



Roj: **STSJ M 2729/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:2729**

Id Cendoj: **28079330012017100161**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/03/2017**

Nº de Recurso: **974/2016**

Nº de Resolución: **205/2017**

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:** 28.079.00.3-2016/0014975

**Procedimiento Ordinario 974/2016**

**Demandante:** D. /Dña. Hortensia

PROCURADOR D. /Dña. PEDRO ANTONIO GONZALEZ SANCHEZ

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

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

**SENTENCIA NUMERO 205/2017**

**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<sup>a</sup> María Dolores Galindo Gil

D<sup>a</sup> María del Pilar García Ruiz

-----

En la Villa de Madrid, a diez de marzo 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 **974/2016**, interpuesto por doña Hortensia , representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro Antonio González Sánchez y asistida por la Letrada doña Ana Leonor Lorenzo González, contra la resolución de fecha 5 de mayo de 2016 dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo que, en reposición, confirma la 4 de febrero de 2016 denegatoria de visado en régimen comunitario. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por doña Hortensia se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 11 de julio 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 del visado de reagrupación familiar en régimen comunitario solicitado para reunirse con su madre, doña Rebeca .

**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 recibido el pleito a prueba, se tuvo por reproducido el expediente administrativo y la documental aportada, tras el trámite de conclusiones, con fecha 8 de marzo de 2017 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A través del presente recurso jurisdiccional doña Hortensia impugna la resolución de fecha 5 de mayo de 2016 dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo que, en reposición, confirma la 4 de febrero de 2016 por la que se denegaba su solicitud de visado de reagrupación familiar en régimen comunitario presentada para reunirse con su madre, doña Rebeca , porque "es mayor de 21 años y no acredita la dependencia económica del familiar comunitario. No se considera una dependencia estructural, continuada en el tiempo. Además, el certificado de remesas no presenta firma. Por otro lado, no aporta información suficiente que pruebe que no tiene otros medios o formas de subsistencia, o que no puede obtenerlos por sí misma. Se valora su situación familiar, según la entrevista telefónica realizada el 5 de mayo de 2016 a las 9:10 a.m., la solicitante vive con su padre".

La parte recurrente impugna la citada resolución señalando que la misma infringe el artículo 2 del Real Decreto 240/2007 ya que consta la total dependencia del solicitante respecto de su madre dada su condición de estudiante, las cuantías remitidas y que no trabaja. También señala que su padre tiene un grave trastorno mental por lo que no puede mantenerla ya que no puede trabajar.

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 viva a cargo de su madre.

**SEGUNDO.-** En el supuesto de autos el familiar, madre de la solicitante, tiene la nacionalidad española, 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 (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 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 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 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).

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

Según consta en el expediente Hortensia nació el NUM000 de 1994, está soltera y tiene la nacionalidad dominicana. Indicó que era estudiante universitaria aportando, con la demanda, a tales efectos un certificado de la Universidad Autónoma de Santo Domingo de reinscripción en el primer semestre de 2016 de la carrera de Medicina ya que con la solicitud de visado aportó los horarios de asignaturas cursadas desde el año 2012 al año 2016.

En el expediente aparecen certificados de remesas remitidas por la madre de la recurrente a Santo Domingo en el que aparece su hija como beneficiaria. En el emitido por la entidad "Ría" constan 10 remesas en el año 2012 por un total de 2.695 €; 2 en el año 2013 por un total de 615,94 €; 15 en el año 2014 por un total de 4.117,32 €; y, 2 en el año 2015, hasta mayo, por un total de 2.290 €. En el emitido por la entidad "Mundial Money Transfer SA" constan 5 remesas entre marzo y octubre de 2015 por un total de 1.520 €. A través del Banco Providencial recibió 3 remesas en el año 2012 por un total de 18.612 pesos; y, 3 en el año 2013 por un total de 35.077 pesos. Hay 2 recibos de remesas realizadas a través del Banco BHD en el año 2013 por un total de 52.290 pesos; 6 recibos de remesas realizadas a través de "RED" en el año 2012 por un total de 70.704 pesos; 3 recibos de remesas realizadas a través de "Banco Unión" en el año 2015 por un total de 149.937 pesos; 4 recibos de remesas realizadas a través de "Cibao Express" en el año 2014 por un total de 121.523 pesos.

La solicitante tiene alquilada a su nombre una vivienda por un alquiler mensual de 4.500 pesos. A su padre le han diagnosticado un trastorno de ánimo bipolar tratado con sales de litio y seguido por el Hospital Psiquiátrico Padre Billini.

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 que se ha indicado, no podemos dar por probado que la solicitante esté a cargo de su madre dado que ni consta que esta tenga capacidad económica para mantener a su hija pues desconocemos sus cargas familiares en España y no sabemos si trabaja, o tiene rentas, ni, las remesas son escasas y esporádicas, que su hija 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 trabaja, si tiene cargas familiares, si vive con otros familiares, su padre no ha fallecido y aunque padezca el trastorno



que acredita del mismo no se deduce que no pueda llevar una vida normal ni que no se haya hecho cargo de las necesidades que la solicitante haya podido tener, por lo que deberemos deducir que ha venido viviendo con otras fuentes de ingresos además de las remesas que su madre le ha enviado. Tampoco consta que esté enferma ni que necesite el auxilio de una tercera persona y en ese caso que haya sido su madre quien corriera desde España con los gastos que dicha ayuda le supondría, en todo caso se podría llegar a pensar, por las propias alegaciones de la solicitante, que es el padre quien necesitaría dicha ayuda. Tampoco consta que la madre mantenga una relación asidua con su hija ni que haya viajado a verla en alguna ocasión.

En resumidas cuentas, se ignora si la solicitante, de forma efectiva y real y no meramente formal, es parte integrante de la familia de su madre y por ello la misma la 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 la citada resolución impugnada, 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 €) 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 doña Hortensia contra la resolución de fecha 5 de mayo de 2016 dictada por el Consulado General de España en Santo Domingo que, en reposición, confirma la 4 de febrero 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- 0000-93-0974-16 (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 2414-0000-93-0974-16 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.