



COMISION EUROPEA
DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, LIBERTAD Y SEGURIDAD

Dirección C : Justicia civil, derechos fundamentales y ciudadanía
Unidad C3 : Ciudadanía y derechos fundamentales
Jefe de Unidad

Bruselas, 19. 02 2008
JLS-C3/AH/iv/(2008)D2451

Sr. Don Alejandro Peña Pérez
Sra. Doña. Mercedes Infante
Domínguez
C/ Mérida nº 2 – Bajo C
El Puerto de Santa María
Cádiz
CP 11500 España

Estimado Sr. Peña Pérez, Estimada Señora Infante Domínguez:

Les agradezco su carta de 27 de noviembre de 2007 mediante la cual formularon Ustedes una denuncia ante la Comisión de las Comunidades europeas contra el Reino de España por incumplimiento del derecho comunitario en la transposición al ordenamiento jurídico español de 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.

Señalan Ustedes en primer lugar que dicha Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento español con retraso con respecto a la fecha de transposición prevista. En efecto, la Directiva estableció como plazo límite para la transposición el 30 de abril de 2006 y el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero fue adoptado con diez meses de retraso. Por este motivo un procedimiento de infracción fue iniciado contra España en junio de 2006 que se encuentra todavía en curso a día de hoy pero que la Comisión tiene intención de cerrar en el curso del presente mes puesto que España ha notificado ya todos los textos relativos a la transposición de la Directiva.

Entienden Ustedes asimismo que la transposición realizada por el Real Decreto incumple la Directiva en los dos aspectos siguientes:

1. Incumplimiento de los artículos 3.1 y 23 de la Directiva 2004/38

El derecho a trabajar, otorgado por la directiva a todos los familiares de ciudadanos de la Unión está restringido en el Real Decreto ya que éste excluye de dicho derecho a los ascendientes a cargo y a los descendientes mayores de veintiún años. Dicha exclusión es, en su opinión, contraria a la Directiva.

El artículo 3.2 del Real Decreto prevé que "*Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, exceptuando a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2d del presente Real Decreto, tienen derecho a acceder a cualquier actividad tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.*

No alterará la situación de familiar a cargo la realización por este de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento. En caso de finalización de la situación de familiar a cargo y eventual cesación en la condición de familiar de ciudadano de la Unión, será aplicable el artículo 96.5 del Reglamento de la Ley de Extranjería. "

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

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

2. Incumplimiento de los artículos 5.2 y 24 de la directiva 2004/38.

Estiman Ustedes, por otra parte, que el Real Decreto establece una discriminación de los ciudadanos españoles con respecto de los ciudadanos de otros Estados miembros. Hacen referencia a la modificación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España que introduce la disposición final tercera Dos del Real Decreto. Según esta disposición, el Real Decreto 240/2007 será de aplicación a los familiares de nacional español cuando le acompañen o se reúnan con él. Dicha disposición también prevé que la reagrupación familiar de ascendientes directos de ciudadano español o de su cónyuge se regirá por lo previsto en la sección 2ª del capítulo I del título IV de dicho Reglamento. Consideran Ustedes que la aplicación del régimen de extranjería a los ascendientes directos de nacionales españoles no es compatible con la Directiva.

Debo aclarar que la Directiva 2004/38/EC se aplica únicamente a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión que residen o viajan en/a un Estado miembro distinto del suyo y no de las personas que residen en el mismo país del que son nacionales. La Directiva le es aplicable a los nacionales españoles sólo cuando viajan a o residen a otro Estado miembro de la Unión Europea (ex. art. 3). La Directiva sin embargo no es aplicable al derecho de reagrupación familiar de ciudadanos de la Unión en el Estado miembro del que son nacionales. En este caso es el derecho nacional el que se aplica.

España, de forma voluntaria, ha extendido los derechos previstos en la Directiva a los nacionales españoles a través de la Disposición final Tercera, Dos del Real Decreto 240/2007 sobre entrada, libre circulación de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que traspone la Directiva.

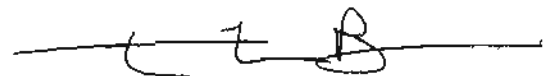
Tengan en cuenta, no obstante, que dicha extensión del régimen comunitario a los familiares de españoles que residen en España es una decisión unilateral de España que no obliga a los demás Estados miembros ya que no cae en el ámbito de aplicación del derecho comunitario.

Por ello, la aplicación del régimen de extranjería a la reagrupación familiar de los ascendientes directos de nacionales españoles o de sus cónyuges no es contraria a la Directiva.

Dicho esto, debo observar que no resulta clara la distinción entre el párrafo 1 apartado d) de la nueva disposición adicional vigésima y el párrafo 2 de la misma disposición. Ambos se refieren a los ascendientes de ciudadano español y de su cónyuge, por lo que no resulta evidente cual es la normativa que les resulta aplicable.

Tengo la intención de registrar su queja en el registro de quejas de la Comisión. El examen de la legislación española de transposición del Real Decreto 240/2007 está en curso y, una vez finalizado, escribiré a las autoridades españolas al respecto y haré también referencia a la aparentemente incorrecta transposición del artículo 23 de la Directiva que Ustedes han señalado en su denuncia. Les mantendré informados del resultado de dicho contacto.

Reciban un atento saludo,



Ernesto BIANCHI