



ASOCIACION  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección  
Natalia Velilla Antolín

Coordinación  
Óscar Rojas de la Viuda



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

# BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

NÚMERO 15. MAYO 2017

## 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.

## 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 <sup>(1)</sup>.

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 las 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>