentencia Metock y otros, antes citada, apartado 73).

57 En el presente caso, dado que los ciudadanos de la Unión interesados nunca han ejercido su derecho de libre circulación y siempre han residido en el Estado miembro cuya nacionalidad poseen, se ha de constatar que no están comprendidos en el concepto de «beneficiario» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38 , por lo que ésta no es aplicable a dichos ciudadanos de la Unión ni a los miembros de su familia.

58 De ello se deduce que las Directivas 2003/86 y 2004/38 no son aplicables a los nacionales de terceros Estados que solicitan un derecho de residencia para reunirse con ciudadanos de la Unión miembros de su familia que nunca han ejercido su derecho de libre circulación y siempre han residido en el Estado miembro cuya nacionalidad poseen.

En consecuencia, según dicha sentencia, los miembros de las familias de los demandantes en los litigios principales, en su calidad de nacionales de un Estado miembro, gozan del estatuto de ciudadano de la Unión en virtud del artículo 20 TFUE , apartado 1, y, por lo tanto, pueden invocar, también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a tal estatuto (véase la sentencia McCarthy, antes citada, apartado 48).

Lo que viene a sostener el Tribunal Europeo es que en supuestos como el de autos en los que el **familiar comunitario** con el que se pretende reunir los solicitantes no ha abandonado el país que le otorgó la



nacionalidad le resulta de aplicación el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea referido al derecho al respeto de la vida privada y **familiar**, contiene derechos equivalentes a los garantizados por el artículo 8, apartado 1, del CEDH, y que, por consiguiente, debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al artículo 8, apartado 1, del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 5 de octubre de 2010, *McB.*, C 400/10 PPU, Rec. p. I 0000, apartado 53).

Por todo lo expuesto, el objeto de este litigio se ha de centrar en examinar si la denegación del derecho de residencia del descendiente vulnera el derecho al respeto de la vida privada y **familiar** previsto en el artículo 7 de la CEDH.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, sentencia *Ahmut c. Países Bajos*, de 28 de noviembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-VI, p. 2030, § 71) ha declarado en reiteradas ocasiones que el artículo 8 del CEDH no garantiza a los extranjeros «el derecho de elegir el lugar más adecuado para desarrollar una vida **familiar**» y no impone a un Estado miembro «la obligación general de respetar la elección, por los matrimonios, de su residencia común y de permitir la reagrupación **familiar** en su territorio» (TEDH, sentencias *Gül c. Suiza*, de 19 de febrero de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, p. 174, § 38, y *Ahmut c. Países Bajos*, antes citada, § 67). No obstante, ha considerado que dicho artículo puede crear obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida **familiar** (TEDH, sentencia *Sen c. Países Bajos*, de 21 de diciembre de 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-I, § 31), consistentes en que un Estado esté obligado a permitir la entrada de una persona en su territorio.

Sobre la base de dicha interpretación, el Tribunal de Justicia ha declarado que aunque el CEDH no garantiza ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida **familiar** protegido por el artículo 8, apartado 1, del CEDH. Tal injerencia infringe dicho CEDH si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté «prevista por la ley» y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, «en una sociedad democrática, sea necesaria», es decir, que esté «justificada por una necesidad social imperiosa» y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida.

Si bien el artículo 8 del CEDH garantiza únicamente el ejercicio del derecho al respeto de una vida **familiar** «existente» y si bien se ha declarado, en el ámbito específico de la entrada, la residencia y la expulsión de los no nacionales, que la familia debe limitarse al «núcleo **familiar**», (TEDH, sentencia *Slivenko c. Letonia*, de 9 de octubre de 2003, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-X, § 94) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado, no obstante, por regla general, una concepción extensiva de la vida **familiar**, (TEDH, *Slivenko c. Letonia*, antes citada, § 95) caracterizada por la presencia de elementos jurídicos o fácticos que indican la existencia de una relación personal estrecha, lo que permite incluir, por ejemplo, en determinadas condiciones, las relaciones entre abuelos y nietos (TEDH, sentencia *Marckx y Bélgica*, de 13 de junio de 1979, serie A nº 31, § 45 o las relaciones entre hermanos. (TEDH, sentencia *Moustaquim y Bélgica* de 18 de febrero de 1991, serie A nº 193. Para estimar la infracción del artículo 8 del CEDH, consistente en la expulsión de un nacional marroquí de Bélgica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tomado en consideración la presencia de hermanos en dicho país) Incluso han sido calificadas de «vida **familiar**» las relaciones de hecho ajenas a toda relación de parentesco.

Esta Sección entiende que el establecimiento de un condicionante como el de estar a cargo no vulnera en sí mismo el artículo 7 de la CEDH 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 artículo 3.1 del Real Decreto 240/2007 señala que las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo.

Ha de señalarse que el propio Tribunal Europeo ha indicado que el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad **familiar** en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido (Sentencia *Murat Dereci y otros*, C 256/11, apartado 68, ya citada).

No obstante ello, lo esencial es que exista una unidad **familiar** que mantener pues si dicha unidad se ha quebrado o dejado de existir no resulta razonable pretender ejercer un derecho que en realidad constituye una formulación artificial de esa unidad y eso es lo que sucede en el supuesto de autos en el que ambos solicitantes



aun siendo solteros cada uno de ellos tiene un hijo propio tal y como se refleja en la resolución del recurso de reposición sin que los recurrentes nada digan al respecto.

No obstante lo anterior, tampoco podemos dar por acreditado que estén a cargo de su madre. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vid. sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon, 316/85, Rec. p. 2811, apartados 20 a 22), la circunstancia de que un ciudadano **comunitario** cubra las necesidades de un miembro de su familia es decisiva para probar que se encuentra a cargo, sin que sea necesario determinar las razones de ese mantenimiento. Como dice la STJCE Tribunal de Justicia (CE) Pleno, S 9-1- 2007, nº C-1/2005, es obligado suponer dicha situación cuando el miembro de la familia del ciudadano **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 igualmente 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.

Para determinar si un **ascendiente** de un ciudadano **comunitario** está a cargo de éste, el Estado miembro de acogida debe apreciar si, a la vista de sus circunstancias económicas y sociales, no está en condiciones de subvenir a sus necesidades básicas. La necesidad del apoyo material debe darse en el Estado de origen o de procedencia de dicho **ascendiente** en el momento en que solicita establecerse con el ciudadano **comunitario**

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, conforme a la documentación aportada al expediente, no podemos dar por probado que los solicitantes estén a cargo de su madre dado que si bien es cierto que ambos declararon ser estudiantes no aportaron documento alguno que así lo acreditara; tampoco acreditaron que carecieran de bienes de cualquier clase o que no trabajaran o hubieran trabajado. Tan solo acompañaron a sus solicitudes los recibos de remesas remitidas por su madre y que, en demanda, recuentan con el siguiente resultado: A su hija Isabel 7 envíos en el año 2013 por un total de 1.170 €; 4 en el año 2014 por un total de 987 €; 4 en el año 2015 por un total de 1.510,96 €; y, 3 en el año 2016 por un total de 285 €. A su hijo Justiniano : 3 envíos en el año 2013 por un total de 156 €; 6 en el año 2014 por un total de 1.207 €; 4 en el año 2015 por un total de 781 €; y, 8 en el año 2016 por un total de 930,10 €. Como se puede observar las remesas son esporádicas y escasas. No consta que los hijos necesite de su ayuda para satisfacer sus necesidades básicas dado que no consta cuál es realmente su situación económica ya que se desconoce si tienen algún tipo de patrimonio y si éste les produce o no rentas de alguna clase, si trabajan, si viven con otros **familiares**, por lo que deberemos deducir que han venido viviendo con otras fuentes de ingresos además de las remesas que su madre les ha enviado. Tampoco consta que estén enfermos ni que necesite el auxilio de una tercera persona y en ese caso que haya sido la madre quien corriera desde España con los gastos que dicha ayuda les supondría. Tampoco consta que la madre mantenga una relación asidua con sus hijos ni que haya viajado a verles en alguna ocasión.

En resumidas cuentas, se ignora si los solicitantes, de forma efectiva y real y no meramente formal, son parte integrante de la familia de su madre y por ello la misma les tiene que mantener en todo lo necesario para vivir dignamente (artículo 7 de la CEDH).

Por todos los razonamientos expuestos, el presente recurso se ha de rechazar dado que las citadas resoluciones impugnadas, en los extremos examinados, se ajusta a derecho.

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 recurrente que ha visto rechazada sus pretensiones sin que concurra motivo para su no imposición.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de trescientos euros (300 €) por lo honorarios de Letrado, más el IVA correspondiente a dicha cantidad, y ello en función de la índole del litigio y la actividad desplegada por las partes.

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

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por don Justiniano y doña Isabel contra la resolución de fecha 7 de julio de 2016 dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo que, en reposición, confirma dos resoluciones de 1 de marzo de 2016.

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.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-93-1161-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-93-1161-16 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.