

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. JÁN MAZÁK

presentadas el 20 de octubre de 2009¹

1. En el presente asunto la Court of Appeal (Civil Division) (England & Wales) (Reino Unido) ha planteado, con arreglo al artículo 234 CE, tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del artículo 12 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad² y 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 por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 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 (texto pertinente a efectos del EEE).³

2. Las cuestiones se suscitaron en un litigio entre la Sra. Nimco Hassan Ibrahim, nacional de un país tercero casada con un nacional danés que trabajó con anterioridad en el Reino Unido y con hijos de nacionalidad danesa en edad escolar, y el London Borough of Harrow (en lo sucesivo, «Borough»), relativo al derecho de la Sra. Ibrahim a percibir una prestación de vivienda en el Reino Unido. La Sra. Ibrahim y sus hijos no tienen autonomía económica y dependen del sistema de asistencia social en el Reino Unido. El Secretary of State for the Home Department (en lo sucesivo, «Secretary of State») es parte coadyuvante en dicho procedimiento. Con arreglo a la ley británica, la Sra. Ibrahim no puede percibir una prestación de vivienda en Reino Unido si no tiene derecho a residir en dicho Estado miembro conforme a la normativa comunitaria. La Court of Appeal desea saber, *inter alia*, si la Sra. Ibrahim y sus hijos tienen derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 o del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 y, en caso afirmativo, si deben disponer de recursos suficientes para no resultar una carga para la asistencia social del Reino Unido durante su período proyectado de residencia, y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado miembro.

1 — Lengua original: inglés.

2 — DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

3 — DO L 158, p. 77.

I. Marco jurídico

apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado.

A. Normativa comunitaria

3. El artículo 10 del Reglamento n° 1612/68, antes de ser derogado mediante la Directiva 2004/38, establecía:

«1. Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro:

- (a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo;
- b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo.

2. Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el

3. A los efectos de los apartados 1 y 2, el trabajador deberá disponer de una vivienda para su familia, considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado, sin que esta disposición pueda ocasionar discriminación entre los trabajadores nacionales y los trabajadores provenientes de otros Estados miembros.»

4. El artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 establece:

«Los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio.»

Los Estados miembros fomentarán las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones.»

5. El artículo 12 de la Directiva 2004/38, titulado «Mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de fallecimiento o partida del ciudadano de la Unión», dispone en su apartado 3:

«La partida del ciudadano de la Unión o su fallecimiento no supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia efectiva de los hijos, con independencia de su nacionalidad, siempre que los hijos residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, y ello hasta el final de dichos estudios.»

6. Conforme al artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2004/38:

«Los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 12 y 13 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas.»

B. *Derecho nacional*

7. A tenor del artículo 6, apartado 1, del Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 (Reglamento sobre inmigración procedente del Espacio Económico

Europeo; en lo sucesivo, «Reglamento de 2006») una «persona cualificada» con derecho a residir en el Reino Unido es una persona que es nacional de un Estado miembro del EEE y se encuentra en el Reino Unido como demandante de empleo; trabajador por cuenta ajena; trabajador por cuenta propia; persona con autonomía económica; o estudiante. Con arreglo al artículo 19, apartado 3, del Reglamento de 2006 una persona que ha sido admitida en el Reino Unido, o que fue adquirido un derecho de residencia en dicho Estado, podrá ser expulsada del Reino Unido si carece del citado derecho de residencia conforme al Reglamento, o pierde tal derecho.

8. Con arreglo a la Housing Act de 1996 (Ley de la vivienda) y el Allocation of Housing and Homeless (Eligibility) Regulations 2006 (Reglamento sobre el derecho a la atribución de vivienda y relativo a las personas sin vivienda) la Sra. Ibrahim no está legitimada para percibir una prestación de vivienda en tanto carezca de derecho de residencia en ese Estado miembro en virtud de la normativa comunitaria.

II. Procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

9. La Sra. Ibrahim es nacional de un país tercero. Es la esposa de un ciudadano danés (en lo sucesivo, «Sr. Y»), aunque están

separados. El Sr. Y llegó al Reino Unido en 2002 y trabajó por cuenta ajena desde octubre de 2002 hasta mayo de 2003. Desde junio de 2003 hasta marzo de 2004 el Sr. Y solicitó prestaciones por incapacidad, que terminó cuando fue declarado apto para el trabajo al término del citado período. El Sr. Y abandonó poco después el Reino Unido para regresar en diciembre de 2006. Durante el tiempo transcurrido desde que dejó de trabajar hasta que se fue del Reino Unido, el Sr. Y dejó de ser una «persona cualificada» a los efectos del artículo 6 del Reglamento de 2006. A su regreso al Reino Unido en diciembre de 2006, el Sr. Y no recuperó la condición de «persona cualificada» con derecho de residencia.

10. La Sra. Ibrahim llegó al Reino Unido en febrero de 2003, con permiso de las autoridades de inmigración, para reunirse con su esposo. Los cónyuges tienen cuatro hijos, todos ellos de nacionalidad danesa. En octubre de 2007 sus edades eran de entre 9 años y 1 año. Los tres hijos de más edad llegaron con su madre a este Estado miembro en febrero de 2003. El cuarto hijo nació en el Reino Unido. Poco después de su llegada, los dos hijos de más edad empezaron a cursar enseñanza pública y la continúan.

11. Tras la marcha de su esposo del Reino Unido en 2004, la Sra. Ibrahim se separó de él. No tenía ni tiene autonomía económica. No trabaja y depende por completo de pres-

taciones fijadas en función de sus recursos para hacer frente al pago de sus gastos corrientes básicos y al coste de su vivienda. No tiene seguro de enfermedad completo y depende del National Health Service del Reino Unido.

12. En enero de 2007 la Sra. Ibrahim solicitó al Borough asistencia por falta de vivienda para ella y para sus hijos. Mediante decisión de 1 de febrero de 2007 el Borough denegó a la Sra. Ibrahim la prestación relativa a vivienda ya que ni ella ni su esposo ejercitaban el derecho comunitario de residencia en el Reino Unido. La funcionaria del Borough responsable en materia de recurso administrativo confirmó la decisión del Borough de 1 de febrero de 2007 por idénticos motivos en su decisión de 29 de marzo de 2007. Al tiempo de resolverse el recurso administrativo el Sr. Y carecía de toda clase de empleo y dependía y aún depende de la asistencia social.

13. El 18 de octubre de 2008 la Clerkenwell and Shoreditch County Court estimó el recurso de la Sra. Ibrahim contra la decisión del Borough. La County Court consideró que los dos hijos de más edad de la Sra. Ibrahim que cursaban estudios tenían un derecho de residencia conforme al artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 para completar su educación y que, en este sentido, debía reconocerse un derecho derivado de residencia a la

Sra. Ibrahim bajo cuya custodia efectiva estaban los hijos. Dicho tribunal también estimó que su derecho a residir en el Reino Unido era independiente de cualquier cuestión de autonomía económica.

14. El Borough recurrió la resolución de la County Court ante el tribunal remitente. El Borough mantiene que la Directiva 2004/38 es la única fuente que establece los requisitos relativos al derecho de residencia dentro de los Estados miembros para los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares. Según el tribunal remitente, el Borough afirma que es un hecho pacífico que la Sra. Ibrahim y sus hijos no gozan de derechos de residencia en el Reino Unido conforme al artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38 debido a que el Sr. Y perdió la condición de trabajador en el Reino Unido antes de abandonar el territorio en 2004. La Directiva 2004/38 modificó el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 y la doctrina de la sentencia Baumbast y R⁴ basada en dicho artículo. Según el Borough, el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 otorgaba el derecho de acceso del hijo de un trabajador a la educación en el Estado miembro de acogida, pero al derogarse el artículo 10 del Reglamento n° 1612/68, que era la base de los derechos de residencia en virtud de dicho Reglamento, el derecho de acceso a la educación previsto en su artículo 12 quedó sujeto a los nuevos requisitos establecidos en la Directiva 2004/38. En cualquier caso, la conservación del derecho de residencia de los miembros de la familia tras la partida del ciudadano de la Unión del Estado

miembro de acogida dependerá de la autonomía económica de éstos. Los principios de autonomía económica y de proporcionalidad son principios esenciales del Derecho comunitario, para el equilibrio entre las necesidades del ciudadano y las del Estado. El requisito de autonomía económica no se impone al trabajador migrante y a su familia, pero es un requisito de cualquier otra modalidad del derecho de residencia, como entre otros pone de manifiesto el artículo 7 de la Directiva de 2004. En el asunto Baumbast y R los miembros de la familia Baumbast tenían autonomía económica, y aunque el Tribunal de Justicia no basó expresamente en este hecho su razonamiento al responder a las cuestiones primera y segunda, diferenciándolas de la tercera, éstos eran los hechos en aquel asunto, y sería erróneo deducir de esa sentencia un principio más amplio que confirmara la pretensión de la Sra. Ibrahim, dada su falta de autonomía económica.

15. Según el tribunal remitente, la Sra. Ibrahim alega que tiene derecho a permanecer en el Reino Unido en virtud del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 en relación con la sentencia Baumbast y R, antes citada, del Tribunal de Justicia. No se ha discutido que el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38 no la protegía debido a una laguna en dicha disposición respecto a la situación particular del Sr. Y, que perdió su condición de trabajador con derecho de residencia en el Reino Unido antes de su partida (y no adquirió

4 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, Rec. p. I-7091).

un nuevo derecho de residencia a su regreso). La Sra. Ibrahim considera no obstante que en las sentencias *Echternach y Moritz*⁵ y *Baumbast y R*⁶ el Tribunal de Justicia reconoció un derecho implícito de residencia derivado del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68. Por consiguiente, es irrelevante que los artículos 10 y 11 del Reglamento n° 1612/68 fueran derogados por la Directiva de 2004 dado que el artículo 12 de dicha norma permanece en vigor. Ése es el caso en particular cuando el derecho a la educación en el Reino Unido de los hijos de la Sra. Ibrahim ya había nacido, a pesar de que el Sr. Y dejó de trabajar en el Reino Unido en la primavera de 2004, antes incluso de la adopción, el 29 de abril de 2004, de la Directiva de 2004. No existe un requisito de autonomía económica en el caso de un ciudadano de la Unión que trabaja en un Estado miembro de acogida. Además, en las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones primera y segunda en la sentencia *Baumbast y R* no se exigía la autonomía económica. Lo pone de relieve el hecho de que el Tribunal de Justicia no consideró necesario responder a las demás partes de la tercera cuestión (véase el apartado 95 de la sentencia *Baumbast y R*).

16. El órgano jurisdiccional remitente sostiene que el contexto fáctico en el presente recurso difiere notablemente del de los cuatro casos objeto de las sentencias, antes citadas, *Echternach y Moritz* y *Baumbast y R*. En la primera de ellas, los hijos estudiantes eran mayores de edad. Habían pasado la mayor parte de su vida en los países de acogida. En la

segunda, los miembros de la familia *Baumbast* siguieron residiendo en su domicilio en el Reino Unido, y se reconoció su autonomía económica. En el caso de *R*, el trabajador migrante aún trabajaba en el Reino Unido y por tanto conservaba claramente el derecho de residencia, y el único problema era su divorcio. El tribunal remitente manifiesta dudas acerca de si, con arreglo a la sentencia *Baumbast y R*, el citado derecho implícito nace del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 por sí solo o de una combinación entre los artículos 10 y 12 de éste. Dado que el artículo 10 del Reglamento n° 1612/68 ha sido derogado, y sustituido por el artículo 7 de la Directiva 2004/38, el tribunal remitente no considera evidente que siga estando plenamente justificada la doctrina de la sentencia *Baumbast y R*, y puede afirmarse que su fundamento actual se encuentra en una combinación del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 con la Directiva 2004/38. Además, el tribunal remitente considera que en la sentencia *Baumbast* se respondió a las cuestiones primera y segunda sin referencia al principio de autonomía económica. No obstante, las respuestas se dieron en el contexto de una situación en la que la familia *Baumbast* tenía autonomía económica. El artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38 no parece descansar expresamente en la premisa de la autonomía económica como requisito, aun cuando ese principio se menciona expresamente en el artículo 12, apartado 2, en relación con el fallecimiento. No obstante, existe un principio general de autonomía económica al margen del caso del trabajador.

5 — Sentencia de 15 de marzo de 1989, *Echternach y Moritz*, (389/87 y 390/87, Rec. p. 723).

6 — Citada en la nota 4.

17. En estas circunstancias la Court of Appeal, mediante resolución de 21 de abril

de 2008, planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«Cuando i) la esposa no nacional de un Estado miembro de la UE, y sus hijos nacionales de un Estado miembro de la UE, han acompañado a un nacional de un Estado miembro de la UE que se desplazó al Reino Unido, ii) este nacional de un Estado de la UE se encontraba en el Reino Unido en condición de trabajador por cuenta ajena, iii) el mencionado nacional dejó posteriormente de trabajar y dejó el Reino Unido, iv) el citado nacional de un Estado miembro de la UE, su esposa no nacional de un Estado miembro de la UE y sus hijos antes mencionados carecen de autonomía económica y dependen de la asistencia social en el Reino Unido, v) los menores comenzaron la enseñanza primaria en el Reino Unido poco tiempo después de llegar a este país, cuando el nacional de un Estado miembro de la UE era trabajador por cuenta ajena,

1) ¿Disfrutan la esposa y los hijos del derecho de residencia en el Reino Unido sólo si reúnen los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004?

o

2) i) ¿Disfrutan las personas antes mencionadas del derecho de residencia derivado del artículo 12 del Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, conforme a su interpretación por el Tribunal de

Justicia, sin necesidad de que reúnan los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004?

y

ii) En caso de respuesta afirmativa, ¿deben tener dichas personas recursos suficientes para no constituir una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida durante su proyectado período de residencia, así como disfrutar de la cobertura de un seguro de enfermedad completo en el Estado miembro de acogida?

3) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿es diferente la posición jurídica en circunstancias como las del presente caso, en el que los hijos comenzaron a cursar la enseñanza primaria, y el trabajador nacional de un Estado miembro de la UE dejó de trabajar, antes de la fecha límite para que los Estados miembros adaptaran su normativa a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. Han presentado observaciones escritas la Sra. Ibrahim, el Reino Unido, Irlanda, la

República Italiana, la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC. En la vista celebrada el 2 de septiembre de 2009 formularon sus observaciones el Borough, el Reino Unido, Irlanda, la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC.

dudas respecto a si el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 y la doctrina del Tribunal de Justicia en la sentencia Baumbast y R,⁸ a la luz de la Directiva 2004/38, autorizan a los hijos⁹ de un trabajador que ha dejado de serlo, a residir en el Estado de acogida para cursar estudios iniciados recientemente, y ello a pesar de la falta de autonomía económica y del breve período de residencia del trabajador, en tanto que tal, en el Estado miembro de acogida.

IV. Apreciación jurídica

19. El procedimiento ante el tribunal remitente versa sobre el derecho de la Sra. Ibrahim a percibir una prestación de vivienda de conformidad con lo dispuesto por la legislación nacional. Dado que, conforme a esta normativa, el reconocimiento de dicha prestación está supeditado, *inter alia*, al derecho de la Sra. Ibrahim a residir en el Reino Unido, las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia se centraron en si ésta última y sus hijos tienen derecho a residir en el Reino Unido con arreglo al Derecho comunitario y, de ser así, con qué requisitos.⁷

20. Considero que procede examinar conjuntamente las tres cuestiones planteadas por el tribunal remitente. Dicho tribunal manifestó

21. Como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, el Sr. Y trabajó en el Reino Unido desde octubre de 2002 a mayo de 2003 y solicitó prestaciones por incapacidad en dicho Estado miembro entre junio de 2003 y marzo de 2004. Por consiguiente, consta que el Sr. Y tuvo la condición de trabajador conforme al artículo 39 CE. A pesar del breve período de residencia durante el cual el Sr. Y trabajó en el Reino Unido, el tribunal remitente no ha discutido su condición de trabajador comunitario durante el período relevante. Además, dado que el Sr. Y parece haber desarrollado una actividad real y efectiva en el Reino Unido, aunque por un período relativamente limitado, nada en los autos remitidos al Tribunal de Justicia indica, lo que corresponde verificar al tribunal remitente, que él o su esposa invocaran abusiva o fraudulentamente las normas de Derecho comunitario.¹⁰

7 — El 21 de abril de 2008, fecha del auto de remisión, el órgano jurisdiccional remitente afirmó que la Sra. Ibrahim no tenía derecho a residir en el Reino Unido salvo, en su caso, en virtud de la normativa comunitaria. Durante la vista celebrada el 2 de septiembre de 2009 el representante del Borough y del Reino Unido señaló que la situación de la Sra. Ibrahim podría haber cambiado durante este tiempo porque su marido había vuelto a trabajar en el Reino Unido. Dado que el tribunal remitente no ha modificado ni ha retirado el auto de remisión pienso que procede examinar el asunto con arreglo a los hechos tal como se exponen en dicho auto.

8 — Citada en la nota 4.

9 — Y a la persona que tiene su custodia efectiva.

10 — Véanse las sentencias de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459), apartados 24 y 25, y de 15 de diciembre de 2005, Nadin y Nadin-Lux (C-151/04 y C-152/04, Rec. p. I-11203), apartados 45 a 48.

22. En los autos remitidos al Tribunal de Justicia consta que durante el período en que el Sr. Y tenía la condición de trabajador, la Sra. Ibrahim y tres de sus hijos fijaron su residencia en el Reino Unido. Dos de sus hijos se matricularon en la enseñanza pública tras su llegada y continúan cursándola. A la vista de las circunstancias expuestas por el órgano jurisdiccional remitente, considero que los hijos de un ciudadano de la Unión Europea que se instalan en un Estado miembro de acogida cuando su padre tenía la condición de trabajador comunitario son claramente titulares del derecho a proseguir su educación en el Reino Unido conforme al artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, negándoseles efectivamente dicho derecho si se les impidiera residir en el Estado miembro de que se trata debido a que su padre perdió la condición de trabajador comunitario con posterioridad. A mi parecer, la pérdida de este derecho no tiene respaldo en la normativa comunitaria ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Para garantizar la efectividad o el efecto útil del derecho a la educación y el acceso a ésta en el Estado miembro de acogida, los hijos de que se trata tienen un derecho de residencia derivado directamente del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68.

23. El Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Baumbast y R, antes citada, que para garantizar condiciones óptimas de integración de la familia del trabajador comunitario en la sociedad del Estado miembro de acogida, el hijo del trabajador comunitario debe tener la posibilidad de comenzar su escolaridad y sus estudios en el Estado miembro de acogida, como dispone explícitamente el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, con objeto de concluirlos con éxito. En relación con las circunstancias particulares del asunto Baumbast, el Tribunal

de Justicia señaló que impedir que el hijo de un ciudadano de la Unión, el cual con arreglo a los hechos probados del caso de autos en el momento relevante había dejado ser un trabajador¹¹ a los efectos del Derecho comunitario, pueda continuar su escolaridad en el Estado miembro de acogida, denegándole un permiso de residencia, podría disuadir a dicho ciudadano de ejercitar los derechos de libre circulación previstos en el artículo 39 CE y crearía, por tanto, un obstáculo al ejercicio efectivo de la libertad garantizada en el Tratado CE.¹²

24. Por tanto creo que, como se desprende del asunto Baumbast y R, el derecho de los hijos del Sr. Baumbast a residir en el Reino Unido para cursar estudios de enseñanza general, adquirido en el momento en que éstos se instalaron en dicho Estado miembro durante el ejercicio por el Sr. Baumbast de sus derechos de residencia como trabajador migrante, deriva exclusivamente del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68. El derecho de los hijos del Sr. Baumbast a residir con el fin de continuar sus estudios no se vio afectado por el hecho de que éste hubiera perdido la condición de trabajador comunitario.

11 — Además, el Tribunal de Justicia declaró en el apartado 54 de la sentencia Baumbast y R (citada en la nota 4) que el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 reconoce el derecho de acceso a los cursos de enseñanza a «los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro» (el subrayado es mío). Véase también la sentencia Echternach y Moritz, citada en la nota 5, apartado 21. El padre del Sr. Moritz ya no trabajaba en el Estado miembro de acogida, ya que había regresado a su Estado miembro de origen. Véase asimismo la sentencia de 27 de septiembre de 1988, Comisión/Bélgica, (42/87, Rec. p. 5445), en la que el Tribunal de Justicia declaró que el derecho a la igualdad de trato se mantiene en favor de los hijos de un trabajador migrante fallecido. Véase el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38.

12 — Véanse los apartados 50 a 52 (sentencia citada en la nota 4).

25. No hay ningún elemento en la sentencia Baumbast y R que indique que el Tribunal de Justicia basó el derecho continuado de residencia de los hijos del Sr. Baumbast en la combinación de los artículos 10 (derogado por la Directiva 2004/38) y 12 del Reglamento n° 1612/68.

26. Aunque el Tribunal de Justicia citó en efecto ambas disposiciones del Reglamento n° 1612/68 en los apartados 58 a 62 de la sentencia Baumbast y R, debe señalarse que dicha referencia se hizo en el contexto de la particular situación de R. Los hijos de R eran miembros de la familia de un trabajador comunitario, pero no vivían permanentemente con dicho trabajador. El Tribunal de Justicia declaró que los miembros de la familia de un trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro, tienen derecho a residir y continuar su escolaridad en virtud de los artículos 10 y 12 del Reglamento n° 1612/68.¹³ El Tribunal de Justicia añadió no obstante que el artículo 10 de dicho Reglamento, cuando prevé que el miembro de la familia del trabajador migrante tendrá derecho a instalarse con el trabajador, no exige que el miembro de la familia de que se trate viva con él permanentemente.¹⁴

27. En este sentido, quiero subrayar que la primera parte del fallo de la sentencia Baumbast y R relativa al derecho de residencia tanto de los hijos del Sr. Baumbast como de

los de R se basa únicamente en el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68.

28. Quiero señalar igualmente que, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Gaal,¹⁵ el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 no contiene ninguna referencia al artículo 10 de dicho Reglamento. En el asunto Gaal el tribunal nacional pretendía que se dilucidara si el concepto de hijo a efectos del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 se limita, como ocurre en el apartado 1 del artículo 10 y en el artículo 11 del mismo Reglamento (ahora derogados), a los hijos menores de 21 años o a cargo. El Tribunal de Justicia consideró que someter la aplicación del artículo 12 a un límite de edad o a que se tenga la condición de hijo a cargo iría en contra de la letra y del espíritu de dicha disposición.¹⁶

29. Por consiguiente, para poder beneficiarse de los derechos reconocidos en el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, los hijos de un trabajador o antiguo trabajador deben instalarse en el Estado miembro de acogida mientras aquél ejerce su derecho de residencia como trabajador migrante en dicho Estado miembro.¹⁷ En ese caso, y cumplidos los demás requisitos establecidos en el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, el

15 — Sentencia de 4 de mayo de 1995, (C-7/94, Rec. p. I-1031), apartado 23.

16 — Véase el apartado 25.

17 — Véanse las sentencias de 21 de junio de 1988, Brown (197/86, Rec. p. 3205), apartado 30, y Gaal, citada en la nota 15, apartado 27.

13 — Véase el apartado 58 (sentencia citada en la nota 4).

14 — Véase el apartado 62.

fundamento jurídico sobre el cual los hijos de que se trata se instalaron en el Estado miembro de acogida¹⁸ y si dicho fundamento jurídico sigue en vigor son cuestiones que carecen ya de relevancia.¹⁹

y 11 de dicho Reglamento con efectos desde el 30 de abril de 2006.²⁰ De lo que se sigue que la clara intención del legislador comunitario fue mantener el derecho de los hijos de los trabajadores o antiguos trabajadores a la educación y al acceso a ésta establecido en el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

30. Considero que debe rechazarse la afirmación de que la Directiva 2004/38 constituye, desde su entrada en vigor, la única fuente del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familiares en el territorio de los Estados miembros.

31. El legislador comunitario no quiso derogar el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 al adoptar la Directiva 2004/38, como hizo expresamente con los artículos 10

32. En cualquier caso, no existe, a mi parecer, una incompatibilidad o conflicto intrínsecos entre los derechos de residencia garantizados por el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, conforme a la interpretación dada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y los que reconoce la Directiva 2004/38 que pudieran exigir en este momento del Tribunal de Justicia una nueva interpretación del artículo 12 del Reglamento en un sentido más restrictivo. El legislador comunitario, al adoptar entre otros el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38²¹ no quiso limitar o modificar el ámbito de aplicación del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, que regula específicamente la situación de los hijos de los trabajadores o antiguos trabajadores, sino reforzar²² el derecho de los hijos de

18 — Como por ejemplo el artículo 10 del Reglamento n° 1612/68 (derogado).

19 — En las conclusiones presentadas en el asunto sobre el que recayó la sentencia de 20 de enero de 2005, Laurin Effing (C-302/02, Rec. p. I-553), la Abogado General Kokott consideró que «[dado] que el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 también beneficia a los hijos de antiguos trabajadores migrantes, carecerá de importancia si el trabajador migrante, en el momento del ejercicio por el hijo de los derechos establecidos en esta disposición, se encuentra todavía en el Estado de acogida o si es todavía trabajador. [...] Tampoco es necesario que se sigan cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 10. Esta disposición establece el ámbito de personas que, en su condición de familiares, pueden instalarse con el trabajador en el Estado miembro de acogida. En particular, exige que las personas de que se trate estén a su cargo. Sin embargo, los derechos previstos en el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 sólo se anudan a que tal situación se haya dado en una ocasión en el pasado. Con respecto al momento actual, los derechos son independientes de tal situación. En consecuencia, basta con que el hijo haya vivido con sus padres, o con uno de ellos, en un Estado miembro durante el tiempo en que al menos uno de sus progenitores residía en él como trabajador» (el subrayado es mío). Véase el punto 58; las citas internas se han excluido.

20 — Véase el artículo 38 de la Directiva 2004/38.

21 — Dicha disposición prevé expresamente que la partida del ciudadano de la Unión o su fallecimiento no supondrá la pérdida del derecho de residencia de sus hijos ni del progenitor que tenga la custodia efectiva de los hijos, con independencia de su nacionalidad, siempre que los hijos residan en el Estado miembro de acogida y estén matriculados en un centro de enseñanza para cursar estudios, y ello hasta el final de dichos estudios. Debe señalarse que, como se desprende del auto de remisión, el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38 no es aplicable en las circunstancias del asunto Ibrahim.

22 — Mediante la conservación del derecho de residencia en el Estado miembro de acogida.

otros ciudadanos de la Unión a proseguir su formación escolar en el Estado miembro ²³ de acogida en determinadas circunstancias.

33. Respecto al tiempo que los hijos de la Sra. Ibrahim han estado escolarizados en el Reino Unido no creo que, a la vista de las circunstancias del caso de autos, deba considerarse un factor relevante para apreciar su derecho a proseguir dicha enseñanza y su derecho concomitante a residir en el territorio de este Estado miembro. El artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 no exige un período mínimo de matriculación. Además, pienso que sería incompatible con la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia presumir un requisito en este sentido, ya que éste ha interpretado el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, en asuntos como en los que recayeron las sentencias Gaal,²⁴ Baumbast y R,²⁵ Di Leo²⁶ y Echternach y Moritz,²⁷ más bien en un sentido amplio que restrictivo. Asimismo, el Tribunal de Justicia reafirmó en la sentencia Eind²⁸ su jurisprudencia reiterada según la cual el Derecho derivado relativo a la libertad de circulación y residencia debe ser interpretado de forma no

restrictiva. Considero que si a los hijos de un ciudadano de la Unión que fue trabajador comunitario se les impide efectivamente proseguir su formación escolar en el Estado de acogida sobre la base de que no tienen suficiente arraigo²⁹ en dicho sistema de enseñanza, ello podría disuadir a dicho ciudadano de ejercer el derecho de libertad de circulación reconocido en el artículo 39 CE y constituir así un obstáculo al ejercicio efectivo de esta libertad. Parafraseando al Tribunal de Justicia en el apartado 54 de la sentencia Baumbast y R,³⁰ la imposición de dicho requisito sería contraria no sólo a la letra del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, sino también a su espíritu, e incluso contraria al artículo 39 CE.

34. Dado que los hijos de la Sra. Ibrahim³¹ disfrutaban del derecho a residir en un Estado miembro de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general de conformidad con el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, esta disposición debe interpretarse, conforme a la doctrina de la sentencia Baumbast y R,³² en el sentido de que permite al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho.³³

23 — Considero que la redacción del tercer considerando de la Directiva 2004/38 confirma esta interpretación. Aunque este considerando aborda la necesidad de codificar y revisar los instrumentos comunitarios existentes tratando separadamente a los asalariados, los trabajadores por cuenta propia, así como los estudiantes y las otras personas inactivas, resulta igualmente claro de su tenor que el objetivo de dicha Directiva es simplificar y reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión. Con criterio similar, el Tribunal de Justicia ha señalado recientemente, en la sentencia de 25 de julio de 2008, *Metock* y otros, (C-127/08, Rec. p. I-6241), que no pueden reconocerse en la Directiva 2004/38 menos derechos a los ciudadanos de la Unión que en los actos de Derecho derivado que aquella modifica o deroga (véase el apartado 59).

24 — Citada en la nota 15.

25 — Citada en la nota 4.

26 — Sentencia de 13 de noviembre de 1990 (C-308/89, Rec. p. I-4185).

27 — Citada en la nota 5.

28 — Sentencia de 11 diciembre de 2007 (C-291/05, Rec. p. I-10719), apartado 43.

29 — Lo cual no se ha probado aún.

30 — Citada en la nota 4.

31 — Que se instalaron en el Reino Unido cuando su padre tenía derechos de residencia en dicho Estado miembro en virtud de su condición de trabajador migrante.

32 — Véase el apartado 75 (sentencia citada en la nota 4).

33 — Por consiguiente, el progenitor que tiene la custodia efectiva de esos hijos debe estar en condiciones de residir con ellos en el Estado miembro de acogida como corolario necesario de los derechos de los hijos en virtud del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68. Véase, por analogía, la sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, (C-200/02 Rec. p. I 9925), apartado 45.

35. Los progenitores, a quienes se atribuye la custodia efectiva de los hijos que derivan derechos del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, se hallan de hecho en una situación precaria, ya que la disposición controvertida no les reconoce directamente ningún derecho de residencia. Estas personas disfrutan no obstante, en tanto que depositarios de la custodia efectiva de estos hijos, de derechos de residencia indiscutibles aunque indirectos en virtud del artículo 12 del Reglamento para garantizar, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la total efectividad de los derechos reconocidos a sus hijos con arreglo al artículo 12 del Reglamento n° 1612/68.³⁴

36. El tribunal remitente desea saber sin embargo si el derecho de residencia de la Sra. Ibrahim y de sus hijos en el Reino Unido está supeditado a que tengan recursos suficientes para no constituir una carga para el sistema de asistencia social del Estado de acogida durante su período proyectado de residencia y a que disfruten de la cobertura de un seguro de enfermedad completo en el Estado miembro de acogida.

37. A mi entender, la imposición de un requisito de autonomía económica o la posesión de un seguro de enfermedad en las circunstancias del presente caso no encuentran respaldo en la normativa comunitaria o en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

34 — El reconocimiento de un derecho de residencia en este sentido a la persona que ostenta la custodia efectiva se basa en la necesidad de garantizar el respeto al derecho fundamental a la vida familiar. Véase el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

38. Es preciso recordar que el artículo 18 CE, apartado 1, reconoce directamente a todo ciudadano de la Unión el derecho a residir en el territorio de los Estados miembros.

39. No obstante este derecho puede sujetarse a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.³⁵ En este sentido, el legislador comunitario ha previsto expresamente la posibilidad de imponer a determinados ciudadanos de la Unión, en circunstancias determinadas, la obligación de disponer de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social de ese Estado.³⁶

40. Sin embargo debo señalar que, por ejemplo, tal requisito no se exige a los

35 — Véase, en ese sentido, la sentencia Eind, citada en la nota 28, apartado 28.

36 — Véanse, en particular, el artículo 7, apartado 1, letras b), c) y d), y artículo 7, apartado 2, de la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DO L 180, p. 26), la Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DO L 180, p. 28), y la Directiva 90/366/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990 relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DO L 180, p. 30). Véase también la sentencia Zhu y Chen, citada en la nota 33, en la que el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364, relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida.

ciudadanos de la Unión que trabajan por cuenta propia o ajena en el Estado miembro de acogida ni a los familiares que los acompañan o se reúnen con ellos.³⁷

41. Teniendo en cuenta que el legislador comunitario ha optado expresamente por limitar, en casos específicos, los derechos de residencia de determinados ciudadanos de la Unión y de sus familiares mediante la imposición de un requisito de autonomía económica y la posesión de un seguro de enfermedad, considero que la ausencia de tales condiciones o requisitos respecto a otros ciudadanos de la Unión representa una opción clara de parte del legislador comunitario de no querer imponerlos.³⁸ Por consiguiente, pienso que el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares no está sujeto a requisitos o restricciones ligadas a la autonomía económica o a la posesión de un seguro de enfermedad salvo en los casos expresamente previstos por el legislador comunitario.

42. Además, aunque debe reconocerse que se ha establecido una clara división en Derecho

comunitario entre aquellos ciudadanos de la Unión incluidos en la categoría de trabajadores por cuenta propia o ajena y sus familiares, y aquellos considerados «ciudadanos de la Unión económicamente inactivos» respecto a los derechos de residencia y los requisitos de autonomía económica y posesión de seguro de enfermedad,³⁹ procede hacer hincapié en que tal distinción no tiene carácter absoluto⁴⁰ o indefinido.⁴¹

43. El artículo 12 del Reglamento nº 1612/68, cuya redacción se ha mantenido intacta a pesar de la adopción de la Directiva 2004/38, no exige, de ningún modo, a sus beneficiarios que demuestren autonomía económica o la posesión de un seguro de enfermedad.

44. En efecto, en el asunto que dio lugar a la sentencia *Echternach y Moritz* el Tribunal de Justicia señaló que el estatuto de hijo de trabajador comunitario, en el sentido del Reglamento nº 1612/68, implica en particular el reconocimiento, por el Derecho comunitario, de la necesidad de disfrutar las ayudas estatales de estudios con miras a la integración de los hijos en la vida social del país de acogida. Esta obligación resulta aún más

37 — Véase, en este sentido, el artículo 7, apartado 1, letras a) y d), y el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Antes de la adopción de la Directiva 2004/38, véase por ejemplo el artículo 4 de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88), el cual establece que los Estados miembros reconocerán el derecho de estancia en su territorio a los trabajadores y a los miembros de su familia. La Directiva 68/360 fue derogada por la Directiva 2004/38.

38 — Compárese, por ejemplo, el artículo 12, apartado 2, con el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/38.

39 — Véase la sentencia *Eind*, citada en la nota 28, apartados 28 a 30.

40 — Véase, en este sentido, el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2004/38.

41 — Véase el artículo 16 de la Directiva 2004/38 que establece, entre otras cosas, que los ciudadanos de la Unión que hayan adquirido un derecho permanente de residencia no estarán sujetos a los requisitos establecidos en el capítulo III de dicha Directiva.

imperativa en los casos en que los beneficiarios de dichas disposiciones comunitarias sean estudiantes que llegaron al país de acogida incluso antes de la edad escolar.⁴²

45. El Tribunal de Justicia, por tanto, lejos de exigir ciertos requisitos financieros a los beneficiarios de los derechos reconocidos en virtud del artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, ya declaró en la sentencia *Echternach y Moritz*, que las ayudas concedidas para cubrir gastos de enseñanza y manutención del estudiante deben considerarse ventajas sociales a las que tienen derecho los hijos de los trabajadores comunitarios en las mismas condiciones en que se conceden a los nacionales.⁴³

46. Además, ningún requisito de autonomía económica o de posesión de un seguro de enfermedad se deduce de la sentencia *Baumbast y R*, antes citada.

47. El Tribunal de Justicia no exigió tales requisitos en el punto 1 del fallo, en el que declaró que el hijo de un antiguo trabajador comunitario tiene derecho a residir en el Estado miembro de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68, ni en el punto 2 del fallo, cuando declaró que el progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, puede residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho.⁴⁴ En lo que respecta al derecho de residencia de los hijos *Baumbast* y quienes tenían su custodia efectiva, creo que el Tribunal de Justicia no otorgó ninguna relevancia al hecho de que la familia *Baumbast* tuviera casualmente recursos económicos y seguro médico.

48. La cuestión de la autonomía económica y el seguro de enfermedad sólo se planteó en dicho asunto en relación con el derecho de residencia del Sr. *Baumbast*⁴⁵ con objeto de dilucidar si un ciudadano de la Unión Europea, que ya no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante puede, en su condición de ciudadano de la Unión, disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 CE, apartado 1.⁴⁶

42 — Véase el apartado 35 (sentencia citada en la nota 5).

43 — *Idem*; apartado 36. En la sentencia *Di Leo* (citada en la nota 26) el Tribunal de Justicia señaló que el artículo 12 del Reglamento n° 1612/68 no se limita a la enseñanza o la formación profesional dentro del Estado miembro de acogida. Por consiguiente, las personas a las que se refiere esta disposición deben ser asimiladas a los nacionales en materias de ayudas a la formación, no sólo cuando dicha enseñanza o formación tienen lugar en el Estado miembro de acogida, sino también cuando se desarrolla en el Estado miembro del que son nacionales. Véanse, asimismo, las sentencias de 3 de julio de 1974, *Casagrande* (9/74, Rec. p. 773), y de 29 de enero de 1975, *Alaimo* (68/74, Rec. p. 109).

44 — En los apartados 47 a 63 o 68 a 75 de la sentencia no se mencionan dichos elementos. Estos apartados recogen los razonamientos del Tribunal de Justicia en relación con las cuestiones primera y segunda.

45 — Y no respecto al derecho de residencia de sus hijos y su esposa en el Reino Unido.

46 — El Tribunal de Justicia ha señalado, en relación al caso del Sr. *Baumbast*, que el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión puede estar subordinado a los intereses legítimos de los Estados miembros. A este respecto, del artículo 18 CE, apartado 1, y en particular, del artículo 1 de la Directiva 90/364, se desprende que los beneficiarios del derecho de residencia no deben constituir una carga «excesiva» para el erario del Estado miembro de acogida. Véanse los apartados 86 a 90 (sentencia citada en la nota 4).

V. Conclusión

49. En virtud de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales de la Court of Appeal (Civil Division) (England & Wales) (Reino Unido) del modo siguiente:

«Los hijos de un ciudadano de la Unión Europea que se han instalado en un Estado miembro, mientras su progenitor ejercía sus derechos de residencia como trabajador migrante en dicho Estado miembro, tienen derecho a residir en su territorio para seguir en él cursos de enseñanza general, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

El artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 debe interpretarse, en las circunstancias del presente asunto, en el sentido de que faculta al progenitor que tiene la custodia efectiva de los hijos de que se trata, con independencia de su nacionalidad, a residir con ellos para facilitar el ejercicio de ese derecho. Es irrelevante, en este sentido, que el progenitor que tenga la condición de ciudadano de la Unión Europea ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida y haya abandonado el territorio de dicho Estado miembro, que los hijos y el progenitor que tenga la custodia efectiva carezcan de autonomía económica y dependan de la asistencia social en el Estado de acogida o el tiempo que los hijos hayan estado matriculados en cursos de enseñanza general.»