



Roj: STSJ GAL 2746/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:2746
Id Cendoj: 15030330012015100216
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 448/2014
Nº de Resolución: 220/2015
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: BENIGNO LOPEZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1

A CORUÑA

SENTENCIA: 00220/2015

PONENTE: DON BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ

RECURSO: RECURSO DE APELACIÓN 448/2014

APELANTE: DOÑA Adriana

APELADA: SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO A CORUÑA

EN NOMBRE DEL REY

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

DON BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ.- Pte.

DON JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

DON JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA

A CORUÑA , quince de abril de dos mil quince.

En el RECURSO DE APELACION 448/2014 pendiente de resolución ante esta Sala, interpuesto por DOÑA Adriana , representada por la Procuradora Doña Carolina Moreno Vázquez y asistida del Letrado Don Juan Antonio Gómez Marcos, contra la SENTENCIA de fecha 18 de julio de 2014 dictada en el procedimiento abreviado 88/2014 por el JDO. DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO Núm. CUATRO de los de A CORUÑA sobre EXTRANJERÍA. Es parte apelada la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO A CORUÑA, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Se dictó, por el Juzgado de instancia, la resolución referenciada anteriormente, cuya parte dispositiva dice: "Desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por Doña Adriana , representada por la procuradora Doña Carolina Moreno Vázquez, frente a la Subdelegación del Gobierno en A Coruña representada y bajo la dirección letrada del Abogado del Estado, D. Javier Suárez, contra la Subdelegación del Gobierno en A Coruña, Área de Trabajo e Inmigración, Oficina de Extranjería, con imposición de costas a la actora ".

SEGUNDO .- Notificada la misma, se interpuso recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en el procedimiento, habiéndose acordado dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver por el turno que corresponda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, y

PRIMERO .- Doña Adriana , de nacionalidad rusa, impugna en apelación la Sentencia de 18 de julio de 2014 dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 4 de A Coruña , que desestimó el recurso contencioso administrativo entablado contra resolución de la Directora del Área de Trabajo e Inmigración de la Subdelegación del Gobierno en A Coruña, de fecha 16 de enero de 2014, desestimatoria de recurso de alzada promovido contra otra del Jefe de la Oficina de Extranjería, de 29 de mayo de 2013, por la que se le deniega a la actora su derecho a la obtención de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, por reagrupación familiar con su nieta Doña Flora .

El acto recurrido ha resuelto denegar la solicitud de obtención de tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea, por reagrupación familiar como ascendiente a cargo solicitada por la abuela de la recurrente porque no es ascendiente directo de ciudadano comunitario ni se ha probado que viva a cargo del mismo.

Disconforme con dicha decisión, la Sra. Adriana acudió a la Jurisdicción, y el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 4 de A Coruña, por sentencia de fecha 18 de julio de 2014 , desestimó la pretensión actora al entender que la recurrente no ha acreditado haber estado y estar a cargo de su nieta en su país de origen. Frente a dicha sentencia se promueve el presente recurso de apelación.

SEGUNDO .- Ha de comenzar por recordarse que la resolución originariamente recurrida, esto es, la de 29 de mayo de 2013 (folio 67 del expediente), resolvió denegar la solicitud del permiso de residencia, aplicando la causa de inadmisión de la Disposición Adicional de la Ley Orgánica 4/2000 por considerar que la solicitud carecía manifiestamente de fundamento al entender que no están incluidos los abuelos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Pero la cuestión, como veremos, es bastante más compleja de lo que la resolución administrativa permitía aventurar.

En virtud del Real Decreto 240/2007 se traspuso al derecho interno la Directiva 38/2004, y el régimen inicialmente ideado, que dejaba fuera a los nacionales de terceros países familiares de los españoles, fue sustancialmente modificado a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 que, entre otros extremos, incidió en la determinación de los destinatarios, al incluir entre los mismos a los ascendientes directos de españoles equiparando, de este modo, a los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles y declarar nulo el procedimiento diseñado en la Disposición Final Tercera Apartado Segundo, que introducía una Disposición Adicional Vigésima en el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre - entonces vigente- que sería aplicable a los miembros de la familia de ciudadanos españoles que no tengan la nacionalidad de otro estado miembro de la Unión Europea, por entender que carecía de fundamento ya que el régimen de los ciudadanos no comunitarios familiares de los europeos y españoles (en los términos de la sentencia) habrían de resultar equiparados al de los familiares del resto de los ciudadanos comunitarios. Si bien la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 , dejaba subsistente la Disposición Adicional Decimonovena que diseñaba el régimen aplicable a los familiares de los ciudadanos de los Estados de la Unión Europea no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 , pero con una importante matización, por lo que luego se dirá, cual es que anula la restricción a los parientes de 2º grado, por consanguinidad o afinidad, al considerarlo en exceso restrictivo en relación con los términos utilizados por la Directiva que, en su art. 3.2.a), se refiere a "cualquier otro miembro de la familia".

La precisión anterior resulta imprescindible para señalar que la exclusión de los parientes de 2º grado o ulterior de los familiares de los comunitarios y, por ende también de los españoles-comunitarios, para la obtención del permiso de residencia no resulta tan clara como para aplicar la causa de denegación de la solicitud acogida en la resolución recurrida.

Inciendo sobre esta cuestión y continuando con posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, aunque todos ellos referidos a permiso de residencia de ascendientes o descendientes de primer grado, esto es hijos y padres, y en relación con las dudas que suscitaba la exigencia de que se trate de un familiar "a cargo" del pariente español "reagrupante", conviene tener presente lo que dejó sentado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de junio de 2013 (recaída en el recurso 3869/2012) en la que dijo:

"... 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 Real Decreto 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 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).

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) num. 539/2001 del Consejo) y solicitar luego la residencia si pretenden permanecer o fijar su residencia en España..." para continuar señalando más adelante "... 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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....." llegando a la conclusión de que "... Se observa pues, que la directiva comunitaria que ahora glosamos considera miembros de la familia del ciudadano de la Unión, entre otros, a "los ascendientes directos a cargo" del ciudadano de la Unión que se reúnan con él. Ergo, la Directiva 2004/38/CE no reconoce derechos de entrada y de residencia en un Estado miembro, en calidad de "miembros de la familia", a cualesquiera ascendientes nacionales de terceros países, sino únicamente a los ascendientes directos, y no a todos, sino solamente a los que están "a cargo" del ciudadano de la Unión (art. 2.2); habiendo interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ese concepto jurídico indeterminado (miembro de la familia "a cargo") en el sentido de que tal condición "resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el titular del derecho de residencia garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia" (sentencia del TJUE, Pleno, de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, apartado 43).

Por su parte el mismo alto Tribunal en la Sentencia de 23 de marzo de 2012 (recaída en el recurso 129/2011) señaló:

"...Y desde luego, desde el punto de vista del Derecho interno español, aquí las dudas se disipan definitivamente, desde el momento que tras la sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, y atendiendo a la redacción de los preceptos del Real Decreto 240/2007 resultante de dicha sentencia, sólo cabe concluir que a falta de una norma específica sobre este peculiar ámbito (que no la hay), dicho Real Decreto ha pasado a regular también el caso aquí examinado, de reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España; dado que a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 en la redacción derivada de la sentencia, el régimen jurídico contemplado en esta norma es de aplicación, sin distinciones entre españoles y miembros de otros estados de la Unión, a -sic- "los familiares de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:...d) a sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo... Que esto es efectivamente así, lo ha asumido con carácter general la misma Administración española, cuya Dirección General de Inmigración, a la vista de la sentencia de 1 de junio de 2010, aprobó con fecha 4 de noviembre de 2010 la Instrucción DGI/SG, que comienza reconociendo y constatando que dicha sentencia determina, entre otros extremos, "la aplicación del régimen comunitario de extranjería a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge o pareja registrada"; añadiendo más adelante que "a partir de la sentencia, los ascendientes directos de ciudadano español, así como los de su cónyuge o pareja registrada, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, serán beneficiarios del régimen comunitario de extranjería".

En suma, este es el dato del que hemos de partir: la pretensión de reagrupación que ahora analizamos se ha de resolver de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 240/2007 de tanta cita, por lo que hemos de atender a sus previsiones, integradas con los principios y reglas dimanantes de la Directiva 2004/38..."

De lo anterior ha de extraerse una primera conclusión, cual es que a los familiares extranjeros extracomunitarios de españoles que pretendan obtener el permiso de residencia no les resulta aplicable, en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, otro régimen distinto que el establecido en el Real Decreto 240/2007, lo que, en principio, debe determinar la corrección de la solicitud formulada y, en todo caso, excluir la causa de denegación invocada.

TERCERO .- Alcanzada la anterior conclusión la cuestión está ahora en determinar si la demandante, de 73 años de edad, tiene derecho a obtener el permiso de residencia por ser abuela de una ciudadana española, originariamente rusa.

En relación con dicha cuestión es preciso advertir que, como anteriormente señalamos, el Real Decreto 240/2007 en su Disposición Final Tercera, establecía dos disposiciones adicionales en el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, en concreto la decimonovena, referido a los familiares de los comunitarios no incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 de aquél, para los que se preveía la obtención de visado de residencia o de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, exigiendo que se tratara de un familiar en línea directa o colateral que esté a cargo del ciudadano comunitario en el país de origen. Recuérdese que este precepto fue matizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 al considerar excesivamente restrictiva la limitación a parientes de 2º grado por consanguinidad o afinidad.

Además se introducía en el Real Decreto 2393/2004 la Disposición Adicional Vigésima para los familiares de españoles que anuló el Tribunal Supremo por entender que no tenía sentido una vez establecida la equiparación de los españoles con el resto de los ciudadanos comunitarios.

Pues bien, en la demanda la recurrente aducía la aplicación del régimen contenido en la Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto 2393/2004. Lo que, ciertamente no cabe porque al tiempo de la presentación de la solicitud de autorización de residencia como pariente de ciudadano comunitario, que se produjo el día 29 de abril de 2013, ya no estaba en vigor la misma dado que el Real Decreto 2393/2004 había sido derogado por el Real Decreto 557/2011 de 20 de abril. No obstante lo que tampoco cabe es desconocer que el régimen cuya aplicación se interesaba aparece sustancialmente recogido en la Disposición Adicional Vigésima Tercera del Real Decreto 557/2011 vigente que establece:

"Disposición Adicional Vigésima Tercera.

Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Las autoridades competentes facilitarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en el presente Reglamento, la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a quien sin estar incluido en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, acompañe a un ciudadano de la Unión o se reúna con él, y se halle en una de las siguientes circunstancias:

a) Sea otro familiar, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o cuando por motivos graves de salud o discapacidad, sea estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal.

b) Sea la pareja, ciudadano de un Estado no miembro de la Unión Europea ni parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada.

Las autoridades exigirán la presentación de acreditación, por parte de la autoridad competente del país de origen o procedencia, que certifique que está a cargo del ciudadano de la Unión o que vivía con él en ese país, o la prueba de la existencia de motivos graves de salud o discapacidad que requieran estrictamente que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. Igualmente se exigirá prueba suficiente de la existencia de una relación estable con el ciudadano de la Unión.

Las autoridades competentes estudiarán detenidamente las circunstancias personales en las solicitudes de entrada, visado o autorizaciones de residencia presentadas y justificarán toda denegación de las mismas...".

Pues bien, si tenemos en cuenta la equiparación de los familiares de los españoles a los familiares de los ciudadanos de los países miembros de la Comunidad Europea y la nulidad de la limitación a los parientes de segundo grado acogida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 en relación con la Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto 2393/2004 por resultar en exceso restrictiva, hemos de concluir que, pese a no invocarse formalmente la Disposición Adicional Vigésima Tercera del Real Decreto 557/2011 ni en la demanda ni en la apelación, al ser la misma una fiel reproducción de la invocada Disposición Adicional Décimo novena del Real Decreto 2393/2004 -ahora derogado-, se imponía, al menos, acoger el recurso en ese extremo, siempre que concurra la circunstancia de estar a cargo de la nieta, ciudadana española. Aunque la posibilidad de acogimiento a esta Disposición resulta dudosa, con arreglo a su literalidad, por dos motivos: 1º) el precepto se está remitiendo a un permiso de residencia por circunstancias excepcionales, por lo que si nos atenemos a los supuestos previstos en los artículos 123 y siguientes del propio Reglamento resulta que en el presente caso no sería de aplicación el supuesto de arraigo familiar del artículo 124.3 porque el mismo aparece limitado al padre o madre de un menor de nacionalidad española o a los hijos de padre o madre que originariamente hubiesen sido españoles, que obviamente no concurre en el presente caso y 2º) no cabría descartar la posibilidad de que la administración, al tratarse de una disposición dictada con posterioridad a la Sentencia de 1 de junio de 2010 y en la que expresamente no se incluyen a los comunitarios y españoles, se limite a aplicarla a los familiares de comunitarios distintos de los españoles, por lo que también por dicho motivo el presente supuesto -abuela de española- no encajaría literalmente en dicha disposición adicional. Por último habría de acreditar la ciudadana comunitaria que, en su país, de origen el familiar está a su cargo.

De ahí que sea preciso analizar detalladamente las circunstancias personales y justificar cumplidamente cualquier denegación de las mismas (párrafo último de la Disposición Adicional Vigésima Tercera del Real Decreto 557/2011).

CUARTO .- No obstante lo que hasta aquí se lleva dicho, ha de reiterarse que de conformidad con la Directiva Comunitaria 2004/38/CE de 29 de abril de 2004, se ordena que 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 del ciudadano de la Unión y en el artículo 3.2 se dispone que, sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia, entre otras, de las siguientes personas: a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada, obligando al Estado miembro de acogida a estudiar detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas.

Por otra parte, resulta que, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de enero de 2013 (recaída en el recurso 1391/2012), *"... 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 num. 31, § 45 o las relaciones entre hermanos. (TEDH, sentencia Moustaquim y Bélgica de 18 de febrero de 1991 , serie A num. 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...".

Pues bien, si nos atenemos tanto al efecto directo de la Directiva comunitaria, que ordena a los Estados miembros a facilitar la acogida de cualesquiera otros miembros de la familia de un ciudadano comunitario, aunque no se trate de un ascendiente directo y que el Tribunal Supremo en su día anuló la limitación del beneficio a los parientes de segundo grado por consanguinidad o afinidad contenida en la Disposición Adicional Décimo novena del Real Decreto 2393/2004 por entenderla excesivamente limitativa, unidas a las dificultades expresadas en el anterior fundamento para encajar el presente supuesto en la Disposición Adicional Vigésimo Tercera del Real Decreto, hemos de concluir que atendiendo a una interpretación extensa de la familia, cabría afirmar que la demandante tendría derecho a que se le otorgase el permiso de residencia como pariente de una ciudadana española y comunitaria, lo que nos llevaría a revocar la sentencia y anular la resolución recurrida imponiendo a la administración demandada la obligación de otorgarle la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano comunitario.

QUINTO .- Por todo lo anteriormente expuesto, en el presente caso sólo cabe examinar si se ha cumplido el requisito de que la solicitante de la tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la Unión Europea por reagrupación familiar como ascendiente a cargo de su nieta, efectivamente vive a cargo de ésta, actualmente nacionalizada y residente en España (tal como se acredita en el expediente administrativo y en autos). Este requisito es negado por la Administración demandada.

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 EDJ 2008/243844, y de 5 de mayo de 2011, McCarthy, C-434/09, Rec. p. I-0000, apartado 28 EDJ 2011/37737; y, de 15 de noviembre de 2011, Murat Dereci y otros, C-256/11, apartado 50 EDJ 2011/260811).

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 el que la reagrupante 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 num. 31, § 45 o las relaciones entre hermanos (TEDH, sentencia Moustaqim y Bélgica de 18 de febrero de 1991 , serie A num. 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 reagrupante y reagrupados, 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.

Respecto del primero de ellos, salvo la existencia del parentesco, nada nos consta en el procedimiento, por lo que no sabemos qué personas conforman el núcleo familiar del reagrupante, por lo que habrá que averiguarlo a través del segundo de los condicionantes.

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. Y así lo ha recalcado el propio Tribunal Europeo.

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

A la vista de todo lo anteriormente referido, se habrá de acudir a la prueba existente en el procedimiento para determinar si la reagrupada, tal como se sostiene en el recurso, cumple con ese requisito de estar a cargo de su nieta reagrupante.

Del contenido del expediente nada se desprende que permita inferir que la nieta ha enviado a su abuela reagrupada, durante el año anterior a la presentación de la solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, por reagrupación como ascendiente a cargo, remesas económicas para contribuir a su sostenimiento.

Solo consta que la abuela vive en su país de origen en calidad de pensionista, pero ello no prueba la exacta situación económica, social y familiar de la que se dice dependiente. Tampoco la edad de la abuela ni sus dolencias justifican el éxito de la pretensión deducida. Ni siquiera consta la relación que nieta y abuela mantenían cuando vivían en Rusia.

En consecuencia, no se ha acreditado que la citada abuela sea integrante de forma real y no meramente nominal de la familia de la reagrupante, de modo que la concesión de la autorización es necesaria para garantizar el derecho a la vida familiar al que se refiere el artículo 7 de la CEDH arriba referido".

Por todo lo cual, procede la desestimación del recurso de apelación promovido.

SEXTO .- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 1998, han de imponerse a la parte apelante las costas de esta segunda instancia, al desestimarse totalmente el recurso; de conformidad con el artículo 139.3, se fija en 800 euros la cuantía máxima a percibir en concepto de honorarios de Letrado de la parte apelada, en función del estudio que ha merecido la respuesta ofrecida a los argumentos de la apelación.

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

FALLAMOS

que desestimando el recurso de apelación interpuesto por **Doña Adriana**, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 4 de A Coruña, en fecha 18 de julio de 2014; todo ello con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada, con la limitación cuantitativa establecida en el Fundamento Jurídico Sexto.

Notifíquese a las partes, y entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0448-14-24), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION .- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente DON BENIG NO LÓPEZ GONZÁLEZ al estar celebrando audiencia pública la



Sección 001 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe.
A CORUÑA, quince de abril de dos mil quince.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ