



Recurso Nº: 114/2007

AGUSTIN SANZ ARROYO  
LICENCIADO EN DERECHO  
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES  
Bravo Murillo, 23 - 4.º C, 2.ª esc  
28015 MADRID

5131

**REC.ORDINARIO(c/d) Num.: 114/2007**

**Votación: 27/01/2010**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Fernández Valverde**

**Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo**

## SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN: QUINTA

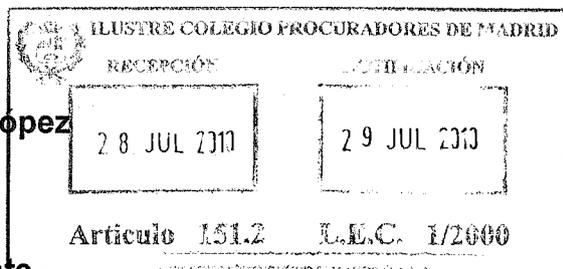
**Excmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Mariano de Oro-Pulido y López**

**Magistrados:**

**D. Jesús Ernesto Peces Morate**  
**D. Rafael Fernández Valverde**  
**D. Eduardo Calvo Rojas**  
**D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella**



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

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en Sección por los Señores reseñados al margen, el Recurso Contencioso-administrativo que con el número 114/2007, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la **FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE"** y de la

**ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA**, contra el Real Decreto 240/2004, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el Abogado del Estado, en la representación que le es propia de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha de 27 de abril de 2.007, el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, presenta escrito en nombre y representación de la **FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE"** y de la **ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA**, interponiendo recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 240/2004, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

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

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

La representación procesal de la **FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE"** y la **ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA** presenta escrito con fecha de 1 de julio de 2.008, formalizando el escrito de demanda, exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando a la Sala que tuviera por interpuesto la demanda contra el Real Decreto 240/2004, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, para que tras los trámites legales proceda a declarar ilegal y anular el mismo en los incisos y preceptos ya indicados en el cuerpo de este escrito y cada uno de los fundamentos jurídicos y en virtud de las argumentaciones indicadas, con expresa condena a la Administración si se opusiere.

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

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

**SEXTO.-** Por Providencia de 27 de marzo de 2009 se tuvieron por convalidadas por esta Sección las actuaciones que habían sido tramitadas en la Sección Tercera de la misma Sala, siendo designada ponente la Excm. Sra. Magistrada **D<sup>a</sup>. MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**, quedando pendientes las actuaciones de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 27 de enero de 2.010, fecha en la que comenzaron las deliberaciones. En el curso de la mismas, y por discrepar la ponente del criterio mayoritario de la Sala, anunciando Voto Particular, por decisión del Excmo. Sr. Presidente de la Sala, la ponencia fue turnada al Excmo. Sr. Magistrado **D. RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**, habiendo concluido las deliberaciones en fecha de 19 de mayo de 2010.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE**,  
Magistrado de la Sala

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

Por ello, la triple argumentación esgrimida por las recurrentes en relación con los aspectos impugnados del Real Decreto 240/2007, tenía su base en:

a) El Principio de Primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno, proclamada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), citando al efecto las SSTJCE de 9 de marzo de 1978 (Asunto Simmenthal) y de 4 de abril de 1974 (Asunto Comisión c. Francia), así como las SSTS de 17 de abril de 1989 y 13 de junio de 1991, y la STC de 14 de febrero de 1991.

b) La habilitación que la Constitución Española confiere a la Jurisdicción Contencioso-administrativa para anular las disposiciones generales que incurrieren en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, en el que debe incluirse el Derecho Comunitario (STS de 10 de diciembre de 2002). Y,

c) En la incompatibilidad entre un Reglamento interno y una Directiva comunitaria dotada de efecto vertical.

La sentencia trata, pues, de un control jurisdiccional de una norma interna española, analizada ---fundamentalmente--- desde la perspectiva del Derecho Comunitario europeo, y sin que, a juicio de la Sala, concurren las

circunstancias exigidas para el planteamiento de Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con la doctrina jurisprudencial comunitaria del "*acto claro*".

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

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

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

Mas ello, con una salvedad, cual es la de los familiares del propio ciudadano español, los cuales quedan excluidos al introducirse en el precepto la citada expresión **"de otro Estado miembro"**. Esto es, el Real Decreto se va a aplicar solo a estos familiares y no a los familiares del propio ciudadano español, pues, estos no son *"de otro Estado miembro"*, sino de *"este"* Estado

miembro. A estos, a los familiares del ciudadano español les sería, pues, de aplicación, no el régimen de este Real Decreto, sino el régimen general de extranjería contenido en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre; norma reglamentaria en la que ---a través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado--- se introducen las nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea *"no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007"*, y, van a establecer la *"Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo"*.

La impugnación ha de prosperar, ya que el artículo 3 de la Directiva 2004/38/CEE contempla ---como ámbito subjetivo de la misma--- la situación de *"cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia"*; expresión con la que no se excluye a la familia del español ---cualquier que sea su nacionalidad--- residente con el mismo (posiblemente por la vía de la reagrupación familiar) en otro Estado de la Unión Europea, en el supuesto de regreso, desde ese otro Estado miembro, al Estado de su nacionalidad, esto es, a España. Exclusión que sí se produce con la expresión impugnada del artículo 2, apartado primero, del Real Decreto citado, ya que, a estos familiares del ciudadano español ---que, obviamente, no cuenten con la nacionalidad española--- se les somete a un régimen de derechos diferente, cual es el previsto en la Disposición Transitoria Vigésima para el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

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

limitación subjetiva del ámbito comunitario y una interpretación restrictiva de la Directiva que debe de ser rechazada.

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

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

(Igualmente se impugna la expresión "**cónyuge separado legalmente**" que se contiene en el artículo 9.4 del Real Decreto impugnado, que luego examinaremos).

Esto es, al configurar el ámbito subjetivo familiar se incluyen ---entre otros--- en dicho ámbito, a su cónyuge, a los descendientes directos del mismo cónyuge, así como a los ascendientes directos del mismo cónyuge, mas con la condición, que se reitera en los tres apartados mencionados del artículo 2º, de que "*no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o **separación legal***". Si bien se observa, este artículo 2º extiende el régimen jurídico que nos ocupa a los familiares de los ciudadanos de los Estados miembros "*cuando le acompañen o se reúnan con él*", pero siempre y cuando, en relación con los citados cónyuges, "*no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o **separación legal***". Esto es, desaparecido el vínculo conyugal, desaparece la consideración familiar del cónyuge. Pues bien, como quiera que la situación de "*separación legal*" no implica ---como si acontece con la nulidad matrimonial o el divorcio--- una desaparición definitiva del vínculo matrimonial, en tales supuestos no debe de desaparecer tampoco la extensión ---al cónyuge separado legalmente--- del régimen jurídico contenido en el Real Decreto impugnado.

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

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

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

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

Es cierto que en el Código Civil se señala, artículo 83 que "*La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica*", pero, el artículo 84 siguiente añade que "*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio*". En consecuencia, la

situación de "separación legal" no conlleva una disolución definitiva del vínculo matrimonial, siendo sus efectos muy diferentes, por ejemplo, a los del divorcio, disponiendo el artículo 88.2 que ---a diferencia de la separación legal--- *"La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio"*. En consecuencia, lo que no es igual en el propio ámbito interno español, y lo que ni siquiera contempla la Directiva comunitaria, no puede ser utilizado por el Reglamento que nos ocupa para la restricción de unos derechos mediante la equiparación de situaciones fácticas y jurídicas que materialmente son diferentes. Así, además, ha sido puesto de manifiesto tanto por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 13 de febrero de 1985, Asunto *Aussatou Diatta c. Land Berlín*) como por el propio Tribunal Supremo (STS de 11 de diciembre de 2002). En el párrafo 20 de la Sentencia europea se señala que *"procede añadir que el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto hasta que lo declare así la autoridad competente. Ese no es el caso de los cónyuges que simplemente viven separados, incluso aunque tengan la intención de divorciarse ulteriormente"*. Por su parte la STS citada señaló que *"La Comisión de las Comunidades Europeas en la Comunicación de 11 de diciembre de 2002, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo afirma que "las parejas casadas que estén separadas pero aun no divorciadas, siguen manteniendo sus derechos como miembros de la familia de un trabajador emigrante", y ello partiendo de que, según expresa dicha Comunicación, «la libre circulación de personas es una de las libertades fundamentales garantizadas por el derecho comunitario e incluye el derecho a vivir y trabajar en otro Estado miembro. En un principio esta libertad estaba destinada fundamentalmente a las personas económicamente activas y a sus familias. En la actualidad, el derecho de libre circulación en la comunidad también afecta a otras categorías, como los estudiantes, los pensionistas, y los ciudadanos de la Unión Europea en general. Quizás sea, en palabras de la Comisión, el derecho más importante conferido a los individuos en virtud del derecho comunitario y un elemento esencial de la ciudadanía europea»"*.

3º. Por los mismos argumentos ha de anularse la expresión que también se impugna, de **"cónyuge separado legalmente"** que se contiene en el artículo 9.4.d) del Real Decreto. Con la introducción de dicha expresión se viene a exigir ---como si de un ex cónyuge se tratara--- al cónyuge separado legalmente que aporte un resolución judicial o mutuo acuerdo que determine un derecho de visita a un hijo menor para poder conservar el derecho de

residencia. Como antes expusimos tal exigencia solo será posible en los supuestos de disolución o desvinculación definitiva familiar, lo que no acontece con la situación de separación legal.

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

Dentro del ámbito subjetivo familiar del Real Decreto, al que nos venimos refiriendo, se incluye también, junto al cónyuge del ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea, *"A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, **que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado**, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí"*.

Esto es, la norma interna española solo va a considerar pareja de hecho susceptible de someterse al régimen recogido en el Real Decreto a aquella pareja inscrita en un registro *ad hoc* de un Estado miembro cuando este Estado tenga un sistema de registros de parejas de hecho ***"que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado"***. O, dicho de otra forma, solo a aquellos Estados miembros que tengan establecido un sistema de registro único.

Tal exigencia excede de lo establecido en la Directiva (Artículo 2.2.b), que, al referirse, para definir, a los "Miembros de la familia", solo se refiere a *"la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro"*, sin mas exigencias.

Se trata, pues, de una exigencia no contemplada en la Directiva comunitaria, que implica una restricción respecto del contenido subjetivo de la misma y que, por tanto ha de ser anulada. Es cierto que existen diversos

sistemas internos europeos de multiplicidad registral ---como acontece con España--- mas, sin siquiera el loable intento que, sin duda, la expresión reglamentaria conlleva de evitar posibles fraudes de duplicidad, puede servir de apoyo a la restricción que se pretende, ya que la solución frente al fraude debe ser regulado desde otras perspectivas jurídicas.

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

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

El problema surge por que el citado artículo 3.2 incluye la siguiente excepción: "*exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente Real Decreto*". Esto es, tanto los "*descendientes que vivan a cargo mayores de veintiún años*" (artículo 2.1.c), como los "*ascendientes ... que vivan a su cargo*" (artículo 2.1.d), bien sean ---unos u otros--- directos del ciudadano europeo, o de su cónyuge, o de su pareja registrada, cuentan con los derechos relativos a "*entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español*", pero, sin embargo, su estatuto no se extiende al "*derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios*".

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

Es cierto ---lo que luego analizaremos de forma independiente--- que en el párrafo segundo de dicho apartado 2 del artículo 3º, deja abierta para éstos alguna actividad laboral al disponer que ***"No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento"***.

Frente a ello, la Directiva transpuesta (como expresamente reconoce la Disposición Final Primera del Real Decreto impugnado 240/2007) señala, de forma amplia, en su artículo 23 que *"Los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena"*.

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

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

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

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

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

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

En el apartado 2 se regula ---con algunas diferencias--- la entrada de los miembros de la familia del ciudadano de la Unión Europea *"que no posean la nacionalidad de los Estados miembros"*, señalando al efecto que los mismos *"efectuarán su entrada con un pasaporte válido y en vigor, necesitando, además, el correspondiente visado de entrada cuando así lo disponga el Reglamento (CE) 539/2001, de 15 de marzo , por el que se establece la lista*

*de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. La expedición de dichos visados será gratuita y su tramitación tendrá carácter preferente cuando acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan con él".*

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

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

Procede su anulación no obstante haber perdido su objeto, pues, justamente, la modificación introducida en el citado artículo, apartado y párrafo por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, que Modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ha consistido en la supresión del mencionado inciso por las razones que en la Exposición de Motivos del nuevo Real Decreto se contienen, y que, en síntesis, coinciden y avalan las expuestas por los recurrentes:

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

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

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

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

El apartado 2 del precepto regula, en concreto, el supuesto de la ruptura familiar por el fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea, poniendo de manifiesto que, como regla general *"El fallecimiento del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en el caso de miembros de la familia que no sean ciudadanos de uno de dichos Estados, tampoco*

*afectará a su derecho de residencia, siempre que éstos hayan residido en España, en calidad de miembros de la familia, antes del fallecimiento del titular del derecho. Los familiares tendrán obligación de comunicar el fallecimiento a las autoridades competentes".*

El problema surge con la adición de un segundo párrafo, aquí impugnado, en el que se expresa que ***"Transcurridos seis meses desde el fallecimiento salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el familiar deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos"***.

Pues bien, nuevamente nos encontramos con otra interpretación restrictiva de la Directiva 38/2004/CEE y con una transposición limitativa de derechos, que, en modo alguno contiene las restricciones a la continuación del derecho a la residencia, que en el precepto impugnado se vislumbran, para el supuesto del fallecimiento del ciudadano de la Unión Europea. Efectivamente, el artículo 12.2 de la tan citada Directiva dispone que *"el fallecimiento del ciudadano de la Unión no supondrá la pérdida del derecho de residencia de los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que hayan residido en el Estado miembro de acogida en calidad de miembros de su familia durante al menos un año antes del fallecimiento del ciudadano de la Unión"*.

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

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

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

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

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

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

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

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

*"1. Cuando la presentación de recurso administrativo o judicial contra la resolución de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar, excepto si se da una de las siguientes circunstancias:*

*a) Que la resolución de expulsión se base en una decisión judicial anterior.*

*b) Que las personas afectadas hayan tenido acceso previo a la revisión judicial.*

*c) Que la resolución de expulsión se base en motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a) y d) del presente Real Decreto.*

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

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

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

No obstante, el precepto contiene tres excepciones a la expresada regla general de la previa resolución expresa sobre la medida cautelar, que también son impugnados de forma subsidiaria. La dos primeras implican que ha existido una previa intervención jurisdiccional, pues en el supuesto del apartado a) la expulsión es consecuencia de una decisión judicial anterior, y, en el apartado b) las personas afectadas han tenido acceso al previo control jurisdiccional. Por otra parte, la dicción del precepto es idéntico al del citado artículo 31.2 de la Directiva de referencia. Esta coincidencia también se produce en el apartado c): la concurrencia de *"motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a) y d) del presente*

*real decreto*". Dichos apartados a los que el precepto se remite implican una garantías suficientemente sólidas, tanto procedimentales como materiales, que superan las exigencias comunitarias; de una parte la medida de expulsión, basada en motivos de imperiosa seguridad pública, *"Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia"*, y, de otra parte, en cuanto a la valoración de las razones de seguridad pública el citado artículo 15.5.d) del Real Decreto señala que *"deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas"*.

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

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

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

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

*"Las resoluciones de expulsión fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el territorio español. **Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata**, en los demás supuestos se concederá al interesado un plazo para*

*abandonarlo, que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se debe formalizar".*

Por tanto, y, obviamente, dejando al margen el régimen de las garantías que hemos examinado en el Fundamento anterior, de la necesidad del carácter motivado de la Resolución de expulsión, y de la necesaria información sobre la recurribilidad de las mismas, desde una perspectiva temporal, la regla general para proceder a la materialización de la citada expulsión es la concesión al interesado de un plazo que no podrá ser inferior a un mes; pero, con una excepción, que es la que se contiene en el inciso que se impugna: *"Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata"*. Dicha urgencia no puede anular las expresadas garantías de motivación de la resolución, notificación con información de recursos (con indicación de plazo y de la autoridad ante la que se pueden formular), y, sobre todo, posibilidad de su ejercicio; aun exigiéndose una debida justificación de la urgencia, la misma no puede impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y su posibilidad de suspensión cautelar.

En consecuencia, dicha expresión ha de ser suprimida.

**DECIMO PRIMERO.-** A través de la Disposición Final Tercera del Real Decreto aquí impugnado se introducen en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, sus nuevas Disposición Adicional Decimonovena y Disposición Adicional Vigésima que, justamente, van a regular, sucesiva y respectivamente, la entrada y residencia de los familiares de un Estado miembro de la Unión Europea *"no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007"*, y, van a establecer la *"Normativa aplicable a miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo"*.

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

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

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

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

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

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

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

Para la adecuada comprensión del sentido y ámbito con el que cuenta esta Disposición Adicional Vigésima, hemos de realizar una distinción de regímenes jurídicos que se comprendían en el Real Decreto 240/2007 impugnado:

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

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

3º. Fruto de dicha matización o delimitación reglamentaria era necesario establecer un régimen específico para dichos familiares del ciudadano español (si se quiere, europeo y español), que, como acabamos de ver, se excluían, con la expresión de referencia, del artículo 2º del Real Decreto. Pues bien, este régimen es el que ahora se impugna, y que se contiene en la Disposición Adicional Vigésima del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los

extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que, como sabemos, fue introducida en el mismo a través de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007, que regula, según expresa la Disposición Adicional, la *"Normativa aplicable a miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo"*.

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

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

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

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

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

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

### FALLAMOS

1º.- Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Agustín Sanz Arroyo, en nombre y representación de la **FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES PRO INMIGRANTES EN ANDALUCÍA "ANDALUCÍA ACOGE"** y de la **ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE ANDALUCÍA**, contra el Real Decreto 240/2004, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

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

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

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

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

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

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

f) Artículo 3º. La expresión **"exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d) del presente Real Decreto"**, que se contiene en el apartado 2, párrafo primero.

g) Artículo 3º. La expresión **"No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento"**, contenida en el párrafo segundo del apartado segundo del precepto.

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

i) Artículo 9. La expresión **"Transcurridos seis meses desde el fallecimiento salvo que haya adquirido el derecho a residir con carácter permanente, el familiar deberá solicitar una autorización de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Para obtener la nueva autorización deberá demostrar que está en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social como trabajador, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia, o que disponen, para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes, o que son miembros de la familia, ya constituida en el Estado miembro de acogida, de una persona que cumpla estos requisitos"**, que constituye el párrafo segundo del apartado 2 del precepto.

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

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

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

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

4º. Que no imponemos las costas del recurso.

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

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. DÑA. M<sup>a</sup> PILAR TESO GAMELLA A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN QUINTA DE FECHA 1 DE JUNIO DE 2010 RECAÍDA EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 114/2007**

Con el debido respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, Sección Quinta, debo expresar mi disconformidad con los razonamientos de la Sentencia que llevan a la Sección a estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Real Decreto 240/2004, de 16 de febrero, *sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.*

Las razones de mi discrepancia serán expuestas atendiendo al siguiente orden. En primer lugar, expondré dos consideraciones generales básicas que resultan esenciales para enjuiciar la disposición general impugnada y para explicar mi discrepancia. En segundo lugar, analizaré los apartados y artículos que declara nulos la sentencia y de los que disiento. Y, en fin, finalmente expresaré la conclusión a que debió llegar la Sala de instancia al resolver el recurso contencioso-administrativo.

***I.- Consideraciones generales.***

**Primera.** La nulidad que se pretende en el escrito de demanda se fundamenta esencialmente en la "*contraposición*" entre el Reglamento impugnado --Real Decreto 240/2004, de 16 de febrero, *sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*--y la norma comunitaria que transpone --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) nº 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--. Por lo que se insta a la

Sala a declarar la nulidad del primero por "*ir en contra de la normativa comunitaria*".

La sentencia de la que discrepo, por su parte, declara nulos la mayoría de los apartados impugnados de la norma reglamentaria porque se excede o se opone a la indicada norma comunitaria.

Acorde con tal planteamiento considero imprescindible, antes de exponer las razones específicas por las que entiendo que debieron desestimarse buena parte de las impugnaciones alegadas por las recurrentes, hacer alguna consideración sobre cómo ha de encararse, con carácter general, cualquier eventual discrepancia entre la directiva comunitaria y la norma reglamentaria de derecho interno que transpone su contenido.

En el sistema de fuentes del Derecho comunitario europeo, las Directivas imponen, en principio, al Estado una obligación de resultado, si bien deja en manos del derecho interno la posibilidad de elegir la forma y los medios de cumplimiento. Dicho en los términos que expresa el Tratado CE (artículo 249 tras el tratado de Ámsterdam antes 189) la Directiva "*obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios*". A diferencia de los reglamentos, que son directamente aplicables, las Directivas precisan la intervención normativa de los Estados miembros para su transposición, incorporación o aplicación.

Desde esta perspectiva, los efectos jurídicos de la Directiva, por tanto, se vinculan a la norma, reglamentaria en este caso, que realiza la operación jurídica de transposición al derecho interno. Pues bien, en ésta operación de incorporación de la norma comunitaria a nuestro ordenamiento jurídico interno, el Estado goza de cierta libertad de ordenación o configuración para la elección de la forma y los medios, como expresamente recoge, en los términos ya expresados, el indicado artículo 249 del Tratado CE. Siempre, claro está, que se respeten los objetivos y finalidad de la Directiva.

Siguiendo esta línea de razonamiento, sólo será nula, en consecuencia, la norma reglamentaria de transposición cuando resulte inútil, contraria o contraproducente para alcanzar los objetivos que se propone la Directiva.

En este sentido, venimos declarando, por todas, sendas Sentencias de 17 de junio de 2003, dictadas en los recursos contencioso administrativos nº 481 y 464, que <<La incompatibilidad entre un reglamento interno y una Directiva comunitaria dotada de efecto directo vertical, determinante de la nulidad de pleno Derecho del primero, sólo puede apreciarse cuando existe una clara contradicción entre los preceptos suficientemente precisos de la Directiva y las determinaciones del reglamento y debe ponderarse teniendo en cuenta la realidad de hecho sobre las que éste se proyecta y la finalidad que persigue. La naturaleza de la Directiva como norma que apela a la intermediación legislativa del Estado miembro exige reconocer un margen cualitativo y temporal en favor de la libertad de configuración normativa que corresponde a los poderes de éste>>.

También conviene citar, ahora en el plano comunitario, la STJCE de 8 de septiembre de 2005, asunto nº C-40/2004, que resuelve sobre la cuestión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el Korkein oikeus (Finlandia), y declara, por lo que hace al caso, en el apartado 58, que <<Los Estados miembros tienen la obligación de elegir, en el marco de la libertad que les reconoce el párrafo tercero del artículo 249 CE, las formas y los medios más adecuados para garantizar el efecto útil de las directivas (sentencia Gallotti, antes citada, apartado 14)>>. Se refiere a la Sentencia de 12 de septiembre de 1997, caso Gallotti y otros, asuntos acumulados C-40/95, C-40/95, C-40/95, C-40/95, C-40/95, C-40/95, C-40/95, C-40/95 y C-40/95.

En conclusión, debería resultar pacífico, aunque al parecer no lo es, afirmar que la transposición es una operación jurídica en virtud de la cual el Estado tiene cierto *margen de discrecionalidad*, como señala la doctrina científica, o *libertad de configuración* como señala la jurisprudencia de esta Sala Tercera o, en fin, realizarse en el marco de la libertad como indica el TJCE, para la elección de la forma y los medios para ejecutar la Directiva. Respetando que no se lesionen o perjudiquen los objetivos que pretende lograr la expresada norma comunitaria.

La conclusión contraria, contenida en la sentencia de la que discrepo, tendente a declarar la nulidad de la norma reglamentaria cuando no coincide literal y exactamente con lo señalado por la Directiva, supone desdeñar los

límites en los que ha de moverse dicha transposición, vacía el sentido y finalidad de la misma, y, en fin, aboca a una conclusión imposible.

Baste como ejemplo de lo dicho que de los preceptos reglamentarios impugnados el único que no ha sido declarado nulo es el artículo 17 del RD, que se limita a reproducir de forma literal y exacta --su contenido idéntico se reconoce por la sentencia de la que discrepo-- lo dispuesto en el artículo 31.2 de la Directiva que transpone.

**Segunda.** A la luz de los contornos expuestos en los que necesariamente se debió mover nuestro enjuiciamiento sobre la transposición de la Directiva 2005/38/CE a nuestro derecho interno, fácilmente se colige que resulta obligado determinar cuál es la finalidad de dicha norma comunitaria, para ver si los preceptos que se impugnan del Real Decreto recurrido, y que declara nulos la sentencia de la que disiento, perjudican los objetivos que se propone la Directiva mentada.

El marco jurídico que proporciona 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, nos da la clave de bóveda sobre el alcance, contenido y condiciones para el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros por los ciudadanos de la Unión.

La regulación de la *ciudadanía de la Unión* únicamente puede ostentarse por aquellas personas que tengan la nacionalidad de un Estado miembro *ex* artículo 2.1 de la Directiva. Y sus titulares, por tanto, tienen reconocido el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.

Este estatus jurídico de ciudadano de la Unión confiere, en este sentido, un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

La circulación y residencia libre en el territorio de los Estados miembros, delimitando un espacio sin fronteras, para que se pueda ejercer con libertad y dignidad, precisa que tal estatus se reconozca también a los miembros de su familia, que obviamente no sean nacionales de ningún Estado de la Unión, es decir, que sean ciudadanos de un tercer Estado no comunitario. Siendo, por tanto, cualitativamente distinto dicho estatus que la relación que media entre el Estado español y sus nacionales.

Interesa destacar que se trata, mediante la mentada Directiva 2004/38/CE, de regular estos derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión dentro de dicho espacio europeo, pero no de alterar o afectar el régimen jurídico de los nacionales con un Estado miembro. Dejando, por supuesto, al margen las exigencias impuestas para que un Estado impida o condicione la libre circulación de sus ciudadanos en otros Estados miembros, según la Sentencia del TJCE de 10 de julio de 2008, asunto C-33/07, que resuelve la cuestión prejudicial en el caso de *Rumania y Gheorghe Jipa*, que se pronuncia precisamente sobre la citada Directiva 2004/38/CE.

Acorde con los principios y finalidad que inspiran la indicada norma comunitaria de tanta cita, el RD 204/2007, que se recurre, traspone a nuestro derecho interno su contenido, incorporando sus previsiones al ordenamiento jurídico español. Pues bien, como veremos en cada uno de los apartados que seguidamente desglosaremos, la regulación contenida en la citada norma reglamentaria respeta los objetivos y la finalidad de la Directiva que incorpora y se mueve dentro del marco de la libertad de configuración propia de este tipo de operaciones. Baste con señalar que, como seguidamente se verá, la regulación reglamentaria impugnada no hace más que completar, concretar y especificar aquello que, por su propia naturaleza, regula la Directiva con un carácter necesariamente genérico e indeterminado, en previsión sólo del resultado. Se trata, en definitiva, de permitir esa modulación y concreción por cada Estado, estableciendo los medios específicos más acordes a la finalidad de crear una zona libre sin fronteras en la que ejercer los derechos de liberar de residencia y libre circulación.

## **II.- Apartados declarados nulos por la sentencia de los que disiento.**

**Primero.- El inciso "otro Estado miembro" del artículo 2, y expresiones coincidentes y concordantes impugnadas.**

El ámbito de aplicación previsto en el artículo 2 del RD impugnado se ajusta, a diferencia de la opinión mayoritaria que expresa la sentencia, a lo dispuesto en la expresada Directiva 2004/38/CE, por las razones que seguidamente expongo.

En primer lugar, interesa, antes de nada, contrastar, el citado artículo 2 en lo relativo al inciso invocado --"El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de **otro Estado miembro** de la Unión Europea (...) "--, con el artículo 3 de la Directiva citada, que bajo el título de "beneficiarios" dispone que <<la presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él>>.

La confrontación de ambos preceptos, bajo la óptica del derecho comunitario que es la única que esgrime la sentencia para anular este inciso, revela que la no inclusión de los familiares --no nacionales de ningún Estado miembro-- de un español, haya o no ejercitado los derechos a la libre circulación y residencia, no se incluyen en el ámbito de aplicación de la norma reglamentaria sencillamente porque no están incluidos *necesariamente* en la norma comunitaria que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico.

Obsérvese que el mentado artículo 3 de la Directiva se refiere al ciudadano de la Unión que "se traslade a o resida en" un Estado "distinto del Estado del que tenga la nacionalidad" y a los miembros de su familia como los que le "acompañen o se reúnan con él". Lo que pone de manifiesto, de un lado, que el objeto de la Directiva no es regular las relaciones entre un Estado y sus nacionales, sino los derechos de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en el espacio común y no en su país de origen. Y, de otro, se exige la necesidad de movimiento o desplazamiento, que comporta la libre circulación, para su inclusión, como beneficiario, en el ámbito de aplicación de la Directiva. Se precisa, por tanto, que se hayan ejercitado los derechos de libre circulación y residencia para que a los miembros de su

familia, que no son europeos o comunitarios, les sea de aplicación el RD impugnado.

En definitiva, se trata de crear un espacio sin fronteras, no de interferir en las relaciones entre el Estado y sus nacionales, toda vez que ésta es una cuestión propia de nuestro derecho interno pero ajena al derecho comunitario.

En segundo lugar, interesa añadir que el "*beneficiario*" con "*carácter principal*" (artículo 3.1.a/ de la Directiva) del derecho a la libertad de circulación y residencia es el ciudadano de la Unión y su familia no comunitaria lo es en la medida que reconoce y extiende tal derecho la Directiva comunitaria, cuyos objetivos ha de cumplir la norma reglamentaria impugnada.

En este sentido, en las consideraciones de la Directiva que preceden a su articulado, concretamente en la quinta se indica que *<<el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia>>*. Es decir, lo que está en juego es el derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano de la Unión, creando un territorio libre de trabas al ejercicio de estos derechos, y en esa medida que sea acompañado por su familia resulta esencial para evitar restricciones al ejercicio de los citados derechos, de manera que su reconocimiento va unido y lo es en tanto en cuanto se ejercen los citados derechos.

En tercer lugar, conviene tener en cuenta que la jurisprudencia del TJCE ha declarado no contrarias al Derecho comunitario las diferencias de trato que afectan a situaciones puramente internas (Sentencias del TJCE de 3 de enero de 1986 asunto C-298/84 *Iorio/Azienda autónoma delle ferrovie dello Stato*, 5 de junio de 1997 asunto C-64/96 *Uecker and Jacquet/Land Nordrhein-Westfalen*, de 4 de junio de 2009 asuntos C- 22/08 y 23/08 *Athanasos Vatsouras y Josif Koupatantze/Arbeitsgemeinschaft Nürnberg 900*). Esto es, el tratamiento distinto, desde la perspectiva comunitaria, estaría justificado en la medida que se pretende comparar a los ciudadanos de la Unión que han ejercitado los derechos de libre circulación y residencia y por tanto su familia, no comunitaria, ha de acompañarlos en tal desplazamiento o regreso, con los españoles que han, o no, ejercitado los indicados derechos y

tienen también familiares no comunitarios que han de acogerse al régimen general de extranjería.

En cuarto lugar, es cierto, como señalan los recurrentes, que se podía haber elegido otra solución normativa distinta a la prevista en el RD recurrido -- dentro de la libertad de configuración que comporta la transposición--, y extender a los familiares no comunitarios de los españoles que han, o no, ejercitado el derecho a la libre circulación y residencia, el tratamiento jurídico previsto en el RD impugnado, sin acudir al régimen que prevé la disposición final tercera del citado RD, para regular la reagrupación familiar de ciudadanos españoles que no han ejercido el derecho a la libre circulación, y que se remite a dos nuevas disposiciones adicionales, decimonovena y vigésima, en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Ahora bien, que pudiera haberse seguido otra opción normativa, no significa que la elegida en el RD impugnado vulnere la Directiva por confrontar con los principios en que se inspira y los propósitos que persigue, pues no es así. Y prueba de cuanto digo es que en la transposición de esta misma Directiva por los diferentes Estados miembros se ha seguido mayoritariamente el sistema adoptado por España en el RD recurrido.

Así es, el sistema que postulan los recurrentes y que adopta la sentencia como único posible al amparo de la norma comunitaria, es minoritario en Europa, pues constituye la excepción que únicamente siguen Portugal y Grecia. Siguen una línea intermedia, Finlandia y Austria, al equiparar el régimen de las familias no europeas de sus ciudadanos sólo cuando éstos regresen a su país tras haber ejercitado su derecho a la libre circulación. Sin embargo, insisto, el sistema mayoritario en Europa es el que sigue el RD impugnado, como es el caso de Francia, Alemania e Italia.

No obsta a lo expuesto en este apartado que España haya seguido una tradición diferente --Reales Decretos 1099/1986, 776/1992, 737/1995, 1710/1997, 178/2003-- a la que ahora adopta en el RD recurrido.

**Segundo.- El inciso "*separación legal*" del artículo 2, apartados a), c) y d) y 9.4 y otros coincidentes y concordantes impugnados.**

El RD recurrido excluye como miembro de la familia del ciudadano de la Unión al separado legalmente y, dicha excepción es considerada por la sentencia de la que disiento como un exceso respecto de la regulación contenida en la tan citada Directiva 2004/38/CE, al no haberse producido la extinción del vínculo matrimonial.

Antes de nada, considero que no pueden hacerse interpretaciones jurídicas que conduzcan al absurdo y por tal tengo a la situación que se produce cuando se considera que forma parte de una familia al separado legalmente del ciudadano de la Unión. Pero vayamos al análisis de la Directiva para ver si efectivamente se aprecia alguna innovación en el RD recurrido que sea contraria a los objetivos de la norma comunitaria.

La expresada Directiva define en el artículo 2 quienes están incluidos en la expresión "*miembro de la familia*", incluyendo al respecto a los siguientes: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b).

La cuestión que suscita la recurrente, por tanto, se limita a la interpretación que debemos hacer del término "*cónyuge*", esto es, si como ha hecho el RD impugnado ha de excluir tanto al ciudadano comunitario divorciado como al separado legalmente, o si como postula la parte recurrente, y señala la sentencia recurrida, ha de excluir únicamente al divorciado.

Vaya por delante que efectivamente en nuestro derecho civil matrimonial la separación legal no comporta la disolución del vínculo, pero no es esto únicamente, así sin más, a lo que debemos atenernos para interpretar el término "*cónyuge*" que utiliza la Directiva, sobre todo si tenemos en cuenta en la Unión Europea coexisten países que conocen sólo el divorcio y no la

separación legal o que ésta se regula de modo muy diferente al sistema español. La lectura que ha de hacerse de la Directiva no puede ser como si el autor de la misma sólo hubiera tomado en consideración el sistema español.

Pues bien, la separación declarada por sentencia judicial produce la suspensión de la vida en común, ex artículo 83 del Código Civil, del mismo modo que el divorcio que efectivamente comporta la disolución del matrimonio (artículo 85 del citado Código Civil) produce igual efecto al terminar con la vida en común. Debemos añadir, en este sentido, que tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se puede acceder directamente al divorcio sin tener que pasar por la separación legal previa.

Lo anterior viene a cuento porque los efectos de ambos supuestos, divorcio y separación legal, y también en la nulidad, que ahora nos interesan, coinciden en el cese de la convivencia y, fundamentalmente, en la intervención a una autoridad competente, el juez, que ha declarado el fin de la vida en común, estableciendo la ordenación de los efectos que comporta tal decisión. No en vano, bajo el expresivo título "*de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*" (Capítulo IX), el artículo 90 y siguientes del Código Civil regulan las consecuencias que se anudan al fin de la convivencia y la intervención del juez. Es decir, hay una autoridad nacional que declara por sentencia el fin de la convivencia y se pronuncia sobre el régimen de los hijos, el uso de la vivienda y ajuar.

De manera que no puede compararse a estos efectos, como señala la Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1985 "*Aissatou Diattra contra Land Berlin*" asunto 267/1983, vivir simplemente separados --separación de hecho--, con el caso de que medie una sentencia judicial que declare la separación legal y ordene las consecuencias que se derivan de este nuevo orden de cosas. La indicada sentencia del TJCE, por otra parte, ya fue tenida en cuenta en España para modificar los Reales Decretos 766/1992, de 26 de junio, 737/1995, de 5 de mayo y 1710/1997, de 14 de noviembre, como recoge la exposición del motivos del RD recurrido.

En fin, concluiré este apartado enlazando con lo señalado al inicio del mismo, se puede producir una curiosa y singular situación y es que el separado legalmente sea miembro de la familia del ciudadano de la Unión,



como considera la sentencia de la discrepo, y que, a su vez, ese ciudadano pueda tener una nueva pareja con la que mantenga una relación estable y, por tanto, también miembro de la familia ex artículo 3 de la Directiva y 2.b) del RD recurrido. Repárese que el citado artículo 3 incluye como miembro de la familia *"la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada"*.

**Tercero.- El inciso "que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado" del artículo 2.b) y disposición adicional vigésima, apartado 1.b).**

La sentencia de la que disiento declara nulo tal inciso porque impone una restricción no establecida en la Directiva, a saber, que no permita dos registros simultáneos.

Este inciso *"que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado"* del artículo 2.b) del RD recurrido, resulta acorde con los principios y objetivos de la Directiva, porque pretende tan sólo imponer certidumbre y rigor en la configuración y definición de este miembro de la familia.

Así es, el citado artículo 2.b) incluye como miembro de la familia a la pareja que mantenga una unión análoga a la conyugal, y no establece la necesidad de un registro único, sino que cualquiera que sea el sistema que se adopte, tan solo exige que mismo no permita dos registros simultáneos en dicho Estado, que no es lo mismo. Dicho de otro modo, la informática permite que habiendo varios registros se impida simultanear dos inscripciones registrales diferentes por contradictorias o incompatibles. Se trata de evitar que la misma persona, y al mismo tiempo, forme parte de varias uniones registradas.

Pues bien, este sistema resulta conforme con la Directiva 2004/38/CE porque, de un lado, la regulación reglamentaria entra dentro del margen de configuración propio de toda operación de transposición o incorporación de la norma comunitaria a nuestro derecho interno, según señalé en la consideración primera de este voto. Y, de otro, porque si en alguna materia la Directiva se remite a la legislación de los Estados es en ésta, pues de modo

insistente y tenaz la norma comunitaria se remite a la legislación del Estado de acogida para aumentar el margen de libertad de ordenación de los Estados al trasponer la Directiva.

En efecto, el artículo 2.2.b) de la Directiva incluye como miembro de la familia a "la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, *con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida*".

Resulta innegable, por tanto, que se ha pretendido establecer un "plus" de discrecionalidad en esta materia, al diferirse tal regulación a la legislación del Estado miembro de acogida, con las cautelas y prevenciones que el mismo establezca, y que vienen estableciendo los diferentes países --Bélgica por ejemplo ha establecido la edad de 21 años para tales uniones y que permanezcan un plazo mínimo determinado--, siempre que resulten acordes con los objetivos de la Directiva, y que persigan precisamente que no se desnaturalice el ámbito subjetivo de la propia norma comunitaria, evitando simulaciones o abusos en esta materia.

**Cuarto.- El inciso "*expedida por un Estado que aplica plenamente el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y su normativa de desarrollo*" del artículo 4.2.**

Tampoco puedo compartir que se declare nulo el inciso anterior pese a haber sido derogado el mismo por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, que modifica el Real Decreto 204/2007, de 16 de febrero, recurrido.

La declaración de nulidad de una norma que ya ha sido derogada y, por tanto, expulsada del ordenamiento jurídico determina su pérdida de objeto, en casos como el ahora examinado, en el que no se razona sobre los actos de aplicación anterior. Carece de sentido, en consecuencia, declarar nula una norma que ya no forma parte del ordenamiento jurídico.

En este sentido venimos declarando, en Sentencias de 5 de febrero y 6 de marzo de 2010 (recursos contencioso-administrativos nº 208/2007 y 209/2007), y de 18 de mayo de 2006 (recurso contencioso administrativo nº 45/2004), concretamente en esta última, que *<<el recurso directo contra disposiciones generales es un instrumento procesal que tiene como finalidad la de eliminar del ordenamiento jurídico las normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria cuando sean contrarias a derecho, y no tanto la de resolver acerca de las pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica entre el recurrente singular y la Administración, aquel recurso pierde su sentido cuando, al tiempo de dictar sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico. (...) Así lo ha venido sosteniendo esta Sala en reiteradas sentencias entre otras, en las de 3 de Febrero y 24 de Marzo de 1997, 29 de Abril, 14 y 27 de Octubre y 23 de Noviembre de 1999, 15 de Noviembre de 2000, 5 de Febrero de 2001, 19 de Mayo de 2003 y 15 de Junio de 2005. En las primeras sentencias hacíamos las siguientes consideraciones:*

*"[...] el pronunciamiento que procede en supuestos como el de autos es el de la desestimación del recurso por carencia sobrevenida de lo que constituía su objeto. En efecto, hemos dicho en aquellas sentencias que al tratarse de un recurso directo contra normas reglamentarias, y no contra actos de aplicación singular de éstas, su objeto queda ceñido a la pretensión de expulsión del Ordenamiento Jurídico de normas que a juicio de la parte recurrente son ilegales; por ello, la derogación sobrevenida de tales normas priva a la controversia del objeto que le es propio; debiendo traerse a colación, a este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con los recursos de inconstitucionalidad, perfectamente aplicable a los recursos directos contra reglamentos, según la cual -Sentencias 111/1983, 199/1987 y 385/1993- "cuando a lo largo de la tramitación de un recurso de inconstitucionalidad -recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento- pierda su vigencia el precepto legal controvertido, tal circunstancia sobrevenida habrá de ser tomada en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva la exclusión de toda aplicabilidad de la Ley", y añade, "si así fuera no habrá sino reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional">>.*

**Quinto.- El inciso "hasta segundo grado" de la disposición final tercera, apartado uno, que introduce una disposición adicional decimonovena.**

La indicada disposición final al modificar el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero acota para la aplicación de la expresión "*miembro de la familia*" que, por lo que hace al caso, alcanza hasta un determinado grado de parentesco, en concreto hasta el segundo grado en línea directa o colateral, consanguinidad o por afinidad.

Esta delimitación resulta acorde con lo dispuesto en el Directiva que se transpone, pues el artículo 3 de la misma cuando regula a los beneficiarios, en el apartado 2, dispone que "*el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas*". De manera que se hace una expresa remisión a la legislación nacional para determinar y concretar la regulación general de la Directiva cuando genéricamente alude a "*cualquier otro miembro de la familia*" en el artículo 3.2.a). Se insta, de este modo y desde la norma comunitaria, a que sea el Estado miembro el encargado, en su legislación nacional, de regular y poner límite a lo que podría ser una cadena indefinida de familiares, contribuyendo a crear zonas de certidumbre ante el carácter forzosamente impreciso y genérico de la norma comunitaria.

De modo que cuando se trata de delimitar a los miembros de la familia que no forman parte del núcleo esencial que define el artículo 2.2 de la Directiva, esto es, el cónyuge, la pareja con unión registrada, los ascendientes o descendientes directos, ha de encargarse de tal función la legislación nacional, por expreso mandato de la Directiva. Por tanto, mal puede tildarse de contradictoria a la regulación contenida en la norma impugnada con la norma comunitaria cuando aquélla no hace sino cumplir lo ordenado por ésta.

**Sexto.-** Tampoco puedo compartir, en fin, lo expuesto en la sentencia de la que discrepo sobre **la disposición final tercera. dos** del RD recurrido que introduce una disposición adicional vigésima.1 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

Mediante la indicada disposición se extienden los beneficios del régimen jurídico previsto en el RD 240/2007 a algunos familiares no comunitarios de los ciudadanos de la Unión, concretamente al cónyuge no separado, la pareja registrada, los descendientes menores de 21 años o

incapacitados y los ascendientes que ya tuvieran tarjeta de familiar de residente comunitario.

En realidad, en este punto como en relación con la disposición adicional decimonovena del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 que introduce la misma **disposición final tercera.uno**, se parte del mismo desenfoque respecto del objeto del RD impugnado que se centra en regular la entrada, libre circulación y residencia de los ciudadanos miembros de la Unión Europea, como señala igualmente la Directiva que traspone, que no son españoles, y de sus familias, pero no de regular las relaciones entre el Estado español y sus nacionales.

### **III.- Conclusión.**

En atención a lo expuesto el recurso contencioso administrativo debió ser desestimado en relación con las impugnaciones a que me he referido en los apartados anteriores, y aquellas concordantes como son las relativas a las expresiones "*otro Estado*" o "*separación legal*" conexas con lo expuesto. Y estimado únicamente respecto de aquellos incisos que no he relacionado sobre los que coincido con la sentencia, sustancialmente en relación con el régimen laboral de los miembros de la familia y la situación "*a cargo*", así como respecto de la nulidad de la ejecución inmediata sin plazo del artículo 18.2 del RD.

Así hago constar mi discrepancia, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la LOPJ, suscribo el presente voto particular.



Recurso Nº: 114/2007

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