

LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN Y OTRAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2010

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA

Coordinador del equipo jurídico de Andalucía Acoge

DIEGO BOZA MARTÍNEZ

Asesor jurídico de la Asociación Pro Derechos Humanos Andalucía

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN
 - III. SEPARARSE LEGALMENTE NO EQUIVALE A DIVORCIARSE
 - IV. EN ESPAÑA LOS REGISTROS DE PAREJAS DE HECHO VÁLIDOS SON LOS REGISTROS AUTONÓMICOS
 - V. TODOS LOS FAMILIARES DE CIUDADANO DE LA UNIÓN TIENEN DERECHO A TRABAJAR
 - VI. OTROS ASPECTOS DE LA SENTENCIA
 - VII. CONCLUSIONES
-

I. INTRODUCCIÓN

No sería exagerado afirmar que, desde el 20 de marzo de 2003⁽¹⁾, el poder judicial no había intervenido de forma tan trascendente en la materia migratoria y de derechos de los extranjeros como lo ha hecho con la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010. Dicha sentencia viene a anular diecisiete expresio-

(1) La referencia a esta fecha lo es a la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictada entonces a un recurso también de *Andalucía Acoge* por el que se anularon un total de 13 artículos del RD 864/2001, por el que se aprobaba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LODYLE).

nes de seis preceptos distintos 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 y, en la práctica, supone un giro copernicano en la cuestión de la residencia en España de los familiares de ciudadanos de la Unión, especialmente en relación a aquellos familiares de ciudadanos españoles que no cuenten con la nacionalidad de un Estado de la Unión.

La sentencia que comentamos tiene su origen en un recurso planteado por las asociaciones *Andalucía Acoge* y *Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía* contra determinados preceptos de dicho Real Decreto y que se basaba, esencialmente, en que, en tanto transposición de la Directiva 2004/38/CE, el Real Decreto 240/2007 planteaba dos tipos de problemas de compatibilidad. Por una parte, en relación con el propio Derecho Comunitario, puesto que el RD 240/2007 definía una regulación más restrictiva que la propia Directiva. Pero también, por otra parte, en relación con la propia Constitución Española y el principio de igualdad del artículo 14, al establecerse un régimen específicamente más prohibitivo para los familiares de ciudadanos españoles que para los familiares de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión.

Anclados en estas dos premisas fundamentales, los recurrentes pretendíamos la anulación de una serie de preceptos. Esencialmente, hacían referencia:

- a la limitación en la aplicación del régimen de familiares de ciudadanos de la Unión a los familiares de los ciudadanos españoles;
- la negación de los derechos de entrada, residencia y mantenimiento a título personal de la residencia a los cónyuges separados legalmente y sus familiares;
- a los obstáculos establecidos a las parejas de hecho registradas según el ordenamiento jurídico español;
- a los impedimentos impuestos a determinados familiares de ciudadanos de la Unión para trabajar.

Ciertamente, como miembros de las Asociaciones que plantearon el recurso, nos ha resultado muy satisfactorio que el Tribunal Supremo acogiera la práctica totalidad de nuestros argumentos jurídicos, puesto que la sentencia declara nulos todos los preceptos impugnados, a excepción de uno⁽²⁾. En el presente trabajo pretendemos acercarnos a las consecuencias derivadas de que la sentencia haya acogido nuestros planteamientos, dedicando un apartado a cada uno de los cuatro ámbitos arriba enumerados. Posteriormente, y con mayor brevedad, apuntaremos algunas otras cuestiones a las que la sentencia hace referencia, para cerrar con algunas reflexiones a modo de conclusiones.

No obstante, debemos comenzar con la premisa procesal fundamental de la que partió nuestro recurso, en el sentido de argumentar la posibilidad de que el Tribunal Supremo declarase nulos determinados preceptos del RD 240/2007 por ser contrarios al contenido de la Directiva 2004/38/CE, sin plantear la cuestión prejudicial. Desde esta perspectiva, en la demanda se traían a colación dos de los principios fundamentales del Derecho Comuni-

(2) En concreto el artículo 17 del RD 240/2007.

tario, como son el principio de primacía del Derecho Comunitario y el principio de efecto directo vertical, y su aplicación concreta a esta directiva, así como la doctrina comunitaria del acto claro.

En realidad, este es el principal punto de discrepancia en la sentencia entre la mayoría de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y la magistrada Teso Gamilla, que incorpora un Voto Particular a aquélla. Se trata, no tanto de la concepción del principio de primacía como de la del principio de efecto directo vertical y la caracterización de la Directiva como acto claro, y su oposición con los apartados del texto del Real Decreto recurridos.

El Voto Particular ancla sus fundamentos en una visión muy laxa de este principio de efecto directo. Bajo la premisa del artículo 249 del TCE⁽³⁾ de que la Directiva obliga al Estado miembro en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios de la transposición, entiende que la transposición española entra dentro de la libertad de ordenación o configuración que mantiene el Estado.

Nadie puede poner en duda la existencia de un cierto margen de discrecionalidad estatal, pero sí resulta discutible que los preceptos recurridos entren dentro de ese margen. Especialmente cuando la inmensa mayoría de ellos (por no decir la totalidad) suponen el reconocimiento de derechos sustantivos de los particulares que resultan protegidos en la Directiva y que, por tanto, son oponibles a la norma estatal. En esencia, la norma reglamentaria respeta los objetivos y la finalidad de la Directiva. Pero, tal y como afirma el Voto Particular, en aquellos aspectos recurridos, no basta con los objetivos y la finalidad, sino que se exige el reconocimiento de derechos concretos, que la norma olvida, exceptiona o niega.

Ésta es también la visión de la mayoría de la Sala, que consideró viable el control jurisdiccional del RD 240/2007 desde la perspectiva del Derecho Comunitario europeo y sin que concurrieran las circunstancias para el planteamiento de la Cuestión Prejudicial ante el TJUE⁽⁴⁾. No obstante, en los apartados siguientes, volveremos a recuperar algunas cuestiones de este debate al analizar la aplicación concreta en los diferentes preceptos recurridos.

II. LOS ESPAÑOLES TAMBIÉN SON CIUDADANOS DE LA UNIÓN

Desde el punto de vista de la práctica cotidiana en la materia migratoria, el aspecto más relevante de la sentencia que aquí comentamos está relacionado con la exigencia de aplicabilidad del régimen de familiares de ciudadanos de la Unión a los familiares de ciudadanos españoles.

Conviene recordar, en este punto, que las anteriores regulaciones del régimen de familiares comunitarios en España habían mantenido el criterio de aplicar a los familiares de españoles este régimen. Así había ocurrido con el RD 1099/1986 y con los sucesivos

(3) Antes del Tratado de Ámsterdam, este artículo era el 189.

(4) STS de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Primero.

reales decretos que habían regulado esta cuestión⁽⁵⁾. El RD 240/2007 marcó, por tanto, un giro en la regulación en España de esta materia al introducir la «discriminación inversa» perjudicando a los familiares extracomunitarios de ciudadanos españoles a los que se les hacía de peor condición —en cuanto a sus derechos de entrada, residencia y trabajo en España— que a los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la Unión.

La compatibilidad de la «discriminación inversa» con los principios del Derecho Comunitario en estos casos aparecía ya recogida en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto. Sin embargo, los recurrentes consideramos que, en la regulación del régimen jurídico de los familiares de ciudadanos españoles, el RD 240/2007 resultaba contrario a Derecho en tres preceptos.

Por una parte, en lo que hacía referencia al artículo 2 del Real Decreto y su inciso «otro Estado miembro»⁽⁶⁾. Según esta dicción del precepto, el régimen comunitario resultaba inaplicable a los familiares de ciudadanos españoles, cualquiera que fuera su situación. El problema es que dicha regulación iba más allá de la «discriminación inversa» puesto que no admitía la posibilidad de aplicación del régimen comunitario a los familiares de un ciudadano español que hubiera ejercido el derecho a la libertad de circulación y regresase a España. En este sentido, el artículo 3 de la Directiva contempla, como ámbito subjetivo de ésta, la situación de «cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia», lo que no excluye a los ciudadanos españoles que hayan ejercido el derecho a la libre circulación.

Desde estas premisas, el Tribunal Supremo comparte con los recurrentes que «la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen desde otro Estado miembro de la Unión europea con su familia no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en el ese (*sic*) 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»⁽⁷⁾.

Ciertamente, se trata de poner de relieve un error del legislador reglamentario a la hora de introducir dicha discriminación inversa. En este sentido, el TJCE había aceptado la «discriminación inversa» en las «situaciones puramente internas», es decir, en aquellos supuestos en los que el ciudadano español no hubiese ejercido la libertad de establecimiento comunitaria. No se discute que, en las «situaciones puramente internas», el Derecho Comunitario permita la «discriminación inversa», como plantea en el Voto Particular la

(5) Real Decreto 776/1992, de 26 de junio; Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo; Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre, y Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero. Vid. a este respecto IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión del concepto “miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión”», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, septiembre/diciembre de 2007, págs. 913-939.

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

(7) STS de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Segundo.

magistrada Teso Gamella⁽⁸⁾. Lo que se discute es el olvido de supuestos en los que no se puede hablar de «situaciones puramente internas».

De hecho, aquellos supuestos en los que el ciudadano español hubiese ejercido dicha libertad no se podían calificar de «situaciones puramente internas» y, a éstos, debían aplicárseles las reglas del resto de ciudadanos comunitarios. Por todas, es clarísima la sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-291/2005, en la que el TJCE afirma que, «en el supuesto de que un trabajador regrese al Estado miembro del que es nacional tras haber ejercido una actividad laboral en otro Estado miembro, un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de ese trabajador tiene, en virtud del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1612/68, precepto que resulta aplicable por analogía, derecho a residir en el Estado miembro del que es nacional el trabajador...»⁽⁹⁾.

Es posible que una regulación en la que el legislador reglamentario hubiera tenido en cuenta esta jurisprudencia del TJCE y hubiera equiparado el régimen de los familiares del ciudadano español que ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro y obtiene para sus familiares el régimen comunitario en dicho Estado, a su regreso a España, al régimen de los familiares de los ciudadanos de la Unión, no hubiera resultado contraria a la Directiva ni al Derecho Comunitario. Sin embargo, con la regulación existente, consideramos que al Tribunal Supremo no le quedaba otra posibilidad ajustada a Derecho que anular dicho inciso.

Ello nos ha dejado, sin embargo, sin uno de los pronunciamientos del Tribunal Supremo que podrían resultar más interesantes con vistas al futuro, como era el de la compatibilidad de este tipo de discriminación inversa con el artículo 14 de la Constitución. Éste fue, de hecho, el principal argumento a la hora de solicitar que se declarara la nulidad de la Disposición Final Tercera, apartados Uno y Dos, del RD 240/2007.

Hay que recordar que la Disposición Final Tercera, apartado Uno, introducía en el Reglamento de Desarrollo de la LODYLE la Disposición Adicional XIX, por la que se establecía un régimen peculiar para otros familiares de ciudadanos de la Unión no comprendidos en el artículo 2 del RD 240/2007, y del que se excluía a los familiares de ciudadanos españoles. La Disposición Final Tercera, apartado Dos, por su parte, introducía en el Reglamento de la LODYLE la Disposición Adicional XX que, entre otras cuestiones, establecía la aplicación para la reagrupación de los ascendientes de español del Régimen General de Extranjería.

Como decíamos, nuestra oposición a estos preceptos se fundamentaba, esencialmente, en su contraposición con el artículo 14 de la Constitución Española. En el fondo, nuestro planteamiento reclamaba un posicionamiento del Tribunal Supremo sobre la compatibilidad del régimen de «discriminación inversa» en las «situaciones puramente internas» con el texto de nuestra Constitución. Lo considerábamos (y lo seguimos considerando), en palabras del dictamen del Consejo de Estado sobre el Real Decreto, «una situación menos

(8) STS de 1 de junio de 2010. Voto Particular que formula la Magistrado Excm.a Sra. Doña M.ª Pilar Teso Gamella. Apartado II.Primerο.

(9) Fundamento Jurídico 45 de la STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-291/2005. En el mismo sentido, son antecesoras de esta sentencia las SSTJCE de 17 de septiembre de 2002, Asunto Carpenter C-60/00, y de 23 de septiembre de 2003, asunto Akrich C-109/01.

favorable [para los ciudadanos españoles] respecto de los comunitarios y nacionales de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el EEE que carece de justificación».

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha evitado pronunciarse sobre esta cuestión. Al haber declarado nulo el inciso «otro Estado miembro» del artículo 2 del RD, al analizar el apartado de nuestro recurso dedicado a la Disposición Final Tercera del RD 240/2007⁽¹⁰⁾, le ha bastado con retrotraerse a lo afirmado en aquel Fundamento Jurídico y, por tanto, declarar nulos ambos preceptos sin mayor referencia a su compatibilidad con el artículo 14 CE. La sentencia ha sido corregida por auto de 14 de septiembre de 2010, ya que por error material se anulaba la Disposición Adicional XIX, en vez de la XX, como pedían los recurrentes y fue argumentado por la sala. Ni siquiera el análisis del Voto Particular, que considera que no hay oposición entre la norma reglamentaria española y la norma comunitaria, entra en la valoración de la compatibilidad de aquella con el artículo 14 CE.

No obstante todo ello, no es menos cierto que el Tribunal Supremo, si bien con una parca argumentación, anula la Disposición Adicional XX, que solamente se refería a Derecho interno, luego es imaginable que la voluntad del alto Tribunal es equiparar en el ejercicio de los derechos a los comunitarios y a los españoles en cuanto a poder vivir con sus familiares directos, ya que de lo contrario podía haber anulado el inciso «otro Estado miembro» pero haber dejado la Disposición Adicional XX. A este respecto no hemos de olvidar que ya el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de junio de 2004, anuló determinados preceptos del RD 178/2003, que regulaba el régimen de los comunitarios y sus familiares, precisamente por la extensión del régimen comunitario a los familiares de los españoles, pues **«obedece sin duda a la necesaria igualdad de trato, en función de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución en relación con el 19 de la misma, que ha de darse tanto a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el EEE así como a los españoles»**.

Desde el apartado práctico, el razonamiento de la mayoría de la Sala satisface nuestros planteamientos porque declara nulos ambos preceptos. No obstante, desde un punto de vista jurídico nos deja insatisfechos, puesto que nos hurta una reflexión sobre la aplicabilidad del principio de igualdad del artículo 14 CE a este tipo de casos. Esta sentencia nada dice de la posibilidad de que el legislador reglamentario equiparase al régimen comunitario a los familiares de ciudadanos españoles que hubieran ejercido la libertad de circulación y excluyese de él a los familiares no comunitarios del resto de ciudadanos españoles. Una reflexión sobre el particular, aun a título de *obiter dictum*, habría aclarado futuras regulaciones sobre la materia.

III. SEPARARSE LEGALMENTE NO EQUIVALE A DIVORCIARSE

Otra de las cuestiones sobre las que se planteó la nulidad del Real decreto 240/2007 hacía referencia a su equiparación entre la separación legal y el divorcio. Concretamente, tal situación se producía en el artículo 2, letras a) c) y d), en los artículos 9.1, 9.4, 9.4.a) y 9.4.d), así como en la Disposición Final Tercera, Apartado Dos. Estos preceptos excluían

(10) STS de 10 de junio de 2010, Fundamento Jurídico Undécimo, B).

del régimen jurídico aplicable a la entrada y residencia en España de los familiares de ciudadanos de la Unión al cónyuge separado legalmente.

En este sentido, el argumento para solicitar que se declarasen nulas estas referencias en los citados preceptos era su incompatibilidad con la Directiva, dado que, en estos puntos, la Directiva hablaba exclusivamente de cónyuges, sin introducir la cuestión de la separación legal. Por tanto, y puesto que la separación, de hecho o legal, no extingue el vínculo matrimonial, los cónyuges separados legalmente siguen siendo cónyuges y, por tanto, a ellos les resulta de aplicación el régimen de familiares comunitarios.

El Tribunal Supremo consideró acertado nuestro razonamiento anulando las referencias que al cónyuge separado legalmente se hacían en los preceptos antes citados, algo que considera incorrecto el Voto Particular que se contiene en la sentencia. Para la magistrada Teso Gamella, que el legislador reglamentario excluya al cónyuge separado legalmente del concepto de cónyuge obrante en la Directiva a la hora de trasponerla no es más que parte de la modulación y concreción permisible para el Estado en el proceso de trasposición.

En su oposición a la opinión de la mayoría de la Sala, el Voto Particular considera que la interpretación citada conduce al absurdo de que el mismo ciudadano separado legalmente pueda, a su vez, tener una pareja con la que mantenga una relación estable y, por tanto, reagrupar al mismo tiempo a la pareja de hecho y al cónyuge separado.

Ciertamente, defrauda leer una consideración de este tipo en un Voto Particular de una sentencia del Tribunal Supremo, ya que la magistrada olvida que para la reagrupación de la pareja de hecho se requiere la inscripción en el registro de parejas de hecho, y que dicha inscripción se deniega en el caso de que alguno de los solicitantes estuviera casado y no hubiera obtenido el divorcio⁽¹¹⁾. De hecho, es éste otro argumento más que incide en que, en el régimen matrimonial español, el separado legalmente sigue siendo cónyuge y, por tanto, está comprendido dentro del concepto de cónyuge al que se refiere la Directiva.

Tampoco resulta aceptable la consideración del Voto Particular de que el legislador comunitario no ha entrado a distinguir entre cónyuge y cónyuge separado legalmente porque la Directiva está redactada sin tener en cuenta el Derecho español. Se trata de una consideración particular de la magistrada sin mayor soporte argumental. Es más, dado que la figura de la separación legal no es restrictiva de nuestro sistema matrimonial, sino que se encuentra en la legislación de al menos cuatro Estados miembros más⁽¹²⁾, podemos considerar que la ausencia de referencia a la separación legal en la Directiva no es un olvido sino una opción.

Conviene tener en cuenta, a este respecto, que la exclusión del cónyuge separado legalmente no sólo hace referencia a éste, sino también a sus ascendientes y descendientes. La norma española anulada impedía la entrada de la suegra de un ciudadano comunitario que estuviese separado legalmente de la hija de ésta. Ello impediría que la citada suegra, abuela de los hijos del ciudadano comunitario, pudiera acompañar a éste a España para el

(11) Es más, el propio apartado 1.b) del artículo 2 establece que «Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí».

(12) En concreto, Portugal, Grecia, Irlanda e Italia, además de Escocia. Vid. MONJE BALMASEDA, Ó., y otros, *El nuevo Derecho Matrimonial. Comentarios a las Leyes 13/2005, de 1 de Julio y 15/2005, de 8 de Julio*, Dykinson, Madrid, 2007.

cuidado de los menores. Es un ejemplo de uno de los supuestos en los que el exceso de celo del legislador reglamentario español a la hora de trasponer la Directiva provocaría graves perjuicios familiares.

No obstante, la mayoría de la Sala no requiere de argumentaciones de este tipo, sino que se basta con aplicar la lógica de los artículos 83 y 84 del Código Civil para entender que la situación de separación legal no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial y, por tanto, «en tales supuestos no debe de desaparecer (*sic*) tampoco la extensión —al cónyuge separado legalmente— del régimen jurídico contenido en el Real Decreto impugnado»⁽¹³⁾.

IV. EN ESPAÑA LOS REGISTROS DE PAREJAS DE HECHO VÁLIDOS SON LOS REGISTROS AUTONÓMICOS

Uno de los preceptos del Real Decreto 240/2007 que había provocado una interpretación más absurda por parte de la Administración española era el referente a las parejas de hecho. Hay que recordar que la dicción del apartado 1.b) del artículo 2⁽¹⁴⁾ y de la Disposición Final Tercera, apartado Dos, del RD 240/2007⁽¹⁵⁾, exigían la imposibilidad de dos registros simultáneos en el mismo Estado para aceptar la inscripción de una pareja como válida a los efectos de otorgar a la pareja del ciudadano comunitario el régimen de familiar de ciudadano de la Unión.

La paradoja, que ya ha sido ampliamente comentada⁽¹⁶⁾, llegaba en la interpretación que de dicho precepto hacía la Administración al entender que la inexistencia en España de un registro único estatal era motivo suficiente para que las parejas de hecho registradas de

(13) STS de 10 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Tercero.

(14) «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 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».

(15) «1. 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, será de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano español, cuando le acompañen o se reúnan con él, y estén incluidos en una de las siguientes categorías:

(...) 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».

(16) Véanse, al respecto, el trabajo ya citado de IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión del concepto “miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión”», o el Informe del Defensor del Pueblo Vasco en el 2007, páginas 463 y ss.; o el Dossier elaborado por la organización *Heldu*, accesible en intermigra.info.

acuerdo a la normativa española (en los registros autonómicos) no tuvieran derecho a la obtención del permiso de residencia como familiar de comunitario.

Es cierto que desde algunos Juzgados y Tribunales se había venido rechazando esta restricción de derechos que el Estado descentralizado provocaba entre los sujetos que se constituían en pareja de hecho en España. En el momento de dictar sentencia el Tribunal Supremo eran ya varias las resoluciones judiciales que habían considerado que las parejas de hecho registradas en los registros autonómicos tenían derecho a la obtención de la residencia como familiares de comunitarios⁽¹⁷⁾. Sin embargo, la Administración seguía manteniendo su interpretación y rechazando la posibilidad de que las parejas de hecho registradas en España de ciudadanos comunitarios accedieran al régimen de familiares de ciudadanos de la Unión.

El Tribunal Supremo ha anulado la expresión «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» del artículo 2.1.b) y de la Disposición Adicional Vigésima, apartado 1.b), y ello con la base de la incompatibilidad de tal mención con el artículo 2.2.b) de la Directiva. Dicho precepto definía como miembros de la familia 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», y la legislación del Estado español establece que los Registros públicos de parejas de hecho son competencia de las Comunidades Autónomas y los municipios.

En el Voto Particular, la magistrada rechaza la decisión mayoritaria e insiste en que la opción del legislador reglamentario se inserta en el margen de configuración que le resulta propio a cada Estado a la hora de trasponer una Directiva, con el objetivo de imponer certidumbre y rigor en la configuración y definición de ese miembro de la familia. No obstante, la mayoría de la Sala rechaza esa interpretación finalista al considerar que, pese a que pueda ser loable el esfuerzo por evitar fraudes en el ámbito de las inscripciones de parejas de hecho, tal finalidad no le corresponde a la normativa que regula la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Ciertamente, nadie pone en duda la conveniencia de poner en contacto los diversos registros de parejas de hecho existentes en el Estado español para evitar los fraudes que pudieran producirse. No obstante, se trata de una necesidad que deben cumplir los Poderes Públicos y no parece adecuado que su incumplimiento derive en una merma de derechos para las parejas registradas en España de acuerdo a la legislación que han hecho todo lo que estaba en su mano, esto es, cumplir con los requisitos correspondientes en el Registro de Parejas de Hecho competente.

No se ha mostrado cuantificación alguna del tan referido fraude en los registros de parejas de hecho, lo que nos lleva a desconocer su magnitud, pero su hipotética existencia no puede justificar que la inscripción de todas las parejas sea excluida a los efectos del RD 240/2007. Si se nos permite el ejemplo, es como si la existencia de determinadas tramas de

(17) Véanse, entre otras, la sentencia de 26 de septiembre de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sentencia 476/2008), la sentencia de 19 de febrero de 2009 del JCA núm. 2 de Pontevedra en el Procedimiento Abreviado 421/2008, y la sentencia de 27 de enero de 2009, del JCA núm. 5 de Málaga, en el Procedimiento Abreviado 739/2008.

matrimonios de conveniencia (o blancos) llevara a la Administración a rechazar el reconocimiento de derechos a todos los matrimonios realizados en España.

En todo caso, también cabría la posibilidad de que la Administración rechace la reagrupación de aquel individuo con más de una pareja inscrita, de forma similar a lo que se prevé⁽¹⁸⁾ para los casos de reagrupaciones en supuestos de nacionales cuya ley personal admite los matrimonios poligámicos, pero, como afirma la sentencia comentada, «estas soluciones deben ser reguladas desde otras perspectivas jurídicas».

V. TODOS LOS FAMILIARES DE CIUDADANO DE LA UNIÓN TIENEN DERECHO A TRABAJAR

Otro de los aspectos del RD 240/2007 cuya declaración de nulidad se solicitaba en nuestro recurso hacía referencia a las limitaciones introducidas por éste en relación al derecho al trabajo de ciertos familiares de ciudadanos de la Unión, concretamente los descendientes que vivan a cargo del ciudadano de la Unión y los ascendientes a cargo. En relación con este punto se solicitaba la declaración de nulidad de una parte del artículo 3.2⁽¹⁹⁾.

En la práctica, si estas personas querían trabajar sólo podían hacerlo de forma esporádica y en trabajos de índole menor, puesto que la prohibición sólo se exceptuaba cuando los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para el sustento. En caso contrario, es decir, cuando estas personas quisieran realizar una actividad laboral continuada con una retribución conveniente, para poder hacerlo debían renunciar a su *status* de familiar de ciudadano de la Unión y cambiar al régimen general a través del mecanismo previsto en el artículo 96.5 del Reglamento de la LODYLE.

En este caso, la oposición con el texto de la Directiva era tan clara que ni siquiera el Voto Particular puso en cuestión los argumentos esgrimidos por los recurrentes y acogidos por la sentencia. Concretamente, el artículo 23 de la Directiva establece que «Los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena».

La ilegitimidad de privar el derecho a trabajar a los ascendientes a cargo y a los descendientes mayores de 21 a cargo ya había sido puesta en evidencia por la Comisión Europea

(18) Art. 17.1.a) de la LO 4/2000.

(19) «Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, *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*, 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» (en negrita los incisos recurridos y declarados nulos).

en contestación a una denuncia interpuesta por dos particulares españoles contra el RD 240/2007⁽²⁰⁾.

En el RD 240/2007, el legislador reglamentario español pretendió mantener las restricciones al derecho al acceso al trabajo obrantes en los reales decretos sobre la materia precedentes, sin adecuar su visión sobre el derecho al trabajo de los familiares de los ciudadanos de la Unión a los nuevos planteamientos de la Directiva comunitaria 2004/38/CE, que amplió el campo de aplicación del derecho al trabajo frente a la normativa comunitaria anterior, que resultaba más restrictiva en este ámbito.

No obstante, la dicción del artículo 23 de la Directiva resultaba tan clara que el Tribunal Supremo no dudó en declarar nulos ambos apartados del artículo 3.2 del Real Decreto por tratarse de una trasposición restrictiva con respecto a la Directiva y porque, además, resultaba limitadora del derecho de libre circulación de los ciudadanos comunitarios, que recoge el artículo 18.2 TCE, y de la libre circulación de trabajadores del artículo 39.1 TCE.

No obstante esta anulación, que desde el momento de la publicación permitiría el acceso al trabajo de los ascendientes y mayores de 21 años, al llevar necesariamente aparejada la anulación de la excepción recogida en el artículo 3.2 en su párrafo 2.º, supone que exista un vacío en cuanto a qué ha de entenderse como familiar a cargo, para el caso de que el ascendiente o mayor de 21 años comience algún trabajo temporal o a tiempo parcial. Vacío que debería llenarse, ya que de lo contrario habría quien pudiese interpretar que, de conformidad con el inciso último de ese párrafo, no anulado, deba solicitarse una tarjeta del régimen general conforme al artículo 96.5 del RD 2393/2004.

VI. OTROS ASPECTOS DE LA SENTENCIA

Podemos considerar los apartados enumerados los más trascendentes de la demanda que planteamos en julio de 2008, y de la sentencia que lo resolvió dos años después. No obstante, no fueron los únicos sino que, al menos, se solicitó la declaración de nulidad de, al menos, cinco preceptos más del RD 240/2007.

Así, por ejemplo, también se impugnó el párrafo 2.º del artículo 9.2, que expulsaba del régimen de familiares de ciudadanos de la Unión, en caso de fallecimiento de ciudadanos de la Unión, al que hubiese venido a acompañar en España a los familiares de éste que no tuvieran el derecho a residir con carácter permanente. Dicho precepto enviaba a estos familiares al régimen general del artículo 96.5 del Reglamento de la LODYLE y les exigía la demostración de su actividad laboral o de medios económicos suficientes.

El Tribunal Supremo reconoció que esta restricción resultaba contraria al artículo 12.2 de la Directiva 38/2004/CE puesto que este precepto reconocía, expresamente, el derecho de residencia a los familiares del ciudadano de la Unión difunto siempre que hubieren residido en condición de familiares de ciudadano de la Unión en el país de acogida durante

(20) Contestación del Comisario D. Ernesto Bianchi, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, de fecha 19 de febrero de 2008.

un año antes del fallecimiento. Por tanto, la sentencia declara la nulidad de este párrafo del RD 240/2007 por tratarse de una transposición restrictiva.

También se declara la nulidad del inciso «hasta el segundo grado» de la Disposición Adicional XIX. En este caso, se hacía referencia a los parientes que, fuera de los casos establecidos en el artículo 2.2 del RD, podían obtener ciertos beneficios en la tramitación de visados o en la obtención de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, precisamente por su relación con el ciudadano comunitario.

El tema objeto de litigio, en este punto, hace referencia a la distinta concepción del campo de parientes al que puede aplicársele estos beneficios. Así, mientras que la Directiva hablaba de «otros familiares», sin más limitación, el RD de transposición reduce dicho ámbito a otros familiares «con parentesco hasta segundo grado». Se reproduce aquí la controversia que se mantiene a lo largo de la sentencia entre la mayoría de la Sala y la magistrada que realiza el Voto Particular. Así, mientras que para la segunda esta limitación se trata, simplemente, de una restricción lógica en la función de adaptación de la norma comunitaria al ámbito estatal, para la mayoría de la Sala es una restricción inaceptable que obliga a que se suprima esta limitación.

Parece más adecuada la visión del conjunto de la Sala que hace referencia a que la Directiva ya establece unas restricciones al concepto de «otros familiares», puesto que exige 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”»⁽²¹⁾.

También, y de esta misma Disposición Adicional XIX, se impugnó el inciso referido a que dicha disposición se aplicase a los ciudadanos de «otro Estado miembro», lo que dejaba fuera a esos otros familiares de los ciudadanos españoles no recogidos en el artículo 2 del Real Decreto. El Tribunal supremo acoge la impugnación pero por error anula el inciso «otro», referido a otro familiar, no a otro Estado miembro, como pedíamos. Este error, entendemos que material, está pendiente de corregir, según se ha solicitado al Tribunal Supremo. La cuestión tiene su importancia, ya que de lo contrario la extensión por motivos excepcionales a otros familiares diferentes a los del artículo 2 solo les sería aplicable a familiares de otros ciudadanos de la Unión, y por lo tanto no a los de los españoles.

Tres preceptos más fueron impugnados. Uno no estaba ya en vigor en el momento de dictarse la sentencia, puesto que el legislador reglamentario se había cerciorado de su falta de adecuación a la Directiva y lo había modificado⁽²²⁾. Los otros dos hacían referencia a

(21) STS de 1 de junio de 2010. Fundamento Jurídico Décimo Primero.A).

(22) El artículo 4.2, en su último párrafo, decía: «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, 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» (en negrita el inciso recurrido). Tras el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, se modificó dicho precepto, pasando su dicción a «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

las garantías procesales y eran, concretamente, el artículo 17, sobre la suspensión de la expulsión, y el artículo 18.2, sobre la ejecución de aquella.

El artículo 17⁽²³⁾ ha sido el único cuya nulidad se solicitó en el recurso, pronunciándose la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a favor de su mantenimiento en el ordenamiento jurídico. Entiende la Sala que las garantías establecidas en dicho artículo en relación a la tramitación de los recursos contra la orden de expulsión cumplen las exigencias del artículo 31 de la Directiva, y que las excepciones a dichas garantías también coinciden con el texto comunitario.

Si bien es cierto que la Directiva así lo establece, no es menos cierto que la STJCE, Sala 3.^a, de 2 de junio de 2005, asunto C-136/2003, declaró que «El artículo 9, apartado 1, de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los recursos judiciales interpuestos contra una decisión de expulsión del territorio de ese Estado, adoptada contra un nacional de otro Estado miembro, carezcan de efectos suspensivos** y en virtud de la cual, al examinarse tales recursos, la decisión de expulsión únicamente pueda ser objeto de una apreciación de legalidad, siempre que no se haya instituido ninguna autoridad competente en el sentido de la referida disposición». Es decir, que la mera interposición de un recurso debía tener, de por sí, efectos suspensivos, sin que sea necesario que se haya solicitado expresamente la suspensión, como ha declarado la sentencia y declaraba la directiva de reagrupación familiar, que entendemos podía haber sido interpretada en el sentido antes mencionado de que la mera interposición tendrá efectos suspensivos, como así lo hizo el TJCE respecto a la Directiva que fue objeto de impugnación.

Sin embargo, en relación con el artículo 18.2⁽²⁴⁾, de nuevo el Tribunal Supremo vuelve a acoger las tesis de los recurrentes entendiéndolo que la ejecución inmediata de la expulsión en los casos de urgencia, prevista en este artículo, es contraria a las garantías de motivación

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».

(23) Dice el artículo 17 del RD 240/2007: «1. Cuando la presentación de recurso administrativo o judicial contra la resolución de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una medida cautelar de suspensión 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». Se impugnó el artículo completo o, subsidiariamente el inciso marcado en negrita.

(24) El artículo 18.2 del RD 240/2007 decía: «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

de la resolución, notificación con información de recursos y, sobre todo, posibilidad de su ejercicio. La urgencia «no puede impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y la posibilidad de suspensión cautelar»⁽²⁵⁾.

VII. CONCLUSIONES

En un caso de este tipo, cuando el equipo jurídico de unas organizaciones como *Andalucía Acoge* o *APDH-A* se plantea la necesidad de interponer un recurso contra una norma general, lo hace desde el convencimiento de que le asiste la razón de los argumentos jurídicos y espera, en el largo período que media entre el planteamiento de la demanda y la sentencia, que así lo reconozca el tribunal competente. Por ello, la recepción de la sentencia supone una notable satisfacción para las personas que han trabajado en la preparación del recurso.

En este caso, en el que sobre un total de trece preceptos impugnados el Tribunal Supremo nos ha dado la razón en doce de ellos, la satisfacción se incrementa, esencialmente por dos razones. En primer lugar, porque el grupo de personas sabe que ha hecho un buen trabajo y, sobre todo, porque los seres humanos a los que atendemos y con los que colaboramos en el día a día ven reconocidos sus derechos.

No obstante, incluso con sentencias tan abrumadoras como ésta siempre queda un resquicio para la decepción. Por una parte, en el propio contenido de la sentencia que, como hemos indicado, no afronta una de las cuestiones que considerábamos esenciales, que era la de la compatibilidad de la «discriminación inversa» con el artículo 14 de la Constitución Española. Es decir, no sabemos si el título de nuestro artículo es cierto y «los españoles también son ciudadanos de la Unión», a los efectos del régimen de entrada y residencia de sus familiares. De momento, el Tribunal Supremo ha obligado a que se mantenga el mismo régimen para los familiares de unos y otros, pero no ha cerrado las puertas para nuevas aventuras discriminatorias del legislador reglamentario.

Por otra parte, la decepción también llega al comprobar que durante más de tres años han estado vigentes unas normas que resultaban contrarias al ordenamiento jurídico y que han restringido los derechos de muchas personas que, para nosotros, tienen rostro, nombre y apellidos. Ellos son los que más satisfechos pueden estar de esta sentencia, pero también los más desilusionados, porque siendo españoles no han podido obtener la reagrupación de sus progenitores. O porque, estando inscritos como pareja de hecho, han visto cómo su pareja ha tenido que permanecer en la irregularidad. O porque sus hijos no han podido trabajar por tener más de 21 años.

La sentencia también es un aviso para el Gobierno. Ahora que está en redacción el nuevo Reglamento de la LODYLE esperemos que sean conscientes de la existencia de una serie de principios y derechos irrenunciables. De lo contrario, cuando el texto entre en vigor volverán a tenernos ante los tribunales impugnando aquellos preceptos que consideremos que son contrarios al ordenamiento jurídico.

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» (en negrita el inciso impugnado).

(25) STS de 1 de junio de 2010, Fundamento Jurídico Décimo.