

INSTRUCCIÓN DGI/SGR/08/2006

ASUNTO: Incorporación a la UE de trabajadores, rumanos y búlgaros, por cuenta ajena y de sus familiares, a partir del 1 DE ENERO DE 2007.

COMENTARIOS

Introducción

El primer párrafo de estas Instrucciones firmadas por la Directora General de Inmigración contiene una afirmación errónea "*se hará efectiva la adhesión a la Unión Europea como miembros de pleno derecho*", dado que, como iremos comprobando en los comentarios a las Instrucciones, los nacionales de Bulgaria y Rumania, están sujetos a una serie de limitaciones laborales en España, así como obligados a estar y pasar por la obtención de una serie de requisitos, que no aparecen recogidos ni en el Tratado de Adhesión, ni tampoco en el Protocolo o el Acta relativa a las condiciones de adhesión de las Repúblicas de Bulgaria y Rumania y a las adaptaciones de los Tratados en que se fundamenta la Unión Europea, se podrá afirmar que tal expresión no parece plenamente acertada.

Continúa el escrito administrativo mencionado la "*cláusula de salvaguardia*", como un invento reciente, cuando ya en el DOUE, Serie L, nº 236, de 23 de septiembre de 2003, aparecía recogida esta expresión, contenida en la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 14 de abril de 2004, fecha de entrada en vigor del Tratado, Protocolo y Acta de Adhesión de los mencionados países, excepto Chipre y Malta.

Dicha adhesión, así como las Instrucciones emanadas (aunque no aparezca centro emisor, ni firma alguna sino únicamente la fecha de 14-04-04), ya fueron objeto de comentarios publicados en la página del ICAM.

Es de hacer notar que determinados textos tanto del Tratado, como del Protocolo y del Acta, que fueron publicados el día 21-06-05 en el DOUE, Serie L 157, de Adhesión de Bulgaria y Rumania a la Unión Europea son idénticos a los del Tratado de Adhesión del año 2003 y que se refería a los diez países firmantes del mismo, junto con los Miembros de la Unión Europea.

El Tratado, según recoge su artículo 4 ha entrado en vigor el día 1 de enero de 2007, después de ser depositados todos los instrumentos de ratificación por parte de las Repúblicas de Bulgaria y Rumania.

El anexo VI del Protocolo, "*Lista contemplada en el artículo 20 del Acta del Protocolo: Medidas transitorias para Bulgaria*" así como el Anexo VII "*Lista contemplada en el artículo 20 del Protocolo: Medidas transitorias para Rumania*", así como el Anexo VI del Acta, "*Lista contemplada en el artículo 23 del Acta de Adhesión: Medidas transitorias para Bulgaria*" y anexo VII, "*Lista contemplada en el artículo 20 del Protocolo: Medidas Transitorias para Bulgaria*", son de idéntico contenido que las publicadas en el DOUE Serie L 236, de 23-09-03, en referencia al Anexo 11.2, Libre circulación de personas: Anexo III, Lista contemplada en el artículo 21 del Acta de Adhesión. 1. Libre circulación de personas; Anexo V, Lista contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión: República Checa; Anexo VI, Lista contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión: Estonia; Anexo VII, Lista contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión: Chipre; Anexo VIII, Lista contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión: Letonia; Anexo IX, Lista contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión: Lituania; Anexo X, Lista contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión: Hungría; Anexo XI, Lista contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión: Malta; Anexo XII, Lista contemplada en el artículo 24 de Acta de Adhesión: Polonia; Anexo XIII, Lista contemplada en el artículo

24 del Acta de Adhesión: Eslovenia y Anexo XIV, Lista contemplada en el artículo 24 del Acta de Adhesión; Eslovaquia, así como el Anexo III del Acta Final, Letra C, números 6, 7, 10, 11, 13, 14, 15 y 16 y Letra D, número 19.

De la comparación de los Anexos citado aparece meridianamente claro que la UE, no ha variado su postura desde 2003 y que tampoco Alemania y Austria han variado de criterio a la hora de establecer medidas transitorias para los trabajadores búlgaros y rumanos, por cuenta ajena, que se incorporen o traten de incorporarse a sus mercados de trabajo.

Lo que la Dirección General de Inmigración califica como "*cláusula de salvaguardia hasta que transcurra un período transitorio*", la UE lo viene denominando desde hace casi 4 años como "*Medidas transitorias*", es decir que para la Administración española prima el concepto de guardar o salvaguardar los derechos de los trabajadores españoles y de los Comunitarios, frente a los de los dos nuevos miembros, mientras que en la UE prima el concepto de transitoriedad o situación no perpetua, que incluso puede rebajarse de los 7 años (2+3+2), dado que incluso algún país ya ha eliminado las medidas transitorias que no serán de aplicación a los trabajadores búlgaros y rumanos que, por cuenta ajena, deseen trabajar en su país.

La afirmación de que "*una vez finalizado el período transitorio*" se aplicará automáticamente el R.D. 178/2003, es una verdad a medias, por cuanto de acuerdo con los anexos VI y VII, del Protocolo (número 7 en ambos) y VI y VII (número 7, también) del acta de Adhesión se podrá solicitar a la Comisión que declare la suspensión total o parcial de los artículos 1 a 6 del Reglamento (CEE) número 1612/68, e incluso en casos excepcionales y urgentes. Los Estados miembros podrán suspender la aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento (CEE) 1612/68 y notificar ex post (notificación razonada) a la comisión la suspensión acordada.

En el Reino de España el Consejo de Ministros, en su reunión del día 22-12-06, aprobó el "*período transitorio*" de la Libre circulación de trabajadores de Bulgaria y Rumania, estableciéndolo (cuando debía decir medidas transitorias como indica la UE) en un período de dos años, aplicable de forma flexible, pero con posibilidad de reducción de la duración, según la evolución del mercado de trabajo. Más adelante afirma que el Gobierno español pretende aplicar a los trabajadores búlgaros y rumanos un período transitorio más reducido al que se viene estableciendo en el Tratado de Adhesión, cuya duración será de dos años.

El Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales ya ha manifestado en TVE que la duración de las medidas transitorias sería de un año o de menor duración si lo permite el mercado de trabajo, haciéndose eco de la posibilidad de finalización del "*período transitorio*", según la evaluación realizada al final del primer año, es decir el 31-12-07.

-Continúan las Instrucciones con una referencia al régimen de entrada en España de los nacionales búlgaros y rumanos, olvidando que en la UE no existen fronteras internas y estar en cualquier Estado miembro, bien como nacional, bien como comunitario es igual que estar en España, en el sentido que no se entra y se sale de un Estado miembro sino que se está o no se está en la UE.

La circular de la Dirección General de Inmigración hace primar el pasaporte sobre el DNI, búlgaro o rumano, y ello quizás como influencia y rémora de la L.O. 4/2000 y su Reglamento de desarrollo, R.D. 2393/2004, cuando en realidad el artículo 25 de la L.O. 4/2000 se refiere a cualquier documento que acredite su identidad (y por tanto su nacionalidad), siempre que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y el Tratado de Adhesión es un Convenio Internacional, ratificado por España con la firma del Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación y el Secretario de Estado por la Unión Europea, que fueron designados

plenipotenciarios, a tal efecto, por el Rey de España.

-Continúa con una exigencia que, cuanto menos, es "*contra iure*". Exige visado de estancia o de tránsito a los familiares beneficiarios del régimen comunitario de extranjería, de nacionales de Bulgaria o de Rumania, que no sean nacionales de ninguno de ambos Estados, ni de otro Estado miembro de la EEE o de la Confederación Suiza, salvo que se encuentren exentos de dicha obligación por razón de su nacionalidad.

Como es costumbre en la Administración, siempre se designa para redactar las Instrucciones a aquel funcionario, laboral o consejero "*digital*", que menos conocimiento tiene en la materia. Y el resultado es el que se puede prever.

El redactor no ha tenido en cuenta que la L.O. 4/2000, de 11 de enero, en su artículo 1, número 2, decía: "*Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la Legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*"

Este texto, por extraño que parezca desapareció de la Ley Orgánica cuando se aprobó la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sin que nadie ni en el Congreso de los Diputados, ni en el Senado, ni en los diferentes partidos políticos, pudiesen aclarar a este comentarista cual fué la causa de dicha desaparición.

En los comentarios que efectué a las enmiendas presentadas por los diferentes grupos parlamentarios y en el comentario al texto de la propia Ley orgánica 8/2000, apunté que podía deberse a un despiste o error de la persona que transcribió el texto y que se pudo "*comer*" dicho apartado 2, y lo que tenía que ser apartado 3, producto de la aceptación de la Enmienda 243 presentada por el Grupo Socialista en el Congreso, pasó a ser, pura y llanamente apartado 2, no recogiendo la L.O. 8/2000 el texto anterior de la L.O. 4/2000, pero tampoco derogándolo por cuanto la Disposición Derogatoria Única de la L.O. 8/2000, número 1, dice: "*Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que se contradigan o se opongan a la presente Ley*".

Es claro que el texto omitido ni contradecía, ni derogaba el nuevo texto legal, luego debía seguir siendo de aplicación dado que ningún grupo parlamentario presentó enmienda alguna solicitando que fuese suprimido, que fuese reformado o que fuese derogado. Teoría que han mantenido la profesora Aurelia Alvarez Rodríguez y el abogado del REICAZ Pascual Aguelo Navarro.

Con independencia de lo anterior en el año 2000, mes de diciembre, seguían en vigor los Reales Decretos 766/1992 "*Entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas*", que derogaba el Real Decreto 1099/1986, dictado en cumplimiento de las obligaciones imputas a España por el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas, al amparo de lo dispuesto en los artículos 48, 52 y 59 del Tratado de la CEE.

En el año 1991, el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó el Reglamento CEE número 2194/1991 de España y Portugal, por una parte, y los otros Estados miembros por otra y que adelantaba el final de dicho período transitorio al 31 de diciembre de 1991, excepto en el caso de Luxemburgo que sería el 31-12-92.

Posteriormente el Consejo aprobó las directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 90/366/CEE, relativas, respectivamente, al derecho de residencia, al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta propia o ajena que hayan dejado de ejercer una actividad profesional y la última, relativa al derecho de residencia de los estudiantes y todas de fecha 28-06-90 y que debían ser incorporadas, lo más tarde, al derecho interno el 30-06-92; debido a todo esto se redactó el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, que derogaba explícitamente el antiguo R.D. 1099/1986, excepto en lo referente al período transitorio con Luxemburgo que se mantenía en vigor hasta el 31-12-92.

Más tarde se firmó el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en Oporto el día 2 de mayo de 1992, ratificado por el Reino de España el 26-11-93, por el que los nacionales de Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia, podían entrar, trabajar y residir en nuestro país siéndoles de aplicación el R.D. 766/1992, aunque el mismo debía ser modificado en el sentido de su ampliación a los países del EEE, cosa que se hizo a través del R.D. 737/1995, que modificaba el de 1992.

Años más tarde y, a la vista de la Jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Asunto 267/83, Diatta contra Land Berlín) y de que la Comisión Europea formuló una carta de emplazamiento y posterior dictamen motivado, relativos al R.D. 766/1992, en el que se hacían dos observaciones a su contenido, aconsejaban la modificación y puesta al día del citado Real Decreto, modificado por R.D. 737/1995, lo que se efectuó mediante el R.D. 1710/1997.

En fecha 21 de junio de 1999, se firmó el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza, que entró en vigor el 1 de junio de 2002, y, más tarde, el 28 de julio de 2000, se firmó un Acuerdo entre los Ministros de Interior de Francia, Alemania, Italia y España a fin de suprimir la obligación de poseer una tarjeta de residencia, en determinados supuestos, lo que obligó al Gobierno Español a elaborar el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre *"entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo"*, olvidándose de hacer constar la Confederación Suiza y, que actualmente se encuentra en vigor, y es de plena aplicación a los nacionales búlgaros y rumanos y a sus familiares, aunque el redactor de las Instrucciones parezca desconocerlo, así como su superior jerárquico que firma y rubrica las mismas.

A tenor de lo anterior no son de aplicación, salvo que les sean más favorables, a los nacionales búlgaros y rumanos y a sus familiares las Disposiciones de la L.O. 4/2000, con sus tres modificaciones posteriores, ni tampoco el R.D. 2393/2004, tanto por recogerlo el artículo 1.3 de la L.O. 4/2000, en la redacción dada por la L.O. 14/2003, como por el hecho de que el texto del artículo 1.2 de la primitiva Ley Orgánica 4/2000, no aparece reformado ni derogado en disposición legal alguna.

Tampoco es de aplicación el artículo 25.2 de la L.O. 4/2000 en la redacción dada por la L.O. 14/2003, ni tampoco los artículos 6, 22, 23, 26, 27, 28, 32, 36, 43, 52, 60, 67, 70 y cualquier otro que haga referencia a la palabra visado, máxime cuando el texto del R.D 2393/2004, sólo será de aplicación a los comunitarios y a sus familiares cuando les sea más favorable, es decir nunca.

Libre circulación

-El redactor no ha tenido en cuenta la Directiva 2004/3 8/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.

Dicha Directiva modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y deroga las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE Y 93/96/CEE

Hemos de hacer hincapié en lo indicado en el artículo 2.2) *"Miembros de la familia"*:

- a) El cónyuge
- b) La pareja, con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una Unión registrada....
- c) Los descendientes menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)

- d) Los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)

De igual manera hemos de transcribir el texto del artículo 5, de dicha Directiva, a fin de que el lector tenga una mejor comprensión de la materia y no de lo que indica el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales:

Artículo 5: Derecho de entrada

1.- Sin perjuicio de las disposiciones que regulan los documentos de viaje en controles fronterizos nacionales, los Estados miembros admitirán en su territorio a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido.

A los ciudadanos de la Unión no se les podrá imponer ningún visado de entrada ni obligación equivalente.

2.- Los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro sólo estarán sometidos a la obligación de visado de entrada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 539/2001, o, en su caso con la legislación nacional. A los efectos de la presente Directiva, la posesión de la tarjeta de residencia válida contemplada en el artículo 10 eximirá a dichos miembros de la familia de la obligación de obtener visado.

Los Estados miembros concederán a dichas personas todas las facilidades para obtener los visados que precisen. Estos visados se expedirán gratuitamente lo antes posibles, mediante un procedimiento acelerado.

3.- ...

4.- Cuando el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia que no sea nacional de un Estado miembro no disponga de los documentos de viaje necesarios o, en su caso, de los visados necesarios, el Estado miembro de que se trate dará a estas personas, antes de proceder a su retorno, las máximas facilidades para que puedan obtener o recibir en un plazo razonable los documentos necesarios o para que se confirme o pruebe por otros medios su calidad de beneficiarios del derecho de libre circulación o residencia.

5.- El Estado miembro podrá exigir al interesado que notifique su presencia en el territorio en un plazo de tiempo razonable y no discriminatorio. El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la imposición de sanciones proporcionadas y no discriminatorias contra el interesado.

En el mismo sentido el artículo 7, apartado 1, letra d) *"es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c)"*.

El apartado 2, del mismo artículo: *"El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnen con él en el Estado miembro de acogida, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del apartado 1"*.

El artículo 9, al referirse a los *"Trámites administrativos para los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro..."*, y en relación a *"periodos de residencia superiores a tres meses"*, en su apartado 1, dice: *"Los Estados miembros expedirán una tarjeta de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro cuando el período de residencia previsto sea superior a tres meses"*.

El artículo 10 concede un plazo de seis meses, a la Administración, para expedir la *"tarjeta de residencia familiar de un ciudadano de la Unión, a contar desde la fecha de la presentación de la solicitud"*. Lástima que no nos indique la Directiva, como efectúa la Disposición Adicional Primera de la L.O. 4/2000, si el silencio es positivo o negativo. En el apartado 2 de este artículo se indican los documentos que exigirán los Estados miembros para la expedición de la tarjeta de residencia, letras a) a f), sin que entre los mismos se incluya la exigencia de un visado.

La expresión usada por la directiva, exigirán, tiene carácter imperativo y parece ser que también de *"numerus clausus"* o lista cerrada, dado que si el Legislador comunitario hubiese deseado que se exigiese algunos documentos más, indudablemente los habría hecho constar, o bien haber empleado una fórmula genérica., del estilo de *"o cualquier otro que estimen pertinente cualquier Estado miembro"*, y no ha actuado de esta manera.

El artículo 22 indica que el derecho de residencia se extenderá a todo el territorio del Estado miembro de acogida, el cual únicamente podrá establecer limitaciones territoriales cuando estén previstos también para sus propios nacionales.

El artículo 23, dice: *"Los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena"*.

El artículo 24 se refiere a la *"Igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado miembro"*, *"El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia"*.

El artículo 25 recoge que la posesión de un certificado de registro (art 8), un documento (o tarjeta) acreditativo de la residencia permanente, un resguardo de solicitud de tarjeta de residencia, no podrá en ningún caso constituir una condición previa para el ejercicio de un derecho o la realización de un trámite administrativo, ya que la situación de beneficiario de los derechos puede acreditarse por cualquier otro medio de prueba.

La parte subrayada del texto del artículo guarda una completa y total relación con lo que se indica en el artículo 24.2 C.E.: *"a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa"* y del artículo 80 de la Ley 30/92, *"podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho"*. Existe, pues, una completa concordancia entre lo indicado en la Directiva y nuestro derecho interno, permitiendo ambas el uso de cualquier medio de prueba para acreditar la situación de los beneficiarios de derechos.

Las limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, corresponde su desarrollo a los Estados miembros, sin que estas razones puedan (no podrán) alegarse con fines económicos. Las medidas adoptadas deben ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. Hace especial hincapié la Directiva en el hecho de que "la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas". *"La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficiente grave que afecte a un interés de la sociedad"* *"No podrá argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general"*.

Respecto a los antecedentes penales, es decir el certificado o acreditación o negación de los mismos, será el Estado miembro de acogida quien podrá, cuando lo juzgue indispensable, solicitarlos, sin que dicha consulta pueda tener carácter sistemático.

El artículo 33 prohíbe al Estado miembro de acogida emitir una orden de expulsión del territorio como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad, salvo cuando dicha orden cumpla los requisitos de los artículos 27, 28 y 29.

-Todo lo anterior, que apoya la tesis de este comentarista, no es sino una copia de unas Disposiciones Comunitarias con más de 40 años de vigencia y que han sido mejoradas

con el tiempo debido a los cambios efectuados en la Unión Europea, así como las sucesivas ampliaciones de la misma y los diferentes Tratados de Adhesión, sin olvidar los cambios sociales y la práctica de los diferentes Estados miembros que ha sido puesta en conocimiento de la Unión a través, tanto de Reuniones, como de Acuerdos (bilaterales o plurilaterales), que han convergido en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, Directiva 2004/38/CE.

*El primer Reglamento de la, entonces, Comunidad Económica Europea, lleva el número 15 y fecha de 15 de agosto de 1961, *"relativa a las primeras medidas para la realización de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO n° 57 de 26-08-61)"*

Este primer embrión legislativo ya contenía unas ideas y manifestaciones muy claras y concretas a las que debían sujetarse, los entonces escasos Estados miembros:

*Desarrollo de los artículos 48 y 49 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

* Libertad de circulación de trabajadores nacionales de un Estado miembro, a los otros Estados miembros.

* Igualdad de trato entre trabajadores nacionales de un Estado miembro y los trabajadores del Estado miembro de acogida.

*La esposa y los hijos menores de veintiún años de un trabajador procedente de un Estado miembro, con trabajo regular en el Estado miembro de acogida serán admitidos para su instalación en él, es decir residir (en términos más modernos) en el territorio de este último Estado. Dichos familiares están autorizados a ocupar un empleo asalariado.

*Posteriormente se dictó la Directiva del Consejo de 25 de febrero de 1964 (DO 4-4-64) número 64/221/CEE, *"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"*.

*Son de aplicación a los trabajadores

*Son de aplicación al cónyuge e hijos y a los miembros de la familia que reúnan las condiciones de los reglamentos y directivas adoptadas en esta materia, de conformidad con el Tratado.

*Las razones invocadas por el Estado miembro de acogida no podrán serlo con fines económicos

*La existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas.

*La decisión (ahora resolución) sobre concesión o denegación deberá ser adoptada antes de los seis meses siguientes a la solicitud del permiso.

* Contra la decisión el interesado podrá interponer los mismos recursos de que disponen los nacionales del Estado contra los Actos administrativos.

*Continúa con la Directiva del Consejo de 25-03-64, *"relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la residencia de los trabajadores de los Estados miembros y de su familia en el seno de la Comunidad"*, número 64/240/CEE (DO 17-4-64

*Complementa al Reglamento del Consejo n° 68/64/CEE

*Para ejercitar el Derecho a la Libre circulación sólo es necesario estar en posesión, y presentar, una tarjeta o carta de identidad o un pasaporte válido y no caducado.

*Se reconoce el derecho de los trabajadores de entrar en el territorio de cualquier Estado miembro y ejercer una actividad asalariada.

*Puede exigirse visado de entrada a los miembros de la familia del trabajador que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros.

*Se reconoce el derecho, de los miembros de la familia del trabajador de un Estado miembro, al derecho de residencia en el Estado miembro de acogida

*Este derecho estará amparado por un *"permiso de residencia"*

*La presente directiva no deroga las disposiciones más favorables para el trabajador

y su familia, existentes en el Estado miembro de acogida.

-En la misma fecha, 17-04-64 y en el mismo Boletín Oficial o DOCE, aparece recogido el Reglamento 38/64/CEE, de 25-03-64, del Consejo relativo a *"la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad"*

Este Reglamento hace referencia en su Exposición de Motivos a los artículos 48 y 49 del Tratado de la CEE, así como los artículos 46 a 52 del, ya citado, Reglamento 15 del Consejo de 16 de agosto de 1961, así como al Reglamento 18 publicado en el Diario Oficial (JO) de 03-04-1962 que fijaba las modalidades de aplicación del Reglamento 15 del Consejo

En el texto del mismo se refiere a la línea progresiva que debe según la Comunidad y las medidas que se deben adoptar en una segunda etapa y que deberán ser dictadas según los objetivos fijados en los artículos 48 y 49 del Tratado Constitutivo

* Derecho de libre circulación o trabajo por cuenta ajena de los nacionales de cualquier Estado miembro en cualquier otro Estado miembro

* Empleo de trabajadores, artículos 1 a 7

*Igualdad de trato entre los nacionales del país de acogida y los nacionales de cualquier otro Estado miembro en cuanto a la posibilidad de ocupar un empleo o puesto de trabajo vacante, desocupado o no cubierto en el territorio del Estado miembro de acogida, artículo 8 a 14

*Igualdad de trato en cuanto al acceso a una vivienda

* Acceso a escuelas profesionales y centros de readaptación

*Referencia a trabajadores fronterizos y temporeros

*Familia de trabajadores, cualquiera que sea su nacionalidad: cónyuge, hijos menores de 21 años, ascendientes y descendientes de trabajadores y cónyuge que estén a su cargo, artículos 17 a 21.

*Permiso de trabajo: artículos 22 y 23.

*Servicios de Empleo de los Estados miembros, artículos 24 a 30

*Comisión, artículos 31 a 36

*No habla para nada de la necesidad de visado obligatorio para la familia del trabajador.

*El DOCE, Serie L 257/2, de 19-10-68, recoge el Reglamento 1612/68, del Consejo de 15 de octubre de 1968 *"relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad"*, que deroga el Reglamento 38/64/CEE.

Todo nacional de un Estado miembro tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y ejercerla en el territorio de otro Estado miembro.

*Igualdad con los nacionales de ese Estado miembro. No discriminación. Artículos 1 a 6.

Tendrá las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales. Tendrá acceso a las escuelas de formación profesional y centros de readaptación de enseñanza.

*Nulidad de las cláusulas restrictivas en los Convenios Colectivos.

*Derecho a afiliación en organizaciones sindicales y ejercicio de derechos sindicales.

*Beneficios de los derechos y ventajas de los trabajadores nacionales en materia de alojamiento y acceso a la propiedad de la vivienda. Inclusión en listas de solicitantes de vivienda.

*Derechos de instalación y residencia de la familia del trabajador cónyuge, menores de 21 (hijos), hijos del cónyuge y ascendientes del mismo, ascendientes del trabajador.

*Derecho al trabajo por cuenta propia o ajena del cónyuge e hijos menores de 21 años, aunque no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

*Derecho de los hijos del trabajador a ser admitidos en cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional, artículos 10 a 12.

* Anexo para la aplicación de la letra a) del apartado 3 del artículo 16.

*Directiva del Consejo de 15 de octubre de 1968, sobre *"supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y sus familias"*

dentro de la Comunidad", número 68/360/CEE. DOCE de 19-10-68, Serie L 257.

*Los Estados miembros suprimirán las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los nacionales de dichos Estados y de los miembros de sus familias, a las que se aplica el Reglamento 1612/68/CEE.

*Para trabajar, simple presentación de tarjeta de identidad o pasaporte válido. Para los miembros de la familia, este derecho será igual que el del trabajador de quien dependen.

*No podrá imponerse ningún visado de entrada, ni otra obligación equivalente, salvo a los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de un Estado miembro.

* Derecho de estancia. Tarjeta de estancia de nacional de un Estado miembro de la CEE. Requisitos: ver artículo 4.3. Validez: cinco años. Excepciones: duración no superior a tres meses, fronterizos y temporeros.

* Expedición y renovación: tasas

*No se aplicará la presente Directiva por los Estados miembros en casos de orden público, seguridad pública o de salud pública.

*Deroga la Directiva 64/240/CEE, de 25-03-64, que se aplicará hasta transcurridos nueve meses desde la fecha de notificación a los Estados miembros.

* Anexo: apartado 2 del artículo 4.

-Directiva del Consejo de 21 de mayo de 1973, n° 73/148/CEE, del DOCE n° 172, serie L, *"relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios"*.

La Exposición de Motivos y el propio enunciado de la Directiva introducen tres expresiones que desde el año 1961 ya se preveían (Reglamento 15), dado que el citado Reglamento indica: *"Que con el curso de la siguiente etapa"* y la Directiva 64/240 dice *"Considerando que el Reglamento 38/64/CEE introduce en una segunda etapa nuevas medidas importantes de liberación"*, dado que el texto del mismo dice *"Considerando que en la línea de progresividad más arriba citada, el Reglamento n° 15 debe tener continuación en medidas relativas a una segunda etapa"*.

Dichas expresiones son: libertad de establecimiento, libertad de desplazamiento y libertad de estancia, con supresión de todas las restricciones que impidan el ejercicio de esas tres libertades.

Por lo que la Directiva considera que es *"conveniente mejorar las disposiciones relativas al desplazamiento y a la estancia dentro de la Comunidad de los trabajadores por cuenta propia y de sus familias"*, máxime cuando la Directiva del Consejo de 25 de febrero de 1964 recogía la supresión de las restricciones al desplazamiento y estancia, dentro de la Comunidad, y fija las reglas aplicables en este ámbito a las actividades por cuenta propia y que la Directiva del Consejo de 15 de octubre de 1968 modificó las normas aplicables en la materia a los trabajadores por cuenta ajena, es por lo que se hace necesario mejorar las disposiciones relativas al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los trabajadores por cuenta propia y de sus familias.

*Se suprimirán las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los nacionales de un Estado miembro que se hayan establecido o quieran establecerse en otro Estado miembro con objeto de ejercer en él una actividad por cuenta propia o quieran llevar a cabo una prestación de servicios.

* Igualmente, se suprimirá las que existiesen sobre el cónyuge e hijos menores de 21 años de dichos nacionales, sea cual fuere su nacionalidad.

* También las existentes sobre los ascendientes y descendientes de dichos nacionales y, de su cónyuge que estén a su cargo, sea cual fuere su nacionalidad.

*Para la entrada en territorio de un Estado miembro, de las personas citadas en los tres puntos anteriores bastará la presentación de una tarjeta de identidad o de un pasaporte válido.

*Se reconocerá por cada Estado miembro el derecho a la estancia permanente de los nacionales de otros Estados miembros que se establezcan en su territorio para ejercer una actividad por cuenta propia.

* Tarjeta de estancia a favor de un nacional de un Estado miembro de las Comunidades Europeas. Vigencia de cinco años y renovable.

*Para la expedición de la tarjeta y del permiso de residencia, el Estado miembro sólo podrá exigir al solicitante.

- el documento que le haya permitido entrar en su territorio
- aporte prueba de estar incluido en alguna de las categorías contempladas en los artículos 1 y 4.

* Serán gratuitos o mediante el pago de una suma que no exceda de los derechos e impuestos exigidos para la expedición del DNI a los españoles (en este caso)

*Podrá exigirse visado u obligación equivalente, para la entrada, a los miembros de la familia que no posean la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros.

Sólo se podrán establecer excepciones de la presente Directiva por razones de orden público, seguridad o salud públicas.

-Directiva 75/35/CEE, del Consejo de 17 de diciembre de 1974 (DOCE nº 14 Serie L), "por la que se extiende el campo de aplicación de la Directiva 64/221/CEE para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, a los nacionales de cualquier Estado miembro que ejerzan el derecho de permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad no asalariada".

-Reglamento 312/76/CEE, del Consejo de 9 de febrero de 1976, publicado en el DOCE Serie L, número 39, "por el que se modifican las disposiciones relativas a los derechos sindicales de los trabajadores que figuran en el Reglamento (CEE) nº 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad"

*En el artículo 8 del Reglamento 1612/68, se añade, en la primera frase de primer párrafo del apartado 1 después de la expresión "*derecho de voto*":

"y el acceso a los puestos de administración o de dirección de una organización sindical" "se suprimirá el apartado 2".

-El día 28 de junio de 1990, se adoptan y se publican en el DOCE, Serie L nº 180, de 13-7-90, tres directivas, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 90/366/CEE, de las que las dos primeras van a tener una vida de casi catorce años, hasta la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, publicada en el DOCE Serie L nº 158 de 30-04-04 y adoptada el 29-04-04, mientras que la tercera en vigor hasta el día 07-07-92 ha sido derogada por Sentencia del TSJ, Asunto C-295/90

*La primera era relativa al "*derecho de residencia*" de los nacionales de los Estados miembros que no disfrutasen de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del derecho comunitario, siendo ampliable a los miembros de su familia (cónyuge y descendientes a su cargo, así como ascendientes del titular del derecho de residencia y de su cónyuge), siempre que disponga de recursos (superiores al nivel de recursos por debajo del cual el Estado miembro de acogida puede conceder una asistencia social a sus nacionales) y disponga de un seguro de enfermedad para sí mismos y para los miembros de su familia.

El derecho de residencia se materializa en el "*permiso de residencia de nacional de un Estado miembro de la CEE*", con validez, renovable, por cinco años.

Los artículos 2 y 3, la letra a) del apartado 1, y el apartado 2 del artículo 6, así como el artículo 9 de la Directiva 68/360/CEE serán aplicables mutatis mutandi a los beneficiarios de esta Directiva.

El cónyuge y los hijos, a su cargo, tienen derecho a ejercer cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como propia en el territorio del Estado miembro de recogida, aún cuando no tengan la

nacionalidad de un Estado miembro.

Los Estados miembros sólo podrán establecer excepciones a la presente Directiva por razones de orden público, de seguridad o salud pública.

*La segunda era relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional.

Se incluyen los trabajadores por cuenta propia y ajena, así como los miembros de su familia (cónyuge descendiente a cargo, ascendientes del titular de derecho de residencia y de su cónyuge que están a su cargo, cualquiera que sea su nacionalidad), siempre que disfruten de una pensión de invalidez, de jubilación anticipada o vejez o de su subsidio por accidente de trabajo o enfermedad profesional, suficiente para no llegar a constituir una carga para asistencia social del Estado miembro de acogida y dispongan de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida.

También hace referencia al denominado "*permiso de residencia de nacional de un Estado miembro de la CEE*", e igualmente son aplicables los artículos citados anteriormente de la Directiva 68/360/CEE.

La Tercera, en vigor, hasta el día 07-07-92, según Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-295/90, se refiere a los estudiantes que sean nacionales de un Estado miembro y que no disponga ya de ese derecho con arreglo a otra disposición de derecho comunitario, así como a su cónyuge e hijos a su cargo, siempre que disponga de recursos que garanticen que no será una carga para la asistencia social del Estado, durante el período de residencia, debiendo el estudiante estar matriculado en un centro de enseñanza reconocido para recibir una formación profesional, con carácter principal y disponga de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida.

El derecho de residencia queda limitado a la duración de la formación que le sea impartida.

Exista, también, el documento denominado "*permiso de residencia de un nacional de un Estado miembro de la CE*", cuya duración podrá limitarse, como ya hemos indicado.

Cuando un miembro de la familia no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, se le expedirá un documento de residencia que tendrá la misma validez que el expedido al nacional del que dependa.

Se aplican los mismos artículos de la Directiva 68/360/CEE, (en la actualidad la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) y se permite que el hijo y los cónyuges a cargo de ese estudiante, nacional de un Estado miembro pueda acceder a todo tipo de actividad por cuenta propia y ajena en todo el territorio de dicho Estado miembro, aún cuando no tenga la nacionalidad de un Estado miembro.

Se indican las mismas excepciones por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, aplicándose en este caso, hasta el día 30-04-04, los artículos 2 a 9 de la Directiva 64/221/CEE.

La presente Directiva no constituye fundamento de derecho para que el Estado miembro de acogida tenga ninguna obligación de pago de becas de subsistencia a los estudiantes que disfrutaran un derecho de residencia.

-Reglamento (CEE) n° 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, DOCE n° 245, Serie L, de 26-08-92, "*por el que se modifica la segunda parte del Reglamento (CEE) n° 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad*".

Modifica artículo 14, apartado 1 y 2.

Sustituye todo el texto del artículo 15, por uno nuevo

Sustituye el texto completo del artículo 16, por uno nuevo.

En el apartado 1 del artículo 17 modifica una palabra, en el inciso i) de la letra a),

sustituye todo el texto de la letra b)

En el artículo 19 sustituye todo el texto del apartado 1 y añade un apartado 3.

Deroga el artículo 20

Suprime el Anexo.

-Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1983, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, publicada en el DOCE, Serie L nº 317, de 18-12-93.

Los apartados 26 y 27 de la Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-295/90, de fecha 7 de julio de 1992, justifican que el Tribunal de Justicia ejercite la facultad que le confiere expresamente el apartado 2 del artículo 174 del Tratado CEE, para declarar que los efectos de la Directiva 90/366/CEE deben ser mantenidos, en su totalidad y provisionalmente, hasta el momento en que el Consejo la sustituya por una nueva Directiva, cuya base jurídica sea adecuada.

Se han tenido en consideración los artículos 3 a) del Tratado, artículo 8 A del mismo, y los artículos 7, 128 y 174.2 del Tratado CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1964, por lo que el Consejo adoptó la presente Directiva, anulada por la Sentencia citada, aunque manteniendo vigentes sus efectos hasta el día 31-12-93, en que entró en vigor esta Directiva 93/96/CEE .

Si comparamos los textos de las dos Directivas, la de 1990 y la de 1993, el fondo de las mismas es idéntico, parece una copia ligeramente modificada, sobre todo en el estilo, pero no en la materia que tratan por cuanto que la única modificación sustancial es la base jurídica en las que se apoya cada una, sobre todo en si el Parlamento tiene o no unas prerrogativas, circunstancia negada por la Comisión, con lo que nadie o ninguno de los litigantes negaba o cuestionaba el contenido normativo esencial de la Directiva, sino su base jurídica.

En base a la Sentencia se ha redactado una nueva Directiva con el mismo contenido normativo esencial de la anulada, sin que ninguno de los Estados, el Consejo, la Comisión o bien otro Estado miembro haya cuestionado ni la base jurídica, ni el contenido esencial de la Directiva 93/96/CEE.

Visados

-Comenzaremos con el tema de los visados, que tantos quebraderos de cabeza trajo desde que el segundo trimestre de 2004 fue nombrado nuevo Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y se rodeó de un equipo que no distinguía a quien se aplicaba la L.O. 4/2000 y a quien el R.D. 178/2003.

En el mismo sentido, de ineptitud se debe opinar en cuanto a la necesidad de que un comunitario necesite una autorización de trabajo o referente a la supuesta aplicación del Régimen Sancionador contenido en la L.O. 4/2000, aplicable a los trabajadores nacionales de un Estado miembro y a su familia, aunque sean nacionales de un tercer Estado.

En el mes de mayo de 2004, justo cuando se adhirieron a la Unión Europea, 10 países, la página web del Ministerio de Trabajo, contenía un extraño escrito, que más bien parecían Instrucciones pero que carecía de fecha, firma, ni destinatarios ello dio lugar a unos Comentarios que efectué sobre el mismo y que tuvo a bien colgar el ICAM, en su página web. A dichos comentarios me remito.

Posteriormente, mediante un trabajo de fecha 12/05/04, efectué un comentario denominado RÉGIMEN COMUNITARIO que procedía, esta vez, de un escrito del Ministerio del Interior y bajado de Internet, y que contenía las mismas inexactitudes del Escrito del Ministerio de Trabajo, y añadía algunas más. Ello ha sido posible gracias a que el escrito de Trabajo únicamente se componía de siete folios, mientras que el de Interior tenía quince folios.

-Los redactores de ambos escritos, decidieron, motu proprio, o por orden superior, que no se debía ni consultar ni hacer referencia, tanto al Derecho a la Libre Circulación entre los Estados miembros de los nacionales de dichos Estados, como obviar, y no sabemos la razón, tanto los Reglamentos, como las Directivas que hacen referencia a los visados, su obtención, el procedimiento, la obligatoriedad del mismo para entrar en territorio del Reino de España, como todo lo referente al Tratado de Schengen que les pudiera ser de aplicación.

En idéntico sentido se ha de opinar en cuanto a la supuesta necesidad de que los pasaportes de familiares de comunitarios que les acompañen deben llevar estampado un sello de entrada o, en su momento de salida, salvo, que cumplan el muy difícil requisitos de disponer de una tarjeta de residencia en España.

Recoge, también, la Introducción de las Instrucciones comentadas la necesidad o posibilidad de someterles *"a un control minucioso en el cruce de las fronteras exteriores"*, de acuerdo con lo establecido en el Código de Fronteras de Schengen. Esta extraña contradicción que habla de fronteras exteriores, cuando el nacional comunitario procede de un país que es *"per se "frontera exterior"*, no se alcanza a comprender, máxime cuando Bulgaria y Rumania son países pertenecientes a la Unión Europea según el Tratado de Adhesión y pertenecen desde el día 1 de enero de 2007 a la *"Europa sin fronteras internas"*, luego se hace de difícil realización ese control minucioso, cuando supuestamente representen una amenaza para el orden público, seguridad pública o salud pública, no sabemos si del país de acogida, de los países en tránsito o de toda la Unión, dado que no se especifica en el texto comentado, ni tampoco si se han de considerar incluidos los países pertenecientes al EEE o Suiza.

-Entraremos a examinar el Tema de los visados a través de los Reglamentos, Directivas y Comunicaciones de la Comisión desde el año 1995.

* Reglamento (CE) n° 2317/95 del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, por el que se determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. Según se recoge en el artículo 1 y Anexo, los nacionales de Bulgaria y Rumania debían estar provistos de visados para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros.

* Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación del Reglamento (CE) n° 2317/95, del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, publicado en el DOCE 98/C, 101 (Serie C n° 101)

*Comunicación de la Comisión de 14-07-97, DOCE Serie C n° 180

*Reglamento (CE) n° 574/1999, del Consejo, de 12 de marzo de 1999, DOCE Serie L, n° 7, de 18-3-1999. El artículo 1 y su Anexo siguen exigiendo visado a los nacionales de Bulgaria y Rumania.

*Comunicación de la Comisión de aplicación del Reglamento 574/1999, DOCE, Serie Cn° 133, de 1-5-1999.

*Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, publicado en el DOCE, Serie L, n° 81, de 21-03-01. En el anexo I de este Reglamento que desarrolla el artículo 1.1, ya no aparece Bulgaria, como país cuyos nacionales están obligados o deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. En cambio los nacionales de Rumania, por aplicación del artículo 1, apartado y en aplicación del Anexo II, se indica *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8, los nacionales de los terceros países que figuran en la lista del anexo II estarán exentos de la obligación prevista en el apartado 1, siempre que la duración total de la estancia no supere los tres meses"*.

El apartado 2 del artículo 8, parece estar redactado únicamente para Rumania, dado que en el único país de la lista del anexo 2, que aparece señalado con un asterisco (*), por lo que hasta tanto tuviese lugar la adopción por el Consejo de una ulterior decisión a tenor de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 67 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Mientras tanto se aplicarán plenamente los artículos 2 a 6 del Reglamento referenciado.

*Reglamento (CE) n° 2414/2001 del Consejo, de 7 de diciembre de 2001, que modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001, 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.

Una vez que la Comisión ha presentado al Consejo su informe (según indicaba los párrafos segundo y tercero, del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento 539/2001, en el que se constaban los *"progresos innegables realizados por Rumania en cuanto a la inmigración"*

ilegal procedente de su país, la política de visados y los controles de sus fronteras, así como los compromisos suscritos por Rumania en este ámbito", "La Comisión recomienda al Consejo la aplicación de la exención de obligación de visado respecto a los nacionales rumanos a partir del 1 de enero de 2002".

Por ello se sustituye el considerando 12 del Reglamento 539/2001, se modifica el texto del apartado 2 del artículo 1, se sustituye el texto del artículo 8 por otro y en el anexo II se suprimen: el asterisco que acompaña a la mención de Rumania y la nota a pie de página que se refiere al apartado 2 del artículo 8.

Quedan, pues, rumanos y búlgaros en igualdad de condición desde el 1 de enero de 2002.

*Comunicación de la Comisión en aplicación del Reglamento (CE) n° 539/2001, del Consejo, DOCE, Serie C, número 363, de 19-12-01, por el que se establecen las listas de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación, cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) 2414/2001, de 7 de diciembre de 2001.

*Reglamento (CE) n° 851/2005, del Consejo, de 2 de junio de 2005, que modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 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 en lo que respecta al mecanismo de reciprocidad.

* Reglamento (CE) n° 1932/2006, del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001.

INSTRUCCIÓN PRIMERA

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS PRESENTES INSTRUCCIONES

Las presentes instrucciones se aplicarán a:

1.- Los trabajadores nacionales de los dos Estados miembros, que a partir de la fecha de adhesión traten de ejercer en España, una actividad laboral por cuenta ajena, por un período de tiempo igual o superior a un año, a través de una autorización de trabajo de una duración mínima de un año.

Introducen las Instrucciones la figura jurídica de autorización de trabajo, cuando ni los Reglamentos CE, ni las Directivas hacen referencia a esta figura, que más bien parece sacada de los artículos 36 "Autorización para la realización de actividades lucrativas", 37 "Permiso de trabajo por cuenta propia" y 38 "Permiso de trabajo por cuenta ajena" "los dos primeros modificados por L.O. 14/2003. Posteriormente han sido recogidos por diferentes artículos del R.D. 2393/2004, así los números 45 a 57 en lo referido al arraigo, al trabajo por cuenta ajena (indefinido o temporal) y trabajo por cuenta propia (artículos 58 a 62 en este caso).

Causa, por ello, extrañeza que las instrucciones separan autorización de residencia (que no se cita) y autorización de trabajo, cuando en el Reglamento de desarrollo de la Ley siempre aparecen unidos, máxime si tenemos en cuenta que residencia temporal y trabajo parecen formar un ente único e inseparable, no pudiendo decir lo mismo de la residencia permanente.

Creemos que con la adhesión se produce la plena libertad de circulación de las personas entre todos los Estados miembros de la Unión, aunque con una excepción, referida a los trabajadores, por cuanto existen unos períodos transitorios, que pueden alcanzar los siete años, según la fórmula 2+3+2 y en la que los Estados miembros conservan provisionalmente sus legislaciones nacionales durante (caso de España) dos años.

Es de total interés sobre esta materia las "Medidas Transitorias" que recoge el artículo

20 del Protocolo y las medidas enumeradas en los anexos VI y VII, también del Protocolo.

Dado que esta Instrucción 1ª únicamente se refiere a trabajadores por cuenta ajena, se ha de distinguir dos grandes grupos:

a) Trabajadores nacionales de Bulgaria y Rumania que residiendo en España en el momento de la adhesión, tuviesen concedida una autorización de trabajo por cuenta ajena antes del día uno de enero de 2007, y que dicha autorización tuviese una duración igual o superior a un año, se les debe aplicar el R.D. 178/2003, según se recoge en el párrafo segundo, apartado 2 de los anexos VI y VII del Protocolo.

b) Trabajadores nacionales de los citados países que a fecha 1-1-07, no fuesen residentes en España (y aquí es donde discrepo con mi buen amigo Pascual Aguelo Navarro y con su compañero Ángel Chueca Sancho). Pienso que, al ser de aplicación la legislación nacional, sería de aplicación el R.D. 178/2003, y dado que al mismo no prevé en ninguno de sus artículos la figura jurídica de "*Autorización de trabajo*", únicamente se podría entender que dicha "*Autorización*", se perfila como necesaria si aplicamos el artículo 1.2 del precitado R.D. "*El contenido del presente Real Decreto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados internacionales en los que España sea parte*".

Igual se ha de opinar con respecto al contenido del Protocolo y sus anexos VI y VII; pero lo que no parece de aplicación son, ni la L.O. 4/2000, ni el R.D. 2393/2004, y ello a tenor del apartado 3 del artículo 1 de la L.O. 4/2000, modificada por L.O. 14/2003, que añade el citado apartado, que nunca debió desaparecer del texto de la L.O. de Extranjería y que dice "*los nacionales de los Estados miembros de a Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*".

Con dicho texto y a tenor de R.D. 178/2003, no parece ser exigible una autorización de trabajo de duración igual o superior a un año, a los nacionales de Bulgaria y Rumania, puesto que ni el acervo comunitario, ni el R.D. citado exigen tal requisito, el cual ha sido hábil y sibilamente introducido a través de unas Instrucciones de la Dirección General de Inmigración, carentes del requisito de publicidad y que sólo obligan a los funcionarios a los que van dirigidas y los funcionarios a sus órdenes, dado que según indica el artículo 21 de la Ley 30/92, se refieren, junto a las "*órdenes de servicio*" para poder (podrán dice la Ley) dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes de la citada Dirección General, pero no pueden obligar al resto de los ciudadanos, "*salvo que se publicaran en el periódico oficial que corresponda*".

El texto del párrafo tercero, apartado 2 de los anexos VI y VII del Protocolo, para nada se refieren a autorización de trabajo y mucho menos a una teórica concesión inicial de la supuesta autorización, ya que el texto es claro "*Los nacionales búlgaros (rumanos) admitidos en el mercado de trabajo de uno de los Estados miembros actuales después de la adhesión por un período ininterrumpido igual o superior a doce meses tendrán también los mismos derechos*".

El verbo "*admitir*", según el diccionario de la Lengua significa "*aceptar, recibir, voluntariamente, permitir o sufrir*", mientras que la palabra "*autorización*", significa "*acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida*" o bien "*documento en que se hace constar ese acto*".

Por ello de acuerdo con el texto de los anexos VI y VII del Protocolo no se exige autorización alguna de ninguna autoridad española, sino la simple aceptación del trabajador nacional de cualquiera de los dos nuevos países miembros para desarrollar un trabajo, pero de ninguna manera efectuar una solicitud de autorización de trabajo y mucho menos obtener un documento oficial que permita una actuación supuestamente prohibida (trabajar), cuando el propio Protocolo en su artículo 20 nada prohíbe, sino que establece unas Disposiciones Temporales denominadas Medidas Transitorias, que ni el propio Gobierno español conoce, en estos momentos, su duración definitiva.

Los términos admisión, medidas transitorias y disposiciones temporales son sinónimos, mientras que el término prohibición es antónimo de los anteriores.

Tampoco indica nada el Protocolo del Tratado de Adhesión en cuanto a la consideración o no de la situación de empleo, máxime si tenemos en cuenta que los trabajadores nacionales de los países son comunitarios y por lo tanto acogidos al acervo comunitario y en especial a la libre circulación de trabajadores.

Muy de tener en cuenta es, dentro de las Declaraciones conjuntas de los Estados miembros actuales las señaladas con los números 1 y 2 (dentro del Texto del Acta Final) y que dicen: *"La Unión Europea destaca los importantes elementos de diferenciación y flexibilidad del régimen de libre circulación de los trabajadores. Los Estados miembros procurarán brindar a los nacionales búlgaros (y rumanos) un mayor acceso al mercado laboral con arreglo a su Derecho nacional, a fin de acelerar la aproximación al acervo. Por consiguiente, las oportunidades de empleo de los nacionales búlgaros (y rumanos) en la Unión Europea deberían mejorar sustancialmente cuando se produzca la adhesión de Bulgaria (y Rumania). Además, los Estados miembros de la UE harán el mejor uso del régimen propuesto para avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación del acervo en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores"*.

La interpretación torticera del Tratado, Protocolo y Acta Final, por parte de la Administración española, le lleva a confundir prohibición con "estar en suspenso" los artículos 1 y 6 del Reglamento CEE nº 1612/68, y por lo tanto a efectuar una interpretación policial, cuando los anexos VI y VII, en su apartado 6, es el único que emplea la expresión *"expidan permisos de trabajo a dichos nacionales (búlgaros y rumanos) a efectos de control, pero en referencia a los siete años siguientes a la fecha de adhesión y que hayan aplicado los puntos 3, 4 y 5 o los artículos 1 a 6 del Reglamento CEE nº 1612/1968"*.

En relación a la exigencia de visado, no querida ni prevista en el acervo comunitario para los países miembros, no es de extrañar que los Ministerios de Asuntos Exteriores y Trabajo no estén de acuerdo, por cuanto el primero parte del Reglamento 2317/95, del Consejo y sus posteriores modificaciones o sustituciones por otros Reglamentos ya citados, así como de las Comunicaciones sucesivas, de la Comisión en referencia al Reglamento en cada momento en vigor, mientras que el Ministerio de Trabajo sigue empeñado en aplicar a los Estados miembros, tanto la L.O. 4/2000, como su Reglamento de desarrollo, al igual que si fuesen países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. Y es que la Administración Laboral confunde fronteras interiores (inexistentes) con fronteras exteriores de la Unión Europea, no de países determinados que al estar adheridos a la Unión Europea gozan del status de Estado miembro.

Este error no es nuevo viene de antiguo, Real Decreto 766/1992, y a él se han agarrado tozudamente los diferentes altos cargos que han existido en estos quince años para exigir aquello que el acervo comunitario no exige, y que tampoco exige la Ley española de aplicación. Ello se debe a que ni el Ministerio del Interior, ni el de Trabajo, desde que entró en vigor el Reglamento 539/2001, de 15 de marzo (DOCE del día 21 de marzo), han tenido en cuenta que los nacionales de Bulgaria y Rumania estaban entre los países indicados en el Anexo II del citado Reglamento, y que por aplicación del apartado 2 del artículo 1 estaban exentos de la obligación prevista en el apartado 1 de dicho artículo, así como del anexo I, del citado Reglamento.

Con más razón, desde el día 1-1-07, en que los dos países adquieren la condición de Estados miembros, no se podrá exigir visado a los nacionales de ambos países, Bulgaria y Rumania, por cuanto no son países terceros, a los únicos que era y es de aplicación lo dispuesto en los Reglamentos *"que determinan los países terceros cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros"*.

Pero Trabajo sigue con el empeñamiento de aplicar, sin motivar el porqué, la L.O. 4/2000 y su Reglamento de desarrollo y ello a través de unas simples Instrucciones, que vulneran el principio de jerarquía normativa, el principio de legalidad y que, a mayor abundamiento, carece del principio de publicidad.

Otra aberración jurídica más, posiblemente imputable a los consejeros digitales del actual equipo y que tiene su colofón en el correo electrónico de fecha 02-02-07, hora 12:56:53 que

el Jefe de Sección de Información de Inmigración elabora en contestación a una pregunta, también por e-mail que se efectuó el día 17 de enero de 2007.

"¿Es necesario tramitar visado consular de trabajo por cuenta ajena para los nacionales comunitarios búlgaros y rumanos que se encuentren ya en España, hayan o no tramitado la Tarjeta de Residencia Comunitario, una vez se ha resuelto favorablemente la autorización de trabajo?"

CONTESTACIÓN DEL MTAS

En contestación a su correo electrónico de 19 de enero, le informo que los residentes en España en el momento de la adhesión, así como los que adquieran la residencia durante el período transitorio, cuando traten de ejercer una actividad laboral por cuenta ajena, les será de aplicación el régimen contenido en la Ley Orgánica 4/2000 y en su desarrollo reglamentario, sin que proceda considerar la situación nacional de empleo. El plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización de trabajo, el trabajador deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero, cuya validez será de un año. Dicha tarjeta perderá su validez finalizado el período de un año desde su expedición y, en todo caso, cuando finalice el período transitorio, salvo prórroga del mismo.

En los casos en los que el trabajador aún no tenga la condición de residente en España, en el plazo de un mes desde la resolución favorable del procedimiento iniciado por el empleador, dicho trabajador habrá de iniciar los trámites relativos a su trabajo por cuenta ajena en España, ante la misión diplomática u oficina española en cuya demarcación resida.

*Sección de Información de Inmigración
Subdirección General de Modernización de la Gestión
Dirección General de Inmigración...."*

Examinado el contenido de la contestación de la Administración, no extraña que los pobres inmigrantes o los trabajadores comunitarios anden tan desorientados en todo lo que se refiere a sus derechos y deberes en España, los primeros de acuerdo con L.O. 4/2000 y su Reglamento de desarrollo y los segundos según dispone el R.D. 178/2003 y el acervo comunitario en lo relativo a la libre circulación de personas y sobre el derecho de residencia.

El funcionario indica claramente "les será de aplicación el régimen contenido en la Ley Orgánica 4/2000 y en su desarrollo reglamentario ", con lo que claramente deja al descubierto su desconocimiento del Derecho Comunitario y de la Legislación española.

La L.O. 14/2003, de reforma de la L.O. 4/2000, contiene en su artículo primero. 1, una adición, que ya existía anteriormente como ya se ha indicado, de un nuevo apartado 3 con el contenido siguiente: "3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables ".

Si hubiese tenido en cuenta el contenido de los Reales Decretos 1099/1986, 766/1992, 1710/1997, 737/1995 (todos ellos derogados) y el R.D. 178/2003, actualmente en vigor y se hubiese tomado la molestia de bucear en el Código de Migraciones, elaborado por dos funcionarios de esa casa, cuando tenía su sede en el Paseo de Pintor Rosales, y se denominaba Dirección General de Ordenación de las Migraciones, D. José Ramón Manjón Manjón y D^a María Núñez González, en la actualidad destinados en el Ministerio de Trabajo, procurando actualizarlo no daría una contestación tan poco ajustada a Derecho y tan alejada de la realidad legal y reglamentaria.

Tampoco le hubiese venido mal estudiar 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) n^o 1612/68, y se derogan 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”

Igualmente debería haber manejado los Reglamentos y Comunicaciones de la Comisión sobre los nacionales y de que países, nunca comunitarios, que vienen obligados a estar en posesión de un visado si desean cruzar las fronteras exteriores de la UE.

Nada dice el acervo comunitario sobre la necesidad de que un comunitario debe estar en posesión de un visado para cruzar las fronteras interiores de los Estados miembros de la UE tampoco lo dice el R.D. 178/2003.

En el mismo sentido se debe opinar sobre la necesidad, no existente, de que el empleador de un trabajador comunitario por cuenta ajena, no residente en España, deba o tenga la obligación de iniciar un procedimiento administrativo que no recoge ninguna norma comunitaria, ni tampoco el R.D. 178/2003, ni tampoco que el nacional comunitario deba presentarse en la oficina diplomática o consular más cercana a su domicilio. Callan también el Tratado de Adhesión, el Protocolo y el Acta Final, y si el Legislador hubiese querido imponer el cumplimiento de este requisito, así lo hubiese hecho constar, al menos en el Protocolo y sus anexos, en especial los números VI y VII.

Confunde en su contestación el Derecho aplicable a un nacional de un Estado miembro, es decir, un comunitario, con el Derecho de aplicación a un nacional de un país tercero que no sea familia del comunitario, residente en España o no.

La residencia se adquiere, en el caso de un comunitario, por la entrada en España, en un pasaporte o una tarjeta de identidad. El plazo que tiene el comunitario, según se indica en el artículo 10.1 de R.D. 178/2003, es *"de un mes a partir de la fecha de entrada en España"*, para solicitar la tarjeta de residencia, que no tarjeta de identidad, del extranjero, sirviendo el resguardo de su solicitud como suficiente para acreditar su situación.

También debía conocer el funcionario que, según indica el artículo 13 del citado R.D., *"La solicitud y tramitación de la tarjeta de residencia no supondrá obstáculo alguno a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades"*.

El plazo de resolución de la solicitud es de tres meses.

La tarjeta de residencia de un comunitario es de una duración de cinco años, según indica el artículo 8.2 del citado R.D. 178/2003, y no de un año como erróneamente indica el escrito electrónico.

Por más que se empeñe el autor del escrito o correo electrónico ni son de aplicación los artículos 36 y 38 de la L.O. 4/2000, ni tampoco los artículos 49 a 54 del R.D. 2393/2004, tesis por otro lado sostenida por Pascual Agüelo y Ángel Chueca en la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería nº 13 de noviembre de 2006, páginas 287 a 294.

Por último indicar que convendría que antes de contestar ninguna pregunta, dado que la respuesta se entiende que es la interpretación legal de las disposiciones comunitarias, legales y reglamentarias, así como de los Tratados Internacionales sobre la materia, sería conveniente que el redactor tuviese en cuenta los artículos 9.3 C.E (jerarquía normativa), así como los artículos 21, 51 y 62.2 de la Ley 30/92, con independencia que se conociesen los principios de legalidad, publicidad de las normas, seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

2.- *"Nacionales de los dos Estados aludidos a los que con anterioridad a la fecha de adhesión se les haya concedido una autorización de trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior un año"*.

El redactor de las Instrucciones, al que se le supone capacidad y competencia, aunque luego no sea así, no posee experiencia ninguna en la presentación de documentación ante una oficina de extranjeros, la Delegación del Gobierno o un Área de Trabajo y Asuntos Sociales.

En el caso concreto de este apartado 2, el comunitario, búlgaro o rumano, que ya está en posesión del Número de Identificación de Extranjeros (NIE), debe proceder a solicita la Tarjeta de Residencia, de comunitario en cualquiera de los Registros Oficiales existentes, rellenando la solicitud o impreso oficial y acompañando aquellos documentos, que señala el artículo 11 del R.D. 178/2003, originales, compulsados por funcionario o Notario.

En el caso de que el extranjero no haya sido residente, es decir no tenga TIE, ni NIE, deberá proceder a solicitar NIE y cuando obre en su poder, actuar según se indica en el artículo 10 y siguientes del R.D. 178/2003.

3.- Este párrafo adolece, a mi parecer, de un defecto legal, consistente en que no es necesaria la existencia de una autorización para trabajar, exigible a aquellos nacionales de los dos Estados miembros ya citados, que empiecen a trabajar por cuenta ajena después del día 01-01-07, por primera vez, por cuanto que los anexos VI y VII del Protocolo, que desarrollan la lista contemplada en el artículo 20 del Protocolo, según recogen los párrafos terceros del número 2 de ambos anexos emplean la palabra "*admitidos*" al mercado de trabajo de uno de los Estados miembros actuales por un período ininterrumpido igual o superior a doce meses, tendrán también los mismos derechos (que los que estén trabajando legalmente en el momento de la adhesión).

En cuanto a realizar prácticas profesionales o, en el caso de estudiantes, se les autorice a realizar actividades laborales por cuenta ajena compatibles con los estudios, o sean exceptuados de autorización de trabajo, es una inclusión torticera dado que nada de ello aparece en el Tratado, el Protocolo o el Acta Final, sino que supone una transposición de lo indicado en los artículos 85 a 91 del R.D. 2393/2004, dimanantes del artículo 33 L.O. 4/2000, modificado por L.O. 14/2003.

Sería mucho elucubrar pensar que el redactor ha tenido en cuenta la Directiva del Consejo de 28 de junio de 1990, nº 90/366/CEE ya derogada, y la Sentencia del Pleno del TJCE de 7-7-92, publicada en el DOCE, Serie C, nº 295/1990.

4.- Este apartado se refiere a los familiares de los trabajadores incluidos en los puntos 1 y 2 de la presente Instrucción.

Sin duda el redactor se refiere al artículo 2 del R.D. 178/2003, en lo referente a la aplicación o ámbito de aplicación, del texto del mismo a los familiares que recoge el citado artículo. Pero se olvida o no conoce la existencia de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, que, entre otros temas, trata de la libre circulación de los miembros de las familias de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ya citada con anterioridad, en particular el artículo 1, letras a) y b), el artículo 2.2, en sus cuatro letras, artículo 3.1, 2 a) y 2 b), artículo 7, 1 a), d) y el número 2 y número 4, y los artículos 9, 10, 12, 13 y 14.

La publicación de esta Directiva en el DOUE de 30-4-2004, vendrá a influir en el texto del R.D. 178/2003, con las consiguientes modificaciones en el criterio policial e igualitario que mantienen los Ministerios de Interior y Trabajo, por cuanto el Ministerio de Asuntos Exteriores no opina al estar muy ocupado con el tema de los países subsaharianos, los cayucos, la emigración ilegal, mal denominada "*llamada Caldera*" y las tensas relaciones para conocer lo mínimo posible a los gobernantes, que no al pueblo, de dichos y "*poderosos*" países.

Resulta extraño la existencia de una diferencia de criterios aplicables a diferentes colectivos por la Administración actuante, así la consulta evacuada el día 2-2-07 indica "*será de aplicación el régimen contenido en LO. 4/2000 y en su desarrollo reglamentario, en relación con los trabajadores por cuenta ajena, comunitarios, nacionales de Bulgaria y Rumania, mientras que a sus familiares se les aplica el, en teoría, más benéfico texto del R.D. 178/2003 y en ambos casos no se acude al acervo comunitario, de plena aplicación y vigor en el Reino de España*".

Algo inaudito.

INSTRUCCIÓN SEGUNDA

RÉGIMEN APLICABLE A LOS TRABAJADORES INCLUIDOS EN LOS PUNTOS 1 Y 2 DE LA INSTRUCCIÓN PRIMERA

1.- Indica, el redactor, en este apartado que los trabajadores nacionales de los dos Estados miembros, que no sean residentes en el momento de la Adhesión, o sea el día 1 -1-07 les será de aplicación el régimen contenido en L.O. 4/2000 y en su desarrollo reglamentario (RD 2393/2004).

Volvemos a repetir que si la Administración Central del Estado por un acto administrativo denominado Instrucción, intenta modificar el artículo 1.3 de la L.O. 4/2000, modificada por L.O. 14/2003, está actuando contra derecho, fuera de la legalidad y en franca contradicción del principio de jerarquía normativa, con el agravante de que dicho acto administrativo carece de fuerza legal para oponerse al contenido de una Ley Orgánica y además carece del requisito de publicidad, dado que basta con examinar el pie del documento para afirmar que se dirige, según recoge el párrafo último de la Exposición de Motivos de las Instrucciones, a los Señores Delegados del Gobierno y Señores Subdelegados, órganos jerárquicamente dependientes, en esta materia, de la Dirección General de Inmigración, pero ni va dirigida a los administrados, cosa hartamente difícil, ni se ordena su publicación en Diario Oficial alguno, para general conocimiento y cumplimiento.

Copia de las mismas se envía a:

Sr. Director General de Asuntos y Asistencia Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

Sr. Comisario General de Extranjería y Documentación. Ministerio del Interior.

Y dentro de la Casa a:

Sr. Subdirector General de Gestión y Coordinación de Flujos Migratorios.

Sr. Coordinador de Relaciones Internacionales e Institucionales.

Este comentarista entiende que la Administración es como la mujer de César, que debe no solamente serlo, sino también parecerlo. Por ello debe de cuidarse de guardar las formas recordando que se encuentra en un Estado de Derecho, aunque no lo parezca en ciertos momentos, y actuar conforme a lo que se indica en la Constitución, en el Tratado de Adhesión de Bulgaria y Rumania a la Unión Europea, así como en su Protocolo y Acta Final, respetando tanto los contenidos de la primera, como el texto ratificado por el Reino de España del Tratado, Protocolo y Acta.

Desde que yo comenzaba mis estudios de Derecho, y aún antes, se vinculaba a los alumnos una serie de principios o máximas jurídicas que provenían del Derecho Romano.

Así: "*Las Leyes sólo se derogan por otras Leyes posteriores*", o lo que es lo mismo "*lex posterior derogat anterior*", y en el mismo sentido el respeto por ciertos principios que recoge nuestra Constitución, en especial los contenidos en el artículo 9.3 CE, y dentro de ellos el principio de Jerarquía Normativa y como no, los de legalidad y publicidad, ya comentados.

Igualmente el artículo 2.1 del Código Civil, indica: "*Las Leyes solo se derogan por otras posteriores*". Es claro que estas nuevas Leyes deben tener un rango igual o superior a la o las derogadas (excepto en el caso del Estatuto de Cataluña que modifica la Constitución por una simple Ley Orgánica, pero sin la mayoría que recoge el artículo 167.1 CE), la famosa jerarquía normativa, pero también se han de tener en cuenta lo que se indica en los números 3 y 4 del artículo 6 del Código Civil: "*3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*". "*4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley*" y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Por otro lado no parece que la actuación de la Administración se ajuste "*a las exigencias de la buena fe*", artículo 7.1 del Código Civil. La Instrucción más parece un abuso de derecho o un ejercicio antisocial del mismo, que una actuación ajustada a Derecho y propia de un buen Gestor o Administrador, según se indica en el artículo 7.1 del mismo texto legal.

Las Instrucciones de fecha 26-12-2006, reúne los requisitos esenciales que el TS exige para considerar la existencia del abuso de derecho: a) Una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación, y que por ello, la Ley debe privar de protección: b") Que esta actuación produzca efectos dañinos; c) Que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que puede plantear una acción de cesación y de indemnización.

Por lo anterior, es claro y patente que la Instrucción ni es un Tratado Internacional, ni es una Ley Orgánica, es más no es ni siquiera una disposición legal o reglamentaria, ni por supuesto un Real Decreto, sino únicamente un supuesto acto administrativo o resolución *"para dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante Instrucciones y órdenes de servicio"*.

Existe unanimidad y en la doctrina y en la jurisprudencia en admitir que las Circulares o Instrucciones no son Reglamentos. Así la Sentencia del TS de 10 de febrero de 1997 dice *"En cuanto a la naturaleza jurídica de las Instrucciones... asiste la razón el Tribunal a quo cuando entiende que no se trata de disposiciones de carácter general, como es doctrina reiterada de esta Sala (3ª) (por todas Sentencias de 24 de mayo y 27 de noviembre de 1989), las Circulares constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de la organización administrativa, con base en el principio de jerarquía que gobierna su estructura (antiguo artículo 7 LPA y actual artículo 21 de la Ley 30/92), con un contenido y finalidad específicos en cuanto actos y directrices no incluíbles en el ejercicio de la potestad reglamentaria"*

Igualmente la Sentencia S de 8-5-98, dice: *"Esta Sala en reiteradas Sentencias, así las de 24 de mayo de 1989, 5 de julio de 1995, 30 de julio y 20 de diciembre de 1996 y 10 de febrero de 1997, analizando la materia de las circulares e instrucciones de servicio, señala que tales son en sentido propio, aquellas que no innovan propiamente el ordenamiento jurídico, que como manifestación de la jerarquía normativa se hallan dirigidas a órganos que se encuentran en relación jerárquica respecto de quien las imparte, a los que obliga sólo en función de la obediencia propia e inherente a tal relación de supremacía, por lo que no forman parte del ordenamiento jurídico, aunque pueden incidir en los intereses de los particulares al fijarse mediante ella criterios de actuación a los titulares de los órganos subordinados, cuyos terceros particulares evidentemente pueden desconocer tales criterios mediante el ejercicio de los medios de impugnación que habilita el ordenamiento jurídico"*.

Las Instrucciones precisan para estar completas de un desarrollo e integración normativa que ha de tener, al menos, la misma y equivalente publicidad que tuvo la norma a integrar, para que pueda desplegar su eficacia sancionadora, ya que constituye una concreción específica de la previsión reglamentaria. En consecuencia la no publicación de las Instrucciones de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Inmigración, determina su carencia de plena eficacia ad extra (artículo 132 LPA de 1958 y artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, subsistentes tras la publicación de la Ley 30/92) y ello aunque fuese comunicada a los *"Delegados y Subdelegados del Gobierno"*, pues ello sólo implicaría una eficacia ad intra con efectos internos.

Ello quiere decir que si se quiere modificar el artículo 1.3 L.O 4/2000, o bien los artículos correspondientes del R.D. 2393/2004, e incluso del R.D. 178/2003, debe respetarse el principio de publicidad, ya comentado, que es de inexcusable observancia para la eficacia jurídica frente a los destinatarios, que lo son de todo el Estado, para la exigencia y observancia de su contenido por los mismos, máxime cuando sin publicidad no existe conocimiento por parte de los interesados (búlgaros y rumanos y sus familias).

De cualquier manera no nos encontramos ante unas Instrucciones de carácter interpretativo, puesto que del texto de las mismas ni se contiene, ni se desprende que se esté desarrollando los Anexos VI y VII del Protocolo o el artículo 20 del Tratado de Adhesión, ni tampoco el artículo 1.3 de la L.O. 4/2000 y mucho menos los Reales Decretos 2393/2004 y 178/2003.

Puede decirse que el órgano que ha elaborado las Instrucciones, no ha dictado normas de desarrollo de una Ley (dado que es incompetente para ello) sino que se ha limitado a aplicar

una L.O. que, no fue dictada, según recoge su artículo 1.3 para ser aplicado a los comunitarios, salvo que les sea más favorable, y a interpretarla, dictando una disposición de carácter no general, no podía serlo, de desarrollo de la misma.

Como colofón diremos que las Instrucciones dictadas sólo tiene fuerza vinculante para sus destinatarios, Delegados y Subdelegados del Gobierno, quienes deben obedecer a la Dirección General de Inmigración, pero no a los nacionales de Bulgaria y Rumania, ni tampoco a sus familias o al resto de los administrados.

El acuerdo del Consejo de Ministros de 22-12-06, que establecía las medidas transitorias del artículo 20 del Protocolo y Anexos VI y VII, fijó las mismas en dos años, que podrá reducirse si la evolución del mercado de Trabajo español lo permite, no desarrolló, por olvido, desconocimiento o por propia voluntad la expresión "...*los Estados miembros actuales aplicarán medidas nacionales o medidas que resulten de acuerdos bilaterales...*"

Teniendo en cuenta que reformar la L.O. 4/2000 es un trámite más complejo, laborioso y más lento que actualizar el texto del R.D 178/2003, a fin de poner al día el contenido del mismo con la Directiva 2004/3 8/CE, de 29 de abril de 2004, no se alcanza a comprender la pasividad demostrada por el Gobierno español que ha dispuesto de casi 18 meses desde que se publicó el Tratado de Adhesión en el DOUE, para redactar un texto, anterior al día 1-1-07, que constituyesen el núcleo de las "*medidas nacionales*", a aplicar a las situaciones que se produjesen como consecuencia de intentar entrar en España y Trabajar, los nacionales de los dos nuevos Estados miembros.

Lejos de actuar como un Estado previsor, el Gobierno español se limitó a adoptar un Acuerdo del Consejo de Ministros, aunque sólo 9 días antes de que entrase en vigor el Tratado de Adhesión, mientras no efectuaba variación o modificación alguna en el texto del R.D. 178/2003, y mucho menos dictaba unas normas o medidas legales que aclarasen e informasen a los futuros comunitarios, que deseaban residir y trabajar en España, los trámites a seguir dentro de ese período transitorio de dos años que se acordó el 22-12-06, y que podía ser reducido o ampliado según la evolución del mercado de trabajo español.

Quedan pues claras cuatro cuestiones:

*Inexistencia de medidas nacionales de aplicación a los nacionales búlgaros y rumanos que viniesen a España después del 1-1-07

*Inaplicación de la L.O. 4/2000 y R.D. 2393/2004, a los citados nacionales, debido al texto del artículo 1.3 de la citada Ley Orgánica

* Aplicación del texto del R.D. 178/2003

* Aplicación de la Directiva 2004/3 8/CE.

El párrafo segundo de este ordinal, aunque pueda suponer una ventaja (carácter gratuito), para los nacionales búlgaros y rumanos, carece totalmente de sentido por cuanto que no existe Disposición legal comunitaria o nacional que exija que los comunitarios estén en posesión de un visado de residencia y trabajo, para entrar en el Reino de España.

Huelga decir que ni debe acudir el súbdito o nacional de esos dos Estados miembros al Consulado Español o Representación Diplomática en Sofia o Bucarest, ni tampoco al Consulado General de España más cercano a su lugar de residencia, si la tiene fijada en otro país.

Así el artículo 5.1 de la Directiva 2004/38/CE, dice en referencia a la entrada en España (Estado miembro) "*Los Estados miembros admitirán en su territorio a todo ciudadano de la Unión en posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos y a los miembros de su familia que no sean nacionales de un Estado miembro y que estén en posesión de un pasaporte válido*".

En el mismo sentido el artículo 4 del R.D. 178/2003, que dice: "*La entrada en territorio español se efectuará con el pasaporte o, en su caso, el documento de identidad en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular*"; lo subrayado no aparece en disposición comunitaria.

A mayor abundamiento el párrafo segundo de este artículo 5, es claro y contundente: *"A LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN NO SE LES PODRÁ IMPONER NINGÚN VISADO DE ENTRADA NI OBLIGACIÓN EQUIVALENTE"*. Sobran los comentarios.

El párrafo tercero de este ordinal de la Instrucción Segunda, lleva toda la razón en cuanto al espacio de tiempo que señala *"UN MES"*, desde su entrada en España, pero no acierta al indicar *"tarjeta de identidad del extranjero"*, dado que este concepto no aparece recogido ni en la L.O., ni en su Reglamento de desarrollo, en ambos casos utiliza la expresión autorización de residencia temporal o permanente, expresión introducida por la Disposición Adicional Única de la L.O. 14/2003. Tampoco el Registro Central de Extranjeros (artículo 109 del Reglamento), recoge dicha figura jurídica, dado que las letras e) y g) hablan respectivamente de *"Autorizaciones de entrada y estancia"* y *"Autorizaciones de residencia"*.

Únicamente se puede hacer referencia a la Orden de 7 de febrero de 1997, del Ministerio del Interior, que regula la Tarjeta de Extranjero, aunque tiene la pega que se fundamenta en la derogada L.O. 7/1985 y el R.D. 155/996, Reglamento de la anterior, estando ambos derogados.

Si nos sirve de guía para comprobar que ya en aquella época, hace diez años, también se confundían los conceptos de extranjeros y comunitarios, a los que unían el concepto de asilados.

Hace aproximadamente dos años, la Administración General del Estado, decidió que debía existir un impreso, EX 15 de *"Solicitud de Tarjeta de Identidad de Extranjero"* (TIE), figura jurídica que no aparece regulada ni en la LO. 4/2000 ni en el Reglamento aprobado por R.D. 2393/2004, por más que el autor del impreso se empeñe en poner en un recuadro ambas disposiciones.

Pero es que el texto que contiene el impreso solo habla (11 veces) de Autorización, de catorce conceptos de *"Tipo de tarjeta que solicita"* y emplea la palabra *"tarjeta"*, dos veces, una para *"Duplicado de Tarjeta"*, y otra para *"Cambio de Datos de la Tarjeta"*, quedando un tercero para *"modificación de la situación"*, y es el único de los 17 que contiene el EX 15 que cita disposiciones reglamentarias, que no legales y que son los artículos 96 y 98 del R.D. 2393/2004, que nada tienen que ver con la Tarjeta de Extranjero o la Tarjeta de Identidad del Extranjero.

Por otro lado la página web del ministerio Del Interior, dedica ocho páginas al concepto de *"Tarjeta de Extranjero"*, pero sin que fundamente, dicho texto, en disposición legal o reglamentaria alguna, salvo cuando se refiere a la privación del documento, en cuyo momento (páginas 1 y 2) se remite genéricamente a L.O. 4/2000 y L.O. 1/92, pero sin citar ningún artículo que sirva de fundamento a la exposición que realiza.

También la Comisaría General de Extranjería y Documentación, cuelga en su página web, un artículo de 4 hojas, muy desfasado y antiguo, dado que hace referencia a los artículos 41.2 letras b), c) y d) y 49 y 51.5, pero del R.D. 864/2001, que dejó de estar en vigor el día 7 de enero de 2005, fecha de la publicación en el BOE del texto del R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre, según recoge su Disposición Derogatoria.

Queda más que claro que se está procediendo a exigir documentos y requisitos para obtener una tarjeta que no aparece regulada ni por Ley Orgánica, ni por Ley, ni por Real Decreto, ni por Orden Ministerial, ni tan siquiera por unas Instrucciones, de uso interno, pero que hayan sido debidamente publicadas en un Diario Oficial.

La única disposición reglamentaria que ha existido fue la Orden de 7-2-97, que regulaba la Tarjeta de Extranjero, aunque actualmente no se aplique su contenido y esté en desuso.

La confusión parece venir, y viene, de confundir desde hace 10 años los conceptos de extranjero y ciudadano de la Unión Europea nacional de un Estado miembro, sin que hasta la fecha la Administración haya tratado de distinguir ambos conceptos, como tampoco se ha preocupado de actualizar o bien la L.O., o bien el Reglamento o bien la Orden del Ministerio del Interior.

Acierta el redactor cuando indica que la Tarjeta de Residencia o de residencia, que no de extranjero, debe ser solicitada personalmente por el nacional búlgaro o rumano, según recoge el artículo 10.1 del R.D. 178/2003.

Pero se equivoca, el redactor, cuando le concede una vigencia o período de un solo año, cuando tanto el acervo comunitario, como el reglamento nacional, les concede cinco años de vigencia, sin hacer referencia alguna, al, mal llamado, período transitorio, en realidad "*medidas transitorias* "

2.- El texto se refiere a los trabajadores rumanos y búlgaros "*residentes en España en el momento de la adhesión* ", según recoge la Instrucción Primera, punto 1, pero únicamente aquellos "*QUE TRATEN DE EJERCER*" expresión recogida tanto en la Instrucción Primera, punto uno, como en esta Instrucción Segunda, punto 2, luego las Instrucciones no son de aplicación a aquellos nacionales búlgaros y rumanos que antes del día 1-1-07, tenían "*autorización de trabajo y residencia*", dado que desde la fecha de la Adhesión dejan de tener el carácter de extranjeros y adquieren la condición de "*Ciudadanos Comunitarios*", a los que son de aplicación todas las disposiciones que componen el acervo comunitario, así como lo dispuesto en el R.D. 178/2003, y dejan de serles de aplicación tanto la L.O. 4/200, como el R.D. 2393/2004 y disposiciones que los desarrollan.

Dado que ya están en posesión del NIE, deberán proceder a solicitar el cambio de la tarjeta de extranjero, que les fue entregada en su día, por una tarjeta de residencia de comunitario, con una duración de cinco años y de acuerdo con lo indicado en los artículos 10 a 15 del R.D. 178/2003.

En cuanto al otro colectivo que recoge este punto 2 "*los que adquieran la residencia durante el período transitorio* ", con independencia del error en el concepto subrayado dado que tanto el Tratado, como el Protocolo hablan de "*medidas transitorias*", es claro que el redactor tampoco ha leído los artículos 4 y 6 del ya citado Real Decreto.

El artículo 4, Entrada, en su apartado 1 dice: "*La entrada en territorio español se efectuará con el pasaporte o, en su caso, el documento de identidad en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular* ", lo subrayado no aparece como requisito en los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Directiva 2004/38/CE, sino que es un añadido de la Administración española.

El artículo 6.1 del R.D. 178/2003, dice "*Podrán residir en España sin necesidad de tarjeta de residencia expedida por las autoridades española para tal fin las siguientes personas que sean titulares de un documento de identidad o un pasaporte nacional válido y en vigor*" "*a) Nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que sean trabajadores por cuenta propia o ajena, estudiantes o beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente* ".

A mayor abundamiento el apartado 2, de este número 2, es claro y concreto sobre las obligaciones de los órganos administrativos y los funcionarios a ellos destinados "*No obstante, en cualquiera de los supuestos del apartado anteriores en los que el interesado solicite dicha tarjeta de residencia, los órganos administrativos tendrán la obligación de informar al interesado sobre la no exigencia de la misma. Pero, si a pesar de ello, el interesado presenta la correspondiente solicitud, se le expedirá la tarjeta de residencia que corresponda o un certificado de residencia*".

Creo que la frase subrayada es clara y contundente, en cuanto a las obligaciones de la Administración y sus funcionarios (tendrán la obligación), así como la no exigencia de la tarjeta de residencia.

Y ello encuentra todavía más apoyo si nos fijamos en el texto del artículo 8.1 de la Directiva 2004/38/CE, de plena aplicación en España desde el día 30-4-2004, fecha en que fue publicada en el DOUE, serie L, número 158, según recoge el artículo 41 de la misma "*La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea*", que indica "*para períodos de residencia superiores a tres meses al Estado*

miembro de acogida PODRA imponer a los ciudadanos de la Unión la obligación de registrarse ante las autoridades competentes", y que puesto en relación con el nº 5 del artículo 5 "El Estado miembro PODRA exigir al interesado que notifique su presencia en el territorio en un plazo de tiempo razonable y no discriminatoria. El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la imposición de sanciones proporcionadas y no discriminatorias contra el interesado".

En los dos artículos citados de la Directiva, se concede una potestad de obligar a los ciudadanos de la Unión por la Administración del país de acogida, PODRA, pero sin que hasta el día de la fecha, ni antes ni después del 30-4-2004, el Estado Español haya decidido y manifestado a través de una norma legal o reglamentaria, la obligación, que tiene todo ciudadano comunitario, que pretenda residir en España, de inscribirse en un Registro, que no existe y que tampoco se sabe de que Ministerio depende, ni su nombre o siglas.

Si examinamos el texto del artículo 10.1 del R.D. 178/2003, que dice: *"Las solicitudes de las tarjetas de residencia previstas en el presente Real Decreto, CUANDO SEAN OBLIGATORIAS, deberán presentarse en el plazo de un mes a partir de la fecha de entrada en España.."*, con lo que da la razón a este comentarista, por cuanto en todo el texto del Real Decreto 178/2003, no aparece un solo artículo en el que obligue al ciudadano comunitario nacional de un Estado miembro a solicitar, estar en posesión o tener que renovar la no obligatoria tarjeta de residencia.

Todavía insiste más en el tema el texto del artículo 13 del citado Real Decreto *"La solicitud y tramitación de la tarjeta de residencia no supondrá obstáculo alguno a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades"*.

Causa extrañeza que el texto del articulado del R.D. 178/2003, no hace referencia al Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la UE y Suiza, que ha entrado en vigor el día 1-6-2002, y que fue publicado en el DOCE, Serie L, número 114, de 30-4-2002, aunque si aparece dicho acuerdo en la Exposición de Motivos del citado Real Decreto.

Abunda el presente punto 2 en un error jurídico de gran calado, al decir: *"les será de aplicación el régimen contenido en la Ley Orgánica 4/2000 y en su desarrollo reglamentario"*, pero como ya se ha comentado no se puede aplicar dichas disposiciones a los ciudadanos comunitarios, tanto porque no lo permite el artículo 1.3 de la propia L.O. 4/2000, como por los argumentos ya vertidos en este escrito.

En cuanto a considerar o no la situación nacional de empleo, no parece ser un punto de aplicación a los ciudadanos comunitarios, salvo, como indican los puntos nº 7 de los Anexos VI y VII, párrafos 1 y 2, que el Estado de acogida sufra o prevea perturbaciones en su mercado de trabajo que puedan poner en grave peligro el nivel de vida o el índice de empleo de una determinada región o una determinada profesión, informando de esta circunstancia a la Comisión y a los demás Estados miembros, pudiendo solicitar, a la Comisión, que se declare la suspensión total o parcial de la aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento (CEE) nº 1612/68. Para casos excepcionales y vigentes hay que recurrir al párrafo tercero de los puntos ya indicados.

El último párrafo se refiere a la notificación de la concesión de la autorización de trabajo, figura jurídica recogida en el artículo 36 de la L.O. 4/2000 y artículos 49 y siguientes del Reglamento de desarrollo, aunque nada indican sobre este punto ni el Tratado, ni el Protocolo, ni el Acta Final, ni tampoco en los Reglamentos y Directivas comunitarias ni en el R.D. 178/2003.

Como el redactor nada aclara sobre a cual de las dos situaciones contempladas en el párrafo primero de este punto 2, de la Instrucción Segunda se refiere, no podemos opinar sobre si habla de los residentes en España en el momento de la adhesión, o los que *"adquieran"* la residencia en el período transitorio (es decir que entren en España, pura y simplemente) Si son residentes que trabajan por cuenta ajena antes de la fecha de adhesión, este párrafo carece de significado pues ya solicitaron autorización de trabajo y residencia, así como visado, en su momento y este plazo de un mes parece fuera de lugar.

Si se refiere a los que han efectuado su entrada en España después del día 1-1-07, tampoco

aparece recogida en disposición legal o reglamentaria española de aplicación, ni en el acervo comunitario que deban proceder a solicitar una autorización de trabajo, y mucho menos que se le intente dar a estas Instrucciones, carentes de publicidad, la categoría de norma reglamentaria.

En cuanto a la solicitud de tarjeta de identidad de extranjero, figura jurídica inexistente en nuestro Ordenamiento según hemos demostrado, parece un requisito de imposible cumplimiento, una "*diabólica condictio*".

Si se quiere referir a la tarjeta de extranjero, al no ser de aplicación lo dispuesto en la L.O. 4/2000 y el R.D. 2393/2004, al no ser de aplicación tampoco se puede exigir la solicitud de la misma.

Si se trata de solicitar una tarjeta de residente comunitario, creo que ha quedado claro que no es necesaria, según se indica en los artículos 6, 8, 10 y 13 del R.D. 178/2003, así como en los artículos 5, 7 y 8 de la Directiva 2004/38/CE.

En cuanto a fijar duración o validez de la misma en un año, parece contrario a lo dispuesto en el artículo 11 de la Directiva citada, que fija la misma en cinco años.

Tal parece que todo este apartado se puede considerar "*contra legem*", dado que va en contra tanto de la normativa de la Unión Europea o Comunitaria, como de la española, con independencia de su falta de fundamento jurídico.

3.- Este apartado parece el único, hasta el momento, que recoge la realidad jurídica existente tanto en la Unión Europea como en España. La cita al R.D. 178/2003, debería haber sido ampliada al contenido de la Directiva 2004/38/CE, pero al no hacerlo así hemos de suponer que o bien el redactor no conocía dicha norma, o que no ha estimado pertinente recogerla en las instrucciones o que entiende que no es de aplicación.

Por otro lado se refiere al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y a los Estados que lo componen, pero olvida, o no desea que conste, hacer una referencia la Confederación Helvética (Suiza) y al famoso Tratado de Luxemburgo de 1999. Una pena que quede el apartado un poco cojo, dado que su contenido es viable desde el punto de vista jurídico-comunitario o jurídico-español, aunque incompleto.

INSTRUCCIÓN TERCERA

RÉGIMEN APLICABLE A LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA EN ACTIVIDADES DE DURACIÓN DETERMINADA.

1.- Nuevamente la Instrucción se refiere al visado para entrar en España, y, graciosamente exime, desde el 1-1-07, a los "*Ciudadanos Comunitarios*", trabajadores nacionales de Bulgaria y Rumania, cuando sean contratados para trabajos de carácter temporal por períodos no superiores a 180 días.

Olvida, quizás, la Instrucción, que desde el día 01-01-02, los nacionales de Bulgaria y Rumania, no necesitan visado para entrar en un Estado miembro, y como un claro ejemplo tenemos los casi un millón de subditos de ambos países que han efectuado su entrada en territorio español por la frontera de la Junquera, y si no se les permitía, efectuaban la entrada por los Pirineos catalanes, aragoneses, navarros o por la frontera con Francia en el País Vasco.

Muchas veces no se alcanza a comprender la falta de interés de las personas que redactan las Instrucciones y Circulares, que, no se enteran, o no quieren aceptar lo que recogen los medios de comunicación, prensa y TV sobre todo, aunque no se debe olvidar las páginas web y los comunicados de los centros y asociaciones de inmigrantes en España. Incluso se han dedicado programas monográficos sobre los viajes en autobús que han realizado nacionales de los entonces terceros países, Rumania, Bulgaria, . Polonia, Chequia, etc, a la famosa

frontera de la Junquera, entre Francia y el Reino de España, acompañados de un redactor y un cámara que han pasado los tres o cinco días que dura el viaje, conviviendo con los inmigrantes que literalmente *"les han contado su vida"*. Es algo inaudito este desprecio por los hechos probados que demuestran estos consejeros, funcionarios o laborales.

No contento con el empleo de la palabra *"visado"* emplean también la de *"contratos de trabajo"*, ambos conceptos no son de aplicación a los ciudadanos comunitarios, salvo en el tiempo que se determine como duración de las medidas transitorias y siempre que exista una disposición legal, anterior al día 1-1-07, que exige estar en posesión de alguno de esos requisitos, y así lo recogen los números 2 de los Anexos VI y VII del Protocolo del Tratado de Adhesión, cuando utiliza el término *"aplicarán medidas nacionales, o medidas que resulten de acuerdos bilaterales para regular el acceso de los nacionales búlgaros y rumanos a sus mercados de trabajo"*.

Se ha de tener en cuenta que el Protocolo citado y sus anexos fueron publicados en el DOUE nº 157 de fecha 21-6-05, habiendo tenido el gobierno Español tiempo más que suficiente par establecerse esas medidas nacionales, por ley, y publicarlas en el BOE antes del día 1-1-07, pero no lo ha hecho así, dado que el Sr., Caldera ha preferido seguir con sus quiméricas elucubraciones sobre los inmigrantes, lo bien que se realizó la normalización del año 2005, que no ha existido efecto llamada y que todos los países de la Unión europea aplauden y reconocer la labor que realiza el Gobierno español, eso sí en contra del criterio comunitario, pero a favor del criterio de las mafias que trafican con trabajadores.

Mantiene el redactor, y copio: *"una vez firmados en el país de origen por ambas partes, antes del inicio de la relación laboral"*. Con esta expresión y siguiendo la costumbre jurídica existente en esta materia, así como la práctica administrativa existente durante decenios, el país de origen debe ser Rumania o Bulgaria, mientras el país de acogida sería España, por lo que no se entiende que se obligue a un empleador español o extranjero, comunitario o de tercer país que resida en España., a desplazarse al país de origen del trabajador para que ambos, de común acuerdo, firmen el tan innecesario contrato de trabajo, que, por cierto, no se indica en la Instrucción en que idioma debería ser redactado, si en castellano o en el idioma o idiomas existentes en el país de origen.

Continúa la Instrucción indicando que los contratos *"acompañados por copia de la resolución de concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por la empresa solicitante en el Área o Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales competente, que las diligenciará."*

¿Qué es anterior en el tiempo, la firma de los contratos en el país de origen o la supuesta, dado que nada indica la Instrucción, presentación de una solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por la empresa en el Área o Dependencia de Trabajo?. ¿Qué norma legal de aplicación a los comunitarios se aplica para fundamentar esta afirmación? ¿Caso de que el supuesto trabajo tenga una duración de 90 días o menos, también se debe solicitar autorización de trabajo y residencia? ¿Esa mal llamada autorización de residencia y trabajo tiene una duración de cinco años? ¿En qué idioma se redactan los llamados contratos de trabajo? ¿En qué idioma se redactan los llamados contratos de trabajo? ¿Por qué se exige que el empleador firme el contrato de trabajo en el país de origen del trabajador? ¿Qué es anterior en el tiempo la solicitud y concesión de visado o la solicitud y concesión de la autorización de residencia y trabajo? ¿Qué se entiende en la Administración por diligenciará? ¿Es lo mismo valorar, diligenciar, conceder y resolver? ¿Qué fundamento de derecho es de aplicación a todo el párrafo 1, si entendemos que son ciudadanos comunitarios exentos de la aplicación de la L.O. 4/2000, según el párrafo 1, para intentar aplicar el R.D. 2393/2004 a unos ciudadanos comunitarios, si entendemos que no le es de aplicación la L.O. 4/2000, que desarrolla?

En fin como vemos muchos interrogantes para una Instrucción que no es Ley, ni Reglamento y que fue elaborada cinco días antes de que entrase en vigor el Tratado de Adhesión, cuando el Gobierno tuvo más de 18 meses para dictar una norma legal, publicarla en el BOE e incluso desarrollarla reglamentariamente y cumplir, así, con lo indicado

en los anexos VI y VII del Protocolo "*aplicación medidas nacionales*".

El sistema de actuación de la Administración es idéntico, no hacer nada, al que se siguió en el caso de los 10 países que se incorporaron a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, y que dio lugar a aquel extraño escrito del Ministerio del Interior de fecha 14-04-04, que tampoco fue publicado en el BOE, ni tenía, como ahora, la estructura, ni siguió el procedimiento de elaboración de una L.O., Ley, R.D., OM, y que no ha sido comunicado a la UE.

2.- En este apartado la Administración riza el rizo y se cubre, no precisamente de gloria.

Primero se hace referencia al artículo 55 del R.D. 2393/2004, "*Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada*", cuando ni la L.O. 4/2000, ni el Reglamento que la desarrolla, son de aplicación por imperio de la Ley, de la Ley Orgánica 4/2000, artículo 1.3. Este artículo se remite, en cuanto a la tramitación de la autorización de residencia y trabajo, a los artículos 49 y siguientes del propio Reglamento, manteniendo los requisitos y el procedimiento propios, recogidos en los artículos 56 y 57 del R.D. 2393/2004.

Hasta este punto esta todo claro, aunque fuesen de imposible aplicación los artículos contenidos en el Reglamento de la Ley, pero el redactor, en pleno y total desconocimiento y desconcierto indica que la tramitación de las solicitudes de autorización de trabajo (elimina, pues, la autorización de residencia) se realizará (creo que debería figurar en plural) en 2007 de conformidad con lo establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros, no olvidemos que de fecha 22-12-06 y por lo tanto de mayor jerarquía normativa que las Instrucciones y lo que es más claro cuatro días anterior a la fecha que figura a mano en las Instrucciones.

La Administración en fecha 26-12-06, dicta una Resolución, firmada por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y por lo tanto superior jerárquica la Directora General de Inmigración.

Esta Resolución, que transcribe el Acuerdo del Consejo de Ministros tiene mayor jerarquía normativa que las Instrucciones (art. 62.2 Ley 30/92) y además poseen el requisito de la publicidad, según recoge el BOE de 0-1-07. Pondremos en mayúscula el título.

ACUERDO POR EL QUE SE REGULA EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS DE RÉGIMEN NO COMUNITARIO EN ESPAÑA PARA EL AÑO 2007.

Dicho contingente se rige por el artículo 39 de la L.O. 4/2000 y artículos 77 a 83 del R.D. 2393/2004, por lo tanto no se puede aplicar a los ciudadanos comunitarios, ni la L.O. 4/2000, ni su Reglamento de desarrollo, ni el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22-12-06 ni la Resolución de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, dado que todas estas disposiciones legales, reglamentarias o de desarrollo han sido dictadas para nacionales de terceros países, nacionales de países no comunitarios y nunca para ciudadanos comunitarios, no recogiendo los mismos, salvo la excepción del artículo 1.3 L.O. 4/2000, referencia alguna a los nacionales de los Estados miembros y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario.

Con independencia de que todo el texto de este número 2 de la Instrucción tercera, nada indica en referencia que tipo de tramitación se realizará en el año 2008 y posteriores, si es que la medida transitoria de los anexos VI y VII del Protocolo mantienen su vigencia durante 7 años (2+3+2), salvo la extraña cláusula novena del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22-12-06, que nada indica al respecto. Que pena de pérdida de tiempo y dinero, así como de creación de confusión en los ciudadanos búlgaros y rumanos, en los empleadores españoles o residentes en España y en los ciudadanos y administrados.

3.- Este tercer apartado, al igual que el anterior es nulo de pleno derecho, por cuanto esta extraña Instrucción quiere modificar todo el acervo comunitario que desde el Reglamento 15 de 1961 y el más conocido y vigente Reglamento (CEE) nº 1612/68, regula "*el derecho*" de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, hasta la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004,

relativa a los mismos derechos, pero que modifica el Reglamento 1612/68 y deroga nueve Directivas, pero que por lo visto ni es conocida, ni es aplicada por la Administración española.

Los mismos argumentos empleados para rebatir la aplicación, tanto el artículo 55 del Reglamento, como de la aplicación del Acuerdo del Consejo de Ministros se pueden reproducir para afirmar la no aplicación del artículo 56.1 c) del Reglamento, con independencia de que éste no pueda ser de aplicación a los ciudadanos comunitarios, y, ello es así, porque la obligación de retorno que prevé el Reglamento español, conculca y limita el derecho comunitario de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Impone, o trata de imponer a ciudadanos comunitarios una obligación que sólo es exigible a los ciudadanos no comunitarios que deseen realizar actividades de temporada o campaña, por cuenta ajena, en territorio español.

Tampoco el propio texto del artículo 56.1 c), casa con la condición jurídica de los ciudadanos comunitarios, dado que el artículo del Reglamento se refiere únicamente a "*trabajador extranjero*", pero no al ciudadano comunitario que ejerza su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Huelga decir que este artículo no es de aplicación por los tan reiterados argumentos del artículo 1.3 L.O 4/2000, y que tampoco puede exigirse presentación alguna en la Misión Diplomática u Oficina Consular española, por cuanto que precisamente lo que ha eliminado el Tratado Constitutivo son las fronteras interiores, por lo cual sobran las remisiones a la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares, a la Dirección General de Inmigración y mucho menos a la Comisaría General de Extranjería y Documentación.

INSTRUCCIÓN CUARTA

RÉGIMEN APLICABLE A LOS ESTUDIANTES Y TRABAJADORES EN PRACTICAS PROFESIONALES INCLUIDOS EN EL PUNTO 3 DE LA INSTRUCCIÓN PRIMERA

Es curioso el hecho de que ni el R.D. 178/2003, ni tampoco el Reglamento (CEE) 1612/68, ni la directiva 2004/3 8/CE, hagan referencia, ni contemplen estas dos figuras jurídicas.

Varios son los comentarios que se pueden efectuar sobre esta Instrucción Cuarta, en primer lugar se ha de hacer constar que el régimen aplicable, régimen jurídico únicamente puede dimanar de una Ley, Orgánica o no, y de su desarrollo reglamentario, pero nunca podrá venir especificado o depender de unas simples Instrucciones que únicamente obligan "*a los órganos jerárquicamente dependientes*", pero no a los administrados, dado que carecen de un requisito fundamental, de toda norma o disposición jurídica, cual es la "*publicidad*".

La Administración no ha tenido en cuenta que los estudiantes y profesionales en prácticas (no tiene porqué ser trabajadores) pueden ser ciudadanos comunitarios o familiares de ciudadanos comunitarios que posean la nacionalidad búlgara, rumana o bien que sean nacionales de un estado tercero.

De cualquier manera la defectuosa redacción induce a error y nada aclara, por cuanto la expresión "*a realizar prácticas profesionales*", parece expresión coja y sin sentido que no aparece unida al resto del texto existente.

Es un contrasentido y no tiene lógica hablar de un trabajador por cuenta ajena que realiza prácticas profesionales máxime cuando las "*prácticas*" necesitan un título profesional habilitante, como pueda ser: Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico, Licenciado Universitario, Ingeniero Superior, Arquitecto Superior o Técnico Superior de Formación Profesional específica, o bien otros títulos oficialmente reconocidos como equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional.

Es claro que ni el trabajador por cuenta ajena ni el estudiante se encuentran entre los mencionados títulos habilitantes o bien títulos extranjeros que hayan podido ser homologados.

Los trabajadores manuales por cuenta ajena no realizan prácticas profesionales, salvo el caso de que provengan de estudios de FP, en cuyo caso, al ser las prácticas obligatorias, son una parte

de su formación.

En el caso de los estudiantes, si son ciudadanos comunitarios, nadie les puede impedir el ejercicio de un trabajo remunerado por cuenta ajena. Si son familiares de comunitario (hijos o nietos) pero no ciudadanos comunitarios se debe distinguir entre que acompañen al "*cabeza de familia*", en cuyo caso entran con él en el Estado miembro o que sean "*reclamados*" o vayan a reunirse posteriormente con él. En todo caso el único documento que les puede ser exigido, cuando se encuentren en territorio del Estado miembro es "*tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión*".

Confunde el texto de las Instrucciones "*prácticas laborales*" con "*actividades laborales por cuenta ajena*". Es claro que la Administración no ha tenido en cuenta la Directiva 2004/38/CE, pero si se ha guiado por el Texto del R.D. 2393/2004 que desarrolla la L.O. 4/2000, cuando en realidad son materias diferentes, unas de aplicación a los comunitarios y su familia y la otra de aplicación a nacionales de países terceros o no comunitarios.

En cuanto a no tener en cuenta la "*situación nacional de empleo*" ni el "*criterio de reciprocidad*", no es más que otra influencia negativa de los textos ya citados de aplicación a los no comunitarios.

Volvemos a insistir en la falta de necesidad de la obtención de un visado, tenga o no carácter gratuito en su expedición.

Estamos plenamente de acuerdo en la necesidad de que todo comunitario o sus familiares soliciten una tarjeta de residencia, pero parece que condicionar su validez al "*período de un año desde su expedición*" o "*cuando finalice el período transitorio*" es no respetar el plazo de cinco años de vigencia reconocido en el Acervo comunitario.

INSTRUCCIÓN QUINTA

RÉGIMEN APLICABLE A LOS TRABAJADORES EXCEPTUADOS DE LA OBTENCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

La expresión "Autorización de trabajo", no aparece recogida ni en los Reglamentos y Directivas Comunitarias, ni tampoco en el R.D. 178/2003, por lo que malamente pueden unas Instrucciones excepcionar o exceptuar de su obligación, cuando la misma no es exigible ni por el acervo comunitario, ni por el R.D. 178/2003, que transponía las Directivas, en aquel momento en vigor, según recoge su Exposición de Motivos, así como los Tratados a los que hace referencia.

Insiste el texto en el modelo que ha tomado la Administración para intentar obligar a cumplirlo a los ciudadanos comunitarios, a pesar de que la propia L.O. indica en su artículo 1.3. "*Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea*", y sólo en un caso concreto indica "*siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*", es decir en ninguno, como se puede observar con la simple comparación del acervo comunitario y el R.D. 178/2003, con la citada L.O. 4/2000.

Por enésima vez indico que no hace falta visado alguno al ciudadano comunitario y a sus familias cuando acompañen al nacional de un Estado comunitario o vayan a reunirse posteriormente con él.

En cuanto a la tarjeta de identidad del extranjero, es un concepto no contemplado en la Legislación de la Unión europea y tampoco en L.O. 4/2000, aunque si en el artículo 105 del Reglamento de desarrollo de la L.O., razón por la cual no es de aplicación a los ciudadanos comunitarios.

El párrafo segundo de esta Instrucción se refiere a un supuesto inexistente en la legislación comunitaria, en los Tratados de Adhesión, y tampoco en el R.D. 178/2003, por cuanto que el ciudadano comunitario no tiene obligación, ni necesidad de solicitar autorización de trabajo para poder tener una relación laboral por cuenta ajena o bien trabajar por cuenta propia, luego no entran en el concepto de "*trabajadores exceptuados de la obtención de la autorización de trabajo*", de los artículos 41 de la L.O. 4/2000 y 68 del R.D. 2393/2004.

Tampoco es de recibo la frase "y a los que les haya sido concedida esta *excepción por un período igual o superior a un año*", por cuanto si no existe obligación tampoco existe excepción o excepción.

Estos extraños conceptos deberían haber sido objeto de un desarrollo legal y reglamentario de las denominadas Medidas Transitorias para Bulgaria y Rumania, Anexos VI y VII del Protocolo en desarrollo del artículo 20 del mismo, estableciendo lo que se denominan "*medidas nacionales de aplicación*" y no estas partes que nos quieren meter bajo la excusa de unas Instrucciones, sin rango legal o reglamentario alguno.

INSTRUCCIÓN SEXTA

RÉGIMEN DE RESIDENCIA Y ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO APLICABLE A LOS FAMILIARES DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA AUTORIZADOS PARA TRABAJAR POR UN PERIODO IGUAL O SUPERIOR A UN AÑO

1.- La citada Instrucción no tiene en cuenta, en su referencia a los números 1 y 2 de la Instrucción Primera, que los nacionales de Rumania y Bulgaria estaban obligados a solicitar una autorización de Trabajo y posterior visado de trabajo y residencia hasta el día de la adhesión, es decir 1-1-07, siéndoles de aplicación la L.O. 4/2000 y el R.D. 2393/2004.

Pero a partir de ese día, deja de aplicárseles esas dos disposiciones y aquellas que las desarrollan, para pasar a ser de aplicación la Legislación Europea, es decir el acervo comunitario, excepto en los plazos indicados en las medidas transitorias y en las materias contenidas en las mismas.

Vuelvo a repetir que la lectura y aplicación de la Directiva 2004/38/CE, elimina muchos problemas de interpretación y clarifica muchos conceptos que, en las Instrucciones de 26-12-06, aparecen confusos, erráticos y mezclados.

El R.D. 178/2003, ha sido modificado en parte por la ya citada Directiva y no estaría de más proceder a la elaboración de otro R.D., que, modificando el anterior desarrollo y se ajuste a la legislación europea actual.

En cuanto a la solicitud y concesión de la tarjeta de residencia familiar o "*tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión*", Las Instrucciones no han tenido en cuenta los tres números que recoge el artículo 6 "*Supuestos de residencia sin tarjeta*", del ya citado R.D. 178/2003. Tampoco parece tener en cuenta el texto del artículo 8, en sus cuatro números, del Real Decreto ya citado. En el mismo sentido el artículo 10.1 indica "*Las solicitudes de las tarjetas de residencia previstas en el presente Real Decreto, CUANDO SEAN OBLIGATORIAS*", sin que exista un solo artículo en el R.D. tan citado que exija que el comunitario o su familia vengan obligados a solicitar una tarjeta de residencia y mucho menos una "*tarjeta de identidad de extranjero*" (TIE).

En el mismo sentido el número 3 del artículo 3 de este Real Decreto "*Los titulares de los derechos a que se refieren los apartados anteriores estarán obligados solamente en los supuestos determinados y en la forma prevista en el Real Decreto, a solicitar una tarjeta de residencia para la que deberán presentar la documentación a que se alude en el artículo 11*". Además el artículo 13 dice: "*1. La solicitud y tramitación de la tarjeta de residencia no supondrá obstáculo alguno a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades*".

2.- Se confunde, y confunde a los lectores, el texto de este apartado dado que indica "*en cuanto al acceso al mercado de trabajo por parte de los mismos, (familiares comunitarios, sea o no sean, ellos también comunitarios) se aplicará el régimen previsto en el referido Real Decreto*", y ello es así porque el artículo 3.2 del mismo R.D. indica: "*tienen el derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas*

condiciones que los españoles", siendo la única referencia, en todo el texto del Real Decreto al acceso de los cónyuges, descendientes y los de su cónyuge, al acceso al mercado de trabajo, aunque el Real Decreto emplea el término "*acceder a cualquier actividad*", tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, que significa lo mismo que mercado de trabajo.

Por otro lado "*si los familiares son residentes legales en España con anterioridad a la fecha de adhesión*", o bien poseen una TIE propia o está vinculada a la del extranjero que deviene en ciudadano comunitario en virtud del Tratado de Adhesión que entró en vigor el día 1-1-07, con lo que automáticamente pueden producirse dos situaciones:

- a) Si los familiares tienen la nacionalidad búlgara o rumana, pueden acceder al mercado de trabajo, tanto por cuenta ajena, como por cuenta propia y solicitar, si lo desean su Tarjeta de Residencia, artículo 3 R.D. 178/2003.
- b) Si los familiares no tienen la nacionalidad búlgara, rumana o de cualquier otro Estado miembro, tendrán los derechos recogidos en los artículos 3, 6 y 1 1.3 del mencionado Real Decreto.

El último párrafo de este apartado parece ir contra lo indicado en el R.D. 178/2003, e incluso contra lo indicado en la Directiva 2004/3 8/CE. No parece lógico y de sentido común que efectúe una discriminación, la Administración, en las Instrucciones entre los familiares que residen en España y los que no se encuentren residiendo en España en el momento de la adhesión, lo que iría en contra del artículo 14 CE y de la propia legislación comunitaria. Impone requisitos que no se contemplan en el R.D. 178/2003, ni en la Directiva 2004/38/CE, lo que puede constituir una discriminación y una violación de un derecho fundamental constitucional, al considerar dos tipos de familias diferentes, legalmente hablando.

INSTRUCCIÓN SÉPTIMA

RÉGIMEN SANCIONADOR APLICABLE A LOS TRABAJADORES Y FAMILIARES INCLUIDOS EN LOS PUNTOS 1, 2, 3 Y 4 DE LA INSTRUCCIÓN PRIMERA

Otra Instrucción cuyo contenido no tiene desperdicio.

Indica "*que se aplicará el Régimen contenido en el R.D. 178/2003*", cuando los 18 artículos que componen el mismo no recogen referencia alguna a la posibilidad o existencia de un régimen disciplinario. Únicamente el artículo 16 se refiere a "*medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública*".

La Disposición final Segunda indica que "*la entrada, permanencia y trabajo en España de los familiares de nacionales de los Estados miembros, deL EEE, y de la Confederación Suiza, a los que se refiere el artículo 2 del presente Real Decreto, se regirán por la L.O. 4/2000, en aquellos casos en que no quede acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el presente Real Decreto,*" texto que parece ir en contra de lo indicado en los artículos 2, 3, 4, 6, 8 y 10.1 de este Real Decreto.

Por otro lado el tan citado artículo 1.3 L.O. 4/2000 se refiere expresamente a "*aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea*", y como quiera que el propio artículo 2 del R.D. 178/2003, indica que "*el presente Real Decreto se aplica también, cualquier que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la UE, de otros Estados partes del EEE*" y cita al cónyuge, descendientes y los de su cónyuge, ascendientes y los de su cónyuge, que estarían, por lo tanto, exentos de la aplicación de la L.O. 4/2000 y su Reglamento de desarrollo y por el contrario sería de aplicación la directiva 2004/38/CE, de 29 de abril.

También se ha de hacer constar que la L.O. 4/2000 en su TITULO III "*DE LAS INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR*", únicamente contempla todo lo referente a extranjería, nunca a los

ciudadanos comunitarios, ya que el artículo 1.3 de la propia L.O. no lo permite. Cualquiera de los apartados de los artículos 52, 53 y 54 de la L.O. no aparecen de aplicación a los ciudadanos comunitarios, dado que sus contenidos se apartan del que compone el acervo comunitario o legislación de la Unión Europea. Tampoco el artículo 55, Sanciones, puede ser de aplicación a los ciudadanos comunitarios o a sus familiares, sean o no comunitarios.

Tampoco los artículos dedicados a la expulsión del territorio nacional, la devolución, el retorno y las medidas cautelares parecen ser de aplicación a los nacionales de los Estados miembros y sus familiares, máxime cuando el artículo 36 de la Directiva 2004/38/CE, dice: *"Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva y formarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones previstas deberán ser efectivas y proporcionadas.*

Los Estados miembros notificarán estas disposiciones a la Comisión a más tardar el 30 de abril de 2006, y le notificarán cuanto antes cualquier modificación posterior que pueda producirse".

Este comentarista no tiene conocimiento de que el Gobierno de España haya elaborado el régimen sancionador, en desarrollo de la citada Directiva, y mucho menos que haya remitido informe alguno a la Comisión. Tampoco ha sido publicado nada en el BOE.

A mayor abundamiento la disposición final segunda no habla, para nada, ni de régimen disciplinario, ni de infracciones ni de régimen sancionador.

Continúa la Instrucción con una serie de conceptos indeterminados que no se recogen en norma legal alguna, comunitaria o nacional, así:

*"*Se les podrá impedir la entrada en España*". Concepto jurídico totalmente indeterminado que no parece ajustarse al texto de los artículos 5 y 37 de la Directiva tan citada.

*"*Ordenar su expulsión*". Otro concepto jurídico que no se ajusta a los artículos 27 y siguientes de la Directiva y que no recoge los conceptos de "*razones de orden público, seguridad pública o salud pública*" y mucho menos el contenido de lo artículo 28 de la Directiva "*Protección contra la expulsión*", así como el del artículo 31 "*Garantías Procesales*".

Igualmente es de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 *Expulsión como pena o medida accesoria*".

*"*Devolución*", figura jurídica que no contempla la Directiva, aunque sí el artículo 58.2 de la L.O. 4/2000, que ya sabemos no es de aplicación, y sin embargo el Reglamento de desarrollo de la Ley, no hace referencia a esta figura jurídica.

*"*De negar la inscripción en el Registro Central de extranjeros*". Esta figura jurídica aparece recogida en el artículo 109 del Reglamento de desarrollo, aunque en sus 23 letras del número 1, o apartados no aparece referencia alguna a nacionales comunitarios y sus familiares. Tampoco parece de aplicación este artículo, máxime cuando la L.O. 4/2000 no hace referencia a Registro de Extranjeros, sea Central o no.

Sin embargo el artículo 8.1 de la directiva 2004/38/CE, si recoge "*para períodos de residencia superiores a tres meses el Estado miembro de acogida podrá imponer a los ciudadanos de la Unión la obligación de registrarse ante las autoridades competentes*".

El apartado 5 de este artículo se refiere al certificado de registro a los miembros de la familia y el artículo 9 se refiere a los "*Trámites administrativos para los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro*".

*"*Expedición de las tarjetas de residencia previstas en el citado Real Decreto*", bien entendido que según el artículo 6 del R.D. 178/2003 "*Se puede residir en España sin necesidad de tarjeta de residencia*" y que el artículo 11 del mismo reglamento indica "*cuando sean obligatorias*", pero no aparece ningún artículo que obligue a los ciudadanos comunitarios o sus familias a solicitar la mencionada tarjeta de residencia o

tarjeta de residencia de familia de un ciudadano de la Unión.

*"o del correspondiente visado", y hemos expuesto anteriormente la opinión sobre la no obligación de un comunitario de solicitar un visado, así como de los familiares que le acompañen en su entrada en España o que vayan a reunirse posteriormente con él.

*"cuando así lo aconsejen razones de orden público, seguridad pública o salud pública", son expresiones recogidas tanto en la Directiva 2004/38/CE, como en el artículo 16 del R.D. 178/2003, y como todas las medidas restrictivas de derechos habrán de imponerse de forma limitada y mediante resolución motivada que podrá ser recurrida administrativa o jurisdiccionalmente.

El artículo 16.2 a) habla de "*a lo dispuesto en la L.O. 4/2000 y el último párrafo de estas Instrucciones hablan de una sanción de multa, atendiendo a los criterios de proporcionalidad contenidos en la LO 4/2000, de 11 de enero*". Entendemos que puede verse vulnerado el artículo 9.3 CE, dado que no se respeta el principio de legalidad, la jerarquía normativa, el principio de seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Es más, un Real Decreto, aunque las denomine medidas, no pueden imponer sanciones no recogidas en una Ley, como consecuencia de la comisión u omisión de unas infracciones que también deben encontrarse tipificadas en una Ley Ordinaria u Orgánica.

Por otro lado, la L.O. 4/2000, no tipifica ninguna infracción que pueda ser cometida por los ciudadanos comunitarios y sus familias según se recoge en los artículos 50 a 65 de la misma.

Parece ser que estamos ante el concepto de fraude de ley, aplicación de una Ley dictada con otro objeto diferente, como recoge el artículo 6.4 del Código Civil "*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*", en este caso la Directiva 2004/38/CE.

CONCLUSIONES

- 1ª.- Las Instrucciones no son ni Ley ni tan siquiera Reglamento.
- 2ª.- Las Instrucciones no obligan a los administrados sino a los funcionarios y órganos dependientes jerárquicamente de la persona que firma.
- 3ª.- La L.O. 4/2000, no es de aplicación ni a los comunitarios, ni a sus familias que les acompañan o vayan a reunirse con él, en el país de acogida, tanto si ostenta nacionalidad comunitaria como nacionalidad de un tercer Estado.
- 4ª.- Solo se podrá exigir visado de entrada o de residencia y trabajo a los nacionales de terceros países, familia del ciudadano comunitario, según lo indicado en los Reglamentos 539/2001, 2414/2001, así como los Reglamentos 851/2005 y Reglamento 1932/2006.
- 5ª.- Sobre la expresión "*control minucioso en el cruce de las fronteras exteriores*".
- 6ª.- No aplicación de la L.O. 4/2000, y R.D. 2393/2004, a los nacionales de Bulgaria y Rumania ni a sus familias.
- 7ª.- No existe, en la actualidad, medidas nacionales que sean de aplicación a los nacionales de los citados países y sus familias.
- 8ª.- No existen "*las prácticas profesionales*".
- 9ª.- No existe el concepto de "*autorización de trabajo*", para los comunitarios y sus familias.
- 10ª.- No existe visado de residencia y trabajo para los nacionales búlgaros y rumanos.
- 11ª.- Sí existe tarjeta de residencia cuando lo solicite el interesado o lo imponga el Gobierno mediante Norma Legal.
- 12ª.- No será de aplicación la L.O. 4/2000 y su Reglamento de desarrollo a los

nacionales de los dos países que sean residentes en España en el momento de la entrada en vigor del Tratado de Adhesión.

13ª.- Será de aplicación el R.D. 178/2003, hasta que entre en vigor el nuevo Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros el 16-02-07, es decir hasta el día 27-03-07.

14ª.- No se prevé en la normativa comunitaria el uso de los conceptos “*actividades de temporada o campaña*”, dado que existe un derecho a la libertad de circulación y de residencia de todos los comunitarios y sus familias.

15ª.- No se aplica el artículo 56.1.c), del Real Decreto 2393/2004.

16ª.- No existe comunicación de retorno, es una figura absurda y no existente en el acervo comunitario.

17ª.- No existe el concepto de “*exceptuados de la obtención de la autorización de trabajo*”, dado que esta figura jurídica no existe en el acervo comunitario en relación con los ciudadanos comunitarios y su familia.

18ª.- Los miembros de la familia de los ciudadanos comunitarios que quieran trabajar por cuenta ajena, se regirán por la Directiva 2004/38/CE, en cuanto a entrada, residencia y trabajo.

19ª.- Existe la tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión.

20ª.- El acervo comunitario no contempla la figura del régimen disciplinario, ni del régimen sancionador, ni tampoco el Real Decreto 178/20003, ni la Directiva 2004/38/CE, ni mucho menos que se pueda aplicar los artículos 50 y siguientes de la L.O. 4/2000 a los ciudadanos comunitarios dado que va contra lo indicado en el artículo 1.3 de la mencionada L.O.

Madrid, 17 de Febrero de 2007.

Onésimo Carlos Arranz García

Colegiado 15.174 del ICAM

Paula Arranz Sánchez

Colegiada 67.511 del ICAM

P.D. Con fecha 28 de febrero de 2007, se ha publicado en el BOE el R.D. 240/2007, de 16 de febrero, que deroga el R.D. 178/2003, por lo que se procederá a elaborar otro trabajo comparativo entre el R.D. 240/2007 y la Directiva 2004/38/CE.