



Roj: STSJ MAD 7316/2012
Id Cendoj: 28079330012012100580
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1402/2011
Nº de Resolución: 672/2012
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2011/0001294

Procedimiento Ordinario 1402/2011

Demandante: D./Dña. Carlos Jesús

PROCURADOR D./Dña. ALICIA PORTA CAMPBELL

Demandado: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 672/2012

Presidente:

D./Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

Magistrados:

D./Dña. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D./Dña. FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ

D./Dña. ALFREDO ROLDAN HERRERO

En la Villa de Madrid a quince de junio de dos mil doce.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1402/11, interpuesto por don Carlos Jesús, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Porta Campbell, contra la resolución de fecha 5 de agosto de 2.011 dictada por el Consulado General de España en La Habana que, en reposición, ratifica su resolución de 29 de junio de 2011. Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente indicado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 27 de octubre de 2.011 contra el acto antes mencionado, acordándose su admisión, y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazada para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación del acto recurrido reclamando se acuerde la concesión del visado solicitado.

SEGUNDO.- La representación procesal de la Administración General del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Habiéndose recibido el pleito a prueba se practicó la admitida por la Sala con el resultado obrante en autos y tras el trámite de conclusiones con fecha 14 de junio de 2012 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

Siendo Ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional la parte recurrente, de nacionalidad cubana, impugna la resolución de 5 de agosto de 2.011 dictada por el Consulado General de España en La Habana que, en reposición, ratifica su resolución de 29 de junio de 2011 por la que se denegaba su solicitud de visado por reagrupación familiar.

La citada resolución deniega el visado al entender que el solicitante no se encontraba a cargo del reagrupante, su hija doña Marí Juana , que obtuvo la nacionalidad española el 19 de enero de 2011.

Sostiene la parte recurrente que la resolución recurrida carece de motivación lo que impide su derecho de defensa. Señala que cobra una pensión de jubilación de 340 pesos cubanos no convertibles que equivalen a 11,97 euros, lo que resulta insuficiente teniendo en cuenta el coste de la canasta básica en Cuba. Indica que su hija le remitió 590 euros durante el año 2009; 630 euros en el año 2010; y, 2.170 euros en el año 2011 por lo que resulta evidente que su fuente de ingresos son las remesas que le remite su hija a través de su marido.

Se opone la Administración demandada señalando que no resulta acreditado que el solicitante del visado viva a cargo de su hija.

SEGUNDO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, disponiéndose en el artículo 27.6 que la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de reagrupación familiar.

La exigencia de motivación impone a la administración el deber de manifestar las razones que sirven de fundamento a su decisión o, lo que es lo mismo, que se exprese suficientemente el proceso lógico y jurídico que ha llevado a la misma con el fin de que su destinatario pueda conocer las razones en las que se ha apoyado y, en su caso, pueda posteriormente defender su derecho frente al criterio administrativo, por lo que la motivación constituye un medio para conocer si la actuación merece calificarse, o no, de objetiva y ajustada a derecho así como una garantía inherente al derecho de defensa del administrado, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, ya que en la eventual impugnación del acto, si éste está motivado, habrá posibilidad de criticar las bases en que se ha fundado; por consiguiente el criterio de la Administración no puede limitarse a expresar la decisión adoptada sino que, en cada supuesto, debe exponer cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de derecho que, a su juicio, determinan que la decisión deba inclinarse en el sentido por ella elegido y no por otro de los, en cada caso, posibles.

Sin embargo, ha de añadirse que, para que un defecto de motivación no subsanado determine la anulabilidad de la resolución administrativa, es preciso que haya dado lugar a la indefensión del interesado - artículo 63.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -, entendiéndose por tal la situación en que queda cuando se ve imposibilitado de obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa por no haber podido conocer la ratio decidendi de la decisión administrativa.

Una vez sentado lo anterior, se ha de indicar que en el presente caso enjuiciado el acto recurrido ha resuelto denegar la solicitud de visado de residencia en España por reagrupación familiar solicitada por el recurrente por la causa arriba expuesta. Ciertamente, dicha resolución impugnada es concisa en su motivación, pero es clara respecto a la causa por la que la administración deniega tal visado, ya que la carencia de ese requisito imprescindible trae consigo dicha decisión, tal como se desprende de la normativa que a continuación se expondrá. Por otro lado, la recurrente, en su segundo motivo de impugnación, resalta que existen remesas y expresa sus circunstancias personales, lo cual revela claramente que la misma conoce los hechos y fundamentos por los que la administración dicta el acto recurrido, habiendo podido articular los

medios de defensa que ha estimado pertinentes. Por ello, en ningún caso se ha producido indefensión en la referida parte con la consecuencia el acto recurrido (artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), lo cual trae consigo la denegación de ese primer motivo del recurso.

TERCERO.- Según establecen los artículos 16 y 17.1.d) de la Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y el artículo 39. d) del Real Decreto 2393/2004 , el extranjero residente tiene derecho a reagrupar a sus ascendientes, o los de su cónyuge, cuando estén a su cargo - lo que se entiende concurrente cuando se acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, el reagrupante ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva- y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Continúa este último precepto diciendo que se entenderá que los familiares están a su cargo cuando el reagrupante acredite que, al menos durante el último año ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva, sin decir nada respecto de lo que se entiende por necesidad pero dejando claro que han de darse las dos circunstancias cumulativamente, no una u otra ("y existan", dice el precepto).

Este concepto de necesidad ha de integrarse en cada caso concreto según las circunstancias concurrentes. El concepto de "necesidad de autorizar la residencia" está en función de múltiples factores, cuáles podrían ser: a) los niveles de ingresos del reagrupante y del reagrupable; b) el entorno familiar; c) el sacrificio económico que supone para el reagrupante la asistencia a su ascendiente en su país, d) el nivel de vida de que disfruta el ascendiente con las ayudas que recibe. Un análisis ponderado de estos factores (y de algunos otros que se nos podrían escapar ahora) nos permitirá determinar si objetivamente es absolutamente necesario que el ascendiente venga a España para su plena realización.

La normativa anteriormente expuesta, que es la de aplicación con carácter general al extranjero residente en España, también era de aplicación hasta hace poco respecto del extranjero nacionalizado español que solicitaba la reagrupación de su ascendiente natural de país extracomunitario, y ello a tenor de la remisión que a ese sistema general hacía la Disposición Adicional 20ª del Real Decreto 2393/2004 , introducida por la Disposición Final Tercera, apartado segundo, 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. Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 5ª, de 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007) , al anular y dejar sin efecto la expresión "otro Estado miembro" del párrafo primero del artículo 2 de ese Real Decreto, anula, igualmente, dicha Disposición Final Tercera, apartado segundo, del RD 240/2007, que introducía la indicada Disposición 20ª del RD 2393/2004 .

Como consecuencia de esas anulaciones, en el presente caso (artículo 73 de la LJCA) ya no es de aplicación el régimen general de extranjería, que sí lo era anteriormente por mor de esa Disposición Adicional 20ª derogada, sino directamente el artículo 2 del indicado RD 240/2007 , cuyo literal, con la exclusión de esa expresión anulada, dice textualmente:

"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 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:

a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.

b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

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".

La referida sentencia del Tribunal Supremo, en su fundamento segundo, justifica en los siguientes términos las citadas anulaciones:

"La primera impugnación se concreta en la expresión "otro Estado miembro" que se contiene en el Artículo 2(Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), párrafo primero, que dice así:

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:..." (Incluyendo al cónyuge, pareja registrada, descendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada, y ascendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada).

El Real Decreto parcialmente impugnado tiene por objeto, según expone en su artículo 1º, regular las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España" por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo". Sin embargo, en el artículo 2º, impugnado, se extiende dicho ámbito subjetivo de aplicación ---"cualquiera que sea su nacionalidad"---a los "familiares de ciudadano de otro Estado miembro". Esto es, el derecho interno español (el Real Decreto impugnado) se va a imponer ---se va a extender a regular--- también la situación y los derechos de los familiares de los ciudadanos de otros Estados miembros, que ya han visto reconocida su situación en otro Estado miembro de la Unión europea como consecuencia de su vinculación familiar.

Mas ello, con una salvedad, cual es la de los familiares del propio ciudadano español, los cuales quedan excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión "de otro Estado miembro". Esto es, el Real Decreto se va a aplicar solo a estos familiares y no a los familiares del propio ciudadano español, pues, estos no son "de otro Estado miembro", sino de "este" Estado miembro. A estos, a los familiares del ciudadano español les sería, pues, de aplicación, no el régimen de este Real Decreto, sino el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre ; norma reglamentaria en la que ---a través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado--- se introducen las nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea "no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 ", y, van a establecer la" Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

La impugnación ha de prosperar, ya que el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE contempla ---como ámbito subjetivo de la misma--- la situación de "cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia"; expresión con la que no se excluye a la familia del español --- cualquier que sea su nacionalidad--- residente con el mismo (posiblemente por la vía de la reagrupación familiar) en otro Estado de la Unión Europea, en el supuesto de regreso, desde ese otro Estado miembro, al Estado de su nacionalidad, esto es, a España. Exclusión que sí se produce con la expresión impugnada del artículo 2, apartado primero, del Real Decreto citado , ya que, a estos familiares del ciudadano español ---que, obviamente, no cuentan con la nacionalidad española--- se les somete a un régimen de derechos diferente, cual es el previsto en la Disposición Transitoria Vigésima para el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre .

En síntesis, la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen, desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia ---de nacionalidad extraeuropea---, no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario, que la Directiva 2004/38 / CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros. La introducción, en el precepto impugnado, de la expresión en la que la impugnación se concreta ("de otro Estado miembro") implica una limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada".

No obstante apreciarse en el contenido de esas motivaciones de dicha sentencia que la única razón por la que se anula la referida disposición que introduce la disposición 20ª del RD 2393/2004 es el hipotético supuesto de un ciudadano español que habiendo vuelto a España desde otro estado miembro de la Unión Europea pretende reagrupar a su familia originaria de país extracomunitario, lo cierto es que la reiterada sentencia deja sin efecto la citada Disposición Adicional 20ª. Y, además, dicha resolución judicial anula la indicada disposición legal sin tener en cuenta el caso frecuente del español cuyos beneficiarios residen en otros países no miembros de la Unión Europea y que con la normativa anulada se le exigía, como arriba se exponía, cumulativamente los dos requisitos de que el reagrupado estuviese a cargo del reagrupante y además se justificara la necesidad de que el mismo residiera en España, requisito éste último no exigido por el RD 178/2004 a los beneficiarios del derecho comunitario, lo que constituía una diferencia con el régimen general.

Por todo lo expuesto, en el presente caso enjuiciado de los dos elementos fijados en la normativa general sólo cabría examinar si se había cumplido el único requisito de que el solicitante del visado y reagrupado viva a cargo del reagrupante, su hijo, de nacionalidad española y residente en territorio español y dicho requisito es puesto en duda por el Consulado.

Se debe partir de la base de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido ocasión de afirmar que la Directiva 2004/38 pretende facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que el Tratado confiere directamente a los ciudadanos de la Unión, y que tiene por objeto, en particular, reforzar ese derecho (véanse las sentencias de 25 de julio de 2008, *Metock* y otros, C 127/08, Rec. p. I 6241, apartados 82 y 59, y de 5 de mayo de 2011, *McCarthy*, C 434/09, Rec. p. I 0000, apartado 28; y, de 15 de noviembre de 2011, *Murat Dereci* y otros, C 256/11, apartado 50).

Ahora bien se debe aclarar al recurrente que la Sentencia de la Gran Sala de 15 de noviembre de 2011, ya referida, ha señalado que:

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".

Es por ello que, según dicha sentencia, en su calidad de nacionales de un Estado miembro, los miembros de las familias de los demandantes en los litigios principales gozan del estatuto de ciudadano de la Unión en virtud del artículo 20 TFUE, apartado 1, y, por lo tanto, pueden invocar, también frente al Estado miembro cuya nacionalidad poseen, los derechos correspondientes a tal estatuto (véase la sentencia *McCarthy*, antes citada, apartado 48).

Lo que viene a sostener el Tribunal Europeo es que en supuestos como el de autos en los que el recurrente 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).

Es por ello que el litigio se debe examinar en relación a 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.

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.

Debemos señalar que el propio Tribunal Europeo ha indicado que el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido (Sentencia Murat Dereci y otros, C 256/11 , apartado 68, ya citada).

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vid. sentencia de 18 de junio de 1987, Lebon, 316/85 , Rec. p. 2811, apartados 20 a 22), la circunstancia de que un ciudadano comunitario cubra las necesidades de un miembro de su familia es decisiva para probar que se encuentra a cargo, sin que sea necesario determinar las razones de ese mantenimiento. Como dice la STJCE Tribunal de Justicia (CE) Pleno, S 9-1-2007, nº C-1/2005 es obligado suponer dicha situación cuando el miembro de la familia del ciudadano comunitario necesita el apoyo económico de éste para alcanzar o mantener el nivel de vida que desea, o bien considerar que la situación de dependencia tiene su origen en el hecho de que, sin dicho apoyo económico, el miembro de la familia sería incapaz de lograr un nivel de vida digno en su país de origen o en aquél en el que reside habitualmente.

También el propio TJCE ha indicado que la calidad de miembro de la familia «a cargo» resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación o su cónyuge garantizan los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia [véase, a propósito del artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 y del artículo 1 de la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990 , relativa al derecho de residencia (DO L 180, p. 26) respectivamente, las sentencias Lebon, antes citada, apartado 22, así como de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C 200/02 , Rec. p. I 9925, apartado 43].

El TJCE 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 (sentencia Lebon, antes citada, apartado 21). Según el Tribunal de Justicia no es necesario determinar las razones del recurso a ese mantenimiento ni preguntarse si el interesado está en condiciones de subvenir a sus necesidades mediante el ejercicio de una actividad remunerada.

Para determinar si los ascendientes del 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 ello habrá que acudir a la prueba existente en el procedimiento. Según consta en el expediente administrativo el solicitante, nacional de Cuba, nació el 6 de enero de 1945. Está casado aunque su esposa reside en España con tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea. Está jubilado y percibe una pensión mensual de 408,67 pesos brutos. El marido de su hija le remitió 590 euros durante el año 2009, 630 euros en el año 2010 y 2.170 euros en el año 2011.



Con dichos datos podemos decir que el núcleo familiar del reagrupado reside en España, carece de bienes suficientes para poder vivir dignamente en su país si tenemos en cuenta que la pensión que cobra lo es en pesos cubano no convertible y que el salario medio mensual se fijó en 429 pesos no convertibles, según informe elaborado por la Oficina Económica y Comercial de España en La Habana aportado por el propio recurrente junto con su demanda, que equivale a 14-20 Usd/mes siendo el PIB anual per cápita de 5.541 Usd.

Es por ello que resulta evidente que el reagrupado depende de su familia en España que es quien se hace cargo de su manutención lo que determina que la resolución recurrida infringió ese derecho a vivir con su familia y por ello debe ser revocada.

TERCERO.- Dadas las circunstancias examinadas y las conclusiones a que se ha llegado, no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas a ninguna de las partes, a tenor de lo preceptuado en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción .

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

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por don Carlos Jesús , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Alicia Porta Campbell, contra la resolución de fecha 5 de agosto de 2.011 dictada por el Consulado General de España en La Habana que, en reposición, ratifica su resolución de 29 de junio de 2011 las cuales anulamos y declaramos su derecho al visado solicitado .

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 10 días, contados desde el siguiente al de la notificación esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos.

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos