



ASOCIACIÓN
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Óscar Rojas de la Viuda



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

NÚMERO 15. MAYO 2017

**EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS
DEL TJUE DE 14/09/2016, “DE
DIEGO PORRAS” Y OTRAS.
INTERINOS INDEFINIDOS NO
FIJOS Y POSIBILIDADES DE
INDEMNIZACIÓN DEL PERSONAL
SOMETIDO AL DERECHO
ADMINISTRATIVO.**

ÓSCAR LUÍS ROJAS DE LA VIUDA
Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 2 de Burgos

**ANÁLISIS DEL CONCEPTO
JURÍDICO “ESTAR A CARGO” EN
EL RÉGIMEN COMUNITARIO**

GUSTAVO ADOLFO PIETROPAOLO JIMÉNEZ
Letrado ICA Burgos
Profesor Asociado de la Cátedra de Derecho
Constitucional y de la Unión Europea
Universidad de Burgos.

1.- EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TJUE DE 14/09/2016, “DE DIEGO PORRAS” Y OTRAS.

INTERINOS INDEFINIDOS NO FIJOS Y POSIBILIDADES DE INDEMNIZACIÓN DEL PERSONAL SOMETIDO AL DERECHO ADMINISTRATIVO.

ÓSCAR LUÍS ROJAS DE LA VIUDA

Magistrado

VOCES: “Diego Porras”. Interino. Funcionario. Indemnización. TJUE. Entrevista. Presidente. Eventual. Fijo.

Todos estudiamos en la Universidad la teoría de la huída de la administración del derecho administrativa al derecho privado, un fenómeno que tuvo consecuencias muy diversas; primero creando organismo regidos por el derecho civil y mercantil que desarrollaban actividades en el mercado como la CNMV, el Banco de España e incluso sucedió con la Agencia Estatal Tributaria en ciertos aspectos. En una etapa posterior, se optó por incluir personal regido por el derecho laboral en el núcleo duro de la misma administración pública, los entes territoriales. El Estatuto Básico del Empleo Público fue dictado conociendo esta realidad, y no sólo lo dio por bueno, sino que estableció una normativa específica al respecto. Las organizaciones de algunas administraciones, empleando dicha normativa y fundándose en las supuestas ventajas de este régimen (supuestamente gozan de mayor facilidad de contratación y mayor flexibilidad en el cese, puesto que en principio el personal laboral no es “inamovible”), se han surtido con este tipo de puestos de trabajo “laborales” y no son pocas las administraciones en que el personal laboral supera ampliamente al funcionario. Y, evidentemente, en ambos casos, si la plaza queda desierta y no se amortiza, puede cubrirse con personal temporal o interino. Sucede que, en no pocas ocasiones, los contratos de trabajo de este personal se encadenen fraudulentamente para suplir una necesidad

permanente, por ejemplo, con el personal educativo (1). Se les despide al llegar el mes de julio y se les vuelva a contratar en septiembre. Pero la sentencia “De Diego Porras” puede suponer un cambio precipitado y radical en esta tendencia, con consecuencias, casi impredecibles, incluido en la jurisdicción social y contenciosa.

COMENTARIO

Es bien conocido por todos los operadores jurídicos que se dedican al ámbito social y contencioso el efecto sísmico que ha provocado la sentencias del TJUE de 14 septiembre 2016 (C-596/14), asunto “de Diego Porras”, junto con las no tan famosas sentencias de la misma fecha que resuelven los asuntos acumulados “Martínez Andrés”, “Castrejana López” (C-184/15 y C-197/15) y la sentencia del asunto “Pérez López” (C-16/15). La jurisprudencia que se extrae de estas ha dado lugar a numerosas de sentencias en el ámbito de lo social que reconocen el derecho del personal laboral temporal que se encuentra en una situación análoga al indefinido, especialmente en los casos de abuso de la contratación temporal por encadenamiento injustificado de contratos, a recibir una indemnización por la extinción de su contrato de trabajo, en muchos casos de 20 días por año. Algunos autores doctrinales y buena parte de las informaciones periodísticas, llevadas quizás por una posición política que defendía el partido político en el que se apoya el gobierno, se apresuraron a afirmar que esta sentencia apoya o iba a suponer a la larga la existencia de un contrato único, aunque fuera por vía judicial. Ejemplos de sentencias del ámbito social que resuelven de la forma anteriormente dicha son la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de febrero de 2017, número 1053/2017 y número del CENDOJ 15030340012017100853 o la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de Burgos, de 3 de mayo de 2017, recurso de suplicación 258/2017, sentencia 280/17 por citar sólo dos de las más recientes. Si bien hasta el momento la jurisprudencia no ha sido unánime, cabe esperar mayor homogeneidad

a partir de la sentencia del Tribunal Supremo sentencia número 257/2017, de 28 de marzo, sentencia del Pleno, dictada en unificación de doctrina 1664/2015.

No es pequeño el sector doctrinal que ha criticado tanto la forma de plantearse la cuestión como la decisión del tribunal, llegando a afirmarse que se han obviado las circunstancias objetivas del caso o que se desconoce el ordenamiento español. En este ambiente de inseguridad el Tribunal Superior de Justicia de Galicia presentó el 2 de noviembre de 2016 una cuestión prejudicial solicitando aclaraciones al fallo del TJUE. Más recientemente ha formulado otra cuestión en el auto Tribunal Superior de Justicia Galicia 5 de abril 2017 (rec. 4812/2016), pudiendo verse también el auto del juzgado de lo social número dos de Terrassa 26 de enero 2017. Aún más confusión ha creado la noticia periodística de que, en un coloquio organizado por el Club Siglo XXI el día 17 de febrero de 2017, el presidente del TJUE, Koen Lenaerts ha reconocido los problemas de implementación de esa doctrina e incluso la posibilidad de creación de una nueva doctrina, o una doctrina más matizada que permitiera a los jueces nacionales la posibilidad de fijar criterios más uniformes ⁽²⁾.

No obstante, ante el posible aluvión de sentencias de los juzgados y salas de lo social que pudieran condenar a la administración a indemnizar a los trabajadores temporales regidos por el derecho laboral (algunos estudios hablan de que en el sector público hay 668.600 empleados temporales y de ellos, “sólo” 276.800 son interinos), algunas administraciones han reaccionado. Buen ejemplo de ello son normas como la Disposición Transitoria Primera Bis de la Ley 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación que lleva por título “Personal laboral temporal que desempeñe puestos de trabajo de personal funcionario”. Esa norma dice:

“1. La aprobación de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo por el Consejo de la Xunta de Galicia, de acuerdo con las previsiones del punto 2 de la disposición transitoria primera, determinará, de acuerdo con lo establecido en los artículos 26 y 38 de esta ley, la transformación en puestos de trabajo de naturaleza funcional de aquellos puestos vacantes que venían siendo desempeñados por personal laboral temporal. El personal laboral indicado podrá seguir desempeñando sus funciones, de acuerdo con lo establecido en los apartados siguientes de esta disposición.

2. Con la finalidad de hacer posible el cumplimiento de las normas establecidas en esta ley en cuanto a los puestos que deben ser cubiertos por personal funcionario, los principios de organización, racionalización y ordenación del personal, así como para homogeneizar el régimen jurídico y condiciones de trabajo aplicables a estos, en orden a facilitar una eficaz prestación de los servicios públicos, la Administración expedirá un nombramiento de naturaleza funcional interina, en el correspondiente cuerpo o escala de clasificación, al personal laboral temporal que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, ocupe puestos previstos como de naturaleza funcional en las relaciones de puestos de trabajo, siempre que reúna los requisitos para la ocupación del puesto y haya sido seleccionado como laboral temporal según los procedimientos de acceso a la condición de laboral temporal establecidos por la normativa vigente.

Este nombramiento requerirá la aceptación del personal interesado y supondrá la novación de la relación jurídica existente con la Administración, sin solución de continuidad en la prestación de los servicios, y la transformación de aquella en un vínculo jurídico de naturaleza funcional interina, regido por la presente ley. Cuando las retribuciones del personal laboral sean diferentes a las correspondientes al régimen funcional, previa negociación con las organizaciones sindicales presentes en la Mesa General de Empleados Públicos y de acuerdo siempre con el principio de estabilidad presupuestaria, por decreto del Consejo de la Xunta de Galicia se establecerán las condiciones y los plazos de la equiparación retributiva.

3. En el caso de que la relación de puestos de trabajo prevea la amortización del puesto, de acuerdo con las necesidades de organización del servicio público, en los casos en que el personal interesado no acepte el nombramiento interino previsto en el apartado anterior, o este no sea procedente de acuerdo con lo indicado, y en orden al cumplimiento de los principios establecidos en este, la Administración procederá a efectuar los trámites legales tendentes a la extinción de la relación laboral, siempre de acuerdo con lo establecido en la legislación laboral y con las consecuencias, incluidas las indemnizatorias, establecidas en ella.

4. *Los puestos de trabajo que pasen a ser desempeñados por personal funcionario interino como consecuencia de los procesos establecidos en la presente disposición quedarán sujetos a su convocatoria en los concursos de traslados y a los procesos selectivos de personal funcionario de la Xunta de Galicia.*

5. *Las necesidades de cobertura temporal que surjan después de la transformación de los puestos de trabajo previstos en esta disposición serán realizadas a través del sistema de listas para la cobertura de puestos reservados a personal funcionario”.*

Es decir, la norma parece indicar que, previa modificación de la RPT y con el consentimiento del afectado (consentimiento que puede ser modulado por la advertencia, nada disimulada, de terminar con la relación laboral), se convertirá al personal temporal laboral en personal, igualmente temporal, pero interino, sometido al derecho administrativo, realizando las mismas funciones. Enseguida viene a la mente el anuncio del gobierno estatal de que miles de trabajadores temporales se van a convertir en funcionarios. ¿Serán finalmente funcionarios fijos o simplemente temporales para evitar posibles indemnizaciones? ¿Supondrá ello que, en un periodo de tiempo más o menos corto todo el personal laboral temporal pasará a estar sometido al derecho administrativo y, por ende, al ámbito de actuación de la jurisdicción contenciosa? En todo caso, parece que, repentinamente, resulta más adecuado para la administración el personal temporal sometido al derecho administrativo que el laboral.

Este procedimiento parte de una idea, no explicitada, pero presupuesto obvio de lo anterior. Que a los funcionarios interinos cesados no les va a corresponder indemnización por mucho que se emplee con ellos el fraude de nombrarles sucesivamente para realizar la misma función. Y eso, a mi modesto entender, es mucho suponer, y mucho más si normas como esta se generalizan. ¿Qué es lo que está sucediendo, a día de hoy, en la jurisdicción contenciosa en supuestos como estos? Ciertamente, en principio, a los interinos no se les puede conceder una indemnización por aplicación de la doctrina “Diego

Porras” y la normativa que interpreta (clausula 4, apartado 1, Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada) cuando cesan, simplemente porque, aunque se considerara que el interino realizaba las mismas funciones que el personal funcionario o estatutario y se pretendiera aplicar el principio de igualdad, cuando a un funcionario pierde su plaza no le corresponde ningún tipo de indemnización. Este es el motivo de desestimación de la sentencia del juzgado de lo contencioso número uno de Oviedo, sentencia 41/2017 de 23 de febrero de 2017. Otras sentencias han negado la aplicabilidad de esta doctrina a los supuestos de prestación de servicios reguladas por el derecho administrativo, considerando que se trata de un régimen distinto y que, por lo tanto, no superarían el test de idoneidad desde el punto de vista del principio de igualdad constitucional, como la sentencia del juzgado de lo contencioso número 2 de Murcia, 155/2016. No obstante ello, sí debe afirmarse que no parece haber especial duda en la aplicabilidad de la normativa europea citada a los funcionarios en sentido estricto dado que existe numerosa jurisprudencia al respecto, como recuerda la sentencia del juzgado de Oviedo citada (sentencia del TJUE 22-12-2010 en los asuntos acumulados C-444/09 Gavieiro Gavieiro (ES) y C-456/09 Iglesias Torres o el Auto TJUE de 21 septiembre 2016 C-631/2015 Álvarez Santirso).

Pero con esto no se agota la cuestión. Ni mucho menos. Una segunda posibilidad, tratada “obiter dicta” en esa misma sentencia dado que, al parecer, la actora no la planteó, podría ser la solicitud de una indemnización con base en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco que lleva por título “Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva”. Exigiría, en todo caso, la acreditación de la existencia de un fraude en el uso de la contratación temporal en el sentido de concatenación de relaciones laborales de duración determinada. A primera vista, examinado el precepto, se trata de una vía no exenta de problemas, porque la cláusula se refiere a la necesidad de adopción de medidas por parte del

legislador o por medio de “los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales... de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores”. Una actuación directa de la justicia en este ámbito podría ser problemática dado que tampoco se trata, *strictu sensu*, de la falta de trasposición de una directiva con un contenido suficientemente preciso en el plazo establecido. Pero sí examinamos la sentencia del TJUE mencionada al principio, la que resuelve los asuntos acumulados “Martínez Andrés” y “Castrejana López”, asunto C-184/15 (personal eventual) y C-197/15 (interino), la situación cambia. El supuesto en el que se planteó la segunda cuestión trata de un trabajador del ayuntamiento de Vitoria, con cualificación profesional de arquitecto, con el que celebró contrato de trabajo de duración determinada; posteriormente, firmó otro, también de duración determinada durante otros dos años para terminar siendo nombrado funcionario interino, relación donde estuvo unos 10 meses hasta que es cesado. El motivo expresado es que el programa se había ejecutado en su totalidad y que el contexto de crisis imponía la reducción de gastos. En este caso el TJUE afirma que habiendo llegado el tribunal a la conclusión de que en el supuesto se ha producido un abuso del contrato temporal y de que en el derecho español no existe ninguna norma que impida el abuso de la forma exigida en la cláusula 5, dado que la teoría del trabajador indefinido no fijo no se puede aplicar a los trabajadores sometidos al derecho administrativo, aunque en principio la Directiva no impide que la apreciación de abuso corra distinta suerte en el sector público y el privado:

53 “... la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco” (3).

Es decir, el TJUE da carta de naturaleza o considera adecuada la aplicación de la teoría de los trabajadores indefinidos no fijos a supuestos de personal que trabaja para la administración y se somete al derecho administrativo. Puede ser esta, pero también podrían ser otras adecuadas a tal fin. Y ciertamente, si posteriormente ese indefinido no fijo ve resuelta su relación laboral por una causa no justada a derecho, y si la readmisión aparece como imposible o ilegal, habría que plantearse seriamente la existencia de un derecho a la indemnización, inmediata, si se ejercita esa acción y se prueba el perjuicio, o en un proceso posterior, porque si no el concepto fijo, quedaría sin sentido.

La sentencia del País Vasco de 12 de diciembre de 2016 (recurso 735/2013, sentencia 608/2016), con cita a estas sentencias entiende, con total naturalidad, y con base en estos mismos argumentos, que lo procedente en este caso es anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija y, por lo tanto, prolongarla en el tiempo hasta que se cubra reglamentariamente o se amortice la plaza. Esa misma sala declara que “en el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, recibirá la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales”. Por lo tanto, y a la espera de ver si esta jurisprudencia se mantiene y generaliza, podría ser que normas como la de la Comunidad Autónoma gallega, además de provocar a buen seguro infinidad de problemas y no menos pleitos, no consiga su finalidad última. Habrá que estar atentos (4).

1. <https://profesorgeohistoria.wordpress.com/2016/07/24/52-000-maestros-fueron-despedidos-en-junio-un-12-mas-que-en-2015/>.

2. <http://www.europapress.es/economia/legal-00345/noticia-presidente-tjue-senala-cuestion-indemnizacion-interinos-no-terminado-20170217144257.html>

3. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183298&pageIndex=0&doclang=ES&mde=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=517254>

4. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Primer-fallo-judicial-contras-el-abuso-de-la-temporalidad-basado-en-la-sentencia-del-Tribunal-de-Justicia-de-la-UE>.

2.- ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURÍDICO “ESTAR A CARGO” EN EL RÉGIMEN COMUNITARIO.

GUSTAVO ADOLFO PIETROPAOLO JIMENEZ

Letrado y Profesor Asociado

VOCES: Régimen comunitario. Ciudadano de la Unión. Reagrupación Familiar. Familia Extensa. Interés Superior del menor.

El presente artículo analiza el derecho a la reagrupación familiar en el ámbito de la Unión Europea en especial conexión con el concepto jurídico indeterminado de “estar a cargo”. El trabajo, igualmente, trata de describir las diferentes connotaciones legales que este concepto-requisito mantiene en función sea de aplicación el régimen general de extranjería o el llamado régimen comunitario. Por último, y a la luz de la jurisprudencia del TJUE, trataré de extraer los medios y los principios de prueba fundamentales para tener por acreditado el referido requisito que siempre se debe analizar conforme los derechos y medios de prueba admitidos en derecho que cada legislación interna de los Estados miembros disponga. En este sentido y en relación con los menores ciudadanos de la Unión Europea que dependen de progenitores extra-comunitarios en situación administrativa irregular, la jurisprudencia del TJUE, sobre la cual me detendré por su relevancia, ha sido especialmente sensible a la hora proteger el interés superior del menor conjugándolo con el pleno ejercicio y disfrute de sus derechos como ciudadano de la UE, estos últimos, de conformidad a lo dispuesto al artículo 20 TFUE.

1. Introducción: ámbito de aplicación y encuadre en el marco del derecho de la Unión Europea

Como he referido el concepto –requisito de estar a cargo desde la fuente normativa del derecho de la Unión Europea descansa en el derecho de

fundamental a la vida en familia y la reagrupación familiar, donde la libre circulación de personas se erige con uno de los pilares fundamentales del TUE (actual Art 3.2). Este principio de libre circulación de personas constituye una de las cuatro libertades fundamentales del mercado interior. Así la ciudadanía de la Unión confiere un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea y a las disposiciones adoptadas para su aplicación. Junto con los Tratados, el principal instrumento normativo de derecho comunitario para regular la libre circulación es la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

La Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar, que precedía a la actual Directiva 2004/38/CE comenzaba reconociendo (considerando 4.º) que “la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado”; y sobre esta base, se diseña un sistema en el que la reagrupación familiar.

2. Regulación Jurídica de la expresión/concepto “estar a cargo” conforme el régimen legal de aplicación general de extranjería o comunitario.

Antes de pasar al análisis jurisprudencial tanto por parte Tribunal Supremo (Sala Tercera) como por parte del TJUE del concepto sobre el cual versa este artículo es necesario caer en cuenta que nuestro

derecho interno está salpicado de numerosas referencias de este “concepto de estar a cargo”, dotándose de una connotación u otra en función sea de aplicación régimen jurídico general de extrajera o el comunitario.

2.1.-Dentro del marco legislación general de extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000).

En esta regulación legal la expresión estar a cargo (que se resalta en negrita) se recoge en diversos artículos entre los cuales destaco fundamentalmente el Art 53 (ascendientes a cargo) y 124 del precitado RELOEX (descendientes a cargo) tal y como literalmente se establece:

“Artículo 53. Familiares reagruparles.

El extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

(...)

“e) Sus ascendientes en primer grado, o los de su cónyuge o pareja, cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”

Se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar, que representen al menos el 51% del producto interior bruto per cápita, en cómputo anual, del país de residencia de éste, según lo establecido, en materia de Indicadores sobre renta y actividad económica por país y tipo de indicador, por el Instituto Nacional de Estadística”

Artículo 124.: Autorización de residencia temporal por razones de arraigo.

3. Por arraigo familiar:

“a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paterno filiales respecto al mismo”

2.2-Por otro parte, en el Régimen Comunitario, es decir la normativa aplicada a los ciudadanos de la unión y sus familiares plasmada en el 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 (trasposición de la Directiva 2004/38/CE) el concepto jurídico de estar a cargo se ubica fundamentalmente en los artículo 2 (descendientes y ascendiente a cargo) y artículo 2bis (familia extensa)

Artículo 2.

El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado 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.*

**d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, 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.*

Artículo 2 bis que establece la aplicación del RD 240/2007 a la llamada familia extensa establece:

1. Se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en este real decreto para miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a favor de:

a) Los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2 del presente real decreto, que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en el -momento de la solicitud- que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él.

3. El concepto jurídico indeterminado de familiar “a cargo” delimitado por la jurisprudencia de TJUE y diferenciado por el T.S.

Conforme la jurisprudencia del TJUE, el concepto de “estar a cargo” es un concepto jurídico indeterminado delimitado la jurisprudencia que el mismo Tribunal ha ido dictando, especialmente es significativa la sentencia del TJUE, Pleno, de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02 a la que me referiré posteriormente, y especialmente de forma originaria la sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon, 316/85 ⁽¹⁾.

Para el TJUE, la calidad de miembro de la familia a cargo “se deriva de una situación de hecho caracterizada por el hecho de que el ciudadano de la Unión o su cónyuge garantizan la tenencia y disponibilidad de recursos económicos suficientes para mantener al otro miembro de la familia.” El TJUE entiende que para determinar si estos otros miembros de la familia están a cargo del ciudadano comunitario, “el Estado miembro de acogida debe apreciar si, a la vista de las circunstancias económicas y sociales, los otros miembros no están en condiciones para cubrir sus necesidades básicas”

Por otra parte y en consonancia con la jurisprudencia europea, tuvo que ser el Tribunal Supremo y en concreto su Sala Tercera (Sección Tercera) en el recurso de casación núm. 5358/2010 en la sentencia de trece de febrero de 2012 el que ante el exceso de discrecionalidad de Administración (que venía exigiendo, sin distinción alguna, requisitos propios del régimen general a familiares a cargo que les era de aplicación el régimen comunitario) el que se pronunciara en esta línea argumentativa:

“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. añadiéndose que “se entenderá que los familiares están a cargo del

reagruparte cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva. (art 53.e RELOEX) Esta última previsión, y la regla prácticamente automatizada que de ella resulta, es legítima cuando se analiza la reagrupación de ascendientes del extranjero residente en España (ámbito en el que el Derecho de la Unión europea atribuye libertad de configuración al Derecho interno español), pero no cabe acudir a ella cuando se trata de la reagrupación con un reagrupante español y por tanto nacional de un Estado de la Unión Europea, pues, insistimos, es este 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.

Por lo demás, no parece admisible que el concepto se someta a interpretaciones restrictivas de ese calibre, cuando está en juego la preservación de un bien jurídico tan relevante como el de protección de la familia de quien -no se olvide- ya tiene conferida la condición de ciudadano español”

4. Supuesto de hecho específico: caso de progenitores extracomunitarios en situación irregular y “a cargo” de un menor nacional de la UE.

4.1.-Una vez conocemos las líneas maestras jurisprudenciales y connotaciones legales que le son atribuidas al concepto de familiar a cargo dentro del marco del derecho europeo y nacional pasamos a analizar el supuesto específico de progenitores extracomunitarios en situación irregular y a cargo de un menor nacional de la UE (p.e. caso típico de progenitor/es que extracomunitario de nacionalidad colombiana que cuidan o mantienen o están a cargo de un menor español , aunque también podría tener este menor la nacionalidad de cualquier estado miembro de la UE)

En este supuesto concreto, y ante la existencia de menores de edad, el TJUE ha sido especialmente sensible a la hora proteger el interés superior del niño conjugándolo con el pleno ejercicio y disfrute de sus derechos como ciudadano de la UE de conformidad a lo dispuesto al artículo 20 TFUE.

4.2.-En nuestro derecho interno el supuesto referido está en regulado en apartado 2,d) RD. 240/2007 (correspondiente con artículo 2, número 2, letra d), de la Directiva [2004/38] traspuesta) —el cual afirma que la normativa y régimen comunitario es de aplicación “A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, 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.”

No obstante, curiosamente y sin perjuicio de la interpretación finalista y adaptada a las circunstancias concretas estudiadas que el TJUE realiza de la Directiva Comunitaria, dicho precepto literalmente regularía el supuesto de que menor comunitario (que da derecho a la aplicación del Derecho Europeo) tuviera a su cargo de sus padres o ascendientes , aspecto del como es lógico es imposible ya que el menor de edad comunitario tiene autonomía y capacidad legal para administrar sus bienes y así sustentar a sus progenitores

4.3.-En este sentido, dicho artículo, interpretación y alcance fue inicialmente interpretado por Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 19 de octubre de 2004 dictada en Pleno, en el asunto C-200/02 entre Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido, (2) dicha doctrina fue posteriormente actualizada y ratificada por la posterior sentencia de 8 de marzo de 2011 dictada por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en el asunto C-34/09 Ruiz Zambrano. (3) De las dos sentencias pasamos a extractar los fundamentos de derecho más relevantes:

*** asunto C-200/02 entre Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen**

44 *En un caso como el del asunto principal, se presenta precisamente la situación inversa, ya que el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional del Estado tercero que se ocupa de su cuidado efectivo y que desea acompañarlo. En este contexto, la Sra. Chen no puede invocar la condición de ascendiente «a cargo» de Catherine, en el sentido de la Directiva 90/364, con el fin de disfrutar de un derecho de residencia en el Reino Unido.*

45 *En cambio, la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. En efecto, es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste (véase, mutatis mutandis, en relación con el artículo 12 del Reglamento n°1612/68, la sentencia Baumbast y R)*

***asunto C-34/09 Ruiz Zambrano**

Fallo o parte dispositiva “*se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a*

dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión”.

4.4.- Si ponemos en conexión las dos sentencias anteriores del TJUE vemos que en el caso Ruiz Zambrano del año 2011 a diferencia de la jurisprudencia anterior del TJUE (Caso Zhu vs Chen año 2004,) el examen de los derechos del menor comunitario no se hace sólo desde la óptica de los derechos integrantes del estatuto de ciudadano comunitario, sino que los mismos son elevados a la categoría de derechos fundamentales por efecto de los artículos 21, 24 y 34 de la Carta: el derecho a la no discriminación, los derechos de la infancia y derecho a la seguridad social y a la asistencia social. Para el Tribunal, el efectivo disfrute de tales derechos por hijos del Sr. Ruiz Zambrano depende directa e ineludiblemente de su efectiva presencia en territorio belga y de la necesaria capacidad de subsistencia de sus progenitores, los cuales, por ello, deben ser autorizados a residir legalmente de una manera permanente

A mayor abundamiento, conforme las palabras de la profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid , Pilar Juárez Pérez (5) *“el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto C-34/09, Ruiz Zambrano enarbola el estatuto de los menores ciudadanos comunitarios como instrumento para oponerse a la adopción de medidas nacionales que puedan llegar a privarles del «disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión”.* Igualmente, conforme la cuestión prejudicial planteada y las conclusiones de la Abogada General en su informe previo, en el pronunciamiento del Tribunal subyace la toma en consideración de los derechos fundamentales cuya titularidad también ostentan los ciudadanos comunitarios”

En último lugar, la reciente SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017 asunto C 133/15, (4)

plantea el supuesto que opusieron las autoridades neerlandesas de que en caso de separación de los progenitores, uno de ellos pudiera asumir, en su integridad, la asunción de las obligaciones paterno filiales a los efectos de no serle concedida al otro progenitor que pretende adquirir el derecho de residencia. En este sentido el TJUE ,de nuevo, priorizando el pleno disfrute del derecho de ciudadanía del menor (artículo 20 TFUE) y el interés superior del mismo vuelve a fallar en un sentido similar a los anteriores resoluciones incluso refiriendo que no es suficiente que un progenitor pueda tener la posibilidad de asumir en exclusiva la obligaciones paterno filiales para declarar que no existe una situación de dependencia con el otro progenitor, lo cual habrá que determinarse en función de los parámetros ajustados a la situación concreta del menor, sus necesidades y la intensidad de la relación afectiva del mismo con su padre o madre. Transcribimos una de las partes dispositivas fundamentales del cercano fallo del TJUE:

“El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un menor, ciudadano de la Unión Europea, se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, privándosele de este modo del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere dicho artículo si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le denegase el reconocimiento del derecho de residencia en el Estado miembro de que se trate, el hecho de que el otro progenitor, ciudadano de la Unión, sea realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a ello es un elemento pertinente pero no suficiente para poder declarar que no existe entre el progenitor nacional de un país tercero y el menor una relación de dependencia tal que diese lugar a que este último se viese obligado a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto en caso de que se produjese esa denegación. Tal apreciación debe basarse en la toma en consideración, respetando el interés superior del niño, del conjunto de circunstancias del caso concreto y, en particular, de su edad, de su desarrollo físico y emocional, de la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor de un país tercero y del riesgo que separarlo de este último entrañaría para el equilibrio del niño”.

5. Prueba de dicho concepto ante la administración y los tribunales de justicia. Criterios TJUE.

Finalmente pasaré a esbozar, a modo de dos breves referencias jurisprudenciales, el criterio probatorio que el Tribunal Europeo ha mantenido a los efectos de acreditar la situación de “familiar a cargo”.

A modo de introducción y partiendo de nuestra normativa interna básica, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y su Artículo 77.1 establece”. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”.

En este sentido, y en relación con el concepto estudiado ,el TJUE ya había establecido este principio de libertad probatoria , véase por ejemplo (las sentencias de 5 de febrero de 1991, Roux, C-363/89, Rec. p. I-1273, apartado 16, y de 17 de febrero de 2005, Oulane, C-215/03 , Rec. p. I-1215, apartado 53) que establece: “a falta de indicaciones 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 misma Directiva, hay que concluir que dicha prueba puede efectuarse por cualquier medio adecuado.

No obstante, no es menos cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que ha matizado la acreditación de dicho requisito pudiendo establecerse tres notas definitorias del mismo. Estas notas precisamente, se diferencian y distancian notablemente por su menor exigibilidad de los requisitos establecidos en el régimen general de extranjería de nuestro derecho interno cuando hablamos del concepto de estar a cargo. Veamos cuales son:

1. Improcedencia de exigir el origen (laboral, fondos o ahorros, rentas e incluso ayudas públicas...) de los medios de subsistencia para acreditar la situación de estar a cargo

2. Igualmente, la improcedencia de establecer un control sobre la posibilidad de mantenimiento prolongado de dichos medios, asociados a una actividad remunerada.

3. No asimilación, necesariamente, al derecho o pensión de alimentos.

Así lo establece la sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon, 316/85, (apartado 22) que establece: *“No siendo 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”*. Igualmente el Tribunal de Justicia también declaró (apartado 21) 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”*.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA:

-JURISPRUDENCIA

(1)*sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon, 316/85

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=94346&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=288551>

(2)*asunto C-200/02 entre Kunqian Catherine Zhu y Man Lavette Chen contra el Secretary of State for the Home Department del Reino Unido

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49231&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=143974>

(3) sentencia de 8 de marzo de 2011 dictada por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en el asunto C-34/09 Ruiz Zambrano

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80236&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=850293>

(4)SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017 (*) asunto C 133/15,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d6247c87a2026d41589c2ce9744cff6246.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLb3f0?text=&docid=190502&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=469904>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS O DE ARTÍCULOS

(5) Trabajo que se puede consultar en la revista especializada

<http://hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/CDT/article/viewFile/1335/5>

*Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52008DC0610>