



A S O C I A C I O N  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL

ORDEN  
CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO

Nº 2 MARZO 2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y  
DISTRIBUCIÓN:  
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:  
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:  
Natalia Velilla Antolín



## ÍNDICE

### **1.- Concepto jurídico de "estar a cargo" o "vivir a cargo" a efectos de reagrupación familiar comunitaria.**

STS Sala Tercera, Secc. 3ª, de 23 de febrero de 2016  
Nº Sentencia: 651/2016  
Nº Recurso: 2422/2015

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Sevilla

### **2.- Derecho de Asilo: denegación a personas de nacionalidad Siria. Dificultad probatoria dadas las circunstancias del caso concreto.**

STS Sala Tercera, Secc. 3ª, de 19 de febrero de 2016  
Nº Recurso: 3136/2015

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. ÓSCAR LUIS ROJAS DE LA VIUDA, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Burgos

**1.- STS SALA TERCERA, SECCIÓN 3ª, DE 23 DE FEBRERO DE 2016**

**Nº SENTENCIA: 651/2016**

**Nº RECURSO: 2422/2015**

**FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS**

*En esta sentencia se plantea el concepto jurídico de "estar a cargo" o "vivir a cargo" a efectos de reagrupación familiar comunitaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 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. En la sentencia se analiza dicho concepto a la luz de las directivas y la jurisprudencia comunitaria, así como la valoración de las pruebas aportadas.*

**COMENTARIO**

Al respecto, cabe significar que de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende, que el concepto de «familiar a cargo» debe entenderse el familiar que necesita el apoyo material de ese ciudadano comunitario para subvenir a sus necesidades básicas en el Estado de origen.

Estima que la Sala de instancia haya infringido la doctrina jurisprudencial de la Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 10 de junio de 2013 (RC 3869/2012 ), que, con cita de las precedentes sentencias de 20 de octubre de 2011 (RC 1470/2009 ) y de 26 de diciembre de 2012 (RC 2352/2012 ), delimitamos el alcance y significado del concepto jurídico de «estar a cargo» o «vivir a cargo» de un ciudadano de la Unión, a los efectos de aplicación de los artículos 2 y 3 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 , que debe ser interpretado con criterios más amplios y menos restrictivos de los que sugiere el mismo enunciado, contemplado en la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Considera que la posibilidad de reagrupación se presenta más expedita y por ende debe ser aplicada con criterios menos restrictivos (aunque en ningún caso con carácter incondicionado) cuando el reagrupante es ciudadano de la Unión europea (lo que, por lo demás, resulta lógico, al ser cualitativamente distinta la situación del reagrupante en función de que sea ya ciudadano de la Unión europea, o se trate simplemente de un residente legal nacional de un tercer país); En segundo lugar, que la labor interpretativa y aplicativa del concepto jurídico indeterminado "ascendientes directos a cargo del reagrupante español", tiene que realizarse básicamente con base en los criterios que proporciona el Derecho europeo, y finalmente, que en el supuesto de reagrupación de ascendientes (o descendientes) de españoles, no puede el Ordenamiento interno español restringir la operatividad de tal concepto, "a cargo" con pretendido apoyo en un margen de disposición normativa del que, en este concreto punto, carece.

En este sentido, el familiar "a cargo" contemplado en el RD 240/2007 no coincide, o no tiene por qué coincidir, con el familiar a cargo definido en el RD 2393/2004. En efecto no cabe acudir a dicha norma cuando se trate de la reagrupación con un reagrupante de español y por tanto nacional de un Estado de la unión europea pues es éste un ámbito en el que la directiva 2004/38 ha querido establecer un marco común europeo, que se frustraría si cada país fijara reglas propias para sí mismo, que como tales no serían aplicables a los demás estados de la unión. No es admisible que el concepto se someta a interpretaciones restrictivas cuando está en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante como la protección a la familia de quien ya tiene la condición de ciudad no España. Pero por otra parte esto no significa que la individualización de los casos en que efectivamente pueda apreciarse la concurrencia de una situación en la que el reagrupado necesita de la asistencia del reagrupante español para hacer frente a sus necesidades básicas que de al albur de la indefinición y la inseguridad jurídica. Tal operación de individualización requerirá una valoración casuística y circunstanciada, como corresponde a la dogmática de los conceptos



jurídicos indeterminados, que siempre será racionalizarle y por tanto controlable en cuanto su adecuación a la ley y al derecho.

En concreto, la sentencia del tribunal de justicia de la europea (gran sala) de enero 2007, asunto C- 1/05 fija con más detalle la interpretación del concepto familiar a cargo.

Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia 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. El Tribunal de Justicia también declaró que la calidad de miembro de la familia a cargo no supone un derecho a alimentos, porque de ser éste el caso dicha calidad dependería de las legislaciones nacionales que varían de un Estado a otro. Según el Tribunal de Justicia determinar si los ascendientes del cónyuge 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. Los Estados miembros están obligados a ejercer sus competencias en este ámbito respetando tanto las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE como la eficacia de las disposiciones de las directivas que establecen medidas para suprimir entre ellos los obstáculos a la libre circulación de personas, a fin de facilitar el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias en el territorio de cualquier Estado miembro (véase, por analogía, la sentencia de 25 de mayo de 2000, Comisión/Italia, C-424/98 , Rec. p. I-4001, p. 35).

En cuanto al medio de prueba admitido para que el interesado demuestre que está incluido en alguna de las categorías contempladas en los artículos 1 y 4 de la Directiva 73/148, hay que concluir que dicha prueba puede efectuarse por cualquier medio adecuado (véanse, en particular, las sentencias de 5 de febrero de 1991 , Roux, C-363/89,

Rec. p. I-1215, apartado 53). Se afirma que *"si bien un documento expedido por la autoridad competente del Estado de origen o de procedencia en el que se acredite que existe una situación de dependencia es un medio particularmente adecuado a estos efectos, no puede constituir un requisito para la expedición del permiso de residencia mientras que, por otra parte, puede considerarse que el mero compromiso, del ciudadano comunitario o de su cónyuge, de asumir a su cargo a los miembros de la familia de que se trata no demuestra que exista una situación real de dependencia de éstos"*.

En consecuencia, el concepto jurídico indeterminado "a su cargo" (que la Directiva 2004/38 también emplea) en un sentido inteligible y susceptible de determinación en cada caso, consistente en que "conviene resaltar este extremo "estar a su cargo" significa que los miembros de la familia de un ciudadano comunitario, establecido en otro Estado miembro al amparo del artículo 43 CE , necesitan el apoyo material de este ciudadano o de su cónyuge para subvenir a sus necesidades básicas en el Estado de origen o de procedencia de dichos miembros de la familia en el momento en que éstos solicitan establecerse con ese ciudadano.

Por lo tanto, la posibilidad de reagrupación de ascendientes abierta por la Directiva 2004/38 no es incondicionada ni automática, es decir, no viene dada por el solo hecho de la relación de parentesco y se debe valorar atendiendo a las circunstancias de cada caso.

Referencia CENDOJ: **ROJ: STS 651/2016 - ECLI:ES:TS:2016:651**

## **2.- STS SALA TERCERA, SECCIÓN 3ª, DE 19 DE FEBRERO DE 2016**

**Nº RECURSO: 3136/2015**

**ÓSCAR LUIS ROJAS DE LA VIUDA**

*El conflicto de Siria es el centro de la actualidad en Europa a causa de los refugiados y el grave problema humanitario que ha generado. La guerra civil Siria comenzó en marzo de 2011 con las protestas antigubernamentales influenciadas por la denominada "primavera árabe". La dura represión degeneró en un enfrentamiento en el que han muerto más de 200.000 personas y 4 millones han sido desplazados. Desde el punto de vista jurídico esta cuestión se ha centrado, al menos hasta hoy, en el derecho al asilo. El Tribunal Supremo, en vía de casación, revisa una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que confirma la decisión administrativa de denegar el asilo, aunque concede la protección a sus solicitantes. La sentencia centra su análisis en el problema de la prueba dentro de las excepcionales circunstancias del caso.*

### **COMENTARIO**

La sentencia del Tribunal Supremo conoce de un recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que, a su vez, resuelve el recurso presentado por un matrimonio y sus dos hijos menores de edad de nacionalidad Siria ante la resolución del Subsecretario de Interior de julio de 2014, la cual, si bien deniega el derecho al asilo, concede la protección subsidiaria. La Audiencia Nacional desestima el recurso en vía contencioso-administrativa al considerar que no se ha acreditado, ni siquiera indiciariamente, la existencia de persecución por motivos, políticos, ideológicos, religiosos u otro cualquiera reconocido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

Afirma que los hechos y circunstancias aducidos son muy genéricos, centrándose las alegaciones en el hecho de que el esposo es piloto civil de líneas aéreas y las órdenes que los mismos reciben del gobierno. Desde luego a nadie puede escapar, y tampoco a la Sala de instancia, que la prueba en casos como los de una petición de asilo en zonas de guerra, la carga de la prueba no puede ser plena o interpretada de forma estricta, pero si, al menos, se exige que sea indiciaria. Recuerda también que la protección subsidiaria otorgada concede un estatus de protección muy similar a la del asilo, entre otras la no devolución ni expulsión de las personas a las que se las concede. El Tribunal Supremo acoge el recurso y afirma que la Sala de instancia ha realizado una interpretación restrictiva del derecho de asilo, afirmando que es suficiente alcanzar una convicción racional de que concurren los requisitos establecidos legalmente (en la normativa interna o internacional de aplicación) para que se conceda el asilo. No puede obviarse que, aunque los hechos de los que el Tribunal Supremo deduce la necesidad del asilo son del verano de 2012, la situación en el momento del dictado de la sentencia, el pasado mes de febrero, se hallaba, si cabe, aun más deteriorada que en la fecha de la sentencia de instancia, con millones de personas de la población huyendo de su país. Expresamente la sala afirma (no) tener en cuenta la dramática singularidad del conflicto sirio, en el que la población civil se encuentra inmersa en una situación objetiva de sufrir persecución tanto por el régimen gubernamental, como por los grupos opositores armados, como por aquellas organizaciones islamistas defensoras de la Shari'a que ha determinado el desplazamiento masivo de nacionales sirios a Europa, llegando a aceptar la calificación de excepcional catástrofe humanitaria. La convicción racional que se exige el Tribunal Supremo en esta sentencia, se reconduce a exigir a los tribunal un examen sobre si el relato del peticionario es creíble y verosímil y los indicios de la existencia de una persecución por motivos políticos, ideológicos, religiosos o si concurre alguna otra circunstancia enunciada en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados,

hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 se reconducen a la situación general. A tal fin la Sala otorga una especial relevancia al examen del informe emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados de 30 de mayo de 2014 y el informe de ACNUR. Es pues, un ejemplo de interpretación de los hechos y las normas en relación con el contexto y la realidad social, como ya exigía el antiguo, pero muy sabio, artículo 3 del Código Civil, y de adaptación de la carga de la prueba a las circunstancias extremas de los solicitantes de asilo. Esperemos que las decisiones de los dirigentes de la Unión Europea sean igualmente sabias.

Referencia CENDOJ: **ROJ: STS 569/2016 - ECLI:ES:TS:2016:569**