

**A LA SALA TERCERA -DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO-
DEL TRIBUNAL SUPREMO, SECCIÓN CUARTA**

DON AGUSTÍN SANZ ARROYO, Procurador de los Tribunales y de la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, y Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía representación acreditada en el **Recurso Contencioso-Administrativo nº 1/000114/2007**, que se tramita a instancias de mis mandantes contra el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada y libre circulación y residencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ante la Sala comparece y **DICE**:

Que con fecha 4 de Junio del año en curso me ha sido notificada providencia por la que se acuerda poner de manifiesto el expediente administrativo para formular la demanda en el plazo de veinte días, por lo que dentro de plazo formalizo el presente **ESCRITO DE DEMANDA**, con base en los siguientes hechos y fundamentos de derecho

HECHOS

ÚNICO.- Que tras los preceptivos informes y trámites, el Consejo de Ministros aprobó el Reglamento objeto de impugnación en alguno de sus artículos o incisos, a los que haremos referencia a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Con carácter previo, y al ser uno de los fundamentos principales de la impugnación la contraposición del reglamento con la directiva de reagrupación familiar 2004/38/CE, mantenemos la facultad de este Tribunal, al que nos dirigimos, para anular un reglamento por ir en contra de la normativa comunitaria, según se ha mantenido por el mismo en sentencias de 15/3/99; 26/1/2000; 10/12/ 2002 y de 17/6/2003, con base a los siguientes argumentos:

1º) El principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno se proclama por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (la sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/1977, que declara que «El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» y la sentencia de 4 de abril de 1974, Comisión c. Francia, 167/1973, declara que el Ordenamiento comunitario engendra derechos en favor de los particulares que las autoridades internas deben proteger, y que, por consiguiente, «cualquier

disposición contraria del derecho nacional les resulta, por ello, inaplicable»). En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr., entre otras muchas, sentencias de la Sala Tercera de 17 de abril de 1989 y de la Sala Cuarta de 13 de junio de 1991 y de 13 de julio de 1991); y el Tribunal Constitucional (cfr. sentencia de 14 de febrero de 1991, la cual declara que, a partir de su adhesión «España se halla vinculada al derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, que constituye un Ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisprudenciales»).

2º) Igualmente la Constitución confiere a esta Jurisdicción la facultad de anular las disposiciones generales que «incurrieran en cualquier infracción del Ordenamiento Jurídico, artículo 70.2 de la Ley de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando, en relación con los artículos 26 y 27 de la misma, aquellas no resulten «conformes a Derecho» o –término equivalente– incurran en ilegalidad. La infracción de las normas de Derecho comunitario europeo, en virtud del principio de primacía de éste sobre el Derecho interno, constituye una de las infracciones del Ordenamiento jurídico en que pueden incurrir dichas disposiciones, como acredita el hecho de que figure entre los motivos en que puede fundarse el recurso de casación con arreglo al artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción (sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2002).

3º) La incompatibilidad entre un reglamento interno y una Directiva comunitaria dotada de efecto directo vertical, determinante de la nulidad de pleno Derecho del primero, sólo puede apreciarse cuando existe una clara contradicción entre los preceptos suficientemente precisos de la Directiva y las determinaciones del reglamento y debe ponderarse teniendo en cuenta la realidad de hecho sobre las que éste se proyecta y la finalidad que persigue.

Por todo ello puede la sala a la que nos dirigimos declarar la ilegalidad del reglamento impugnado y además sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial, al no existir dudas razonables de la contrariedad al derecho comunitarios, según declaró esta sala en la sentencia de 10 de Junio del 2004.

Los fundamentos de Derecho irán clasificados a razón de los preceptos o incisos impugnados, para facilitar su estudio y resolución.

PRIMERO.- “Artículo 2 en el inciso: “*otro Estado Miembro*”.

Fundamento:

Es cierto que el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38/CE se circunscribe a aquellos supuestos en los que un ciudadano de la Unión Europea ha ejercido su derecho a la libre circulación y consecuentemente a los familiares de este ciudadano contemplados en la citada norma comunitaria.

Igualmente cada Estado miembro puede decidir de forma voluntaria y unilateral la extensión o no, y en que medida, del régimen comunitario a sus propios nacionales que no hubiesen ejercido ninguna libertad comunitaria, y por ende a sus familiares. Sin perjuicio de lo expuesto más adelante al referirnos al tratamiento dado en este Real Decreto a los ascendientes nacionales de un tercer Estado de ciudadano español, así como a los de su cónyuge o pareja registrada.

Eso si, debemos indicar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en esta materia, matizando las competencias de los Estados miembros al respecto y los supuestos en que si debe regir el derecho comunitario para los propios nacionales y sus familiares.

Así, en el texto de la STJCE de 17 de septiembre de 2002, Asunto Carpenter C-60/00, remitiéndose al asunto Asscher (C-107, Rec. p. I-3089) establece que: *“aunque las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento no pueden aplicarse a situaciones puramente internas a un Estado miembro, no es menos cierto que el alcance del art. 52 del tratado (actual 43 tras la modificación) **no puede interpretarse de manera que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario a los propios nacionales de un estado miembro determinado cuando estos, por su propio comportamiento, se encuentran , respecto del Estado miembro del que son originarios , en una situación equiparable a la de cualquier otro sujeto que goza de los derechos y de las libertades que garantiza el Tratado.**”*

En el mismo sentido, en el Asunto Yunying Jia C-1/05, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 9 de enero de 2007, señala que : *“Los Estados miembros están obligados a ejercer sus competencias en este ámbito respetando tanto las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE como la eficacia de las disposiciones de las directivas que establecen medidas para suprimir entre ellos los obstáculos a la libre circulación de personas, a fin de facilitar el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias en el territorio de cualquier Estado miembro”*.

La redacción **actual** del **artículo 2** del Real Decreto 240/2007, de 16 de Febrero, al referirse a su aplicación a los 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, la limita a los familiares de ciudadanos de **otro** Estado miembro de la Unión Europea o de **otro** Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, excluyendo por tanto a los familiares del ciudadano Español. Y más concretamente, a efectos prácticos, en virtud de la nueva D.A. XX del RD 2393/2004 introducida a través de la Disposición Final Tercera del RD 240/2007, de 16 de Febrero, que también es objeto de impugnación en este recurso en determinados apartados, como luego veremos, quedarían excluidos de la aplicación del régimen comunitario todos los ascendientes nacionales de un tercer Estado de

ciudadano español, así como los de su cónyuge o pareja de hecho registrada, inclusive cuando el nacional español hubiese ejercido su derecho a la libertad de circulación y regresase a España.

Nos referimos por ejemplo, al supuesto de aquel nacional Español que hubiese residido junto con sus ascendientes nacionales de un tercer Estado (o los de su cónyuge o pareja de hecho registrada) en otro Estado miembro, dónde éstos últimos hubiesen obtenido la correspondiente tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. Si finalmente el nacional español decidiese regresar a España acompañado de estos familiares, conforme a la redacción actual del artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de Febrero, concretamente en su inciso “otro Estado Miembro”, quedarían excluidos del ámbito de aplicación de este Real Decreto, pasando a regirse por el Régimen General de Extranjería, por aplicación de la nueva D.A. XX del RD 2393/2004. Ello actuaría como efecto disuasorio, para el ejercicio del Derecho de libre circulación y residencia de ese ciudadano español al ser un régimen objetivamente más desfavorable.

Este efecto disuasorio ya ha sido objeto de análisis por el tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 23 de Septiembre de 2003, Asunto Akrich C109/01, en la cual se afirma que: *“Lo mismo cabe decir cuando el ciudadano de la Unión, casado con un nacional de un país tercero, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena. Si su cónyuge dispone de un derecho de residencia válido en otro Estado miembro, se aplica el artículo 10 del Reglamento núm.. 1612/68 a fin de no disuadir al ciudadano de la Unión de que ejerza su libertad de circulación regresando al Estado miembro del que es nacional”*.

En este mismo sentido, se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea en su **Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (Asunto C-291/2005)**, al determinar la obligación de los Países Bajos, de reconocer el derecho de residencia de la hija nacional de un tercer Estado de uno de sus ciudadanos, tras regresar ambos desde Reino Unido, donde dicho ciudadano neerlandés se encontraba trabajando y desde donde había reagrupado a su hija, basándose en la salvaguarda del derecho a la libre circulación del ciudadano comunitario, y en que el familiar nacional de un tercer Estado en virtud del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1612/6868 en su versión modificada por el Reglamento núm. 2434/92, precepto que resulta aplicable por analogía, tendría derecho a residir en el Estado miembro del que es nacional el trabajador.

Así expresamente la sentencia afirma que:

“32 (...) el Derecho comunitario confiere al trabajador migrante el derecho a regresar y residir en el Estado miembro del que es nacional tras haber ejercido una actividad laboral en otro Estado miembro, en la medida en que es necesario para garantizar el efecto útil del derecho a la libre circulación reconocido a los trabajadores por el artículo 39 CE y la normativa adoptada en aplicación de este derecho, como el Reglamento núm. 1612/68. A favor de esta interpretación aboga la instauración del estatuto de ciudadano de la

Unión, que tiene vocación de convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros.

35 La incertidumbre sobre si podrá regresar al Estado miembro de origen con independencia de ejercer en él una actividad económica puede disuadir al nacional de un Estado miembro de salir del Estado miembro del que es nacional para ejercer una actividad laboral en el territorio de otro Estado miembro.

36 Este efecto disuasorio puede producirse igualmente ante la mera perspectiva de que el nacional no pueda continuar, a su vuelta al Estado miembro de origen, una convivencia familiar con sus parientes próximos comenzada eventualmente mediante matrimonio o reagrupación familiar en el Estado miembro de acogida.

37 Por consiguiente, **los obstáculos a la reagrupación familiar pueden vulnerar el derecho de libre circulación que el Derecho comunitario confiere a los nacionales de los Estados miembros, de manera que el regreso de un trabajador comunitario al Estado miembro del que es nacional no puede considerarse una situación puramente interna.**

43 (...)según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, **la normativa comunitaria de Derecho derivado en materia de desplazamiento y de residencia no puede interpretarse de manera restrictiva** (véanse en particular, en relación con el Reglamento núm. 1612/68, las sentencias de 13 de febrero de 1985, Diatta, 267/83, Rec. p. 567, apartados 16 y 17, y de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R, C-413/99, Rec. p. I-7091, apartado 74).

44 En segundo lugar, semejante exigencia **sería contraria al objetivo del legislador comunitario, quien ha reconocido la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales** garantizadas por el Tratado (sentencias de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, Rec. p. I-6279, apartado 38, y de 25 de julio de 2002, MRAX, C-459/99, Rec. p. I-6591, apartado 53).

45 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, **(...) en el supuesto de que un trabajador regrese al Estado miembro del que es nacional tras haber ejercido una actividad laboral en otro Estado miembro, un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de ese trabajador tiene, en virtud del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1612/68, precepto que resulta aplicable por analogía, tendrá derecho a residir en el Estado miembro del que es nacional el trabajador,** aun cuando éste no ejerza en él una actividad económica real y efectiva. El hecho de que un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de un trabajador comunitario no dispusiera, antes de residir en el Estado miembro en que el trabajador ejerció una actividad laboral, de un derecho de residencia basado en el Derecho nacional del Estado miembro del que es nacional el trabajador carece de incidencia a efectos de apreciar el derecho del nacional del Estado tercero a residir en el Estado del que es nacional el trabajador.

Por todo lo expuesto, y a fin de adecuar el RD 240/2007 al derecho comunitario, interpretado por estas recientes sentencias del tribunal de Luxemburgo, debe anularse el inciso “otro”.

SEGUNDO.- Artículo 2 a), 2 b), 2 c), 2 d), inciso “o separación legal” y “cónyuge separado legalmente” del artículo 9.4 d

Fundamento:

El art. 2 a) 2b) 2d), del RD 240/2007 excluye del concepto de familiar de comunitario, a los cónyuges nacionales de países terceros, y a los descendientes y ascendientes de éstos cónyuges en casos de separación legal.

La Directiva no menciona la figura de la separación legal, sólo habla de cónyuges en general. El RD, al introducir la figura de la separación legal, se extralimita en la transposición. Mantenemos, remitiéndonos a los razonamientos que hacemos más abajo respecto a la nulidad del inciso “separación legal” que aparece en el art. 9 del RD 240/2007, que en los casos de separación legal no se ha extinguido el vínculo matrimonial y, por lo tanto, se sigue siendo cónyuge.

Como se verá más adelante, la separación legal es una figura que existe en muchos países de la UE, no es exclusiva de España, por lo que si el legislador comunitario la hubiese querido tener en cuenta con efectos excluyentes, la hubiese introducido matizando el concepto de “cónyuge”.

Al decir el artículo 2 del RD que se aplica *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*, podría oponérsenos de contrario, que en los casos de separación legal, el cónyuge nacional de tercer país o sus descendientes o ascendientes, **no** “acompañen al” o “se reúnan con” con el ciudadano comunitario, puesto que, en casos de separación legal la convivencia ha cesado.

Insistimos en que la separación legal es una situación que normalmente es temporal, y que, si bien puede acabar en la extinción del vínculo (divorcio), supuesto que ya prevé la Directiva, también puede acabar en reconciliación. Por lo tanto, hasta que no haya extinción del vínculo se sigue siendo familiar de comunitario y se mantienen los derechos reconocidos en la Directiva.

No es cierta la afirmación de que en todos los casos de separación legal el familiar no “acompañe al” o no “se reúna con” el ciudadano comunitario. Existen supuestos en que estos familiares se reúnen o acompañan al ciudadano comunitario y por tanto cumplen las previsiones de la Directiva. Pongamos el ejemplo de la entrada en España de una suegra nacional de un país tercero. El yerno de ésta, ciudadano comunitario, separado legalmente de su hija, se traslada a España desde un país comunitario por motivos laborales,

y necesita que la abuela de los niños cuide de éstos y que por tanto venga a vivir a España con él. O el caso de parejas separadas en donde ambos progenitores tienen la patria potestad o incluso la custodia compartida. Aplicando la Directiva, que como sabemos no prevé la separación legal, la suegra o el padre no nacional de un estado de la UE, podría venir a España. Sin embargo con la redacción actual de RD, no podrían venir. No queda otra opción, por tanto, que anular el inciso “separación legal” en este artículo 2, puesto que la normativa española está excluyendo a familiares que la Directiva contempla.

A mayor abundamiento, al contener el artículo 2 el concepto general de “familiar comunitario” (cónyuge extracomunitario o sus ascendientes o descendientes) para todo el RD, no sólo afectará a los casos de entrada. También afectará a todos aquellos casos de estancia y residencia, en los que en su día ese familiar “acompañó al” o “se reunió con” el ciudadano comunitario, cumpliendo así la Directiva, y después sobrevino la separación legal. (Supuestos del artículo 9 del RD 240/2007), concluimos por lo tanto que es necesario anular el inciso “separación legal” del texto.

El primer borrador del Real decreto no hacía referencia a la separación legal, no será hasta las observaciones realizadas por la Dirección general de la policía de 30 de mayo del 2006, según obra en el expediente administrativo, que no se introduce ese extremo, sobre la base de un más que dudoso “concepto genérico de divorcio” que a su parecer utiliza la directiva. 2004/38.

TERCERO.- Art. 2 Apartado 1.b); Disposición final Tercera apartado Dos, por la que se introduce la Disposición Adicional XX en el Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social, en su apartado 2 b) concretamente el siguiente inciso: “...que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado.”

Fundamento:

Entendemos que la exigencia de que la inscripción deba hacerse en un Registro Público “...que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado...”, junto con la inexistencia de una Disposición Estatal española en esta materia así como de un registro único estatal, hace imposible que se pueda acreditar y comprobar el cumplimiento de este requisito. Dicho inciso es contrario al art. 2.2 b) de la Directiva 2004/38, que no exige la existencia de ese registro único.

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha puntualizado que la adaptación del Derecho interno a las normas comunitarias no exige una transcripción formal y textual de sus preceptos en una disposición expresa y específica, y que es suficiente la existencia de un contexto jurídico general, **si éste asegura efectivamente la plena aplicación de la Directiva de modo suficientemente claro y preciso (véase, en particular, la sentencia de 27**

de abril de 1988, Comisión/Francia, 252/85, Rec. p. 2243, apartado 5). Sin embargo y referido al registro en España, con la exigencia ex novo del registro único, aún a sabiendas que en España no existe, supone una incorrecta transposición de la directiva.

A este respecto, debe agregarse que la exactitud de la adaptación tiene una particular importancia en lo que se refiere a la Directiva, en la medida en que la gestión de los registros de parejas está confiada, para sus respectivos territorios, a los Estados miembros (véanse las sentencias de 8 de julio de 1987, Comisión/Italia, 262/85, Rec. p. 3073, apartado 9, y de 7 de diciembre de 2000, Comisión/Francia, C-38/99, Rec. p. I-10941, apartado 53).

Si España lo que pretende es evitar dobles reagrupaciones, en el caso de dobles o mas inscripciones, la solución es tan fácil como aceptar tan solo la reagrupación de una de esas parejas inscritas y no aceptarse otra hasta tanto se cumplan otros requisitos, entre otros la cancelación de la inscripción, incluso, si así se desea, con declaraciones de que no habita con el comunitario o nacional otra pareja, así como con establecimiento de las condiciones judiciales de dicha cancelación, en cuanto a resolución sobre pensiones compensatorias o de alimentos para los hijos comunes, usos y disfrute de vivienda, etc...

No hemos de olvidar que nuestro derecho de extranjería ya prevé una situación similar para los casos de reagrupaciones en supuestos de nacionales cuya ley personal admita los matrimonios poligámicos. En esos casos no se rechaza de plano la posibilidad de reagrupaciones, cuando claramente varios matrimonios podrían tener acceso a su registro civil, sino que se establecen una serie de garantías como las señaladas para que solo se permita la reagrupación de un cónyuge. Así lo establece el artículo 17 a) párrafo segundo de la LO 4/2000 y 39 a) del RD 2393/2004. Por ello carece de sentido que en el caso de parejas de hecho debidamente inscritas, asimilable al matrimonio, como así viene siendo reconocido por nuestra normativa, directamente se impida la reagrupación con la exigencia de facto consistente en la exigencia de que no pueda existir doble inscripción, cuando lo suyo sería establecer garantías para que efectivamente solo pueda reagruparse a una sola pareja, además de ello con infracción de la Directiva que no exige ese requisito único.

CUARTO.- Artículo 3.2 en su inciso: “*exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente real decreto.*”

Fundamento:

El artículo 3.2 del RD 240/2007 reconoce como regla general el derecho a trabajar por cuenta ajena o propia en las mismas condiciones que los españoles a las personas incluidas en su ámbito de aplicación, es decir, a los nacionales de algún Estado miembro (art. 1 de la misma norma) y a determinados familiares enunciados en el artículo 2. No obstante, en el inciso

que se impugna, se exceptúa de este derecho a los descendientes mayores de veintinueve años y a los ascendientes que vivieran a su cargo, aunque en el párrafo siguiente se les permite acceder a determinados empleos en condiciones precarias (a tiempo parcial, por un tiempo inferior a tres meses a dos años, insistiendo en que los ingresos no tengan el carácter de recurso necesario para el sustento).

Esta previsión es manifiestamente contraria a la Directiva comunitaria 2004/38/CE, que la norma española transpone. Esta Directiva establece en su artículo 23 lo siguiente:

“Los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena.”

El derecho al trabajo por cuenta propia o ajena se formula de modo incondicionado, por lo que no resulta conforme a este precepto la remisión al régimen general de los extranjeros comunitarios, para los que, como es sabido, el acceso al trabajo está condicionado a la concesión de una autorización administrativa. Debe subrayarse que el texto de la Directiva no se refiere exclusivamente al “cónyuge” y a la pareja de hecho o a los descendientes menores de 21 años, sino que remite a los “miembros de la familia”, en términos generales. La propia Directiva establece en su art. 2.2 d) una definición de “miembros de la familia” que abarca claramente a los colectivos excluidos por la norma española:

“A efectos de la presente Directiva se entenderá por [...] 2) “Miembro de la familia”: [...] c) los **descendientes directos menores de 21 años o a cargo** y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los **ascendientes directos a cargo** y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b).”

En la normativa anterior sobre la misma materia, el legislador comunitario se inclinaba abiertamente por una titularidad más restrictiva de este derecho al trabajo por cuenta propia o ajena: así, en el art. 2.2. de la Directiva 90/364/CEE, de la Directiva 90/365 relativa a la conservación del derecho de residencia y de la Directiva 93/96 sobre la residencia de los estudiantes, se otorgaba el derecho a trabajar por cuenta propia o ajena exclusivamente al cónyuge y a los hijos a cargo. De la misma manera, el art. 11 del Reglamento 1612/68 reconocía el derecho del cónyuge y de los hijos a cargo menores de 21 años. En este contexto, el legislador español, en el art. 3 RD 178/2004 excluía del derecho al trabajo en igualdad de condiciones a los ascendientes, pero no a los hijos mayores de 21 años que estuvieran a cargo del ciudadano comunitario. Es evidente que a partir de la Directiva 2004/38/CE, el legislador comunitario ha optado expresamente por ampliar el campo de aplicación de este derecho al trabajo, al utilizar la expresión genérica “miembros de la familia” por él mismo definida en lugar de las categorías más restrictivas de la regulación precedente.

De hecho, esta transposición defectuosa fue denunciada por dos particulares ante la Comisión Europea, recibiendo la siguiente contestación, que se adjunta como documento nº 1 anexo, de la Unidad C3 de Ciudadanía y

Derechos Fundamentales de la Dirección General de Justicia y Seguridad (fecha a 19/2/2008):

“La directiva 2004/38 prevé en su artículo 23 que los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena.

*Como Ustedes señalan correctamente, contrariamente al derecho comunitario aplicable con anterioridad a la Directiva 2004/38 (Artículo 11 del Reglamento 1612/68, modificado por la Directiva 2004/38 y Artículo 2 de las directivas 90/364, 90/365 y 93/96 remplazadas por la directiva 2004/38) que solo acordaba el derecho a trabajar al cónyuge y a los descendientes menores de 21 años o a cargo, el artículo 23 de la directiva 2004/38 no establece dicha limitación. **La exclusión del derecho a trabajar de dichos miembros de la familia es pues, a primera vista, contraria a la directiva 2004/38. También parece contrario a la directiva que la finalización de la condición de familiar a cargo excluya al miembro de la familia de la normativa aplicable a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión en virtud de la Directiva.**”*

Resulta difícil imaginar las razones por las que en este caso nuestro país se ha apartado de manera tan clara de las obligaciones impuestas por la Directiva; no obstante, el hecho de que la exclusión se refiera a los familiares “a cargo” y la posibilidad que se les concede de trabajar en tanto su actividad se mantenga en condiciones de cierta precariedad, parece indicar que se toma en consideración la eventual “pérdida” de la condición de familiar “a cargo”. De acuerdo con este hipotético razonamiento, el ascendiente o descendiente mayor de 21 años que, a través del trabajo por cuenta propia o ajena, obtuviera por sí solo ingresos suficientes como para subsistir de manera independiente, dejaría de estar “a cargo” de sus familiares, y por tanto perdería su condición de “familiar de comunitario”, quedando fuera del ámbito de la Directiva. Ahora bien, este argumento parte de una concepción errónea de las previsiones de la norma que se transpone.

Ciertamente, a la hora de definir el núcleo familiar para determinar si determinados familiares cercanos pueden quedar incluidos en el régimen comunitario, la Directiva, en lo que refiere a determinados parientes próximos, toma en consideración las relaciones de dependencia económica que configuran la “unidad doméstica”, superando el criterio de la “convivencia”, claramente inadecuado cuando se trata de configurar, por ejemplo, derechos de reagrupación en el marco de un proceso de circulación transnacional. Esta dependencia económica (“estar a cargo”) legitima a estos parientes, en caso de que acompañen o se reagrupen con su ascendiente o descendiente, para obtener un derecho de residencia de hasta tres meses (art. 6.2 de la Directiva), o, en su caso, un derecho de residencia por un tiempo superior a tres meses [art. 7.1 c) y 7.2 de la Directiva] o incluso una residencia permanente (art. 16.2 de la Directiva).

Lógicamente, los familiares del nacional de un Estado-miembro de la Unión deberán cumplir los requisitos de la Directiva (y, por tanto, en su caso,

estar “a cargo” del ciudadano comunitario) **en el momento de solicitar la tarjeta de residencia** prevista en el art. 10 de la Directiva [art. 8.3 d) del Reglamento impugnado], que tiene, en principio, una validez de cinco años (art. 11 de la Directiva y 8.5 del Reglamento impugnado). Ahora bien, precisamente se reconoce el derecho al trabajo, precisamente a las personas que gozan de este derecho de residencia, dado que **el art. 23 de la Directiva se refiere expresamente a los “beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente”**; la lógica de la norma comunitaria es clara: los residentes comunitarios pueden trabajar y progresar en su situación económica, aunque inicialmente fueran económicamente dependientes. **En ningún precepto se prevé que este derecho de residencia desaparezca cuando mejore la situación económica** del familiar acompañante o reagrupado (y, por tanto, de la unidad doméstica), obligándosele a marchar de un país en el que ya se había instalado, o bien a someterse al régimen común de los extranjeros extracomunitarios; de hecho, tal previsión sería contradictoria con el mencionado propio art. 23.

Antes bien, de acuerdo con el **artículo 14.2 de la Directiva, el mantenimiento de la residencia se vincula a los requisitos previstos en el art. 7** (o, en su caso, en los artículos 12 o 13), pero no al art. 1 que se refiere a los familiares “a cargo”. De hecho, **estos requisitos admiten expresamente la posibilidad de que el familiar acompañante o reagrupado obtenga un trabajo por cuenta propia o ajena** [Cfr. art. 7.2 de la Directiva en conexión con el 7.1 a)]:

Art. 14.2. Los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 12 y 13 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas.

Art. 7.2.- El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él en el Estado miembro de acogida, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del apartado 1.

Art. 7.1 a).- **es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida,**

Se permite incluso mantener la residencia en caso de fallecimiento del ciudadano comunitario cuando los acompañantes o reagrupados hubieran residido por un año en el país de acogida (art. 12.2 de la Directiva); de hecho, el Reglamento impugnado en este recurso ni siquiera exige el año de residencia previa, bastando con que se haya residido antes del fallecimiento (art. 9.2). Sería del todo punto absurdo que a estas personas se les permitiera residir en el país de acogida sin tener recursos propios y sin permitirles el trabajo por cuenta propia o ajena y, de hecho, para renovar su residencia comunitaria, se les exige precisamente acreditar que son trabajadores por cuenta ajena o propia o que disponen de recursos (art. 12.2. de la Directiva). El propio Reglamento impugnado viene a exigir, paradójicamente, el trabajo previo por cuenta propia o ajena para la renovación de la residencia en caso de fallecimiento del ciudadano comunitario (art. 9.2).

Así pues, partiendo de una concepción claramente errónea del sentido de las previsiones de la Directiva, el legislador español parece inclinarse por un

modelo de mantenimiento de la situación de dependencia y precariedad económica del familiar acompañante o reagrupado, mientras que la norma comunitaria ha optado por una lógica expansiva del disfrute del derecho al trabajo para facilitar la independencia y la libertad de estas personas. De hecho, aunque, por supuesto, el legislador español puede a priori establecer limitaciones al derecho al trabajo de los extranjeros, éste aparece enunciado en el art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, entre otros instrumentos internacionales, de manera que no cabe duda que existe una conexión entre la posibilidad de trabajar y el desarrollo de la persona. Esta arbitraria limitación constituye, por tanto, una restricción al derecho de libre circulación de los ciudadanos comunitarios (art. 18.2 TCE) y a la libre circulación de trabajadores (art. 39.1 TCE). En efecto, el nacional de un Estado miembro que hubiera transpuesto adecuadamente la Directiva que nos ocupa, si tuviera familiares extracomunitarios, podría encontrarse con que éstos tienen la posibilidad de trabajar por cuenta propia o ajena en el país del que es nacional, pero no en España, condicionándose por tanto de manera muy clara su libertad de circulación.

QUINTO.- Art. 3.2 Párrafo segundo, en su inciso: *”No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento.”*

Fundamento:

Este párrafo (salvo en su último inciso que no se incluye en el texto transcrito *supra*), consiste únicamente en una excepción al inciso cuya anulación se ha solicitado en el fundamento anterior, de manera que carece de sentido si se acoge la pretensión solicitada. Así pues, habría de anularse también, por las razones enunciadas anteriormente, que se dan aquí por reproducidas.

SEXTO.- Artículo 4 punto 2, en el inciso: *“expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de julio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo”*

Fundamento:

El inciso impugnado contravendría el artículo 5 punto 2 de la Directiva 2004/38/CE por ser más restrictiva. La Directiva habla de la tarjeta de residencia expedida por un Estado Miembro, sin limitar a los que aplican plenamente el Acuerdo Schengen, pues de esta forma quedaría excluida la

mayoría de los 12 nuevos países miembros al no aplicarse plenamente el Acuerdo Schengen en ellos. Ello afectaría al derecho a la libre circulación de los familiares de ciudadano de la unión, contraviniendo la directiva citada

SEPTIMO.- Artículo 9 en su título y los epígrafes 9.1, 9.4, 9.4 a), 9.4 d) en lo que se refiere a los incisos: “o separación legal” y “cónyuge separado legalmente”

Fundamento:

El art. 13 de la Directiva 38/2004/CE, cuando afronta estos supuestos exclusivamente contempla los **casos de divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada**, pero nunca la separación legal.

Igualmente habla de cónyuges y jamás menciona el concepto “*separado de derecho*”, si no simplemente de cónyuges.

Entendemos que existe una extralimitación del legislador español, ya que en el artículo 13 de la Directiva no se contempla el caso de separación legal, sino sólo los casos de divorcio, nulidad o fin de la pareja registrada.

El legislador español no puede unilateralmente añadir un supuesto que no contempla la directiva. Con ello se está extralimitando y hace una transposición incorrecta de la disposición europea, por lo que los incisos “*separación legal y cónyuge separado legalmente deben ser anulados*”.

Este artículo 9 afecta claramente a aquellos casos en que los cónyuges mucho después de haber acompañado o haberse reunido con el comunitario, y tras haber residido legalmente, se ve privado del derecho a la residencia comunitaria tras la separación legal, pese a permanecer vigente el vínculo matrimonial y tras haberle acompañado o reunido con él.

Pongamos un ejemplo gráfico en los que nuestro real Decreto puede llegar a producir efectos contrarios al ordenamiento comunitario: un ciudadano nacional de un país tercero, lleva dos años en España casado con una ciudadana comunitaria, que depende económicamente de él. Se separan legalmente sin querer aún divorciarse. Por la aplicación del Real Decreto, **aún vigente el matrimonio**, él se verá obligado a abandonar el territorio español, por carecer de título que le permita permanecer en él. Perderá su trabajo puesto que carece de la autorización pertinente. Todo ello a pesar de que **siguen estando casados**, y que el vínculo matrimonial. Abundando en lo anterior, esta situación administrativa que le sobreviene, tendrá como consecuencia la salida obligatoria del territorio español. En caso de permanecer en él, al carecer de título válido de permanencia, legalmente podría incoársele un procedimiento sancionador por el régimen de extranjería por estancia en situación irregular en territorio español (Artículo 53 a) de la LO 4/2000,... con la posible prohibición de entrada que oscilaría entre 3 a 10 años.

Por casos como el descrito no podría ampararse esta limitación en los supuestos de separación legal en el artículo 3 de la directiva al fijar su ámbito de aplicación a los miembros de su familia, que le acompañen o se reúnan con él. Pues como tenemos dicho, aún en el caso en que le hayan acompañado en su inmigración a España o se hayan reunido con él, podían quedar excluidos del régimen comunitario si la separación se produce ya en nuestro estado, pese a que le hayan acompañado o reunido con él y pese a que el artículo 2 a) considere miembro de la familia al **cónyuge, sin aludir en ningún caso al cónyuge separado legalmente.**

El vínculo matrimonial en los casos de separación legal, sigue vigente. La naturaleza misma de la separación legal hace que se trate de un período transitorio, y el vínculo matrimonial sigue existiendo. La reconciliación puede darse en cualquier momento dejando sin efecto la separación. Carecería por tanto de sentido, dejar sin derecho de residir al cónyuge nacional de un tercer país durante este período de reflexión matrimonial, o incluso poder expulsarlo del territorio de la Unión Europea si sigue estando casado/a con una persona nacional de un país comunitario o del EEE, ya que entraría a formar parte del régimen general. Muestra de que el vínculo sigue vigente es que no se puede contraer matrimonio con otra persona. La pérdida del derecho de residir sólo tiene sentido en los casos de **disolución definitiva** del vínculo matrimonial. Cuando se produzca una disolución definitiva del vínculo, cabría la aplicación de la directiva: esto es, sólo en los casos de divorcio, fallecimiento, nulidad o extinción de la pareja registrada.

Analizando la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el asunto Diatta contempla el supuesto de una ciudadana de Senegal que reside en Alemania separada de su esposo francés del que se quería divorciar.

El TJCE afirmó en la Sentencia de 13 de febrero de 1985, Asunto Diatta v. Land Berlín, al interpretar el derecho de residencia que establece el artículo 10 del Reglamento 1612/68, que: 20.- *“se debe añadir que la relación matrimonial no se puede considerar disuelta hasta que no haya sido terminada por la autoridad competente. No se disuelve simplemente porque los esposos vivan separados, aun cuando, tengan intención de divorciarse en una fecha posterior”*

Igualmente el considerando 18 de la misma sentencia establece que no era necesario que los cónyuges viviesen permanentemente juntos, aunque estén **separados de hecho seguirán considerándose cónyuges. De lo que se concluye que en el caso de separación persiste el vínculo matrimonial y se conserva el derecho de residencia.**

Es el divorcio el que conlleva la disolución del vínculo, como bien reconoce el TJCE “si están divorciados ya no se van a considerar cónyuges”. (Asunto Singh, en el caso 370/90 STJCE de 7 de julio de 1992, *Surinder Singh*).

La Jurisprudencia del TJCE hace depender el concepto de cónyuge a la existencia de matrimonio válido y de un vínculo vigente (Sentencia de 25 de julio de 2002 (C-459/99, Rec. p. I-6591, en el Asunto MARX) y Sentencia de 11 de julio de 2002, asunto Carpenter).

En el mismo sentido que el asunto Diatta se pronuncia el TS español que ha reconocido el mantenimiento de los derechos como familiar en los casos de separación legal hasta el divorcio en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 10 de junio de 2004:

“La Comisión de las Comunidades Europeas en la Comunicación de 11 de diciembre de 2002, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo afirma que “las parejas casadas que estén separadas pero aún no divorciadas, siguen manteniendo sus derechos como miembros de la familia de un trabajador emigrante”, y ello partiendo de que, según expresa dicha Comunicación, “la libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales garantizadas por el derecho comunitario e incluye el derecho a vivir y trabajar en otro Estado miembro.

Resulta, además, curioso que el art. 9.4.b. del RD 240/2007 - mantenga el derecho de residencia, si se le atribuye la custodia al **excónyuge o a la expareja registrada.** Con esta redacción, si hay una sentencia de separación legal que le atribuye la custodia al cónyuge del tercer país, al estar excluido por el artículo 2 del RD, no puede permanecer en nuestro país. Se da la paradoja que si podría permanecer en el caso de estar divorciado, si se le atribuye la custodia. Está claro que esta redacción es una prueba más de lo injustificado que resulta excluir a los separados de hecho del mantenimiento de la residencia comunitaria

Así como en el artículo 9,4 in fine, se diga que *“Transcurridos seis meses desde que se produjera cualquiera de los supuestos anteriores, salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, **el ex cónyuge o ex pareja registrada que no sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo** deberá solicitar una autorización de residencia.”* Sin prever la posibilidad de que el cónyuge separado legalmente, solicite una autorización de residencia, derecho que sí concede paradójicamente al cónyuge divorciado. Parece absurdo que esta posibilidad se le conceda al divorciado o con matrimonio anulado y no al separado legalmente, salvo, claro está, que se parta de la idea de que la separación legal no excluye el derecho a la residencia comunitaria, como venimos manteniendo en este recurso.

La redacción de la directiva comunitaria cuando utiliza el término cónyuge en general sin hacer mención alguna a la institución de la separación matrimonial de derecho, no es casual, sino consciente. La de la separación de derecho no es una institución conocida sólo en España, sino también en otros países de la UE, como Bélgica, Alemania, Irlanda, Grecia, etc...(http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_gre_es.htm). Si el legislador comunitario la hubiese querido tener en cuenta, al no ser una institución desconocida o exclusiva del Estado Español, la hubiese mencionado. Entendemos que si no lo ha hecho, es precisamente por los problemas que acarrea el hecho de establecer restricciones cuando hay un vínculo matrimonial vigente. Reiteramos que la TJCE sostiene que existe un vínculo si el matrimonio no está disuelto por una autoridad competente.

OCTAVO.- Art. 9.2, párrafo 2º, en su inciso: “Transcurridos seis meses desde el fallecimiento salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el familiar deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.”

Fundamento:

Como se razona detalladamente en el fundamento cuarto de este recurso, en el texto de la Directiva, el derecho de residencia de los familiares dependientes no se extingue con el fallecimiento del ciudadano comunitario siempre que hubieran residido durante al menos un año antes del fallecimiento. El texto de la Directiva es el siguiente (art. 12.2):

*“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo, el fallecimiento del ciudadano de la Unión **no supondrá la pérdida del derecho de residencia** de los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido en el Estado miembro de acogida en calidad de miembros de su familia durante al menos un año antes del fallecimiento del ciudadano de la Unión.*

Antes de adquirir el derecho de residencia permanente, el derecho de residencia de los interesados seguirá estando sujeto al requisito de poder demostrar que son trabajadores por cuenta ajena o propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes [...]

En tanto que beneficiarios del derecho de residencia, estos familiares del ciudadano comunitario fallecido gozarán también del derecho a trabajar por cuenta propia o ajena, sin limitaciones (art. 23 de la Directiva) y, de hecho, este trabajo puede ser muy relevante a efectos de su mantenimiento en el régimen comunitario.

El reenvío al art. 96.5 del RD 2393/2004 supone una arbitraria expulsión de estas personas del régimen comunitario, en tanto este último precepto prevé la posibilidad de que los titulares de una autorización de residencia como ciudadano comunitario o familiar de comunitario, puedan solicitar una autorización de trabajo y residencia, aplicándose el régimen común (pero sin exigirse visado) **“cuando hubieran cesado en tal condición”**. Ahora bien, **es la regulación de la Directiva la que determina cuándo un familiar de comunitario cesa en su condición** y, precisamente, **se establece de manera expresa, como regla general, el mantenimiento de la residencia** y de la posibilidad de trabajar. El art. 96.5 del RD 2394/2004 habría de aplicarse en el supuesto de que el familiar de comunitario perdiera su condición conforme a las pautas establecidas por la norma comunitaria, sin que el legislador español tenga competencia para añadir nuevas causas de exclusión en la transposición.

NOVENO.- Art. 17 completo o subsidiariamente el Art. 17.1 en su inciso: “Excepto si se da alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la resolución de expulsión se base en una decisión judicial anterior.**
- b) Que las personas afectadas hayan tenido acceso previo a la revisión judicial.**
- c) Que la resolución de expulsión se base en motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5 a) y d) del presente Real Decreto. “**

Fundamento:

El artículo impugnado limita la concesión de efectos suspensivos de la orden de expulsión de ciudadanos comunitarios no a que se haya presentado un recurso contra la misma, sino a que se haya solicitado la suspensión cautelar de dicha orden. Incluso en el caso de solicitud de suspensión cautelar, existen 3 excepciones, inciso impugnado subsidiariamente, en donde ni tan siquiera la solicitud de suspensión es causa suficiente para que dicha orden de expulsión no se ejecute. Ambos supuestos son contrarios a ley como, a continuación exponemos y por lo tanto debe ser anulado el precepto en su integridad.

La STJ de la Unión Europea, Sala 3ª de 2/6/2005 asunto C-136/2003. declaró que “El artículo 9, apartado 1, de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los recursos judiciales interpuestos contra una decisión de expulsión del territorio de ese Estado, adoptada contra un nacional de otro Estado miembro, carezcan de efectos suspensivos** y en virtud de la cual, al examinarse tales recursos, la decisión de expulsión únicamente pueda ser objeto de una apreciación de legalidad, siempre que no se haya instituido ninguna autoridad competente en el sentido de la referida disposición.”

Y no existe en España ninguna autoridad instituida, diferente a la de la que debe dictar el acto de expulsión, como exige el artículo 9 de la mencionada Directiva ante quien el interesado pueda hacer valer sus medios de defensa, por lo que al no tener el recurso efectos suspensivos, si no se solicita expresamente la suspensión, según el artículo impugnado, o incluso en el caso de haberse solicitado, en los casos excepcionados, se estaría vulnerando la directiva 64/2001.

El fundamento 49 de la sentencia considera que “A este respecto, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, los Estados miembros deben adoptar todas las disposiciones necesarias para garantizar que cualquier

nacional de otro Estado miembro contra quien se haya dictado una orden de expulsión disfrute de la protección que para él constituye el ejercicio del derecho a recurrir reconocido en la Directiva 64/221. Esta garantía sería, no obstante, ilusoria si, mediante la ejecución inmediata de dicha decisión, los Estados miembros pudieran privar al interesado de la posibilidad de beneficiarse de la estimación de los motivos alegados en su recurso (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de abril de 1976, Royer, 48/75, Rec. p. 497, apartados 55 y 56).”

El propio Tribunal de Luxemburgo considera en su fundamento 50 “que es indiscutible que una normativa de un Estado miembro que no confiera efectos suspensivos a los recursos judiciales contra resoluciones por las que se ponga fin a la estancia de nacionales de otros Estados miembros no responde a las exigencias de la Directiva 64/221, a menos que se instituya una autoridad competente en el sentido del artículo 9, apartado 1, de dicha Directiva.”

El fundamento 51 de la sentencia mantiene que “para que se considere que el recurso judicial de que dispongan las personas a que se refiere la Directiva 64/221 tiene efectos suspensivos en el sentido del referido artículo, sus efectos suspensivos **debe ser automáticos**. No basta que el órgano jurisdiccional competente esté habilitado para ordenar, a instancia del interesado y con determinados requisitos, la suspensión de la ejecución de la resolución por la que se pone fin a su estancia. La alegación del Gobierno austriaco de que, en la práctica, la suspensión de dicha resolución puede ser ordenada sistemáticamente por el órgano jurisdiccional competente no puede desvirtuar esta conclusión.”

Esos son los fundamentos por los que impugnamos el artículo 17 en su integridad, ya que la exigencia de solicitud de medida cautelar es contraria a la normativa comunitaria citada.

No obstante ello y por si no fuese aceptada esa impugnación, **subsidiariamente** impugnamos el inciso antes señalado que incluso va más allá, permitiendo la ejecución de la resolución de expulsión pese a existir una solicitud administrativa o judicial de suspensión de la misma, lo que infringe, a parte de lo manifestado de conformidad con el artículo 9 de la Directiva 64/2001, los siguientes argumentos de derecho interno:

1º) Para el caso de la ejecución antes de resolverse sobre la suspensión solicitada en vía administrativa, vulnera el artículo 111.2 de la ley 30/92, norma con rango de ley, superior al Real Decreto impugnado que no puede establecer excepciones a la misma, toda vez que dicho precepto obliga a la administración a resolver la petición de suspensión, **antes de ejecutar el acto recurrido**. Y ello sin que exista una norma con rango de ley que declare, ni tan siquiera, la urgencia en los casos de expulsión de los ciudadanos comunitarios. Por ello esos supuestos de excepciones a la suspensión de la ejecución mientras se tramita el incidente administrativo de suspensión son contrarios a ley, siendo además los dos primeros, es decir el a y b totalmente ajenos a cualquier razón de

urgencia. En este sentido se ha expresado la sección 5ª de la Sala 3ª del tribunal Supremo en sentencia de 28 de Febrero del 2006.

2º) Respecto a las excepciones señaladas respecto a la suspensión automática tras la solicitud de medidas cautelares ante al autoridad judicial, ya la STC 115/87 declaró inconstitucional la prohibición que el artículo 34.2 de la LO 7/85 hacía. Claro que podrá decirse que no se prohíbe la suspensión con las excepciones impugnadas del artículo 17.1, sino lo que se establece es que no será preciso esperar a la decisión judicial sobre las medidas cautelares para la ejecución de la expulsión del ciudadano comunitario si se dan las circunstancias allí descritas, es decir que el recurso judicial y la solicitud de suspensión del acto no tendrá, en esos casos, efectos suspensivos. Lo que de facto sería lo mismo.

Esta circunstancia atenta al artículo 24 de la CE, en particular a la tutela judicial efectiva. Si la Administración ejecuta el acto en los casos excepcionados en el artículo impugnado, mientras el orden jurisdiccional está decidiendo sobre su suspensión, la Administración estaría vulnerando frontalmente el artículo 117.3 de la CE, ya que la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde **exclusivamente** a los jueces y tribunales. El TC en sentencias 115/87, de 7 de Julio; 238/92, de 17 de Diciembre y 148/93, de 29 de Abril ya ha declarado que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”. Por ello, al menos, la eficacia de la tutela cautelar, es decir su efectividad supone que la administración no pueda ejecutar el acto impugnado, una vez solicitada su suspensión, hasta tanto no se haya pronunciado el Tribunal o juzgado ante el que se haya solicitado esa medida.

En este sentido se pronunció el auto del TS de 2/11/93, sala 3ª.

El inciso impugnado es un claro ejemplo de una normativa nacional que no confiere efecto suspensivo al recurso contra una orden de expulsión, incluso con solicitud de suspensión ante la autoridad judicial en los casos recogidos en el inciso impugnado.

DECIMO.- Art.18.2 en su inciso: “*excepto en casos de urgencia debidamente justificados en los que la resolución se ejecutará de manera inmediata,*”

Fundamento:

Para la impugnación de este inciso nos basamos en la declaración que realizó el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de Marzo del 2003, en su fundamento 12, cuando declaró legal en inciso “sin perjuicio de la inmediatividad de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma”, del antiguo artículo 112.6 del reglamento 864/2001. En aquel momento el Tribunal al que nos dirigimos consideró que la inmediatividad de la expulsión tenía la cobertura legal del artículo 63.4 de la LO 8/2000, por ello esta obligación de

ejecución inmediata era incompatible con la suspensión de la ejecución. Pero el inciso impugnado, tienen un carácter reglamentario, sin cobertura legal alguna, ya que la ley de extranjería no le es de aplicación por la propia decisión del artículo 1.2 y 3 de la LO 4/2000, donde su aplicación solo será en “aquellos aspectos que pudieran ser mas favorables”.

Por ello la inmediatez de la ejecución establecida en el inciso impugnado, que según el propio Tribunal Supremo impediría la suspensión “al resultar incompatible”, en vía administrativa, al no tener cobertura legal sería contrario, ahora sí, al artículo 94 de la Ley 30/92, y sin una norma con rango de ley que lo habilite.

Más aún, al no haberse previsto una autoridad al estilo de la prevista en el artículo 9 de la Directiva 64/2001 CEE, que permita la revisión y ante quien pueda dirigirse el comunitario sancionado, la inmediatez de la ejecución es ilegal.

UNDECIMO.- Disposición final Tercera apartado Uno, por la que se introduce la Disposición Adicional XIX en el Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social. Esta disposición se refiere al régimen aplicable a “otros familiares” distintos a los ya incluidos en el artículo 2 del Reglamento. En su inciso: “... hasta segundo grado....”.

Fundamento:

El inciso impugnado contraviene el artículo 3.2.a) de la Directiva 2004/38/CE (concretamente la que transpone el RD objeto de estudio), al ser más restrictivo el Reglamento (“hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad”) que lo previsto por la Directiva en el apartado citado (“Cualquier otro miembro de la familia”). Se solicitaría que se declarase nulo el inciso citado por ser más restrictivo que lo establecido en la Directiva transpuesta, debiendo recogerse en el Reglamento de forma literal lo establecido por la directiva (concepto claramente más amplio).

Al respecto, el Dictamen del Consejo de Estado apartado VII “Observaciones Generales”. Punto 5 “El régimen de los miembros de la familia no incluidos en el artículo 2...” (página 29), se pronuncia en los mismos términos, proponiendo en su informe que se modificara el proyecto de Real Decreto.

DUODECIMO.- Disposición final Tercera apartado Uno, por la que se introduce la Disposición Adicional XIX en el Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social, en su inciso: “otro.”.

Fundamento:

Con este inciso se hace de peor derecho a esos “otros familiares” de nacional español respecto a los mismos familiares del resto de ciudadanos comunitarios o del Espacio Económico Europeo (“Discriminación inversa”). Ya que a los primeros les sería de aplicación el régimen general previsto para los nacionales extracomunitarios en la normativa de extranjería y a los segundos se les facilitará la obtención del visado o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, se estudiarán además detenidamente las circunstancias personales de sus solicitudes y se justificará toda denegación de las mismas. Damos aquí por reproducidos los argumentos de vulneración del principio de igualdad al que nos referíamos en la impugnación de la DA XX del RD 2393/2004.

Se solicita se declara nulo el inciso “.... **Otro...**” con la intención de que quedasen incluidos sin ningún género de dudas los “otros familiares” de nacional español, al quedar “...ciudadano de Estado miembro...”

De incluirse a los “otros familiares” de nacional español quedaría incluidos entre otros supuestos el de los ascendientes de nacional español cuando es este último el que se encuentra a cargo (menores) y no a la inversa (por ejemplo el supuesto de los nacidos en España de padres extranjeros a los que no se les reconoce la nacionalidad de ninguno de sus progenitores). En ese sentido se ha pronunciado el Defensor del Pueblo en la recomendación adjunta como nº 2.

DECIMO TERCERO.- Disposición Final Tercera, apartado dos del RD, por la que se introduce la Disposición Adicional XX en el Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social. *Entera*

Fundamento:

El legislador español al trasponer las Directivas Comunitaria a nuestra legislación nacional, RD 1099/1986, RD 766/92 y RD 178/2003 incluyó específicamente dentro del ámbito de aplicación del mismo a los familiares extranjeros de los españoles. Aunque en ninguna de las Exposiciones de Motivos de la normas citadas hace referencia alguna a las motivaciones del legislador para proceder a la equiparación de estos dos colectivos, la STS de 10 de junio de 2004 dice que: “...la extensión a dichas personas obedece sin duda a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución en relación con el artículo 19 de la misma, que ha de darse tanto a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los españoles como pone de manifiesto en su dictamen el Consejo de

Estado... la solución aplicable a los familiares de los nacionales de otros Estados a los que se extiende el ámbito de aplicación del precepto impugnado ha de ser la misma que la aplicable a los familiares, nacionales de terceros Estados, de los ciudadanos españoles, como prevé el Real Decreto.”.

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto 240/2007 hoy recurrido, el derecho otorgado al familiar del ciudadano español, dependía de la acreditación del vínculo familiar con el ciudadano español (con los requisitos suplementarios de dependencia económica en el supuesto de ascendientes y de mayores de 21 años), pero no dependía de que el ciudadano español hubiese ejercido libertad comunitaria alguna. Por lo tanto, la primera gran restricción que para el ejercicio de los derechos de los familiares de los ciudadanos españoles significa el Real Decreto 240/2007, en relación con la anterior regulación, es que se introduce un nuevo requisito, además del ya citado de la acreditación del vínculo familiar, el familiar del ciudadano español ha de acompañar o ha de reunirse con el ciudadano español para poder ser beneficiario de lo previsto en el Real Decreto 240/2007.

Hasta la derogación del Real Decreto 178/03, estaba claro que el legislador español había querido establecer en una norma reglamentaria unos derechos respecto al familiar extranjero de un español, a los que no estaba obligado por el Derecho comunitario sino que, y conforme señaló el Tribunal Supremo en la sentencia citada, pretendía salvar las situaciones de discriminación inversa que se producen en otros Derechos nacionales de países de la Unión Europea que discriminan a los familiares extranjeros de sus nacionales que no ejercen las libertades comunitarias respecto a los ciudadanos de la UE que si las ejercen con sus familiares miembros de terceros Estados. Pero es que, no solo equiparaba a los familiares de los ciudadanos españoles con los de los ciudadanos comunitarios en España, sino que además los privilegiaba, ya que no hacía referencia alguna al lugar de residencia del español, para que sus familiares pudieran ser beneficiarios del régimen privilegiado de los familiares de los ciudadanos comunitarios, en relación al resto de los extranjeros. Esa situación de privilegio, ha sido declarada conforme al Derecho comunitario, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 7 de julio de 1992, caso Singh, STJCE de 11 de abril de 2000, caso Kaba).

La Sentencia Uecker y Jacquet del TJCE de 5 de junio de 1997 analiza el supuesto de una nacional de un tercer Estado que reside en Alemania junto a su esposo alemán, la esposa pretende que se le aplique la normativa comunitaria para evitar las limitaciones que existían en Alemania para contratar a extranjeros, invocando su condición de cónyuge de ciudadano comunitario, sin que su esposo alemán hubiese ejercido su derecho a la libre circulación dentro del territorio de la UE, señala: “la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario”. Y termina señalando que: “Las posibles discriminaciones de que pueden ser objeto los nacionales de un Estado miembro en lo que respecta al Derecho de ese Estado está comprendidas en el ámbito de aplicación de éste, por lo que deben ser resueltas en el marco del sistema jurídico interno de dicho Estado.”

Y todo ello, a pesar de que esa supuesta claridad del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, parece diluirse en resoluciones posteriores. Por ejemplo, la sentencia del TJCE de 25 de julio de 2002, caso MRAX y la STJCE de 2 de octubre de 2003, caso García Avello.

Es claro por tanto, que la discriminación que puede producirse entre la situación de los familiares nacionales de terceros Estados de ciudadanos comunitarios residentes en España, en relación a la de esos mismos familiares de nacionales españoles, ha de ser resuelta dentro del marco del sistema jurídico español. Sin embargo, no es hasta la entrada en vigor del Real Decreto hoy recurrido, cuando esas situaciones que la doctrina denomina de “discriminación inversa” se ponen de manifiesto en nuestro ordenamiento. Ya que, como queda dicho, nuestro legislador, no solo equiparaba la situación, sino que la privilegiaba, al no hacer referencia al lugar donde debía de residir el español. La situación actual, de discriminación, tras la entrada en vigor del Real Decreto 240/2007, hace necesario cuestionar si la nueva regulación se limita simplemente a regular formalidades administrativas para el ejercicio de un derecho, o, si por el contrario, limita el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano español, del que son titulares los familiares del español de manera derivada. La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005 de 4 de abril de 2005 analiza el alcance del artículo 19 de la Constitución, señalando que el artículo 19 de la Constitución reconoce a «los españoles» cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional. Es claro, por tanto, que en virtud de lo previsto en el art 53.1 de la CE. La regulación del ejercicio de esos cuatro derechos es materia de reserva de ley.

Podría oponerse que el Real Decreto 240/2007 en nada afecta a ninguno de los cuatro derechos protegidos por el artículo 19 de la Constitución española, sin embargo, al menos dos de ellos, la libre elección de su residencia y su entrada en España, se van a ver limitados, siquiera sea de forma indirecta, si su cónyuge, ascendientes o descendientes son nacionales de terceros Estados.

Asimismo, la citada sentencia aclara: “A pesar de que el tenor literal del mencionado precepto constitucional alude de forma expresa únicamente a los ciudadanos españoles como titulares de dichos derechos fundamentales, la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado que de dicha regulación no puede extraerse la conclusión de que los extranjeros no puedan ser titulares de derechos fundamentales garantizados en la mencionada norma constitucional: «la dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 CE» [SSTC 94/1993, de 22 de marzo (RTC 1993, 94) , F. 2; 116/1993, de 29 de marzo (RTC 1993, 116) , F. 2; 242/1994, de 20 de julio (RTC 1994, 242) , F. 4, y 169/2001, de 16 de julio (RTC 2001, 169) , F. 4 a)], cuyo apartado 1 dispone que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”.

Por tanto, en relación a los familiares extranjeros de los ciudadanos españoles, el derecho fundamental que podría estar en juego, es el derecho a entrar en España del que, de manera derivada, son titulares en razón al vínculo familiar que les une con el ciudadano español. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional señala: “Debe advertirse, sin embargo, que la argumentación y la conclusión a la que se llegue, que se desenvuelven en un terreno muy general, ni afectan ni se proyectan sobre supuestos concretos en los que concurren circunstancias específicas que cualifican la situación, como son: el régimen jurídico del derecho de asilo (objeto de la específica regulación contenida en el art. 13.4 CE); el derecho a entrar en España de los ciudadanos de la Unión Europea, regulado por tratados internacionales y por otras normas que lo separan sustancialmente del régimen aplicable a los demás extranjeros; la situación de los extranjeros que ya estén residiendo legalmente en España y pretendan entrar en el territorio nacional después de haber salido temporalmente, situación ésta que no es la que plantea la demanda de amparo; y los supuestos de reagrupación familiar, también ajenos al caso objeto de este proceso constitucional”. Es cierto que la sentencia no se refiere en concreto a los familiares extranjeros del ciudadano español, sin embargo, la interpretación más acorde con el artículo 14 de la Constitución, es, sin duda, la necesaria equiparación de los derechos de los familiares de los españoles con los de los ciudadanos comunitarios y con los supuestos de reagrupación familiar.

Sin embargo, insistimos, no se trata solo de equiparar sino de privilegiar a los mismos, ya que si no se hace, como ocurre con el Real Decreto hoy recurrido, se obliga al español a residir de manera permanente en España para que sus familiares pueden ejercer sus derechos a entrar y residir en territorio español, vulnerando así el artículo 14 de la Constitución al considerar una circunstancia personal del español, como es su lugar de residencia, para discriminarle. Son tres los ejemplos en los que, a juicio de esta parte, más claramente se puede apreciar las consecuencias que la nueva regulación sobre los familiares de los españoles ocasiona:

1º.- Cónyuges nacionales de terceros estados de ciudadano español e hijos menores de edad, tanto del español como de su cónyuge: El derecho a residir en España del cónyuge del ciudadano español, tendrá distinta naturaleza en función del ejercicio o no por parte del ciudadano español de las libertades comunitarias (libre circulación y residencia). Sin embargo, la situación discriminatoria que se plantea es la del cónyuge del español que no ha ejercido libertad comunitaria alguna, y más en concreto, la del cónyuge del ciudadano español, que reside habitual o transitoriamente en un país tercero, no miembro de la UE, y que se encuentra casado con un nacional de ese país tercero. En este supuesto la cuestión a dilucidar es ¿puede residir ese cónyuge en España con independencia de donde resida el español?. Los motivos pueden ser muy variados, por motivos laborales más o menos prolongados el español ha de residir en el extranjero y sin embargo su cónyuge desea residir en España, o bien el cónyuge desea establecer su domicilio en España junto a sus hijos menores, o el cónyuge desea realizar estudios en España, mientras el español reside en el extranjero. Cualquiera de estos supuestos carece de conexión

alguna con el Derecho comunitario, pero tampoco encuentra amparo en ninguna norma interna, ya que el Real Decreto hoy recurrido, ha optado por exigir que el ciudadano español haya de residir o trasladarse a territorio español, desde otro Estado miembro de la Unión Europea. Hasta la entrada en vigor del Real Decreto hoy recurrido, los cónyuges de los españoles solamente tenían que acreditar la vigencia de su vínculo matrimonial para poder ejercer su derecho a residir en España, careciendo de apoyo legal alguno la solicitud de cualquier otro requisito.

2º.- Descendientes, mayores de 21 años, que acrediten vivir a expensas del ciudadano español y descendientes de 18 a 21 años: En ambos supuestos, la vigencia del vínculo se acredita, obviamente, tan solo con la correspondiente certificación de nacimiento. Sin embargo, nuevamente la norma impide que en los supuestos en los que el ciudadano español resida fuera de España, sus hijos o los de su cónyuge, puedan trasladarse a España y seguir aquí sus estudios o ejercer actividad laboral, dentro del marco privilegiado que el Real Decreto 240/2007 otorga.

3º.- Los ASCENDIENTES DE ESPAÑOL (a excepción de aquellos que a la entrada en vigor de este Real Decreto fueran ya titulares de una tarjeta de familiar de comunitario en vigor o susceptible de ser renovada) quedan fuera del régimen aplicable a los familiares de comunitario, siendo remitidos al régimen previsto en el Reglamento de Extranjería para la obtención de una autorización de residencia por Reagrupación Familiar. De manera que no sólo se les hace de peor derecho que al resto de ascendientes de otros ciudadanos comunitarios sino incluso que a los “otros familiares” de comunitario no incluidos en el artículo 2 del reglamento, a los que se refiere la Disposición Adicional XIX en la que se establece que se les concedería.

En resumen, el Real Decreto 240/2007 establece, ex novo, y sin norma de rango legal que lo respalde, dos categorías de ciudadanos españoles, exigiendo que el español tenga que residir en España para que sus familiares puedan vivir en nuestro país. Siendo aún más flagrante, como queda dicho, en el caso de los ascendientes, a los que directamente se les impide residir en nuestro país, a menos que se acrediten razones que lo justifiquen, que habrán de ser valoradas por la Administración.

El Estado español no hizo reserva alguna al adherirse a la Unión Europea respecto a quienes debían ser considerados nacionales españoles a efectos del Derecho comunitario; como si hicieron otros países, como por ejemplo, Reino Unido (Véase la STJCE de 20 de febrero de 2001 en la que se establece que el Reino Unido reserva el derecho de residencia (“right of abode”) en el territorio del Reino Unido a los ciudadanos que posean los vínculos más estrechos con dicho Estado. Con motivo de su adhesión a las Comunidades Europeas, mediante la Declaración de 1972, el Reino Unido indicó a las demás partes contratantes cuáles eran las categorías de ciudadanos que debían ser considerados nacionales en el sentido del Derecho comunitario, designando esencialmente a los que gozaran del derecho de residencia en el territorio del Reino Unido conforme a la Inmigration Act 1971 y a los ciudadanos que tuvieran un determinado vínculo con Gibraltar).

El lugar de residencia de un ciudadano español, no deja de ser una “circunstancia personal” conforme al artículo 14 CE y no se puede discriminar a un español en función de su lugar de residencia; máxime cuando la libertad de residencia es otro de los derechos consagrados constitucionalmente, proclamando el artículo 19 que el español “tiene derecho a elegir libremente su residencia”.

Por ello y ante la ausencia de norma con rango de ley que así lo acuerde, la DA XX ha de ser anulada por las razones antes expuestas en su integridad.

O SUBSIDIARIAMENTE para el caso que no se aceptase la anterior impugnación, los siguientes incisos

A) En sus apartados (1 a), 1 c) y 1 d)) Inciso: “separación legal”

Si bien es cierto que la Directiva comunitaria no entra a regular el régimen que deba aplicarse a un español y a sus familiares y por lo tanto no podemos alegar en este caso vulneración del derecho comunitario, si podemos alegar vulneración del derecho interno.

Esta disposición adicional XX, remite al Régimen del RD 240/2007 al cónyuge de español siempre que no haya recaído declaración de separación legal.

Lo mismo ocurre para los ascendientes y descendientes del cónyuge de español nacional de un tercer país. Por las mismas razones que ya hemos venimos exponiendo, consideramos contraria a Derecho, la introducción de la figura de la separación legal como factor de exclusión de la aplicación de este RD, puesto que como venimos reiterando, el vínculo sigue vigente, y pueden producirse situaciones prácticas contrarias a la equidad y absurdas.

Ciñéndonos a nuestro Derecho interno, es claro el mantenimiento del vínculo matrimonial en el caso de separación legal por aplicación de las normas de nuestro código Civil.

Así, en el Derecho Civil español, las únicas formas de disolución de un matrimonio son, la muerte, la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o el divorcio.” Por lo tanto, la separación legal no extingue el vínculo matrimonial.

En caso de separación legal, el matrimonio sigue produciendo efectos tales como la obligación de alimentos entre parientes o la imposibilidad de los cónyuges de contraer nuevas nupcias. Los artículos más significativos donde se contienen estas previsiones:

Art. 85 del CC donde se establecen las formas de disolución del matrimonio:

“el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.”

En los artículos 83 y 84, se establecen los efectos de la separación legal y la posibilidad en cualquier momento de la reconciliación.

Artículo 83. “La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.”

Artículo 84 CC: *“La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.”*

Según el artículo 143 del CC se mantiene el derecho a darse alimentos, que se extinguirá con el divorcio:

Artículo 143 del CC: “Están obligados recíprocamente a darse alimentos...los cónyuges”.

Por lo tanto, en el supuesto concreto de los matrimonios mixtos entre español y extranjero, rige, como no podría ser de otra manera, la presunción de validez, y solo en el caso de que existan indicios se podrá entrar a valorar la presencia de un posible fraude, que deberá llevar a su anulación judicial, nunca a la presunción de nulidad. Una vez constatada la inexistencia de fraude no existe norma legal alguna que permita a la Administración española indagar acerca del lugar de residencia de los contrayentes o de si conviven diariamente o no bajo el mismo techo.

B) Apartado 1.d) in fine concretamente el siguiente inciso: “... siempre que en la fecha de entrada en vigor 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, fueran titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.”

Así como el apartado segundo en su totalidad “ La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección 2.ª del capítulo I del título IV del presente reglamento.”

Esta Disposición se refiere al régimen aplicable a los familiares de español, la regla general es la aplicación de lo previsto en el RD 240/2007, de 16 de Febrero (ídem al resto de familiares de otros nacionales comunitarios) salvo en

el supuesto de los ascendientes de nacional español a los que les sería de aplicación lo previsto para la reagrupación de los ascendientes de nacionales extracomunitarios en la normativa de extranjería (RD 2393/2004, de 30 de Diciembre).

Esta Disposición se refiere al régimen aplicable a los familiares de español, la regla general es la aplicación de lo previsto en el RD 240/2007, de 16 de Febrero (idem al resto de familiares de otros nacionales comunitarios) salvo en el supuesto de los ascendientes de nacional español a los que les sería de aplicación lo previsto para la reagrupación de los ascendientes de nacionales extracomunitarios en la normativa de extranjería (RD 2393/2004, de 30 de Diciembre).

Fundamento:

Los ASCENDIENTES DE ESPAÑOL (a excepción de aquellos que a la entrada en vigor de este Real Decreto fueran ya titulares de una tarjeta de familiar de comunitario en vigor o susceptible de ser renovada) quedan fuera del régimen aplicable a los familiares de comunitario, siendo remitidos al régimen previsto en el Reglamento de Extranjería para la obtención de una autorización de residencia por Reagrupación Familiar. De manera que no sólo se les hace de peor derecho que al resto de ascendientes de otros ciudadanos comunitarios sino incluso que a los “otros familiares” de comunitario no incluidos en el artículo 2 del reglamento, a los que se refiere la Disposición Adicional XIX en la que se establece que se les concedería en su caso una autorización por circunstancias excepcionales. Son claras las diferencias ya que se trata de un procedimiento mucho más complejo y gravoso, destacando por ejemplo que será necesaria la obtención de visado y que sería causa de inadmisión o denegación de la solicitud que el ascendiente se encontrase de forma irregular en España, lo que no ocurre en el supuesto de las autorizaciones por circunstancias excepcionales, según establece los artículos 45 y ss del RD 2393/2004. Además se hace depender la concesión de la autorización de un concepto jurídico indeterminado como es el de **“razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”**. La inclusión de los ascendientes del nacional español se hace especialmente significativa para el supuesto de los ascendientes de los “españoles nacionalizados”.

Esta exclusión supone un atentado al principio de igualdad injustificado y como ya ponía de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado que obra en el expediente, se recuerda una serie de observaciones que resulta necesario resaltar por su alcance general, referidas a otros dictámenes suyos que también valoraron la regulación dada al régimen de entrada y permanencia en España de los ciudadanos:

“Las medidas contempladas por el Derecho nacional para la efectividad de las disposiciones del Tratado no pueden dar lugar a un trato menos beneficioso para los nacionales de la Unión que para los extranjeros no nacionales dentro del mismo Estado en cuestión, sin que el régimen de libertad consecuencia de la integración de la UE pueda generar, como consecuencia de la adopción de

las medidas para el logro de tales libertades, un trato discriminatorio para los españoles respecto de los ciudadanos comunitarios.

El mismo Dictamen en el apartado VII “Observaciones Generales”. Punto 6 “El régimen de los familiares extracomunitarios de españoles” dice expresamente:

“Esta diferencia de régimen jurídico, de mayor rigor para los ciudadanos españoles, implica una situación menos favorable para estos respecto de los comunitarios y nacionales de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el EEE que carece de justificación.

Por ello se propone que el contenido del actual apartado cuarto de la nueva disposición adicional vigésima, se acomode a lo que, para los ascendientes directos a cargo de ciudadanos comunitarios, establece el artículo 2 del Proyecto.”

La jurisprudencia Constitucional sobre principio de igualdad de trato, art. 14 de la CE, nos dice que:

- *No toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.*
- *No es discriminación, no se vulnera el principio de igualdad, aun cuando se establezca para ellos un trato más favorable, cuando se trata de un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.*
- *No se prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso que pueda incluso venir exigido en un Estado social y democrático de Derecho para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento (justicia, igualdad..).*
- *Establece el principio de igualdad del art. 14 Constitución como la prohibición de toda diferenciación de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable. El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas.*

En el presente caso las situaciones subjetivas son **homogéneas o equiparables**, es decir, que el término de comparación no resulta arbitrario o caprichoso.

Se trata de supuestos homogéneos a la reagrupación familiar de ciudadanos de terceros estados de comunitarios residentes en España. Mismo nivel de parentesco. El interés jurídico protegido es el mismo: el derecho a vivir en familia. Hay una situación fáctica equiparable e idéntica. No se trataría de un derecho absoluto e incondicionado, pero entendemos que debería aplicarse el mismo régimen, con la exigencia de los mismos requisitos que al resto de ciudadanos comunitarios.

Y una vez verificado que no se cumple el primer presupuesto, hemos de analizar su acomodo constitucional, es decir, si la diferencia de trato se funda en una causa objetiva que pueda estimarse válida.

El gobierno no ha dado ninguna justificación objetiva para esa diferencia, pues aunque como señala en el exposición de motivos del RD, los familiares de ciudadanos de españoles que no han ejercido el derecho a la libertad de circulación, no estarían contemplados en la Directiva, y no tendrían porque incluirse dentro del RD, eso no quiere decir que pueda hacerseles de peor derecho. El Informe del Consejo de Estado nº 2679/2002, mantiene que el régimen de libertad consecuencia de la integración en la UE no puede generar, como consecuencia de la adopción de las medidas para el logro de tales libertades, un trato discriminatorio para los españoles respecto a los ciudadanos comunitarios. Así el propio Gobierno, ha establecido para el cónyuge, pareja de hecho registrada e hijos del nacional español, el mismo régimen para la reagrupación familiar que aplica a los comunitarios que residen en España, excluyendo únicamente de este régimen al ascendiente de nacional español, reconociendo así que se trata de iguales supuestos de hecho a los que debe dar las mismas consecuencias jurídicas.

No se ha explicado la finalidad perseguida. Si podemos afirmar es que se producen resultados excesivamente gravosos o desmedidos, tales como los siguientes que han sido puestos de manifiesto por el Defensor del Pueblo en su informe adjunto como Doc. nº 3:

a) Al ascendiente del español se le podrá conceder una autorización administrativa, mientras que al ascendiente del comunitario se le documenta con una tarjeta el ejercicio de un derecho (derecho comunitario derivado).

b) La estancia en España del ascendiente del español va a estar limitada a la vigencia de la autorización concedida: la primera de ellas por un año, que vendrá obligado a renovar acreditando que se siguen cumpliendo las condiciones que dieron lugar a su concesión. El ascendiente de comunitario se le documentará su derecho a residir en España por un plazo de cinco años o por el tiempo que vaya a residir en España el ciudadano comunitario, si es inferior.

c) El cómputo de plazos para la adquisición de la residencia permanente es más restrictivo para el ascendiente del español, al ser de aplicación el régimen general de extranjería. El ascendiente del español no podrá permanecer más de seis meses en un año fuera de territorio español (art. 75.2.f) del Real Decreto 2393/2004). Mientras que en los supuestos que contempla el artículo 14.3 del Real Decreto 240/2007 para las ausencias del ascendiente del comunitario de territorio español se prevé una ampliación de plazo en varios supuestos.

d) Existe un requisito adicional al que se exige a los ascendientes de comunitarios: acreditar las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España mientras que el ascendiente del ciudadano comunitario tan solo se le exige la acreditación de estar a cargo.

En el mismo sentido Dictamen del Consejo de Estado al RD: “...El examen de los preceptos que regulan este supuesto de reagrupación, pensado para los extranjeros que residen legalmente en España, revela la exigencia de una serie de requisitos...que exceden, con mucho, del régimen que resulta, para los ascendientes a cargo de ciudadanos comunitarios, del mismo Proyecto. Esta diferencia de régimen jurídico, de mayor rigor para los ciudadanos españoles, implica una situación menos favorable para estos respecto de los comunitarios y nacionales de otros Estados parte del Acuerdo sobre el EEE que carece de justificación. Por ello se propone que el contenido actual de apartado cuarto de la nueva disposición adicional vigésima se acomode a lo que, para los ascendientes directos a cargo de ciudadanos comunitarios, establece el art. 2 del Proyecto.”

Igualmente se pronunció la **STS de junio de 2004** cuando resolvió sobre la ilegalidad del anterior decreto de comunitario, el RD 178/2003:

*“Ante todo ha de ponerse de relieve que, como la recurrente destaca en su demanda, el precepto impugnado se refiere no solamente a familiares de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el EEE en los términos que precisan sino también a los familiares de los españoles, cuya **extensión a dichas personas obedece sin duda a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución en relación con el 19 de la misma, que ha de darse tanto a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el EEE así como a los españoles, como pone de manifiesto en su dictamen el Consejo de Estado. De ello se deduce que la solución aplicable a los familiares de los nacionales de otros Estados a los que se extiende el ámbito de aplicación del precepto impugnado ha de ser la misma que la aplicable a los familiares, nacionales de terceros Estados, de los ciudadanos españoles, como prevé el Real Decreto.**”*

Para finalizar, y acudiendo nuevamente al necesario análisis del asunto desde la perspectiva comunitaria, no podemos olvidar que la libertad de circulación y residencia dentro del territorio de la Unión Europea incluye dos derechos diferenciados: el derecho a circular dentro del territorio de la Unión y el derecho a elegir el lugar de residencia. Desde ese punto de vista, no deja de resultar llamativo que el ciudadano español que decida establecer su residencia en territorio español, o, dicho de otro modo, el ciudadano español que no desee trasladar su residencia a otro territorio de la Unión, vea limitado su derecho a vivir en familia con sus ascendientes extranjeros, al tener que demostrar que existen razones que justifiquen la necesidad de la residencia en España, mientras que, si traslada su residencia a otro país de la Unión, tan solo habrá de acreditar la dependencia económica. Por lo tanto, y a pesar de que se pudiese argumentar que el ciudadano español que desee reagrupar con él a su ascendiente extranjero, no puede invocar la normativa comunitaria al no haber ejercido el derecho a la libre circulación, si puede, invocar la vulneración del derecho a elegir libremente su lugar de residencia, ya que una norma dictada

por un Estado miembro, del que en este caso es además nacional, resulta en la práctica discriminatoria. Desde nuestro punto de vista, la anterior consecuencia, fruto de la nueva regulación querida por el titular de la potestad reglamentaria, sitúa al ciudadano español en una posición claramente inferior a la de otros ciudadanos que decidan trasladar su residencia.

Todo ello se aparta también de la propia doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha declarado plenamente justificado, desde una perspectiva de Derecho comunitario, que un Estado miembro tenga en cuenta la diferencia objetiva que existe entre sus propios nacionales y los de los demás Estados miembros, a la hora de fijar condiciones menos restrictivas para la concesión de una autorización de residencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de abril de 2000, caso Arben Kaba).”

Por lo expuesto,

SOLICITO A LA SALA tenga por presentado este escrito y por interpuesta **DEMANDA CONTRA EL RD 240/2007, de 16 de febrero**, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, publicado en el BOE del 28 de febrero del 2007, para que tras los trámites legales proceda a declarar ilegal y anular el mismo en los incisos y preceptos ya indicados en el cuerpo de este escrito y en cada uno de sus fundamentos jurídicos y en virtud a las argumentaciones antes indicadas, con expresa condena a la administración si se opusiere.

OTROSÍ DIGO, que al amparo del art. 129 de la LRJCA intereso de la Sala la suspensión de la aplicación de los siguientes apartados:

- **Artículo 3.2 en su inciso:** *“exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente real decreto. “*

- **DA XX Apartado 1.d) in fine concretamente el siguiente inciso:** *“... siempre que en la fecha de entrada en vigor 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, fueran titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.”*

- **DA XX Apartado 2º** *“La reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge, se regirá por lo previsto en la sección 2.ª del capítulo I del título IV del presente reglamento.”*

PRIMERA.- Respecto a la suspensión del art.3.2 en el inciso señalado, que impide a los ascendientes y descendientes mayores de 21 años que vivan a cargo, se ha adjuntado como doc. nº 1 el reconocimiento de la Comisión Europea de que dicho precepto incumple la directiva 2004/38. Por lo que todo el tiempo que esté en vigor estaría vulnerando el derecho comunitario y estaría privando de al posibilidad de trabajar a estas personas, mientras que la suspensión de su vigencia no crea ningún perjuicio al Estado.

SEGUNDA.- Respecto a la suspensión de los apartados señalados de la DA XX del RD 2393/2004, introducido por la DF 3ª del RD 240/2007 son necesarias toda vez que los ascendientes de los españoles, es decir sus padres, quedan fuera del régimen comunitarios y los perjuicios que se le irrogan son los siguientes:

a) Al ascendiente del español se le podrá conceder una autorización administrativa, mientras que al ascendiente del comunitario se le documenta con una tarjeta el ejercicio de un derecho (derecho comunitario derivado).

b) La estancia en España del ascendiente del español va a estar limitada a la vigencia de la autorización concedida: la primera de ellas por un año, que vendrá obligado a renovar acreditando que se siguen cumpliendo las condiciones que dieron lugar a su concesión. El ascendiente de comunitario se le documentará su derecho a residir en España por un plazo de cinco años o por el tiempo que vaya a residir en España el ciudadano comunitario, si es inferior.

c) El cómputo de plazos para la adquisición de la residencia permanente es más restrictivo para el ascendiente del español, al ser de aplicación el régimen general de extranjería. El ascendiente del español no podrá permanecer más de seis meses en un año fuera de territorio español (art. 75.2.f) del Real Decreto 2393/2004). Mientras que en los supuestos que contempla el artículo 14.3 del Real Decreto 240/2007 para las ausencias del ascendiente del comunitario de territorio español se prevé una ampliación de plazo en varios supuestos.

d) Existe un requisito adicional al que se exige a los ascendientes de comunitarios: acreditar las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España mientras que el ascendiente del ciudadano comunitario tan solo se le exige la acreditación de estar a cargo.

Esos perjuicios fueron destacados por el Defensor del Pueblo en el informe adjuntado como nº 3.

TERCERA.- En los tres casos concurren los requisitos expuestos en la **Sentencia del Tribunal Constitucional 148/93, de 29 de abril**, para la

admisión de las medidas cautelares: 1) *la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo ("periculum in mora")* y 2) *la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa ("fumus bonis iuris")* y, de! otro lado, 3) *valorar el perjuicio que para el interés general (...) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada.*

Por lo expuesto,

SOLICITO A LA SALA tenga por solicitada la incoación de pieza separada de medidas cautelares, para que tras los trámites legales oportunos proceda a suspender la vigencia de los incisos inmediatamente antes reseñados, de entre los impugnados del Real Decreto.

Por ser de Justicia que pido en Madrid a 1 de Julio de 2008.

Fdo. José Luis Rodríguez Candela
Abogado
Coordinador equipo juridico

Fdo. Agustín Sanz Arroyo
Procurador