



ITINERA DIGITAL

Gaceta sobre Derechos Humanos y Migraciones

NOVIEMBRE 2010

Edita Fundación Paulino Torras Domènech

I. PRESENTACIÓN

Durante el mes de noviembre hemos asistido a la modificación del régimen de extranjería aplicable a los ciudadanos europeos y a sus familias. Así ha sido como consecuencia de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010. Esta Sentencia fue publicada en el *BOE* el 3 de noviembre de 2010, fecha a partir de la cual su contenido pasó a tener efectos generales (art. 72.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

El presente número de *Itinera digital* se hace eco de esta modificación e incluye, además del texto de la STS, la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010 aprobada por la Dirección General de Inmigración el 4 de noviembre de 2010, por ser ésta muy clarificadora del régimen jurídico aplicable sobre la materia. Previamente, se incluye una breve presentación de la noción de ciudadanía europea y del iter legislativo de la transposición por España de las normas europeas que la regulan.

I. LA TRANSPOSICIÓN POR ESPAÑA DE LAS NORMAS COMUNITARIAS QUE REGULAN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS

El derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios es uno de los derechos que comprende la ciudadanía de la Unión Europea. Ésta fue instituida por el Tratado de la Unión Europea (TUE), que se firmó en Maastricht en 1992. El Tratado de Lisboa (2007) ha reafirmado los derechos resultantes de la ciudadanía de la UE, los cuales habían sido recogidos a su vez por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Es ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión - que no sustituye, sino que se añade a las ciudadanía nacionales - supone el otorgamiento de los siguientes derechos: 1) circular y residir en todo el territorio de la Unión; 2) ser elector y elegible en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en el Estado de residencia; 3) protección diplomática y consular fuera de la Unión de las autoridades de cualquier Estado miembro si el Estado miembro del que se es nacional no está representado; 4) presentar una petición al Parlamento Europeo y recurrir al Defensor del Pueblo Europeo; 5) ponerse en contacto con las instituciones europeas en una de las lenguas oficiales y recibir una respuesta en esa misma lengua; 6) recibir un trato no discriminatorio por razón de nacionalidad, sexo, raza, religión, discapacidad, edad u orientación sexual; 7) solicitar a la Comisión que presente una propuesta legislativa (iniciativa ciudadana); 8) acceder a los documentos de las instituciones, organis-

mos, oficinas y agencias europeas, a reserva de la fijación de determinadas condiciones (artículo 15 del TFUE).

La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, "reúne en un único texto el complejo corpus legislativo vigente en materia de derecho de entrada y residencia de los ciudadanos de la Unión" (preámbulo). Este complejo corpus legislativo estaba formado por dos Reglamentos CEE (núm. 1251/70, derogado, y 1612/68, modificado) y nueve Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

La Directiva 2004/38/CE regula los siguientes derechos: 1) derechos de entrada y salida del territorio de un Estado miembro; 2) derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias (así como los trámites administrativos que deben realizar ante las Autoridades de los Estados miembros); 3) derecho de residencia permanente.

La Directiva prevé también la posibilidad de una limitación en el ejercicio de los derechos de entrada y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

España procedió a la transposición de esta Directiva a través del *Real Decreto*

TRANSPOSICIÓN DE NORMAS COMUNITARIAS REGULADORAS DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE CIUDADANOS COMUNITARIOS	1-2
STS SEC. 5ª, DE 1 DE JUNIO DE 2010 REC. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚM. 114/2007	2-10
INST. DGI/SGRJ/03/2010	11-16

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, que fue publicado en el BOE núm. 51, de 28 de febrero. Dos años después se modificó el art. 4.2 del Real Decreto anterior "a los efectos de que la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión expedida por cualquier Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo exima a estos familiares de la obligación de la obtención de visado de entrada" (Exposición de motivos). Así se hizo a través del Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio (BOE núm. 177, de 23 de julio).

El 27 de abril de 2007 la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía - ANDALUCIA ACOGE - y la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDH-A) interpusieron contra el Real Decreto 240/2007 recurso contencioso-administrativo. Según estas entidades, el Reglamento realizaba "una transposición incorrecta y más restrictiva de la Directiva Euro-

pea (...) que creaba ciudadanos españoles de primera y segunda categoría, según hubieran nacido o no en territorio español" (www.acoge.org).

Por Sentencia de 1 de junio de 2010 la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Supremo estimó parcialmente dicho recurso, anulando determinados artículos, apartados y disposiciones del mismo. Por Auto de 14 de septiembre de 2010, la Sala procedió a una modificación de ciertos errores contenidos.

El pasado 3 de noviembre se publicó en el núm. 266 del BOE el fallo de esta Sentencia. Al día siguiente, la Dirección General de Inmigración del Ministerio de trabajo e Inmigración dictó una Instrucción (DGI/SGJR/03/2010) sobre Aplicación de la referida Sentencia del Tribunal Supremo con el "objeto de clarificar el régimen jurídico aplicable sobre la materia desde el 3 de noviembre de 2010).

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CONTENCIOSO DE 1 DE JUNIO DE 2010

PONENTE: RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE

IMPUGNACIÓN REAL DECRETO 240/2004, 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

(La Sentencia cuenta con un Voto particular formulado por la Magistrada M^a del Pilar Teso Gamella, que no se reproduce en este número)

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los Señores reseñados al margen, el Recurso Contencioso-administrativo que con el número 114/2007, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la Asociación Pro Derechos de Andalucía, contra el Real Decreto 240/2004, 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. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Abogado del Estado, en la representación que le es propia de la Administración General del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 27 de abril de 2.007, el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, presenta escrito en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la Asociación Pro Derechos de Andalucía, interponiendo recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 240/2004, 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.

SEGUNDO.- Esta Sala -tras un previo requerimiento documental- dicta Providencia con fecha 23 de noviembre de 2007 en la que se acuerda tener por personado y parte al Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE" y de la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA, admitiendo el recurso a trámite y acordando se requiera a la Administración demandada para que remita el expediente administrativo en los términos que establece el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción, y ordena practique los emplazamientos previstos en el artículo 49 de dicha Ley.

TERCERO.- Con fecha de 22 de mayo de 2.008, esta Sala dicta Providencia en la que se tiene por recibido el expediente administrativo y los emplazamientos procedentes del Ministerio del Interior, concediendo a la recurrente el plazo de veinte días para que formalice la demanda.

La representación procesal de la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE" y la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA presenta escrito con fecha de 1 de julio de 2.008, formalizando el escrito de demanda, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando a la Sala que tuviera por interpuesto la demanda contra el Real Decreto 240/2004, 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, 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 cada uno de los fundamentos jurídicos y en virtud de las argumentaciones indicadas, con expresa condena a la Administración si se opusiere.

Solicitando mediante Orosí la suspensión de la aplicación de varios artículos, exponiendo las alegaciones que considera oportunas y suplicando a la Sala se incoe pieza separada de incidente cautelar y se proceda a suspender la vigencia de dichos artículos.

QUINTO.- Por Providencia de 15 de septiembre de 2008 se concedió al Abogado del Estado el plazo de veinte días para que conteste a la demanda, lo que verificó con fecha 4 de diciembre de 2.008, en el que tras efectuar en los hechos una síntesis del contenido de la disposición recurrida y exponer los razonamientos jurídicos que tuvo por conveniente, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se desestimara el recurso contencioso-administrativo.

SEXTO.- Por Providencia de 27 de marzo de 2009 se tuvieron por convalidadas por esta Sección las actuaciones que habían sido tramitadas en la Sección Tercera de la misma Sala, siendo designada ponente la Excm. Sra. Magistrada D^a. Maria del Pilar Teso Gamella, quedando pendientes las actuaciones de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 27 de enero de 2.010, fecha en la que comenzaron las deliberaciones. En el curso de la mismas, y por discrepar la ponente del criterio mayoritario de la Sala, anunciando Voto Particular, por decisión del Excmo. Sr. Presidente de la Sala, la ponencia fue turnada al Excmo. Sr. Magistrado D. Rafael Fernandez Valverde, habiendo concluido las deliberaciones en fecha de 19 de mayo de 2010.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo se expone por las entidades recurrentes el sentido del recurso contencioso-administrativo formulado, consistente, en síntesis, en la contraposición que consideraban se había producido, en determinados artículos y apartados del Real Decreto impugnado, en contraposición con la Directiva 2004/38 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; Directiva por la que se modificaba el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogaban las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365 /CEE y 93/96/CEE.

Por ello, la triple argumentación esgrimida por las recurrentes en relación con los aspectos impugnados del Real Decreto 240/2007, tenía su base en: a) El Principio de Primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno, proclamada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), citando al efecto las SSTJCE de 9 de marzo de 1978 (Asunto Simmenthal) y de 4 de abril de 1974 (Asunto Comisión c. Francia), así como las SSTS de 17 de abril de 1989 y 13 de junio de 1991, y la STC de 14 de febrero de 1991 . b) La habilitación que la Constitución Española confiere a la Jurisdicción Contencioso-administrativa para anular

las disposiciones generales que incurrieren en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, en el que debe incluirse el Derecho Comunitario (STS de 10 de diciembre de 2002). Y, c) En la incompatibilidad entre un Reglamento interno y una Directiva comunitaria dotada de efecto vertical.

La sentencia trata, pues, de un control jurisdiccional de una norma interna española, analizada fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho Comunitario europeo, y sin que, a juicio de la Sala, concurren las circunstancias exigidas para el planteamiento de Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con la doctrina jurisprudencial comunitaria del "acto claro".

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

"El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: ...". (Incluyendo al cónyuge, pareja registrada, descendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada, y ascendientes directos propios y del cónyuge o pareja registrada).

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

Mas ello, con una salvedad, cual es la de los familiares del propio ciudadano español, los cuales quedan excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión "de otro Estado miembro" . Esto es, el Real Decreto se va a aplicar solo a estos familiares y no a los familiares del propio ciudadano español, pues, estos no son "de otro Estado miembro", sino de "este" Estado miembro. A estos, a los familiares del ciudadano español les sería, pues, de aplicación, no el régimen de este Real Decreto, sino el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre ; norma reglamentaria en la que -a través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado- se introducen las nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima

que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea "no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007", y, van a establecer la "Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

La impugnación ha de prosperar, ya que el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE contempla -como ámbito subjetivo de la misma- la situación de "cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia"; expresión con la que no se excluye a la familia del español -cualquier que sea su nacionalidad- residente con el mismo (posiblemente por la vía de la reagrupación familiar) en otro Estado de la Unión Europea, en el supuesto de regreso, desde ese otro Estado miembro, al Estado de su nacionalidad, esto es, a España.

Exclusión que sí se produce con la expresión impugnada del artículo 2, apartado primero, del Real Decreto citado, ya que, a estos familiares del ciudadano español -que, obviamente, no cuentan con la nacionalidad española- se les somete a un régimen de derechos diferente, cual es el previsto en la Disposición Transitoria Vigésima para el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

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

TERCERO.- Examinamos en el presente Fundamento Jurídico tres aspectos de la impugnación de las recurrentes directamente relacionados entre sí, y que se concretan en los efectos derivados de la situación de "separación legal":

1º.- Dentro del mismo artículo 2º del Real Decreto 240/2007 (Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) también se impugna la expresión "separación legal" que se contiene en los apartados a), c) y d) del citado artículo 2º . (Igualmente se impugna la expresión "cónyuge separado legalmente" que se contiene en el artículo 9.4 del Real Decreto impugnado, que luego examinaremos).

Esto es, al configurar el ámbito subjetivo familiar se incluyen -entre otros- en dicho ámbito, a su cónyuge, a los descendientes directos del mismo cónyuge, así como a los ascendientes directos del mismo cónyuge, mas con la condición, que se reitera en los tres apartados mencionados del artículo 2º, de que "no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal". Si bien

se observa, este artículo 2º extiende el régimen jurídico que nos ocupa a los familiares de los ciudadanos de los Estados miembros "cuando le acompañen o se reúnan con él", pero siempre y cuando, en relación con los citados cónyuges, "no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal". Esto es, desaparecido el vínculo conyugal, desaparece la consideración familiar del cónyuge. Pues bien, como quiera que la situación de "separación legal" no implica -como si acontece con la nulidad matrimonial o el divorcio- una desaparición definitiva del vínculo matrimonial, en tales supuestos no debe de desaparecer tampoco la extensión -al cónyuge separado legalmente- del régimen jurídico contenido en el Real Decreto impugnado.

2º. Esta impugnación se relaciona con la que los recurrentes realizan en su Fundamento Jurídico Séptimo de determinados apartados del 9 del Real Decreto impugnado; la relación es obvia, por cuanto se trata de la misma expresión.

En efecto, la misma expresión de "separación legal" se contiene en el artículo 9, dedicado al "Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia"; en concreto, se contiene (i) en el enunciado del precepto, (ii) en su apartado 1, (iii) en su apartado 4, y (iv) en su apartado 4.a).

Se trata del mantenimiento del estatuto (fundamentalmente del derecho de residencia), que en el Real Decreto se contiene y regula, por parte de aquellos familiares en aquellos supuestos -que en el precepto se relacionan- que, en síntesis, implican una desvinculación o una desagregación familiar; en tal sentido, se citan como tales en el precepto: "fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada". Esto es, junto con los otros supuestos la separación legal -al igual que ocurría desde otra perspectiva en el artículo 2º antes examinado- aquí es considerada como un supuesto de ruptura familiar.

Sin embargo, si examinamos el artículo 13 del la Directiva 2004/38/CEE, que nos está sirviendo de parámetro comparativo del Derecho Comunitario, podemos comprobar que las tres únicas referencias que se contienen son las relativas al "divorcio, anulación del matrimonio o fin de la unión registrada"; esto es, que ninguna referencia se contiene a la expresión de la norma interna española impugnada "separación legal".

Es cierto que en el Código Civil se señala, artículo 83 que "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", pero, el artículo 84 siguiente añade que "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". En consecuencia, la situación de "separación legal" no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial, siendo sus efectos muy diferentes, por ejemplo, a los del divorcio, disponiendo el artículo 88.2 que -a diferencia de la separación legal- "La reconciliación posterior al divor-

cio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio". En consecuencia, lo que no es igual en el propio ámbito interno español, y lo que ni siquiera contempla la Directiva comunitaria, no puede ser utilizado por el Reglamento que nos ocupa para la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes. Así, además, ha sido puesto de manifiesto tanto por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto Aussatou Diatta c. Land Berlín) como por el propio Tribunal Supremo (STS de 11 de diciembre de 2002).

En el párrafo 20 de la Sentencia europea se señala que "procede añadir que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente. Ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente". Por su parte la STS citada señaló que "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 aun 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. En un principio esta libertad estaba destinada fundamentalmente a las personas económicamente activas y a sus familias. En la actualidad, el derecho de libre circulación en la comunidad también afecta a otras categorías, como los estudiantes, los pensionistas, y los ciudadanos de la Unión Europea en general.

Quizás sea, en palabras de la Comisión, el derecho más importante conferido a los individuos en virtud del derecho comunitario y un elemento esencial de la ciudadanía europea»".

3º. Por los mismos argumentos ha de anularse la expresión que también se impugna, de "cónyuge separado legalmente" que se contiene en el artículo 9.4.d) del Real Decreto . Con la introducción de dicha expresión se viene a exigir -como si de un ex cónyuge se tratara- al cónyuge separado legalmente que aporte un resolución judicial o mutuo acuerdo que determine un derecho de visita a un hijo menor para poder conservar el derecho de residencia. Como antes expusimos tal exigencia solo será posible en los supuestos de disolución o desvinculación definitiva familiar, lo que no acontece con la situación de separación legal.

CUARTO.- También del Artículo 2º se impugna, dentro de su párrafo 1, apartado b) la expresión "que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado". Expresión que igualmente se contiene en la Disposición Adicional Vigésima, apartado 1 .b) y que, también se impugna.

Dentro del ámbito subjetivo familiar del Real Decreto, al que nos venimos refiriendo, se incluye también, junto al cónyuge del ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea, "A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posi-

bilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí".

Esto es, la norma interna española solo va a considerar pareja de hecho susceptible de someterse al régimen recogido en el Real Decreto a aquella pareja inscrita en un registro ad hoc de un Estado miembro cuando este Estado tenga un sistema de registros de parejas de hecho "que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado". O, dicho de otra forma, solo a aquellos Estados miembros que tengan establecido un sistema de registro único. Tal exigencia excede de lo establecido en la Directiva (Artículo 2.2 .b), que, al referirse, para definir, a los "Miembros de la familia", solo se refiere a "la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro", sin mas exigencias .

Se trata, pues, de una exigencia no contemplada en la Directiva comunitaria, que implica una restricción respecto del contenido subjetivo de la misma y que, por tanto ha de ser anulada. Es cierto que existen diversos sistemas internos europeos de multiplicidad registral - como acontece con España- mas, sin siquiera el loable intento que, sin duda, la expresión reglamentaria conlleva de evitar posibles fraudes de duplicidad, puede servir de apoyo a la restricción que se pretende, ya que la solución frente al fraude debe ser regulado desde otras perspectivas jurídicas.

La expresión, pues, ha de ser anulada; tanto la contenida dentro del artículo 2º, párrafo 1, apartado b), como en el apartado 1.b) de la Disposición Adicional Vigésima .

QUINTO.- En el Artículo del Real Decreto se regulan los "Derechos" de las personas incluidas en su ámbito de aplicación. Con carácter general, en el apartado 1 del artículo citado se señala que dichas personas "tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo", y, en el apartado 2 se regulan los que pudiéramos considerar como "derechos laborales", señalando al efecto que "Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, ... tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea".

El problema surge por que el citado artículo 3.2 incluye la siguiente excepción: "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 ". Esto es, tanto los "descendientes que vivan a cargo mayores de veintiún años" (artículo 2.1 .c), como los "ascendientes ... que vivan a cargo" (artículo 2.1 .d), bien sean -unos u otros- directos del ciudadano europeo, o de su cónyuge, o de su pareja registrada, cuentan con los derechos relativos a "entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español", pero, sin embargo, su estatuto no se extiende al "derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios".

Pues bien, dicha expresión ("exceptuando a los descendientes mayores de veintinueve años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2 .d) del presente Real Decreto"), es la que también es objeto de impugnación por parte de las recurrentes.

Es cierto -lo que luego analizaremos de forma independiente- que en el párrafo segundo de dicho apartado 2 del artículo 3º, deja abierta para éstos alguna actividad laboral al disponer que "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".

Frente a ello, la Directiva transpuesta (como expresamente reconoce la Disposición Final Primera del Real Decreto impugnado 240/2007) señala, de forma amplia, 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".

Se trata, sin duda, de otra restricción evidente; ni en el artículo 2.2.d) de la Directiva, ni en el 23, que hemos reproducido, podemos encontrar restricción alguna en el ámbito laboral -y similar- reseñado en relación con estos miembros de la unidad familiar que se define, ya que la Directiva es clara e incondicionada, en sus expresiones y en el significado de las mismas, constituyendo, sin duda, una ampliación subjetiva, en relación con la anterior normativa que modifica y deroga (Directivas 90/364, 90/365, 93/96, y Reglamento 1612/68). Por otra parte, este derecho no puede considerarse como un derecho condicionado o dependiente de la situación -o evolución de la situación- económica de su titular. Se trata, pues, de una transposición restrictiva y limitadora, tanto del derecho de libre circulación de ciudadanos comunitarios (artículo 18 del Tratado de la Unión Europea), como del derecho de libre circulación de trabajadores (artículo 39.1 del mismo Tratado).

En consecuencia, la expresión del artículo 3.2 del Real Decreto 240/2007 ("exceptuando a los descendientes mayores de veintinueve años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2 .d) del presente Real Decreto"), debe de ser suprimida.

SEXTO.- Por otra parte, y dentro del mismo artículo 3.2 del Real Decreto, se impugna -así se dice- el inciso primero de su párrafo segundo, que ya antes hemos transcrito, como supuesto de excepción a la genérica prohibición laboral de los descendientes a cargo mayores de 21 años y de los ascendientes igualmente a cargo; dicho inciso señala que:

"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".

No se trata, en realidad, de una impugnación directa, sino que, como en realidad, constituye una excepción o matización a la excepción que hemos anulado, su inclusión en el precepto carece de sentido y, por ello, un principio de seguridad jurídica obliga a su eliminación por innecesaria.

SEPTIMO.- Se impugna también parte del apartado 2, párrafo segundo, del artículo 4 del Real Decreto, artículo dedicado a la regulación de la "Entrada" en el territorio español de los ciudadanos de la Unión Europea. Como regla general, y para tales ciudadanos, el apartado 1 señala que la entrada "se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular".

En el apartado 2 se regula -con algunas diferencias- la entrada de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión Europea "que no posean la nacionalidad de los Estados miembros", señalando al efecto que los mismos "efectuarán su entrada con un pasaporte válido y en vigor, necesitando, además, el correspondiente visado de entrada cuando así lo disponga el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. La expedición de dichos visados será gratuita y su tramitación tendrá carácter preferente cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él".

Pues bien, en el párrafo segundo de dicho apartado 2 se contiene una excepción a la obligación de la presentación de visado por los expresados familiares, cuando los mismos estuvieren en posesión de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, disponiendo al efecto que "La posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, válida y en vigor, expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo, expedida por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener el visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requerirá la estampación del sello de entrada o de salida en el pasaporte".

La diferencia con la Directiva 38/2004/CEE (artículo 5.2) estriba, según los recurrentes en que en la norma comunitaria no se limita, como hace el apartado impugnado, exclusivamente, a las tarjetas expedidas por los Estados que aplican plenamente el Acuerdo de Schengen. En concreto, en el citado precepto de la Directiva, en su segundo inciso, sin ningún tipo de limitación se señala que "A los efectos de la presente Directiva, la posesión de la tarjeta de residencia válida contemplada en el art. 10 eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener visado".

Procede su anulación no obstante haber perdido su objeto, pues, justamente, la modificación introducida en el citado artículo, apartado y párrafo por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, que Modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciuda-

danos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ha consistido en la supresión del mencionado inciso por las razones que en la Exposición de Motivos del nuevo Real Decreto se contienen, y que, en síntesis, coinciden y avalan las expuestas por los recurrentes:

"Dicho Real Decreto 240/2007 regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Sin embargo, la aplicación de lo establecido en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/38 /CE y el artículo 4.2, segundo párrafo, del Real Decreto 240/2007, ha evidenciado la necesidad de proceder a la modificación en relación con los ciudadanos de la Unión Europea nacionales de un Estado miembro en cuyo territorio no se aplica el Convenio de Schengen, ya que a sus familiares nacionales de terceros países no se les permite la entrada en España por las autoridades del control de fronteras sin la obtención previa de un visado de entrada, a pesar de ser titulares de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

Por el presente Real Decreto se procede a la modificación del artículo 4.2 del Real Decreto 240/2007 a los efectos de que la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión expedida por cualquier Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo exima a estos familiares de la obligación de la obtención de visado de entrada".

OCTAVO.- Dentro, también, del artículo 9, al que ya antes nos hemos referido y dedicado a la regulación del "Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia", se impugna por los recurrentes el párrafo segundo del apartado segundo.

El apartado 2 del precepto regula, en concreto, el supuesto de la ruptura familiar por el fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea, poniendo de manifiesto que, como regla general "El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el caso de miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, tampoco afectará a su derecho de residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho. Los familiares tendrán obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes".

El problema surge con la adición de un segundo párrafo, aquí impugnado, en el que se expresa que "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 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos".

Pues bien, nuevamente nos encontramos con otra interpretación restrictiva de la Directiva 38/2004/CEE y con una transposición limitativa de derechos, que, en modo alguno contiene las restricciones a la continuación del derecho a la residencia, que en el precepto impugnado se vislumbran, para el supuesto del fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea. Efectivamente, el artículo 12.2 de la tan citada Directiva dispone que "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".

En síntesis, y frente a ello, el precepto interno español impugnado, impone:

a) La obligación de solicitar una autorización de residencia conforme al régimen general de extranjería, transcurridos seis meses desde el fallecimiento, y salvo en el supuesto de que se haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente.

b) Y, para ello, deberá demostrar, alternativamente:

1. Estar de alta en el régimen de la seguridad social como trabajador, bien por cuenta ajena, o propia; o,
2. La disponibilidad de medios económicos suficientes; o,
3. La integración en otra familia, en el país de acogida, de una persona que cumpla los anteriores requisitos.

Tal remisión al régimen general de extranjería (artículo 96.5 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2003) y el cumplimiento de las exigencias expresadas para la obtención de una nueva e independiente autorización de residencia, implica una extralimitación restrictiva en la función de transposición de la norma comunitaria que debe de ser depurada en atención al efecto directo del contenido de la Directiva 38/2004/CEE, que no puede servir de apoyo a la expresada restricción.

El párrafo segundo, del artículo 9.2 ha de ser suprimido y eliminado del Real Decreto 240/2007.

NOVENO.- Hemos de rechazar la impugnación que los recurrentes realizan en el relación con el artículo 17 del Real Decreto 240/2007, dedicado a las "Garantías procesales" y que, en síntesis, viene a coincidir con el contenido del artículo 31 de la Directiva 38/2004/CEE.

El precepto impugnado -bien en su totalidad, bien solo respecto de los tres apartados de su número 1 - señala la que:

"1. Cuando la presentación de recurso administrativo o judicial contra la resolución de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una medida cautelar de suspen-

sión de la ejecución de dicha resolución, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar, excepto si se da una 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 .

2. Durante la sustanciación del recurso judicial, el interesado no podrá permanecer en territorio español, salvo en el trámite de vista, en que podrá presentar personalmente su defensa, excepto que concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública o cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio".

Si bien se observa, son dos las garantías procesales que en el precepto se contiene:

1. En el apartado 1 se regula el derecho a la tutela judicial cautelar efectiva durante la tramitación de los recursos administrativos o jurisdiccionales formulados contra la orden de expulsión; y en concreto se dispone que la misma no podrá ejecutarse la expulsión "en sí hasta el momento en el que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar". Esto es, se establece la garantía de la necesidad de la resolución expresa - administrativa o jurisdiccional- sobre la medida cautelar de suspensión de la expulsión antes de su ejecución o materialización efectiva. El carácter automático de la suspensión -o su obligación de adopción de oficio- que se reclama por las recurrentes no puede ser acogida, pues es el mismo artículo 31 de la Directiva el que condiciona la paralización de la medida de expulsión a la "solicitud de una orden provisional de suspensión".

No obstante, el precepto contiene tres excepciones a la expresada regla general de la previa resolución expresa sobre la medida cautelar, que también son impugnados de forma subsidiaria. La dos primeras implican que ha existido una previa intervención jurisdiccional, pues en el supuesto del apartado a) la expulsión es consecuencia de una decisión judicial anterior, y, en el apartado b) las personas afectadas han tenido acceso al previo control jurisdiccional. Por otra parte, la dicción del precepto es idéntico al del citado artículo 31.2 de la Directiva de referencia. Esta coincidencia también se produce en el apartado c): la concurrencia de "motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a) y d) del presente real decreto ". Dichos apartados a los que el precepto se remite implican una garantías suficientemente sólidas, tanto procedimentales como materiales, que superan las exigencias comunitarias; de una parte la medida de expulsión, basada en motivos de imperiosa seguridad pública, "Habrà de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia", y, de otra parte, en cuanto a la valoración de las razones de seguridad pública el citado artículo 15.5.d) del Real Decreto señala que "deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la

sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas".

2. La segunda garantía hace referencia a derecho de defensa y a la presencia durante la vista correspondiente tramitación de la revisión jurisdiccional, con dos excepciones:

a) Cuando "concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública", supuesto al que le es de aplicación lo que acabamos de exponer del artículo 15.5.d) del mismo Real Decreto . Y,

b) "Cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio", pues ello implicaría una automática suspensión de la prohibición de entrada, que constituye el objeto de la revisión.

DECIMO.- Por el contrario, ha de prosperar la impugnación que se realiza en relación con un inciso del artículo 18.2 del Real Decreto, que regula la Resolución de la expulsión del territorio español. Dicho precepto dispone que:

"Las resoluciones de expulsión fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el territorio español. Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata, en los demás supuestos se concederá al interesado un plazo para abandonarlo, que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se debe formalizar".

Por tanto, y, obviamente, dejando al margen el régimen de las garantías que hemos examinado en el Fundamento anterior, de la necesidad del carácter motivado de la Resolución de expulsión, y de la necesaria información sobre la recurribilidad de las mismas, desde una perspectiva temporal, la regla general para proceder a la materialización de la citada expulsión es la concesión al interesado de un plazo que no podrá ser inferior a un mes; pero, con una excepción, que es la que se contiene en el inciso que se impugna: "Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata".

Dicha urgencia no puede anular las expresadas garantías de motivación de la resolución, notificación con información de recursos (con indicación de plazo y de la autoridad ante la que se pueden formular), y, sobre todo, posibilidad de su ejercicio; aun exigiéndose una debida justificación de la urgencia, la misma no puede impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y su posibilidad de suspensión cautelar.

En consecuencia, dicha expresión ha de ser suprimida.

DECIMO PRIMERO.- A través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado se introducen en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sus nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residen-

cia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea "no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007", y, van a establecer la "Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

A) Pues bien, de la citada Disposición Adicional Decimonovena se impugnan dos aspectos o incisos:

Se trata -el de esta Disposición Adicional- de un régimen para aquellos familiares del ciudadano de la Unión Europea que no se contemplan en el ámbito subjetivo del Real Decreto impugnado; concretamente en su artículo 2º, que, en diversos aspectos hemos examinado. Así, la nueva Disposición Adicional del Real Decreto 2393/2004, dispone, en síntesis, que "Las Autoridades competentes facilitarán ... la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a quien sin estar incluido en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero ... se halle en una de las siguientes circunstancias:

a) Sea otro familiar con parentesco hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad ...".

Analizando conjuntamente ambas impugnaciones, y, comparando el texto de la norma interna española con el de la Directiva comunitaria transpuesta, es evidente que se produce una restricción del ámbito subjetivo, que, para estos supuestos, contempla la Directiva en su artículo 3.2 .a) que se refiere a "cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del artículo 2 ...". Por ello el término "otro" ha de permanecer ya que es el mismo que utiliza la Directiva, pero la expresión "parentesco hasta segundo grado" implica una restricción interpretativa y una transposición limitada del concepto, mas amplio, de "cualquier otro miembro de la familia".

Nada -si siquiera el posible deseo de concreción- puede posibilitar tal restricción, ya que la misma no es subjetiva, en la citada apartado, sino objetiva o material, pues no se trata de "cualquier otro miembro de la familia", sin mas, sino que, en el país de procedencia, o bien ha de estar a cargo del ciudadano de la Unión Europea, o bien han de concurrir en el mismo motivos graves de salud o discapacidad, y, además, que resulte "estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal".

La limitación, pues, impugnada - "parentesco hasta segundo grado" - debe de ser suprimida.

B) Resta, por último, el examen de la impugnación de la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007, y que, en concreto regula la "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

Para la adecuada comprensión del sentido y ámbito

con el que cuenta esta Disposición Adicional Vigésima, hemos de realizar una distinción de regímenes jurídicos que se comprendían en el Real Decreto 240/2007 impugnado:

1º. El régimen general de los ciudadanos de otros Estados de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Es el régimen general aplicable en España a los ciudadanos de dichos Estados, y es el contenido general del Real Decreto (artículo 1º del Real Decreto).

2º. El régimen de los familiares de dichos ciudadanos a los que se refiere el artículo 2º del Real Decreto (cónyuge con matrimonio en vigor, pareja de hecho registrada, descendientes directos -o del cónyuge o pareja- y ascendientes directos -o del cónyuge o pareja-, pero (y esto era lo significativo) sin incluir a los familiares del ciudadano europeo español. La inclusión en el artículo 2, párrafo 1, del Real Decreto de la expresión "de otro Estado miembro", así lo implicaba. A estos familiares - de ciudadanos europeos no españoles - se les aplicaba, también, el régimen general del Real Decreto, con algunas matizaciones.

3º. Fruto de dicha matización o delimitación reglamentaria era necesario establecer un régimen específico para dichos familiares del ciudadano español (si se quiere, europeo y español), que, como acabamos de ver, se excluían, con la expresión de referencia, del artículo 2º del Real Decreto. Pues bien, este régimen es el que ahora se impugna, y que se contiene en la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007, que regula, según expresa la Disposición Adicional, la "Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo".

4º. Régimen, por último, correspondiente a otros familiares del ciudadano de cualquier Estado miembro, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto impugnado; esto es, familiares distintos de los que se relacionan en el artículo 2º del Real Decreto. Pues bien, para estos, el régimen jurídico es el contenido en la Disposición Adicional Decimonovena del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en el que fue introducida, como sabemos, por la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007. En dicha Disposición Adicional se regula la "Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero".

Expuesto lo anterior, lo que ahora nos ocuparía sería el régimen que hemos definido y concretado en el anterior apartado 3º; mas, de inmediato, hemos de añadir que la existencia de dicho régimen -y la nulidad de la expresión que la sustentaba en el artículo 2º, primero ("de otro Estado miembro") - la hemos dejado sin efecto en el Fundamento Jurídico Segundo de la pre-

sente sentencia.

Por tanto, desaparecido dicho régimen especial, y equiparados los familiares de ciudadanos europeos españoles a los familiares de ciudadanos europeos no españoles, que se sitúen en el ámbito subjetivo del artículo 2º Real Decreto 240/2007, debe, obviamente, y por las mismas razones allí expuestas, desaparecer el contenido de dicho régimen, que se contiene en la Disposición Final Tercera 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (a la sazón Disposición Adicional Vigésima del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre).

DECIMO SEGUNDO.- No concurren los requisitos del artículo 139 en orden a una condena en las costas del recurso.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

1º.- Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la Asociación Pro Derechos de Andalucía, contra el Real Decreto 240/2004, 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.

2º.- Que del expresado Real Decreto anulamos los siguientes Artículos, apartados o Disposiciones:

a) Artículo 2º, párrafo primero: la expresión "otro Estado miembro".

b) Artículo 2º. La expresión "separación legal" que se contiene en los apartados a), c) y d) del citado artículo 2º.

c) Artículo 9º. La misma expresión "separación legal" que se contiene (i) en el enunciado del precepto, (ii) en su apartado 1, (iii) en su apartado 4, y (iv) en su apartado 4 .a).

d) Artículo 9º. La expresión "cónyuge separado legalmente" que se contiene en el artículo 9.4 .d).

e) Artículo 2º. La expresión "que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado" que se contiene dentro de su párrafo 1, apartado b).

f) Artículo 3º. La expresión "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", que se contiene en el apartado 2, párrafo primero.

g) Artículo 3º. La expresión "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 conti-

nidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento", contenida en el párrafo segundo del apartado segundo del precepto.

h) Artículo 4º. La expresión "expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo", contenida en el párrafo segundo del apartado 2º.

i) Artículo 9. La expresión "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 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos", que constituye el párrafo segundo del apartado 2 del precepto.

j) Artículo 18. La expresión "Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata", que se contiene en el apartado 2 de dicho precepto.

k) Disposición Final Tercera, apartado Uno (Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre). La expresión "parentesco hasta segundo grado" que se contiene en su párrafo primero, apartado a).

l) Disposición Final Tercera, apartado Dos (Disposición Adicional Decimonovena del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre).

3º. Que el presente Fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

4º. Que no imponemos las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que doy fe.

III. INSTRUCCIÓN DGI/SGRJ/03/2010

SOBRE LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 1 DE JUNIO DE 2010, RELATIVA A LA ANULACIÓN DE VARIOS APARTADOS 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

Con fecha 3 de noviembre de 2010, ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, en relación con el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007, interpuesto por la Federación de Asociaciones pro inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la Asociación pro derechos de Andalucía, contra el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. En resumen, la Sentencia del Tribunal Supremo determina:

- La aplicación del régimen comunitario de extranjería a los ascendientes de ciudadano español o de su cónyuge o pareja registrada.
- La carencia de efectos de la separación legal en relación con la aplicación del régimen comunitario de extranjería al cónyuge de ciudadano comunitario.
- La aplicación del régimen comunitario de extranjería a la pareja de hecho registrada de ciudadano comunitario, con independencia de que el sistema civil de que se trate impida o no la posibilidad de dos registros simultáneos.
- El derecho a trabajar de los descendientes mayores de 21 años y de los ascendientes, sin perjuicio de su condición de personas a cargo del ciudadano comunitario.
- El mantenimiento por los familiares de la residencia en régimen comunitario en caso de fallecimiento del ciudadano comunitario, siempre que hayan residido previamente con él en España.
- La obligación de establecer un período de salida voluntaria en todos los supuestos en que se determine la expulsión de España de una persona beneficiaria del régimen comunitario de extranjería.
- La aplicación de la norma sobre facilitación de la entrada y residencia de los familiares no incluidos en el régimen comunitario, sin limitación por el grado de parentesco que les vincule al ciudadano de la Unión Europea.

De conformidad con el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el contenido de la referida sentencia tiene efectos generales desde el día 3 de noviembre de 2010, fecha de la publicación del fallo en el Boletín Oficial del Estado.

De acuerdo con el artículo 73 de la Ley 29/1998, la sentencia no afecta a la eficacia de los actos administrativos firmes en los que se hayan aplicado los preceptos anulados.

Por el contrario, el contenido de la sentencia sí resulta determinante respecto a los procesos administrativos en curso en la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, incluyendo los relativos a los recursos administrativos que hubieran podido presentarse.

Al objeto de clarificar el régimen jurídico aplicable sobre la materia desde el 3 de noviembre de 2010, esta

Dirección General, en el ejercicio de la competencia que le signa el artículo 6.1.d) del Real Decreto 1129/2008, de 4 de julio, dicta la siguiente Instrucción:

I. Anulación del inciso "otro Estado miembro", contenido en el artículo 2, párrafo primero, del Real Decreto 240/2007.

Desde el 3 de noviembre de 2010, y de acuerdo con el apartado 2º.a) del fallo, la redacción vigente del artículo 2, párrafo primero, del Real Decreto 240/2007 es la siguiente:

"1. El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano (de otro Estado miembro) de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan: (...)"*

Como consecuencia de la sentencia, los familiares de ciudadano español, cualquiera que sea su nacionalidad y siempre que su parentesco se contenga en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, son beneficiarios del régimen comunitario de extranjería.

Dado que anteriormente el cónyuge, la pareja registrada y los descendientes de ciudadano español ya se beneficiaban del régimen comunitario de extranjería, el cambio normativo afecta exclusivamente al régimen de reagrupación familiar de los ascendientes directos de ciudadano español y de su cónyuge, regulado hasta la fecha en la Disposición Adicional vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Esta disposición ha sido anulada por el apartado 2ºI) del fallo de la sentencia.

A partir de la sentencia, los ascendientes directos de ciudadano español, así como los de su cónyuge o pareja registrada, que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 2 del Real Decreto 240/2007, serán beneficiarios del régimen comunitario de extranjería.

En aplicación de lo anterior, se dispone lo siguiente sobre los procedimientos en curso a fecha 3 de noviembre de 2010:

- En los procedimientos de solicitud de autorización inicial de residencia por reagrupación familiar a favor de estos ascendientes, el órgano que los esté tramitando dará inicio al trámite de audiencia, que tendrá una duración de quince días.

La audiencia tendrá por objeto informar al ciudadano comunitario de la posibilidad que asiste a su familiar de entrar en territorio español a los efectos de solicitar la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 240/2007.

La información será comunicada por escrito y con mención expresa a los requisitos y documentos

exigibles para la entrada del familiar en España y la posterior obtención de la tarjeta de residencia en régimen comunitario.

El documento informará igualmente de que, de no aportarse durante el trámite de audiencia documentos o justificaciones en contra, el procedimiento será finalizado por desaparición sobrevenida del objeto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

- En los procedimientos de solicitud de renovación de autorización de residencia por reagrupación familiar de los ascendientes, el órgano que los estuviera tramitando informará al interesado sobre la posibilidad que le asiste de modificar su pretensión para solicitar la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 240/2007.

En esta comunicación, que habrá de realizarse por escrito, se le informará de los documentos que sean de preceptiva presentación para solicitar la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que no obren ya en el procedimiento.

Sin perjuicio de la obligación del órgano administrativo de realizar tal comunicación, el interesado podrá instar la modificación de su pretensión en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

Sin perjuicio de la obligación del órgano administrativo de realizar tal comunicación, el interesado podrá instar la modificación de su pretensión en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

En caso de que la instrucción del procedimiento finalice sin que el interesado haya manifestado su voluntad de modificar su pretensión, el órgano administrativo dará inicio al trámite de audiencia, por un plazo de quince días, informándole sobre esta posibilidad y de los documentos cuya presentación es Preceptiva para la solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que no obren ya en el procedimiento.

- En relación con los ascendientes que sean titulares de una autorización de residencia por reagrupación familiar en vigor, se recuerda que les asiste la posibilidad de presentar, en cualquier momento de la vigencia de ésta, una solicitud de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

Sin perjuicio de esta posibilidad y en tanto no la ejerzan, la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares se entenderá vigente por el periodo que le reste de duración.

En caso de que, transcurrido el periodo de vigencia de la autorización de residencia, su titular solicite su renovación, la solicitud será inadmitida a trámite por carencia de fundamento, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta.1.f) de la Ley Orgánica 4/2000, debiendo ser informado el interesado, por escrito y en el mismo momento en que se determine la inadmisión a trámite del procedimiento, de la posibilidad que le asiste de solicitar una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión y de los documentos cuya

presentación es preceptiva para ello.

II. Anulación de la expresión "separación legal", contenida en el artículo 2, apartados a, c y d, y el artículo 9, enunciado, y apartados 1, 4 en su párrafo primero y 4.a) del Real Decreto 240/2007; anulación de la expresión "cónyuge separado legalmente", de su artículo 9.4.d

Desde el 3 de noviembre de 2010, y de acuerdo con los apartados 2º b), 2º c) y 2º d) del fallo, la redacción vigente de los artículos 2 y 9 del Real Decreto 240/2007 es la siguiente:

"Artículo 2. Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares (...) que a continuación se relacionan:

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

b) *A la pareja con a que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público (...).*

c) *A sus descendientes directos, a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, o divorcio (o separación legal)*, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.*

d) *A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, o divorcio (o separación legal)*, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.*

Artículo 9. Mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, (separación legal)* o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia.

1. *El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, su salida de España, o la nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, (separación legal)* o cancelación de la inscripción como pareja registrada, no afectará al derecho de residencia de los miembros de su familia ciudadanos de uno de dichos Estados.*

2. *El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el caso de miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, tampoco afectará a su derecho de residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho. (...).*

4. *En el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, (separación legal)* o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con un nacional de un Estado que no lo sea, éste*

tendrá obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes. Para conservar el derecho de residencia, deberá acreditarse uno de los siguientes supuestos:

a) Duración de al menos tres años del matrimonio o situación de pareja registrada, hasta el inicio del procedimiento judicial de nulidad del matrimonio, divorcio (o separación legal)*, o de la cancelación de la inscripción como pareja registrada, de los cuales deberá acreditarse que al menos uno de los años ha transcurrido en España. (...).

d) Resolución judicial o mutuo acuerdo entre las partes que determine el derecho de visita, al hijo menor, del ex cónyuge, (cónyuge separado legalmente)* 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, cuando dicho menor resida en España y dicha resolución o acuerdo se encuentre vigente. (...).

De acuerdo con la sentencia, la separación legal de los cónyuges carece de efecto jurídico alguno en relación con la inclusión del cónyuge de ciudadano comunitario en el ámbito de aplicación del régimen comunitario de extranjería.

Ello afecta especialmente a la interpretación a dar al párrafo tercero de la Instrucción primera.2 de las Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007, relativas al Real Decreto 240/2007, debiendo entenderse que el vínculo matrimonial sigue siendo válido a los efectos de aplicación del régimen comunitario de extranjería, aunque en el documento acreditativo de la vigencia del matrimonio conste la existencia de la mencionada separación legal.

Dado lo anterior, se establece lo siguiente:

- La existencia de una separación legal no supondrá impedimento para la concesión o renovación de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

En este sentido, dicha circunstancia no será tenida en cuenta en la resolución de procedimientos de solicitud de obtención o renovación de dichas tarjetas que se estén tramitando a fecha de publicación de la sentencia.

- La existencia de una separación legal no tendrá efecto jurídico alguno en cuanto a su derecho de residencia en España en el marco del régimen comunitario de extranjería, de ser el cónyuge titular de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión en vigor.

Así, la existencia de separación legal no requerirá que el cónyuge de ciudadano comunitario lleve a cabo las actuaciones previstas en el artículo 9 del Real Decreto 240/2007, de cara al mantenimiento a título personal de su derecho de residencia.

En relación con ello, a los procedimientos que a fecha de la publicación de la sentencia estén siendo tramitados en base al artículo 9 del Real Decreto 240/2007 y que tengan por causa la existencia de una separación legal, les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, en cuanto a que en casos de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución de la Administración consistirá en la declaración de esta circunstancia, con indicación de los hechos producidos y de las normas aplicables:

o En caso de que el procedimiento se hubiera iniciado durante la vigencia de la tarjeta de residencia en régimen comunitario, la resolución por la que se declare la desaparición sobrevenida de su objeto hará constar expresamente que la tarjeta continúa vigente.

o En caso de que el procedimiento se hubiera iniciado en el momento de caducidad de la tarjeta de residencia en régimen comunitario, el órgano administrativo que lo esté tramitando informará al interesado sobre la posibilidad que le asiste de modificar su pretensión, para solicitar la renovación de su tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 240/2007.

En la citada comunicación, que habrá de realizarse por escrito, se le informará de los documentos que sean de preceptiva presentación para solicitar la renovación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que no obren ya en el procedimiento.

Sin perjuicio de la obligación del órgano administrativo de realizar tal comunicación, el interesado podrá instar la modificación de su pretensión en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

En caso de que la instrucción del procedimiento finalice sin que el interesado haya manifestado su voluntad de modificar su pretensión, el órgano administrativo dará inicio al trámite de audiencia, por un plazo de quince días, informándole sobre esta posibilidad y de los documentos cuya presentación es preceptiva para solicitar la renovación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que no obren ya en el procedimiento.

III. Anulación de la expresión "que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado", contenida en el artículo 2.b) del Real Decreto 240/2007

Desde el 3 de noviembre de 2010, y de acuerdo con el apartado 2ºe) del fallo, la redacción vigente de los artículos 2.b) del Real Decreto 240/2007 es la siguiente:

"El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano (de otro Estado miembro) de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan:*

a) (...).

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

En este sentido, resultará de aplicación el régimen comunitario de extranjería a la pareja de hecho registrada de ciudadano comunitario, siendo irrelevante a estos efectos si el país en el que existe el registro garan-

tiza o no la imposibilidad de dos inscripciones simultáneas.

En relación con lo anterior, debe reseñarse, por su relevancia, que ello supone que los diferentes Registros de Parejas Estables existentes en diversas Comunidades o Ayuntamientos españoles sí son válidos a los efectos previstos en el Real Decreto 240/2007, por cumplir los requisitos señalados en el mencionado artículo 2.b), en su redacción vigente tras la sentencia.

Así, se deroga lo establecido en la Instrucción primera.3, párrafo final, de las Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007, en cuanto a la no validez de los mencionados registros.

En consecuencia, los procedimientos relativos a una solicitud de tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión iniciados por la pareja de hecho registrada de un ciudadano comunitario, que estén en curso con fecha 3 de noviembre de 2010, serán resueltos sin tener en consideración si queda garantizada o no la imposibilidad de registros simultáneos en el sistema civil de que se trate.

IV. Anulación de la expresión "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", contenida en el artículo 3.2 del Real Decreto 240/2007; y anulación del contenido del párrafo final de dicho artículo 3.2, salvo su inciso final.

Desde el 3 de noviembre de 2010, y de acuerdo con los apartados 2º.f) y 2º.g) del fallo, la redacción vigente del artículo 3.2 Real Decreto 240/2007 es la siguiente:

"2. Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, (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,) tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.*

(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.) En caso de finalización de la situación de familiar a cargo y eventual cesación en la condición de familiar de ciudadano de la Unión, será aplicable el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000".*

Se elimina, por tanto, la restricción existente al acceso a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia o prestación de servicios o estudios, a los descendientes mayores de 21 años y a los ascendientes directos del ciudadano comunitario, de su cónyuge o pareja registrada, que vivan a su cargo, con la limitación establecida en el artículo 45.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antiguo artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Debe reseñarse que el contenido de la sentencia no supone la desaparición del requisito de que el descendiente de 21 años o el ascendiente estén a cargo del ciudadano comunitario del que deriva el derecho, de su cónyuge o de su pareja de hecho registrada, para su inclusión en el ámbito subjetivo de aplicación del régimen comunitario de extranjería.

Así, continuando vigente dicho inciso, habrá de ser interpretado en el sentido establecido en la Instrucción primera.4 de las Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007.

Teniendo en cuenta lo anterior, se señala lo siguiente:

- En las tarjetas de residencia de familiar de ciudadano de la Unión expedidas a favor de los mismos no constará leyenda alguna relativa a una pretendida limitación de su derecho al ejercicio de las mencionadas actividades.
- En el caso de tarjetas de residencia vigentes a fecha de publicación de la sentencia, en las que conste tal leyenda, no será necesario que su titular solicite la modificación de la tarjeta, no afectando la leyenda a su efectivo derecho al ejercicio de las actividades citadas.

No obstante, en caso de que el titular de la tarjeta instase de forma voluntaria su modificación para la eliminación de la leyenda, el procedimiento habrá de ser iniciado con la presentación del modelo oficial EX 16, resultando de aplicación lo dispuesto en la Orden PRE/3/2010, de 11 de enero, por la que se establece el importe de las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas, solicitudes de visados y documentos de identidad en materia de inmigración y extranjería.

La tarjeta expedida tras la eliminación de la leyenda tendrá vigencia durante el periodo de tiempo que restase de vigencia de la tarjeta que sustituye.

- En el caso de que el descendiente mayor de 21 años o el ascendiente, titular de una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, hubiera solicitado la obtención de una autorización de residencia y trabajo en base a lo previsto en el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica, estando el procedimiento en curso con fecha 3 de noviembre de 2010, el órgano que lo esté tramitando le informará de la posibilidad que le asiste de:

o No modificar su situación, permaneciendo en su condición de titular de la tarjeta en régimen comunitario; o

o Continuar el procedimiento, si desea acceder a la situación de residencia de forma independiente respecto al ciudadano comunitario.

Dicha comunicación será realizada por escrito, haciéndose constar expresamente que la permanencia en el ámbito de aplicación del régimen comunitario conllevará el derecho a trabajar e, igualmente, la condición de estar a cargo del ciudadano comunitario del que deriva el derecho, de su cónyuge o de su pareja de hecho registrada.

Sin perjuicio de la obligación del órgano administrativo de realizar la comunicación, el interesado podrá instar la modificación de su pretensión en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

En caso de que la instrucción del procedimiento finalice sin que el interesado haya manifestado su voluntad de modificar su pretensión o continuar el procedimiento, el órgano administrativo dará inicio al trámite de audiencia, por un plazo de quince días, informándole sobre las posibilidades que le asisten y de los documentos cuya presentación sea preceptiva para la solicitud de renovación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que no obren ya en el procedimiento.

De no manifestar el interesado, durante el trámite de audiencia, su deseo de modificar su pretensión, el órgano administrativo competente resolverá lo que proceda sobre la solicitud presentada al amparo del artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

IV. Anulación de la expresión "expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo", contenida en el artículo 4.2 del Real Decreto 240/2007.

En relación con dicha anulación, se significa que la expresión anulada mediante la sentencia había sido previamente modificada por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, por lo que dicho inciso no formaba parte del ordenamiento jurídico español con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia, tal y como se señala en su fundamento de derecho séptimo, quinto párrafo.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en coherencia con el apartado 2º.h) del fallo, se señala que el artículo 4.2, párrafo segundo, del Real Decreto 240/2007 permanece vigente de conformidad con la redacción dada por Real Decreto 1161/2009, y que es la siguiente:

"2. (...) La posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, válida y en vigor, expedida por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener el visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se requerirá la estampación del sello de entrada o de salida en el pasaporte".

VI. Anulación del párrafo "Transcurridos seis meses (...) de una persona que cumpla estos requisitos", contenido en el segundo párrafo del artículo 9.2 del Real Decreto 240/2007.

Desde el 3 de noviembre de 2010, y de acuerdo con el apartado 2o.i) del fallo, la redacción vigente del artículo 9.2 Real Decreto 240/2007 es la siguiente:

"2. El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el caso de miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, tampoco afectará a su derecho de residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho. Los familiares tendrán obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes.

(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. Para obtener la correspondiente seguridad social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos".)**

Con ello, se posibilita que, en caso de fallecimiento del ciudadano UE-EEE-Suiza, su familiar pueda mantener el derecho de residencia en España al amparo del régimen comunitario de extranjería, siempre que haya residido en España en calidad de miembro de la familia con carácter previo al fallecimiento y sin perjuicio de la obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes.

Debe recordarse que la sentencia, por el contrario, no anula el párrafo final del artículo 9.4 del Real Decreto 240/2007, en el que se prevé el recurso a lo previsto en el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 en caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada. Dicha previsión continúa vigente y habrá de ser interpretada en los términos en los que hasta la fecha actual lo viene siendo.

Así, en relación con los procedimientos que a fecha de 3 de noviembre de 2010 estén siendo tramitados en base al artículo 9.2, segundo párrafo, del Real Decreto 240/2007, será de aplicación:

- En caso de que el procedimiento se hubiera iniciado durante la vigencia de la tarjeta de residencia en régimen comunitario, lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, en cuanto a que en casos de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución de la Administración consistirá en la declaración de estas circunstancias, con indicación de los hechos producidos y de las normas aplicables, haciendo constar expresamente que la tarjeta continúa vigente.
- En caso de que el procedimiento se hubiera iniciado en el momento de caducidad de la tarjeta de residencia en régimen comunitario, el órgano administrativo que lo esté tramitando informará al interesado sobre la posibilidad que le asiste de modificar su pretensión, de cara a solicitar la renovación de su tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 240/2007.

En la citada comunicación, que habrá de realizarse por escrito, se le informará de los documentos que sean de preceptiva presentación para solicitar la renovación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que no obren ya en el procedimiento.

Sin perjuicio de la obligación del órgano administrativo de realizar la comunicación, el interesado podrá instar la modificación de su pretensión en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

En caso de que la instrucción del procedimiento finalice sin que el interesado haya manifestado su voluntad de modificar su pretensión, el órgano administrativo dará inicio al trámite de audiencia, por

un plazo de quince días, informándole sobre esta posibilidad y de los documentos cuya presentación es preceptiva para solicitar renovación de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión que no obren ya en el procedimiento.

VII. Anulación de la expresión "Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata", contenida en el artículo 18.2 del Real Decreto 240/2007.

Desde el 3 de noviembre de 2010, y de acuerdo con el apartado 2º.j) del fallo, la redacción vigente del artículo 18.2 Real Decreto 240/2007 es la siguiente:

"2. Las resoluciones de expulsión fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el territorio español. (Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata, en los demás supuestos.) Se concederá al interesado un plazo para abandonarlo, que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se debe formalizar".*

El fallo de la sentencia dispone la supresión de la medida excepcional, basada en razones de urgencia justificada, de ejecución inmediata de la resolución de expulsión. Ello conlleva que, desde la fecha de publicación de la sentencia, todas las resoluciones de expulsión dictadas en base al Real Decreto 240/2007 deberán fijar un plazo para que el interesado abandone el territorio español, que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución.

VIII. Anulación de la expresión "parentesco hasta segundo grado", contenida en la disposición final tercera del Real Decreto 240/2007, por la que se aprueba el contenido de la Disposición adicional decimonovena en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

La Sentencia elimina el requisito de que el vínculo con el ciudadano UE-EEE- Suiza sea de hasta segundo grado, para que al familiar le sea aplicable la previsión sobre la facilitación de la obtención del visado de residencia o de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, en los términos previstos en la disposición adicional decimonovena del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

En este sentido, el régimen establecido en esta disposición adicional será de aplicación a familiares no incluidos en el ámbito de aplicación del régimen comunitario, relacionados con el ciudadano comunitario en línea directa o colateral, sin limitación alguna por el grado de parentesco que les vincule.

Así, desde el 3 de noviembre de 2010 y de acuerdo con el apartado 2o.k) del fallo, la redacción vigente de la disposición adicional decimonovena del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 es la siguiente:

"Las Autoridades competentes facilitarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en el presente Reglamento, la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, a quien sin estar incluido en el artículo 2 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, acompañe a un ciudadano de la Unión o se reúna con él, y se halle en una de las siguientes circunstancias:

a) Sea otro familiar (con parentesco hasta segundo grado), en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o cuando por motivos graves de salud o discapacidad, sea estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal,*

b) Sea la pareja, ciudadano de un Estado no miembro de la Unión Europea ni parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable debidamente probada.

Las autoridades exigirán la presentación de acreditación, por parte de la autoridad competente del país de origen o procedencia, que certifique que está a cargo del ciudadano de la Unión o que vivía con él en ese país, o la prueba de la existencia de motivos graves de salud o discapacidad que requieran estrictamente que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. Igualmente se exigirá prueba suficiente de la existencia de una relación estable con el ciudadano de la Unión.

Las autoridades competentes estudiarán detenidamente las circunstancias personales en las solicitudes de entrada, visado o autorizaciones de residencia presentadas y justificarán toda denegación de las mismas".

IX. Anulación de las expresiones del Real Decreto 240/2007 anuladas por la sentencia, en las menciones realizadas a las mismas en normas que se hayan dictado en desarrollo de dicha norma reglamentaria.

Finalmente, se recuerda que la sentencia supone igualmente la anulación de las expresiones eliminadas por su fallo cuando hubieran sido transcritas en las normas dictadas en desarrollo del Real Decreto 240/2007. Ello afecta especialmente al contenido de la Instrucción DGI/SGRJ/03/2007, sin perjuicio de que su contenido permanece vigente salvo en los párrafos cuya derogación es específicamente mencionada en esta norma.

Madrid, 4 de noviembre de 2010.

***Artículos, apartados, disposiciones anulados**

Fundación Paulino Torras Domènech

Observadora no gubernamental de la Organización Internacional de las Migraciones (O.I.M.)
Colaboradora de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)

Departamento de actividades culturales
dac@fptd.org
www.itinerauniversitas.org

