



Roj: **STSJ M 3418/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:3418**

Id Cendoj: **28079330012017100200**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2017**

Nº de Recurso: **1025/2016**

Nº de Resolución: **305/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA**

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:** 28.079.00.3-2016/0015688

**Procedimiento Ordinario 1025/2016**

**Demandante:** D./Dña. Sabino

PROCURADOR D./Dña. NURIA GALA ROS

**Demandado:** MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

**SENTENCIA N° 305/2017**

Presidente:

**D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Magistrados:

**D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS**

**D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA**

**D. FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ**

**Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL**

**Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ**

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

**VISTOS** por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso-administrativo 1025/2016 promovido por la procuradora de los tribunales doña Nuria Gala Ros, en nombre y representación de **DON Sabino** , contra resoluciones, de 16 de junio de 2016, de la Embajada de España en Nueva Delhi (India) que desestiman los recursos de reposición formulados contra resoluciones de ese mismo órgano de 8 de abril de 2016 que deniegan las solicitudes de visados de reagrupación **familiar** en régimen **comunitario** presentadas, el 18 de enero de 2016, por doña Gema y don Bernabe en cuanto padres de dicho recurrente; habiendo sido parte demandada la **ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO** , representada y defendida por el Abogado del Estado.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Por la parte recurrente arriba expresada se interpuso recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones antes mencionadas, acordándose su admisión a trámite.

**SEGUNDO** : En el momento procesal oportuno se requirió a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando, en esencia, que se dicte sentencia por la que se declare el derecho del actor a obtener el visado solicitado.

**TERCERO**: A continuación, se confirió traslado a la Abogacía del Estado, en la representación que ostentaba de la Administración General del Estado, para que contestara a la demanda, lo que se verificó por escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, la parte terminó suplicando se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto y confirmando la legalidad del acto impugnado.

**CUARTO**: Se ha fijado la cuantía del procedimiento en indeterminada. A continuación, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que se verificó para el día 29 de marzo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

**Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. don JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurrente, nacido en Nepal, actualmente nacional del Reino Unido, y con certificado de registro de ciudadano de la Unión con domicilio en una localidad de la provincia de Barcelona, impugna por medio de este recurso las resoluciones administrativas recogidas en el encabezamiento de esta sentencia que deniegan a sus padres, doña Gema y don Bernabe , nacionales y residentes en Nepal, sus respectivas solicitudes de visado de reagrupación **familiar** de régimen **comunitario** (según término utilizado por los actos recurridos).

Las resoluciones originarias impugnadas fundamentan las citadas denegaciones por idénticos argumentos en ambos casos:

"Durante la investigación a la que se ha sometido el expediente, queda de manifiesto que la/ el (depende la resolución) y su cónyuge tienen cuatro hijos:

Sabino , el reagrupante que reside en España, con pasaporte británico.

Gabino , quien reside en Australia.

Zulima , casada y residiendo en Nepal.

Ángel Daniel , quien actualmente vive con los solicitantes en Nepal, estando ambos a su cargo.

Aparte de lo anterior, si bien el reagrupante manifiesta enviar dinero a sus padres, el investigador asegura que ambos pertenecen a una clase media, con ingresos mensuales procedentes de propiedades y tiendas.

El investigador también asegura que los solicitantes gozan de buena salud y condición física y que no necesitan estar al cuidado de persona alguna.

Sobre la base de lo expuesto anteriormente y teniendo en cuenta que existen dos hijos viviendo cerca de los solicitantes (uno de ellos conviviendo incluso en la misma casa) no queda demostrada la necesidad de que, y su esposo (esposa, en la otra resolución) se vayan a residir con el hijo que actualmente se encuentra en España".

Las resoluciones dictadas en vía de recurso de reposición no añaden nuevos razonamientos a los expuestos.

**SEGUNDO.-** La parte recurrente, en su escrito de demanda, alega en primer lugar que la decisión de los actos recurridos de que los padres del actor no viven a su cargo se basa en un informe de un investigador que contiene unos juicios subjetivos sin apoyo en dato objetivo alguno, especialmente cuando afirma que dicho matrimonio posee 10.000 NPR. Además, no consta que ese informe se le haya dado traslado a los interesados, con lo que se les ha causado una efectiva indefensión. Asimismo, se prueba que el hijo realiza transferencias periódicas a sus padres. El hermano que vive con ellos en Nepal está estudiando y no tiene medios económicos. El terremoto que ha sacudido Nepal impide a dichos progenitores tener ingresos propios. Oponer, igualmente, falta de motivación de las resoluciones impugnadas, que coloca a la parte en situación de efectiva indefensión. Añade que por economía procesal deben anularse las resoluciones recurridas dado que por lo acreditado esos padres viven de las remesas enviadas por su hijo, concurriendo igualmente razones



humanitarias teniendo en cuenta las consecuencias del terremoto sufrido en Nepal, lo que conduce a afirmar la existencia de razones justificativas de la necesidad de autorizar la reagrupación **familiar** solicitada.

La defensa del Estado se opone a la demanda y solicita la desestimación del recurso.

**TERCERO.-** El Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007 ), 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 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, entre los que se encuentran los **ascendientes** directos que vivan a su cargo. 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 240/2007 (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 de la citada norma, 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 ello porque el derecho de libre circulación y residencia (comprendido 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 **ascendientes** a cargo, 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 en un sentido estricto. 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 citada 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**).

**CUARTO.-** Por todo lo anteriormente expuesto, en el presente caso enjuiciado sólo cabe examinar si se ha cumplido el único requisito de que los solicitantes de visado viven a cargo de su hijo, actualmente de nacionalidad británica y residente en territorio español (tal como se acredita en el expediente administrativo y en autos). Requisito éste que es el puesto en duda por la delegación diplomática en sus resoluciones.

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 la actora 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 **ascendiente** 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.



Desde esa perspectiva se deben analizar dos consideraciones. Por un lado, la relación **familiar**, siempre en los términos aludidos, entre el **familiar comunitario** y el solicitante, y por otro el establecimiento de requisitos por parte de la legislación nacional para que dicho derecho se haga efectivo aunque debe saberse que ambos pueden estar íntimamente relacionados, toda vez que la existencia de un núcleo **familiar** puede estar ligado al cumplimiento de los requisitos, tal y como a continuación se examinará .

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).

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**.

Esta Sala mantiene el criterio de que en casos como el presente la dependencia económica del solicitante del visado respecto del ciudadano **comunitario** no se acredita simplemente con presentar documentación de los envíos de dinero por parte del segundo al primero durante el año anterior a la solicitud de visado, sino que se ha de probar también que el **familiar** del ciudadano **comunitario** carece de cualquier ingreso o que éstos son muy escasos, de forma que para que el mismo pueda vivir dignamente necesita de forma perentoria de esos envíos por parte de aquél; para lo cual, en consecuencia, se ha de probar la exacta situación económica, social y **familiar** del dependiente. Por otro lado, se ha de señalar que el RD 557/2011 se refiere a los supuestos de reagrupación **familiar** de carácter general (en tal sentido la STS de 10 de junio de 2013, rec. 3869/2012 , que sigue la tesis establecida en la STS de 26 de diciembre de 2012, rec. 2352/2012 ) .

A la vista de todo lo anteriormente referido, se habrá de acudir a la prueba existente en el procedimiento para determinar si en este caso los solicitantes cumplen con ese requisito de estar a cargo de su hijo residente en España en los términos expuestos, que es, se insiste, el que se ha de probar a tenor del artículo 2,d) del RD



240/2004 , teniendo en cuenta la doctrina expuesta en materia de derecho **comunitario** y el criterio de esta Sala, ratificado por el Tribunal Supremo.

En primer lugar, se ha de indicar que el uso por parte de las delegaciones diplomáticas de abogado o de otro especialista para investigar sobre el terreno la exactitud de regularidad de un documento está amparado en el punto 3 de los comentarios a los apartados de la recomendación nº 9 relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y memoria explicativa adoptadas por la Asamblea General de Estrasburgo el 17 de marzo de 2005, contenido en la Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la Dirección general de los Registros y del Notariado sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil BOE 97 de 24 de abril de 2006).

El informe emitido a instancia de la Embajada de España en Nueva Delhi, y realizado por un agente que se trasladó a Katmandhu, sólo pudo hacerse con la aquiescencia de los solicitantes pues como se desprende de su literal fueron entrevistados por su autor. Dicho informe debidamente traducido consta en copia unida al expediente administrativo en lengua inglesa (de lo que la parte nada señala) y el original en esa delegación diplomática. La parte recurrente, no obstante denunciar la inexistencia de firma y concreción de su autor, no solicitó en el momento procesal pertinente su complemento o subsanación en dichos términos. No hay que olvidar que desde el momento en que la parte presenta recurso de reposición contra el acto original se entiende que ha tenido a su disposición dicho informe, y ahora en sede judicial. Por lo tanto, en ningún caso se le ha causado efectiva indefensión pues desde esa vía administrativa ha podido como lo hace en sede judicial atacar su contenido. Por ello, se han de rechazar esas irregularidades invocadas. No obstante, dicha parte refiere, contra lo expuesto en ese informe, que los padres del recurrente viven a cargo de ese hijo residente en España, y además tienen necesidad de venir dada la situación de Nepal tras el terremoto (abril de 2015). En consecuencia, no se aprecia falta de motivación causante de efectiva indefensión ( art.63.2 Ley 30/1992 ).

Ha de reiterarse que lo determinante es acreditar en los términos reseñados que dichos progenitores viven en Nepal a cargo del hijo residente en España. Las conclusiones del citado informe que hace suyo el acto originario, en lo que respecta a ese concreto particular (en el mismo no se pone en duda la filiación entre el actor y sus padres) se basan en las afirmaciones que los solicitantes hacen al investigador. En dichas conclusiones se indica expresamente que esos padres viven con dos hijos estudiantes, que forman parte de la clase media de Nepal y perciben 10.000 NPR (rupia nepalí o 90 euros al cambio actual, de modo que los envíos del hijo de España son un complemento. El informe se efectúa el 25 de marzo de 2016 y tiene fotografías de la citada familia en su casa.

Sin embargo, frente a dichos datos obtenidos por ese investigador, la parte no opone distinta documentación que hubiera sido fácil obtener para poder saber la exacta situación económica de dichos progenitores y su familia, incluso desde la fecha del terremoto invocado, pues no basta su mención genérica sino demostrar su repercusión negativa en la situación económica de esa familia que determine el dato esencial de la dependencia de ese hijo residente en España.

Diez son los envíos acreditados en el expediente administrativo como realizados por parte del actor a sus padres:

21-01-2014: 40.000 NPR o 360 euros al cambio actual  
26-02-2014: 150.000 NPR o 1350 euros al cambio actual  
4-04-2014: 20.000. NPR o 180 euros al cambio actual  
26-09-2014: 31.596 NPR o 284 euros al cambio actual  
14-05-2015: 320.008 NPR o 2881 euros al cambio actual  
31-07-2015 30.000 NPR o 270 euros al cambio actual  
5-09-2015: 25.000 NPR o 225 euros al cambio actual  
6-10-2015 90.000 NPR o 810 euros al cambio actual  
5-11-2015. 40.000 NPR o 360 euros al cambio actual  
1-01-2016: 45.000 NPR o 405 euros al cambio actual

Hay que resaltar que el recurrente ha obtenido beneficio de justicia gratuita para entablar este pleito.

La relación de los anteriores envíos revela su irregularidad pues no se efectuaron en todas las mensualidades, lo que confirma lo recogido en el informe del investigador de que son meramente complementarios de los ingresos de la familia en Nepal. Una familia realmente necesitada de esos envíos no puede estar



mensualidades sin recibirlos, no obstante se intenten compensar con remesas mayores en otras. En este punto, y enlazando con lo arriba expuesto, no se aporta a los autos documentación alguna sobre los ingresos reales y patrimonio de esa familia solicitante de los visados, en el sentido de certificaciones oficiales sobre si trabajan los cónyuges o sus hijos con los que viven (así se indica en el informe) o tienen algún negocio, declaraciones a la Hacienda Pública, de aportes a la Seguridad Social, inscripción registral de bienes, etc. Frente a lo mantenido en ese informe de que dichos padres poseen ingresos regulares procedentes de propiedades y tiendas, ninguna documentación se presenta para su desvirtuación. Con relación a la alegación de que el terremoto de abril de 2015 afectó a la situación económica de esa familia, el informe en cuestión, como se ha dicho, es de marzo de 2016 y nada indica en tal sentido. Tampoco en este punto se aporta prueba alguna que ratifique esta afirmación de parte.

En resumidas cuentas, con todos estos elementos de convicción se concluye que no se prueba si los solicitantes, de forma efectiva y real y no meramente formal, forman parte integrante de la familia de ese hijo con el que pretenden reunirse en España y por ello ésta les tiene que mantener en todo lo necesario para vivir dignamente ( artículo 7 de la CEDH ). Por lo tanto, al no acreditarse dicho requisito legal, se ha de desestimar el recurso dado que las resoluciones recurridas, en los términos debatidos, se ajustan plenamente a derecho .

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, y no apreciarse en este caso serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, de los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de 300 €, más la cantidad que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

A la vista de los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

**DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO** interpuesto por la representación **DON Sabino** contra las resoluciones administrativas descritas en el encabezamiento de esta sentencia; con imposición de las costas de este recurso a la parte actora en importe máximo de 300 € y en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto.

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. Ello 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 2414-0000-93-1025-16 (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 2414-0000-93-1025-16 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.