



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 12 de diciembre de 2013¹

Asunto C-456/12

O.

contra

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

y

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

contra

B.,

Asunto C-457/12

S.

contra

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

y

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

contra

G.

[Peticiónes de decisión prejudicial planteadas por el Raad van State (Países Bajos)]

«Derecho de los no nacionales de la Unión a residir en el Estado miembro de nacionalidad y residencia del ciudadano de la Unión al que les une un vínculo familiar»

1. Cuatro nacionales de terceros países («O.», «B.», «S.» y «G.») tienen vínculos familiares con sendos nacionales de los Países Bajos (y, por tanto, ciudadanos de la Unión), que son sus personas de referencia. Los cuatro pretenden residir legalmente en los Países Bajos, en cuyo territorio residen sus respectivas personas de referencia. En todos los supuestos, la persona de referencia se ha trasladado, por motivos laborales o de otra índole, a otros Estados miembros. El Raad van State (Consejo de Estado) (Países Bajos) pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, si semejantes traslados bastan para considerar que es aplicable el Derecho de la Unión y estimar que nace un derecho derivado de residencia en los Países Bajos en favor de estos nacionales de terceros países.

2. O., B. y G. están casados, respectivamente, con la «persona de referencia O.», la «persona de referencia B.» y la «persona de referencia G.». La persona de referencia O. y la persona de referencia B. han pasado algún tiempo en otros Estado miembros, aunque sin trabajar allí. La persona de referencia G. trabaja por cuenta ajena para un empleador belga y viaja diariamente a Bélgica para realizar su actividad laboral. G. y la persona de referencia G. tienen hijos. S. tiene un yerno («persona de referencia S.»), que trabaja por cuenta ajena para un empleador establecido en los Países Bajos aunque dedica aproximadamente el 30 % de su tiempo a la preparación y realización de visitas comerciales a Bélgica. S. cuida del hijo de la persona de referencia S. en los Países Bajos.

¹ — Lengua original: inglés.

Marco normativo

Derecho de la Unión

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

3. El artículo 20 TFUE, apartado 1, consagra la ciudadanía de la Unión y dispone que será ciudadano de la Unión «toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro». Con arreglo al artículo 20, apartado 2, letra a), los ciudadanos de la Unión tienen el derecho «de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros».
4. El artículo 21 TFUE, apartado 1, añade que este derecho está sujeto «a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».
5. El artículo 45 TFUE garantiza la libre circulación de los trabajadores, la cual supone «la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo».
6. Con arreglo al artículo 56 TFUE, apartado 1, «[...] quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación».

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

7. El artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») se titula «Respeto de la vida privada y familiar» y declara que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]».
8. El artículo 51 delimita el ámbito de aplicación de la Carta:

«1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas [...] a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

[...]»

Directiva 2004/38/CE²

9. El primer considerando de la Directiva 2004/38 hace eco de lo dispuesto en el artículo 21 TFUE, apartado 1. El tercer considerando señala que, cuando los nacionales de los Estados miembros ejercen su derecho de libre circulación y residencia, «la ciudadanía de la Unión debe ser [su] condición fundamental [...]».

2 — Directiva 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 (DO L 158, p. 77; correcciones de errores, DO 2004, L 229, p. 35, y DO 2007, L 204, p. 28 –sólo la primera de las correcciones citadas es relevante en relación con las disposiciones que se discuten en el presente asunto–).

10. A tenor del quinto considerando, «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, cualquiera que sea su nacionalidad [...]».

11. El artículo 1, letra a), señala que la Directiva 2004/38 establece, en particular, «las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia».

12. A efectos de la Directiva 2004/38, «ciudadano de la Unión» es «toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro» (artículo 2, apartado 1), y «miembro de la familia» incluye al «cónyuge» [artículo 2, apartado 2, letra a)] y a «los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge [...]» [artículo 2, apartado 2, letra d)] del ciudadano de la Unión. El «Estado miembro de acogida» es «el Estado miembro al que se traslada el ciudadano de la Unión para ejercer su derecho de libre circulación y residencia» (artículo 2, apartado 3).

13. De conformidad con el artículo 3, apartado 1, la Directiva 2004/38 es aplicable 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».

14. Con respecto a otros miembros de la familia que cumplan los requisitos del artículo 3, apartado 2, letra a), y a la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantenga una relación estable, debidamente probada, el artículo 3, apartado 2, prevé que «[...] el Estado miembro de acogida facilitará [...] la entrada y la residencia [...] de estas personas».

15. El artículo 6, apartado 1, dispone que los ciudadanos de la Unión tendrán derecho de residencia en otro Estado miembro por un período de hasta tres meses. Bastará con que estén en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos y no podrán exigirse otras condiciones o formalidades. De conformidad con el artículo 6, apartado 2, lo mismo rige para «[...] los miembros de la familia en posesión de un pasaporte válido que no sean nacionales de un Estado miembro y acompañen al ciudadano de la Unión, o se reúnan con él».

16. El ciudadano de la Unión y los miembros de su familia (que no sean nacionales de un Estado miembro) asimismo disfrutan de un derecho de residencia superior a tres meses en el Estado miembro de acogida cuando el ciudadano de la Unión cumpla los requisitos previstos en el artículo 7, apartado 1, letras a), b), o c), a saber: a) ser un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o b) disponer, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o c) ser un estudiante y disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos.

17. Con arreglo al artículo 16, apartado 1, para la adquisición del derecho de residencia permanente se exige la residencia legal en el Estado miembro de acogida durante un período continuado de cinco años.

18. El artículo 35 dispone que los Estados miembros pueden denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la Directiva 2004/38 en caso de abuso de derecho o fraude. Cualquier medida que sea necesaria a estos efectos debe ser proporcionada y respetar las garantías procesales establecidas en los artículos 30 y 31.

Derecho de los Países Bajos

19. En virtud de la *Vreemdelingenwet 2000* (Ley de extranjería; en lo sucesivo, «Vw 2000»), debe considerarse que son «nacionales comunitarios» los nacionales de los Estados miembros y los miembros de su familia que sean nacionales de un tercer país, cuando tengan derecho a entrar en otro Estado miembro y a residir en el mismo sobre la base de lo dispuesto en (lo que actualmente es) el TFUE (con respecto a los primeros) o en virtud de una decisión adoptada en aplicación de dicho Tratado (con respecto a los segundos). Dichos nacionales de un tercer país pueden obtener del *Minister voor Immigratie, Integratie and Asiel* (Ministro de Inmigración, Integración y Asilo; en lo sucesivo, «Ministro») un documento o una declaración escrita que certifique la residencia legal. Cuando el Ministro ha declarado «persona indeseable» a un nacional de un tercer país, puede, a solicitud de la persona afectada, revocar dicha declaración. Los requisitos pertinentes están contemplados en el *Vreemdelingenbesluit* (Decreto de extranjería), el cual desarrolla la Vw 2000.

20. El permiso de residencia temporal se concede con sujeción a restricciones relativas a la finalidad para la que se autoriza la residencia. También puede supeditarse al cumplimiento de otros requisitos.

Hechos

Asunto O., C-456/12

El caso de O.

21. En octubre de 2006, el nacional nigeriano O. contrajo matrimonio con la persona de referencia O. en Francia. Estableció su domicilio en España en 2007. Desde agosto de 2009, O. y la persona de referencia O. están empadronados allí como residentes en el mismo domicilio. Un documento de residencia válido hasta septiembre de 2014 acredita que O. reside en España en su condición de miembro de la familia de un ciudadano de la UE.

22. Sin embargo, dos meses después de su llegada a España, la persona de referencia O. regresó de hecho a los Países Bajos porque no lograba encontrar trabajo en España. Desde 2007 hasta abril de 2010, la persona de referencia O. pasó repetidamente temporadas, mayormente los fines de semana, con O. en España y durante estas visitas recibió servicios en dicho país. Desde el 1 de julio de 2010, O. figura empadronado en el mismo domicilio que la persona de referencia O. en los Países Bajos.

23. Según parece, no consta que durante todo este tiempo la persona de referencia O. se diera de baja del padrón en los Países Bajos.

24. O. solicitó un documento de acreditación de su residencia legal. El Ministro denegó la solicitud y declaró infundada la reclamación presentada por O. contra dicha resolución. O. interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el *Rechtbank 's-Gravenhage* (tribunal de distrito de La Haya; en lo sucesivo, «rechtbank»), el cual desestimó el recurso el 7 de julio de 2011. O. interpuso entonces un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente.

El caso de B.

25. B. es un nacional marroquí. Desde diciembre de 2002 y durante varios años vivió con la persona de referencia B. en los Países Bajos. Durante este tiempo no estaban casados. Según parece, se conocieron mientras B. esperaba una decisión sobre su solicitud de asilo. Esta solicitud fue desestimada.

26. Tras ser condenado a una pena privativa de libertad de dos meses por el uso de un pasaporte falso, el Ministro declaró a B. extranjero indeseable el 15 de octubre de 2005. En enero de 2006, B. se trasladó a Retie (Bélgica) y vivió allí en un apartamento alquilado por la persona de referencia B. Según parece, al principio la persona de referencia B. vivía allí sola y B. se reunió con ella tras salir de prisión. La persona de referencia B. estaba empadronada en Retie con un permiso de residencia válido hasta el 18 de mayo de 2011. Sin embargo, no pudo encontrar trabajo en Bélgica. Por ello conservó su casa en los Países Bajos, donde vivía durante la semana mientras trabajaba en los Países Bajos, si bien los fines de semana los pasaba con B. en Bélgica. Durante estos fines de semana recibió servicios en Bélgica. Aunque tenían intención de casarse en Bélgica, de hecho no contrajeron matrimonio hasta más tarde, en Marruecos.

27. En abril de 2007, B. se trasladó a Marruecos puesto que ya no podía residir en Bélgica, tras descubrir las autoridades belgas que había sido objeto de una declaración de persona indeseable en los Países Bajos. El 31 de julio de 2007, B. y la persona de referencia B. contrajeron matrimonio en Marruecos.

28. A solicitud de B., el Ministro revocó la declaración de persona indeseable en marzo de 2009. En junio de 2009, B. regresó a los Países Bajos para vivir allí con la persona de referencia B.

29. El 30 de octubre de 2009 se denegó la solicitud de B. pidiendo un documento que acreditase su residencia legal. En marzo de 2010, el Ministro declaró infundado tanto el recurso contra dicha denegación como el recurso que presentó contra la colocación en su pasaporte de un adhesivo con la indicación de que no se le permitiría desarrollar actividades laborales.

30. B. interpuso un recurso contencioso-administrativo contra ambas resoluciones ante el rechtbank y éste las anuló, instando al Ministro que adoptara nuevas resoluciones sobre la reclamación. En diciembre de 2010, el Ministro adoptó una nueva resolución en el mismo sentido que la anterior e interpuso un recurso de apelación contra la resolución del rechtbank ante el órgano jurisdiccional remitente.

Asunto S, C-457/12

El caso de S.

31. S. es de nacionalidad ucraniana. Su yerno, la persona de referencia S., trabaja desde 2002 para un empresario establecido en los Países Bajos, quien ha declarado que la persona de referencia S. dedica un 30 % de su tiempo a preparar y realizar visitas comerciales a Bélgica. La persona de referencia S. viaja al menos un día a la semana a Bélgica y también visita a clientes y asiste a congresos en otros Estados miembros. S. declaró asimismo que cuida del hijo de la persona de referencia S. (su nieto).

32. S. solicitó un documento acreditativo de su residencia legal. En agosto de 2009 se denegó la solicitud. El Ministro desestimó el recurso interpuesto por S. contra esta decisión. En junio de 2010, el rechtbank desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicha decisión. S. interpuso entonces un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente.

El caso de G.

33. G. es de nacionalidad peruana. En 2009 contrajo matrimonio con la persona de referencia G. La persona de referencia G. vive en los Países Bajos, aunque ha trabajado por cuenta ajena en Bélgica desde 2003 y diariamente realiza viajes de ida y vuelta a Bélgica para desempeñar su actividad laboral.

34. En diciembre de 2009 se denegó la solicitud del documento acreditativo de residencia legal presentada por G. El Ministro rechazó su recurso. En junio de 2011, el rechtbank estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por G. contra dicha decisión y ordenó que el Ministro dictase una nueva resolución sobre el recurso. El Ministro interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente. Ante dicho órgano jurisdiccional G. declaró que ella y su esposo tienen un hijo (que tiene nacionalidad neerlandesa) y que un hijo que ella había tenido antes de contraer matrimonio con la persona de referencia G. también forma parte de su nueva familia.

Procedimiento y cuestiones prejudiciales planteadas

35. En el asunto O., C-456/12, el órgano jurisdiccional remitente pregunta lo siguiente:

«En los asuntos [relativos a B. y O.]:

- 1) ¿Debe aplicarse por analogía la Directiva 2004/38 [...], en relación con los requisitos que regulan el derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que tienen la nacionalidad de un tercer país, como en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [...] Singh, asunto C-370/90^[3], y Eind, asunto C-291/05^[4], si un ciudadano de la Unión regresa al Estado miembro de su nacionalidad después de haber residido en otro Estado miembro, en el marco del artículo 21 [TFUE], apartado 1, en condición de destinatario de servicios en el sentido del artículo 56 de dicho Tratado?
- 2) En caso de respuesta afirmativa, ¿constituye un requisito el hecho de que la residencia del ciudadano de la Unión en otro Estado miembro haya tenido una duración mínima determinada, para que se conceda un derecho de residencia en dicho Estado miembro, tras el regreso del ciudadano de la Unión al Estado miembro de su nacionalidad, al miembro de su familia con nacionalidad de un tercer Estado?
- 3) En caso de respuesta afirmativa, ¿puede cumplirse este requisito si no se ha dado una residencia continuada, pero sí una determinada frecuencia en la residencia, como una residencia semanal durante los fines de semana o en estancias regulares?

En el asunto [relativo a B.]:

- 4) Como consecuencia del lapso de tiempo entre el regreso del ciudadano de la Unión al Estado miembro de su nacionalidad y el traslado del miembro de su familia desde un Estado tercero a dicho Estado miembro, en las circunstancias del presente asunto, ¿se han extinguido las posibilidades de que el familiar con la nacionalidad de un tercer país disfrute de un derecho de residencia basado en el Derecho de la Unión?»

36. En el asunto S., C-457/12, el órgano jurisdiccional remitente pregunta lo siguiente:

«1) En el asunto [relativo a G.]:

¿Puede, en circunstancias como las del presente litigio, ser titular de un derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión un familiar, con la nacionalidad de un Estado tercero, de un ciudadano de la Unión que reside en el Estado miembro cuya nacionalidad posee, pero trabaja en otro Estado miembro para un empresario establecido en dicho Estado miembro?

3 — Sentencia de 7 de julio de 1992 (Rec. p. I-4265).

4 — Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (Rec. p. I-10719).

2) En el asunto [relativo a S.]:

¿Puede, en circunstancias como las del presente litigio, ser titular de un derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión un familiar, con la nacionalidad de un Estado tercero, de un ciudadano de la Unión que reside en el Estado miembro cuya nacionalidad posee, pero que, en el marco de sus actividades para un empresario establecido en ese mismo Estado miembro, realiza viajes de ida y vuelta a otro Estado miembro?»

37. Se han presentado observaciones escritas por O., B., G., los Gobiernos belga, checo, danés, estonio, alemán, neerlandés y del Reino Unido y la Comisión Europea. Las mismas partes, a excepción de G. y los Gobiernos belga y estonio, intervinieron oralmente en la vista conjunta celebrada el 25 de junio de 2013, en la que también intervino S.

Apreciación

Observaciones preliminares

38. El Derecho de extranjería es, en principio, competencia de los Estados miembros. Salvo que se trate de un supuesto en que el nacional de un Estado miembro (el cual, en virtud de su nacionalidad, es también un ciudadano de la Unión) haya cruzado la frontera a otro Estado miembro, o exista una posibilidad real de que vaya a hacerlo, en principio no se activan los derechos de libre circulación y residencia reconocidos en la Unión y sólo será aplicable el Derecho nacional.⁵

39. No obstante, en los presentes asuntos todas las personas de referencia de la Unión, aunque residentes en los Países Bajos, efectivamente han cruzado fronteras. Lo han hecho por motivos de trabajo o de ocio; han ejercido (presumiblemente) el derecho «pasivo» a recibir servicios allí; en algunos casos, se han empadronado como residentes en otro Estado miembro mientras conservaban algún tipo de domicilio en el Estado miembro de su nacionalidad (en lo sucesivo, «Estado miembro de origen»). ¿Se deriva de ello que el Derecho de la Unión se opone en estos casos a que el Estado miembro de origen deniegue la concesión del derecho de residencia a los miembros de su familia (O., B., S. y G.)? ¿Importa que la persona de referencia y el miembro de su familia no regresen juntos al Estado miembro de origen de la persona de referencia?

40. Es evidente que las propias personas de referencia disfrutan, en virtud del Derecho nacional, de un derecho de residencia incondicional en su Estado miembro de origen.⁶ No se permite que un Estado miembro «expulse de su territorio a sus nacionales, o bien les deniegue, o someta a condición, su derecho a residir en ese territorio».⁷ Sin embargo, la entrada y residencia de los nacionales en su Estado miembro de origen también están sometidas al Derecho de la Unión en cuanto ello es necesario para garantizar la plena eficacia de sus libertades fundamentales de circulación y residencia en el marco del Derecho de la Unión.⁸

5 — Obviamente, no todos los derechos que emanan de la ciudadanía dependen de que el ciudadano de la Unión haya cruzado la frontera. Véase, por ejemplo, el artículo 20 TFUE, apartado 2, letra d). Existen asimismo situaciones excepcionales en las que, aun no produciéndose un desplazamiento entre los territorios de varios Estados miembros, a falta de un derecho derivado de residencia de los miembros de la familia que son nacionales de un tercer país, el ciudadano de la Unión quedaría privado del «disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos» en virtud de la ciudadanía de la Unión: véase la línea jurisprudencial establecida por las sentencias Ruiz Zambrano, McCarthy y Dereci, examinada en los puntos 52 a 66 de las presentes conclusiones.

6 — Sentencia de 5 de mayo de 2011, McCarthy (C-434/09, Rec. p. I-3375), apartados 29 y 34 y la jurisprudencia citada.

7 — Sentencia McCarthy, citada en la nota 6, apartado 29 y la jurisprudencia citada.

8 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Singh, citada en la nota 3, apartado 23, y Eind, citada en la nota 4, apartado 32.

41. Cualquier derecho derivado de residencia que pudiese corresponder a O., B., S. y G. en el marco del Derecho de la Unión no sería incondicional, sino que estaría sujeto a las condiciones y limitaciones previstas por dicho Derecho. Por este motivo analizaré, de forma separada, primero el derecho de residencia y luego las condiciones y limitaciones de su ejercicio.

42. El Tribunal de Justicia carece de información sobre si O., B., S. y G. podrían invocar un derecho de residencia con arreglo al Derecho nacional, incluido el Derecho nacional relativo a la protección de los derechos fundamentales, o al amparo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»). Sobre la base de los hechos expuestos, no existen indicios de que alguno de los matrimonios fueran matrimonios de conveniencia o que hubiera existido fraude o abuso de Derecho. En caso contrario, la apreciación de tal abuso posiblemente haría innecesario proceder a examinar si podría denegarse legítimamente un derecho derivado de residencia. En cualquier caso, el mero hecho de que en algún momento O. y la persona de referencia B. se hayan trasladado a otro Estado miembro, donde se garantizaba un trato más favorable, no constituye un abuso de Derecho.⁹

43. En estas conclusiones me centraré en si la denegación de residencia legal a nacionales de Estados terceros, como O., B., S. y G., constituye una restricción del derecho de las personas de referencia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Cualquier restricción de este tipo podría, en teoría, estar justificada. No obstante, el Tribunal de Justicia carece de información que le posibilite examinar la existencia de tales justificaciones.

44. En último lugar intentaré desarrollar en las presentes conclusiones una explicación coherente de los parámetros según los cuales podrían surgir derechos derivados de residencia de miembros de la familia que son nacionales de países terceros en el Estado miembro de origen de un ciudadano de la Unión que ha ejercitado sus derechos a la libre circulación, sin ejercitar necesariamente sus (plenos) derechos de residencia en otro Estado miembro. Si bien una solución *ad hoc* que no identifique claramente los parámetros pertinentes podría ayudar al órgano jurisdiccional a resolver estos cuatro casos concretos, con la misma se correría el peligro de aumentar la inseguridad existente actualmente entre los profesionales del Derecho y las Administraciones nacionales sobre si puede (o no) invocarse el Derecho de la Unión; y se produciría asimismo un riesgo de «repetición de asuntos», puesto que se plantearían otras peticiones con fines aclaratorios por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Motivos por los que existen derechos derivados de residencia

45. Los artículos 20 TFUE, apartado 2, letra a), y 21 TFUE, apartado 1, reconocen el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El contenido esencial de dicho derecho es la libertad de elección con respecto al traslado a otro Estado miembro y/o la residencia en él. Las medidas que restringen esta posibilidad son contrarias a dichas disposiciones, salvo que exista justificación.

46. El concepto de que los miembros de la familia de dichos ciudadanos de la Unión deben disfrutar de derechos derivados de residencia se desarrolló en el marco de la libre circulación económica, en particular, de los trabajadores migrantes. Los trabajadores son seres humanos, no autómatas. No deberían verse obligados a tener que dejar a su cónyuge o a otros miembros de su familia, especialmente los que están a su cargo, para poder desempeñar una actividad laboral, como

⁹ — Véase, por ejemplo, la sentencia de 23 de septiembre de 2003, Akrich (C-109/01, Rec. p. I-9607), apartados 55 y 56.

trabajadores migrantes, en otro Estado miembro.¹⁰ Si no se les permite traer a su familia cuando se trasladan, ello podría disuadirles de ejercer tales derechos de libre circulación. Además, la presencia de la familia puede ayudar al trabajador a integrarse en el Estado miembro de acogida, contribuyendo de este modo a que la libre circulación sea provechosa.¹¹

47. Con la introducción de la ciudadanía de la Unión por el Tratado de Maastricht, los nacionales de un Estado miembro adquirieron el derecho de circular y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro, independientemente de la libre circulación económica y, por tanto, del desempeño de una actividad económica.¹² Al igual que con los trabajadores migrantes, la eficacia de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión puede depender de si ciertos miembros de la familia tienen derecho, en el marco del Derecho de la Unión, a reunirse con ellos o a acompañarles en el territorio al que se han trasladado o residen. En palabras recientes del Tribunal de Justicia, «la finalidad y la justificación de dichos derechos derivados se basan en la consideración de que no reconocerlos puede suponer un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión, disuadiéndole de ejercer sus derechos de entrada y de residencia en el Estado miembro de acogida».¹³

48. Con arreglo a la Directiva 2004/38, la existencia de un derecho derivado de residencia ya no depende de que se demuestren los efectos que para el ciudadano de la Unión podría tener la denegación de la residencia de los miembros de su familia.¹⁴ No obstante, con arreglo a la lógica que inspira la concesión de los derechos derivados de residencia, dichos derechos sólo están disponibles automáticamente para un grupo específico de miembros de la familia con respecto a los cuales el legislador presume que su posibilidad de reunirse con o acompañar al ciudadano de la Unión afectaría a la decisión de trasladarse y, por tanto, al ejercicio de su derecho de circulación. Por consiguiente, la Directiva 2004/38 distingue entre la familia nuclear y otros miembros de la familia. La familia nuclear comprende al ciudadano de la Unión, su cónyuge o pareja registrada y sus descendientes directos menores de 21 años. Estos miembros de la familia tienen derechos derivados de residencia con carácter automático. Por el contrario, los descendientes directos mayores de 21 años y los ascendientes directos de los ciudadanos de la Unión (o de sus cónyuges o parejas registradas) deben satisfacer el requisito de dependencia para poder solicitar un derecho derivado de residencia. Entiendo que, en el marco de la Directiva 2004/38, semejante relación de dependencia ha sido interpretada de forma estricta, centrándose en si el ciudadano de la Unión mantiene a estos miembros de la familia.¹⁵ Si bien esta relación de dependencia sin duda puede constituir un fuerte indicio de la medida en que la denegación de la residencia podría afectar al ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia, el Tribunal de Justicia ha señalado *–fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38–* que la relación de dependencia también puede evaluarse en atención a indicadores relativos a los vínculos legales o afectivos o que puede ser relevante que el ciudadano de la Unión dependa de un miembro de la familia que tenga la nacionalidad de un tercer país («dependencia inversa»)¹⁶.

10 — Véase, por ejemplo, el quinto considerando 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 Comunidad (DO L 257, p.2; EE 05/01, p. 77) y el sexto considerando del Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO L 141, p. 1).

11 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de abril de 1986, Países Bajos/Reed (59/85, Rec. p. 1283), apartado 28 (donde el Tribunal de Justicia esgrimió este argumento con respecto a la presencia de la persona que cohabitaba con el trabajador, sin estar casados).

12 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, Rec. p. I-7091), apartado 83.

13 — Sentencia de 8 de mayo de 2013, Ymeraga e Ymeraga-Tafarshiku (C-87/12), apartado 35; véase también la sentencia de 10 de octubre de 2013, Alokpa y Moudoulou (C-86/12), apartado 22.

14 — Véase, por ejemplo, el sexto considerando de la Directiva 2004/38.

15 — Sentencia de 9 de enero de 2007, Jia (C-1/05, Rec. p. I-1), apartados 35 y 37 y la jurisprudencia citada. Véanse asimismo, por ejemplo, las sentencias de 5 de septiembre 2012, Rahman y otros (C-83/11), apartados 32, 33 y 35, y Alokpa y Moudoulou, citada en la nota 13, apartado 25 y la jurisprudencia citada.

16 — Véase la sentencia de 6 de diciembre de 2012, O. y S. (C-356/11 y C-357/11), apartado 56. En la sentencia de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279), el Tribunal de Justicia consideró que era relevante que el Sr. Carpenter dependía de su esposa por cuanto ella cuidaba de sus hijos. Véanse asimismo los puntos 113 a 117 de las presentes conclusiones.

Qué genera los derechos derivados de residencia

49. En el estado actual del Derecho de la Unión, los derechos derivados de residencia sólo existen, en principio, cuando ello sea necesario para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de libre circulación y residencia por ciudadanos de la Unión. La primera pregunta es, por tanto, si un determinado ciudadano de la Unión ha ejercido o está ejerciendo dichos derechos. En caso afirmativo, la segunda pregunta será si denegar la residencia a los miembros de su familia restringe el ejercicio de dichos derechos (si no existe restricción, no hay motivos para conceder derechos derivados de residencia). Por tanto, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si antes de analizar la segunda pregunta es necesario considerar el tipo e intensidad del ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por parte de un ciudadano de la Unión.

50. Según jurisprudencia reiterada, las normas en materia de libre circulación no son aplicables a actividades que no presenten ningún punto de conexión real con las situaciones contempladas por el Derecho de la Unión.¹⁷ La posibilidad meramente hipotética del ejercicio de dichos derechos o de su obstrucción no es suficiente para constituir el punto de conexión necesario.¹⁸

51. En el presente asunto, las personas de referencia O., B., S. y G. han ejercido sus derechos de libre circulación y/o residencia en el sentido del artículo 21 TFUE. Por tanto, estos asuntos no se refieren a situaciones plenamente internas que no están incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Ello basta para establecer la aplicabilidad del Derecho de la Unión; pero no conduce automáticamente a la conclusión de que, con arreglo al Derecho de la Unión, O., B., S. y G. tienen derecho a residencia legal en los Países Bajos.

52. Estos asuntos se diferencian, precisamente porque se han producido traslados transfronterizos, de asuntos como Ruiz Zambrano, McCarthy o Dereci, en los que el Tribunal de Justicia estimó que, excepcionalmente, puede existir un vínculo con el Derecho de la Unión y una base para los derechos derivados de residencia al amparo del artículo 20 TFUE sin que se produzca el ejercicio de los derechos de libre circulación ni un traslado a otro Estado miembro (de acogida) o la residencia en él, si una disposición nacional obligaría a ciudadanos de la Unión (incluido un nacional del mismo Estado miembro) a abandonar el territorio de la Unión Europea.¹⁹ En la sentencia lida, que trataba de dos nacionales alemanes que se habían trasladado a Austria y un nacional japonés que solicitaba el derecho de residencia en Alemania, el Tribunal de Justicia explicó que la aplicación de este criterio no se limita sólo a situaciones que en otro caso serían clasificadas como puramente internas.²⁰

53. En la sentencia Ruiz Zambrano, el Tribunal de Justicia aceptó que denegarle la residencia al padre privaría a sus hijos menores de edad «del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión».²¹ En particular, les llevaría a abandonar el territorio de la Unión Europea.²²

17 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 5 de junio de 1997, Land Nordrhein-Westfalen/Uecker y Jacquet/Land Nordrhein-Westfalen (C-64/96 y C-65/96, Rec. p. I-3171), apartado 16 y la jurisprudencia citada.

18 — Sentencia de 8 de noviembre de 2012, lida (C-40/11), apartado 77 y la jurisprudencia citada.

19 — Ello parece resultar de la lectura conjunta de las sentencias de 8 de marzo de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, Rec. p. I-1177), apartados 43 y 44; McCarthy, citada en la nota 6, apartados 46 y 47 y la jurisprudencia citada, y de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros (C-256/11, Rec. p. I-11315), apartado 66.

20 — Sentencia lida, citada en la nota 18, apartado 76. Al alcanzar esta conclusión, el Tribunal de Justicia señaló que el Sr. lida no solicitaba un derecho a residir con su esposa y su hija en el Estado miembro de acogida (Austria), sino en el Estado miembro de origen de ellas (Alemania), que no se había disuadido a las dos ciudadanas de la Unión de ejercer su derecho a la libre circulación y que el propio Sr. lida en cualquier caso tenía ciertos derechos de residencia en virtud del Derecho nacional y del Derecho de la Unión (véanse los apartados 73 a 75).

21 — Sentencia Ruiz Zambrano, citada en la nota 19, apartado 42 y la jurisprudencia citada. El Tribunal de Justicia aceptó, por consiguiente, que el Sr. Ruiz Zambrano, de nacionalidad colombiana, podía residir en el Estado miembro de nacionalidad y residencia de sus hijos menores de edad, que eran ciudadanos de la Unión (aunque nunca habían abandonado el Estado miembro en el que nacieron) y que estaban a su cargo.

22 — Sentencia Ruiz Zambrano, citada en la nota 19, apartado 44. En este punto no se aludió a los derechos fundamentales. Tampoco se explicó el fundamento de esta conclusión.

54. Se concluyó lo contrario en la sentencia McCarthy con respecto al marido jamaicano de la Sra. McCarthy. La Sra. McCarthy tenía doble nacionalidad, del Reino Unido y de Irlanda, y siempre había vivido en el Reino Unido. Nunca había visitado Irlanda, no había ejercido su derecho de libre circulación en ninguna otra parte de la Unión Europea y no solicitó el pasaporte irlandés, al que por ley tenía derecho, hasta después de contraer matrimonio con un nacional jamaicano en el Reino Unido. Tampoco alegó ser una trabajadora por cuenta ajena o propia o una persona que subviene a sus propias necesidades. Se denegó el derecho de residencia en el Reino Unido a su esposo en su condición de cónyuge de una ciudadana de la Unión con una nacionalidad distinta de la del Reino Unido.²³

55. En la sentencia Dereci, el Tribunal de Justicia aclaró que la privación del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que emanan de la ciudadanía de la Unión se refería a situaciones «caracterizadas por la circunstancia de que el ciudadano de la Unión se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también la Unión en su conjunto».²⁴ El Tribunal de Justicia calificó esta situación de excepcional.²⁵ No entró en detalles sobre qué circunstancias podrían forzar a un ciudadano de la Unión a abandonar el territorio de la Unión Europea, aunque señaló que «el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión», en orden a la concesión de derechos de residencia, no basta por sí mismo para concluir que la denegación de la residencia causaría dicho abandono.²⁶ Por consiguiente, semejantes factores no demuestran que la denegación de la residencia resultaría en la pérdida de un derecho inherente a la ciudadanía de la Unión, en concreto, el derecho a residir en el territorio de la Unión Europea.

56. No obstante, el Tribunal de Justicia no excluyó la posibilidad, al margen de los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, de que un órgano jurisdiccional nacional pueda exigir que se conceda la residencia sobre la base del artículo 7 de la Carta (para supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión) o del artículo 8 CEDH, apartado 1 (para otros supuestos).²⁷ Por tanto, cuando un nacional de un tercer país que tiene vínculos familiares con un ciudadano de la Unión no puede basar el derecho de residencia en el Derecho de la Unión, ello no obsta para que un órgano jurisdiccional nacional concluya, en supuestos abarcados por el Derecho de la Unión, que el derecho al respeto de la vida familiar sí exige el reconocimiento de un derecho de residencia.

57. Esta observación me resulta desconcertante, por cuanto podría entenderse en el sentido de que el Tribunal de Justicia ha reconocido tres bases diferentes en el marco del Derecho de la Unión: el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 7 de la Carta); el derecho a la libre circulación y residencia (artículo 21 TFUE, apartado 1) y la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos a un ciudadano de la Unión (artículo 20 TFUE). Para los supuestos que no estén comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el derecho al respeto de la familia privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH podría constituir otra base para establecer un derecho de residencia.

23 — Sentencia McCarthy, citada en la nota 6. Aunque está claro que la Sra. McCarthy podía permanecer por sí misma en el Reino Unido en virtud de su nacionalidad y que no se la privaba de su derecho de circulación reconocido en el Derecho de la Unión al denegarle a su marido los derechos derivados como miembro de la familia nacional de un tercer país, no está tan claro que el Tribunal de Justicia tuviera en cuenta las repercusiones concretas. Quizá la respuesta en pocas palabras era simplemente, «el Derecho de la UE no puede ayudar: intente con el CEDH».

24 — Sentencia citada en la nota 19, apartado 66. El Sr. Dereci era de nacionalidad turca y su esposa e hijos eran austriacos y habían residido siempre en Austria, lugar en el que el Sr. Dereci deseaba vivir con ellos.

25 — Sentencia Dereci, citada en la nota 19, apartado 67. Véase igualmente la sentencia Iida, citada en la nota 18, apartado 71.

26 — Sentencia Dereci, citada en la nota 19, apartado 68.

27 — *Ibidem*, apartado 72.

58. Si ésta es la intención del Tribunal de Justicia, deberá determinar si es aplicable el mismo criterio para dilucidar si es aplicable el Derecho de la Unión (y por tanto también la Carta) y para establecer si una disposición que deniega la residencia es contraria a los artículos 20 TFUE o 21 TFUE.²⁸

59. No obstante, opino que existe otra forma de enfocar esta cuestión.

60. La Carta sólo es aplicable en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.²⁹ Por consiguiente, la Carta no es aplicable a una situación interna, como la de la Sra. McCarthy, en la que ni se impide a un ciudadano de la Unión el ejercicio de sus derechos de libre circulación y residencia, ni tampoco se le priva, en virtud de una disposición nacional, del derecho separado, esencial, de la ciudadanía a residir en el territorio de la Unión. Está claro que en estos supuestos la Carta no reconoce, al menos de momento, unos derechos fundamentales «independientes» –es decir, derechos que carecen de punto de conexión con el ámbito de la competencia de la Unión– que se puedan invocar para exigir a un órgano jurisdiccional nacional que no aplique una disposición nacional que perjudica al ciudadano de la Unión con respecto a la forma en que desearía organizar su vida familiar.

61. Por consiguiente, si no es posible identificar una disposición pertinente del Derecho de la Unión, la Carta no tiene fuerza. Dicho de otro modo, será necesario examinar una situación jurídica a la luz de la Carta *siempre y cuando* una disposición del Derecho de la Unión imponga al Estado miembro una obligación positiva o negativa (procedente, bien de los Tratados, bien de la legislación derivada de la Unión).³⁰

62. Cuando, y en la medida en que, una situación determinada relativa a ciudadanos de la Unión esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, la interpretación de cualquier disposición del Derecho de la Unión que conceda derechos a dichos ciudadanos (y que, por tanto, impone una obligación a los Estados miembros de respetar dichos derechos) debe ser conforme con los derechos pertinentes de la Carta,³¹ incluido el derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizado por el artículo 7 de la misma. Esto significa que disposiciones como los artículos 20 TFUE y 21 TFUE no sólo constituyen una base para un estatuto de residencia separado del artículo 7 de la Carta. Más bien, las consideraciones relativas al ejercicio del derecho a la vida familiar impregnan el contenido esencial de los derechos inherentes a la ciudadanía de la Unión. Estos últimos derechos reconocidos en el artículo 20 TFUE y 21 TFUE deben, pues, interpretarse de modo que se garantice que su contenido sustantivo sea «conforme con la Carta». Este proceso es distinto de si la justificación invocada con respecto a la restricción de los derechos inherentes a la ciudadanía de la Unión, *siempre y cuando se hayan activado*, es conforme con la Carta.³²

63. Este enfoque no «extiende» el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión ni vulnera la separación de competencias entre la Unión y los Estados miembros que la componen. Simplemente respeta el principio general que rige en una Unión basada en el Estado de Derecho de que toda la legislación pertinente (incluida, por supuesto, el Derecho primario pertinente, como la Carta) sea

28 — En la sentencia lida, citada en la nota 18, apartado 80, el Tribunal de Justicia parece haber seguido un criterio algo diferente para dilucidar si la aplicación de una normativa nacional que aplicaba el Derecho de la UE podía integrarse en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE [examinó, concretamente, si al Sr. Iida le correspondía un derecho particular (una tarjeta de residencia) al amparo del Derecho de la Unión].

29 — Artículo 51 de la Carta. Véase también la sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10), apartados 20 y 21, confirmada recientemente en la sentencia de 26 de septiembre de 2013, Texdata Software (C-418/11), apartado 73.

30 — Véanse, a este respecto, las conclusiones que he presentado en el asunto Pflieger y otros (C-390/12), pendiente ante el Tribunal de Justicia, puntos 35 a 47, en las que me apoyo en el contenido de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO C 303, p. 17). Con arreglo al artículo 52, apartado 7, de la Carta, dichas explicaciones «serán tenidas debidamente en cuenta» por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros. En el marco de la ciudadanía de la Unión, un ejemplo de una obligación negativa podría ser el de un Estado miembro que pretende invocar razones de orden público para excluir de su territorio a un ciudadano de la Unión que es un nacional de otro Estado miembro. La libertad de acción del Estado miembro se ve aquí restringida por las exigencias del Derecho de la Unión, las cuales debe respetar. Para una discusión más amplia sobre este particular, véanse los apartados 151 a 177 de mis conclusiones presentadas en el asunto Ruiz Zambrano, citado en la nota 19.

31 — Véase, por ejemplo, la sentencia lida, citada en la nota 18, apartado 77 y la jurisprudencia citada.

32 — Véase, por ejemplo, la sentencia Carpenter, citada en el anota 16, apartado 40 y la jurisprudencia citada.

tenida en cuenta al interpretar una disposición de dicho ordenamiento jurídico. Visto así, la obligación de tener debidamente en consideración la Carta no constituye una mayor «injerencia» o «falta de respeto de la competencia de los Estados miembros» que la derivada de la interpretación correcta de la libre circulación de mercancías.

64. Por otra parte, cuando la Carta es aplicable y cuando los derechos establecidos en la Carta corresponden a derechos ya reconocidos en el CEDH, debe interpretarse el Derecho de la Unión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «Tribunal de Estrasburgo»).³³ El artículo 7 de la Carta, que protege el derecho a la vida familiar, es un artículo de este tipo, y existe abundante jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que aclara el sentido atribuido al derecho equivalente del CEDH (artículo 8 CEDH).

65. De esto se deduce, que no debería importar si se considera que la aplicación de una disposición nacional concreta vulnera el artículo 7 de la Carta o el artículo 8 CEDH. El criterio aplicado (por el órgano jurisdiccional nacional, por el Tribunal de Justicia o por el Tribunal de Estrasburgo) es, por definición, el mismo. Por consiguiente, debería ser imposible alcanzar una conclusión diferente según se invoque uno u otro precepto. (A los efectos de estas conclusiones, dejo al margen el tercer elemento de las fuentes de protección de los derechos fundamentales, a saber, el Derecho constitucional nacional, que obviamente también puede ser pertinente).

66. En el marco de una petición de decisión prejudicial, obviamente es preciso que el Tribunal de Justicia ofrezca al órgano jurisdiccional nacional unos criterios orientativos claros con respecto a las circunstancias en las que se surge un derecho en el marco de la Unión, interpretado de conformidad con la Carta. Del mismo modo, corresponde al órgano jurisdiccional –que es el único competente para apreciar los hechos– efectuar el examen necesario y detallado de los hechos y dilucidar –sobre la base de dichos criterios orientativos– si el derecho concedido por la Unión interpretado de este modo impide la aplicación de la disposición nacional. Al hacerlo, el órgano jurisdiccional nacional procederá del mismo modo con respecto a la alegación de que «de lo contrario se vulnerarían mis derechos fundamentales» que cuando examina una alegación similar en el marco del CEDH a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Aplicabilidad de la Directiva 2004/38

67. La Directiva 2004/38 aplica el artículo 21 TFUE, apartado 1. Ésta pretende facilitar y reforzar el ejercicio de ese derecho fundamental e individual de circular y residir.³⁴ Según reiterada jurisprudencia, dicha normativa de Derecho derivado no puede interpretarse de manera restrictiva³⁵ y sus disposiciones «no deben, en cualquier caso, ser privadas de su efecto útil».³⁶

68. Únicamente un beneficiario en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2004/38 puede invocar derechos de libre circulación y residencia al amparo de dicha Directiva. Este beneficiario puede ser un ciudadano de la Unión o un miembro de la familia, tal y como se define en el artículo 2, apartado 2.³⁷

33 — El artículo 52, apartado 3, de la Carta dispone lo siguiente: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [CEDH], su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». Sin embargo, lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, «no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

34 — Sentencia McCarthy, citada en la nota 6, apartado 28 y la jurisprudencia citada.

35 — Sentencia Eind, citada en la nota 4, apartado 43 y la jurisprudencia citada.

36 — Sentencia de 25 de julio de 2008, Metock y otros (C-127/08, Rec. p. I-6241), apartado 84 (citando la sentencia Eind, citada en la nota 4, apartado 43).

37 — Artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

69. No obstante, aunque la Directiva 2004/38 sea aplicable a categorías definidas de miembros de la familia de un ciudadano de la Unión e independientemente de que con anterioridad hayan residido legalmente o no en otro Estado miembro³⁸ o de que hayan residido en algún Estado miembro,³⁹ los derechos se adquieren en virtud de su condición de miembros de la familia del ciudadano de la Unión en cuestión.⁴⁰ En este sentido, son automáticos.⁴¹ Por consiguiente, es un requisito previo que el ciudadano de la Unión con el que tienen un vínculo familiar esté abarcado por el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

70. No se disputa que O., B., S. y G. sean miembros de la familia en el sentido del artículo 2, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/38. Este hecho basta: no es necesario demostrar que se produciría un efecto restrictivo en los derechos inherentes a la ciudadanía de la Unión de libre circulación y residencia para establecer que, si es aplicable la Directiva 2004/38, tendrían un derecho derivado de residencia.⁴² El problema es otro.

71. El artículo 3, apartado 1, es aplicable al ciudadano de la UE «que se traslade a, o resida en» un Estado miembro distinto del de su propia nacionalidad.⁴³ Para residir en un Estado miembro, un ciudadano de la Unión que no ha nacido allí normalmente debe trasladarse.⁴⁴ Por otra parte, sí es posible el traslado a un Estado miembro sin residir en el mismo. En este caso, el ciudadano de la Unión ejerce únicamente el derecho a la libre circulación y no el derecho de residencia. Por ello, sólo serán aplicables las disposiciones de la Directiva 2004/38 relativas a la salida y entrada. En principio, los nacionales de terceros países no pueden invocar, al amparo del Derecho de la Unión, un derecho de residencia en un Estado miembro si el miembro de su familia que es ciudadano de la Unión no invoca para sí el derecho de residencia y no reside allí.⁴⁵ Existe, por tanto, un cierto paralelismo entre los derechos del ciudadano de la Unión y los derechos derivados de los miembros de su familia.

72. Los nacionales de un tercer país sólo pueden invocar tal derecho en el Estado miembro de acogida si acompañan a, o se reúnen con, el ciudadano de la Unión que ha ejercido su derecho de residencia en dicho territorio con arreglo a los requisitos establecidos en los artículos 6, apartado 1, 7, apartado 1, o 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38.⁴⁶

73. El artículo 3, apartado 1, no distingue en atención a la finalidad perseguida mediante el ejercicio de los derechos de libre circulación y de residencia, si bien los requisitos exigidos para el ejercicio de derechos de residencia por más de tres meses difieren dependiendo de si el ciudadano de la Unión es o no un migrante trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia.⁴⁷ De hecho, el propósito perseguido con la Directiva 2004/38 era rebasar el anterior enfoque fragmentario de estos derechos mientras se mantienen ciertas ventajas para aquellos ciudadanos de la Unión que ejercen actividades económicas en otro Estado miembro.⁴⁸

38 — Sentencia Metock y otros, citada en la nota 36, apartados 54, 58, 70 y 80. En esa sentencia, el Tribunal de Justicia reconsideró la postura que mantuvo en la sentencia Akrich, citada en la nota 9 (véase el apartado 58). La sentencia Metock y otros es posterior a la decisión de B. de trasladarse a Marruecos pero, en cualquier caso, en ese momento B. y la persona de referencia B. no estaban aún casados. Véase el punto 27 de las presentes conclusiones.

39 — Sentencia Metock y otros, citada en la nota 36, apartado 49.

40 — Sentencia Dereci, citada en la nota 19, apartado 55, y con respecto a cónyuges, sentencia McCarthy, citada en la nota 6, apartado 42 y la jurisprudencia allí citada.

41 — Véase también el punto 48 de las presentes conclusiones.

42 — Sentencia Iida, citada en la nota 18, apartado 57. Véase asimismo el punto 48 de las presentes conclusiones.

43 — El subrayado es mío.

44 — También es posible haber nacido en el Estado miembro A y no abandonarlo nunca pero no tener más que la nacionalidad del Estado miembro B [véase, por ejemplo, el caso de Catherine Zhu en la sentencia de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen (C-200/02, Rec. p. I-9925)] sin embargo, no es una situación frecuente.

45 — Compárese, por ejemplo, con la sentencia Iida, citada en la nota 18, apartado 64.

46 — Sentencia Iida, citada en la nota 18, apartado 64 y la jurisprudencia citada. En el apartado 51 (y en la jurisprudencia allí citada), el Tribunal de Justicia estimó que los derechos derivados de entrada y de residencia dependen de que un ciudadano de la Unión «haya ejercido su derecho de libre circulación *estableciéndose* en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad».

47 — Véanse los artículos 7, apartado 1, y 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

48 — Véanse los considerandos cuarto y décimo noveno de la Directiva 2004/38.

74. No obstante, el tenor del artículo 3, apartado 1, sí circunscribe el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38 en atención al destino al que se trasladan los ciudadanos de la Unión: un Estado miembro distinto del Estado del que tengan la nacionalidad.⁴⁹

75. Por ello, en principio, los ciudadanos de la Unión que siempre hayan residido en su Estado miembro de origen y nunca han hecho uso de sus derechos de libre circulación no pueden ser beneficiarios en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38.⁵⁰ A consecuencia de ello, tampoco pueden serlo los miembros de su familia.

76. En los asuntos que nos ocupan, ninguna de las personas de referencia está en esta situación. Todas ellas han ejercido al menos alguna forma del derecho de libre circulación.

77. En general, los ciudadanos de la Unión pueden trasladarse, dentro de la Unión Europea, en tres sentidos: i) entre dos Estados miembros cuya nacionalidad no poseen; ii) desde su Estado miembro de origen a otro Estado miembro y iii) desde otro Estado miembro de vuelta a su Estado miembro de origen. Obviamente también pueden trasladarse varias veces y en diferentes sentidos.⁵¹

78. Es evidente que la Directiva 2004/38 es aplicable a los traslados i) y ii). En estos supuestos, el nacional de un tercer país que sea miembro de la familia del ciudadano de la Unión (que se ha trasladado en cualquiera de las direcciones) tiene derecho a acompañar a dicho ciudadano de la Unión o a reunirse con él.⁵²

79. Sin embargo, no es aplicable al traslado iii). Si bien estoy firmemente convencida de que un ciudadano de la Unión (y cualquier nacional de un tercer país miembro de su familia) que se haya beneficiado del amparo concedido por la Directiva 2004/38 no debería perder dicha protección cuando se traslada por segunda vez,⁵³ concluir lo contrario con respecto al propio ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38 significaría anular la frase «distinto del Estado del que tenga la nacionalidad» del artículo 3, apartado 1.

80. Procede añadir que, si el legislador hubiera querido abarcar el traslado iii), hubiera tenido que formular disposiciones detalladas para regular esta situación. No aparece ninguna disposición en este sentido.

81. En la sentencia McCarthy, el Tribunal de Justicia casi llega a afirmarlo cuando declaró que «la Directiva 2004/38 [...] no puede estar destinada a aplicarse a un ciudadano de la Unión que disfruta de un derecho de residencia incondicionado por el hecho de que se encuentra en el Estado miembro de su nacionalidad».⁵⁴ En el asunto Iida, la Abogado General Trstenjak sostuvo que la Directiva 2004/38 no comprendía «la situación aquí controvertida, relativa al derecho de residencia de un nacional de un tercer país en el Estado miembro de origen de un ciudadano de la Unión»,⁵⁵ aunque no parece excluir totalmente la posibilidad de que la respuesta podría ser diferente en otras circunstancias.⁵⁶

49 — No veo motivos para sostener que, a pesar del tenor del artículo 3, apartado 1, los autores pretendían ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38 al referirse en otros preceptos al «Estado miembro de acogida» o a «otro Estado miembro».

50 — Véanse la sentencia Mc Carthy, citada en la nota 6, apartado 39, y la sentencia Dereci, citada en la nota 19, apartado 54.

51 — Casos más especiales pueden darse, por ejemplo, con respecto a ciudadanos de la Unión que tienen doble nacionalidad y se trasladan entre los Estados miembros cuya nacionalidad poseen.

52 — Sentencia Iida, citada en la nota 18, apartado 64 y la jurisprudencia citada.

53 — Véase el punto 95 de las presentes conclusiones.

54 — Sentencia citada en la nota 6, apartados 34 y 37. Véanse asimismo los puntos 28 y 29 de las conclusiones de la Abogado General Kokott.

55 — Conclusiones de la Abogado General Trstenjak presentadas en el asunto Iida, citado en la nota 18, especialmente en los puntos 48 y 54.

56 — Véase, por ejemplo, el punto 47 de sus conclusiones presentadas en el asunto Iida, citado en la nota 18.

82. Es cierto que, en la sentencia Singh,⁵⁷ el Tribunal de Justicia reconoció los derechos derivados de residencia de los miembros de la familia de un trabajador migrante retornado sobre la base del artículo 52 del Tratado CEE (actualmente, artículo 59 TFUE) y la Directiva 73/148/CEE⁵⁸ (derogada y sustituida por la Directiva 2004/38).⁵⁹ Al igual que la Directiva 2004/38, la Directiva 73/148 no contemplaba las circunstancias de una persona que regresa a su Estado miembro de origen, y el razonamiento del Tribunal de Justicia parece basarse exclusivamente en las disposiciones del Tratado y no en las de la Directiva. Opino que esta sentencia es especialmente significativa para el análisis del artículo 21 TFUE.⁶⁰

83. Ya que la Directiva 2004/38 no es aplicable, procede examinar la situación de O., B., S. y G. y sus personas de referencia con arreglo a los Tratados. Si este análisis concluye que los derechos derivados de los miembros de la familia nacionales de terceros países son necesarios para que los ciudadanos de la Unión puedan disfrutar del ejercicio eficaz de sus derechos de libre circulación previstos en el artículo 21 TFUE, será correcto aplicar en el Estado miembro de origen el trato mínimo garantizado por la Directiva 2004/38 en los Estados miembros de acogida.⁶¹

Artículo 21 TFUE

Derechos derivados de residencia en el Estado miembro de origen

84. Con arreglo al artículo 21 TFUE, apartado 1 (y con sujeción a las medidas adoptadas para su aplicación), los Estados miembros están obligados a permitir que los ciudadanos de la Unión que no posean su nacionalidad se trasladen a su territorio o residan en él con sus cónyuges y posiblemente ciertos otros miembros de su familia que no sean ciudadanos de la Unión.

85. En los presentes asuntos, los Países Bajos esencialmente *se niegan* a conceder, en el marco del Derecho de la Unión, derechos de residencia a nacionales de terceros países que son miembros de la familia de *sus propios nacionales*, en circunstancias en las que, en el marco del Derecho de la Unión, en principio *están obligados* a conceder dichos derechos a nacionales de terceros países que sean miembros de la familia de *ciudadanos de la Unión que sean nacionales de otros Estados miembros*.

86. Es asombroso, pues, que un Estado miembro pueda desear tratar a sus propios nacionales de un modo menos favorable que a otros ciudadanos de la Unión (quienes, a excepción de su nacionalidad, bien pueden encontrarse en circunstancias idénticas o similares). También lo es el hecho de que, al denegar la residencia, este Estado miembro podría correr el riesgo de en efecto «expulsar» a sus propios nacionales, forzándolos, o bien a trasladarse a otro Estado miembro en el que el Derecho de la Unión les garantice la posibilidad de residir con los miembros de su familia, o bien quizá incluso a abandonar por completo la Unión. Semejante medida no casa fácilmente con la solidaridad que se presume inherente a la relación entre un Estado miembro y sus propios nacionales. También resulta difícil de conciliar con el principio de cooperación leal que, en mi opinión, rige entre los Estados miembros del mismo modo que rige entre los Estados miembros y la Unión.⁶²

57 — Sentencia citada en la nota 3.

58 — Directiva del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172, p. 14; EE 06/01, p. 132).

59 — Véase el artículo 38, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

60 — Véanse los puntos 91 a 96 de las presentes conclusiones.

61 — Véanse los puntos 91 a 97 y 110 y 111 de las presentes conclusiones.

62 — Artículo 4 TUE, apartado 3, a tenor del cual «conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados».

87. No obstante, las observaciones escritas y orales presentadas en los asuntos que nos ocupan demuestran que un número considerable de Estados miembros consideran que el Derecho de la Unión no les impide hacer exactamente eso.

88. Una observación simple a esta alegación sería que, con arreglo al artículo 21 TFUE, apartado 1, los Estados miembros no pueden restringir el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de la Unión. O dicho en palabras del Abogado General Jacobs, «con sujeción a los límites previstos por [este artículo], no pueden imponerse cargas injustificadas».⁶³

89. Este mismo principio es aplicable a los ciudadanos de la Unión que pretenden ejercer su derecho a la libre circulación y que contraen matrimonio con un nacional de un tercer país. Parejas de esta índole a menudo desearán (como es quizá normal) ejercer su derecho a una vida familiar en proximidad física el uno del otro. Si se les impide vivir juntos en el Estado miembro de la nacionalidad del ciudadano de la Unión (al que éste regresa tras una estancia en el territorio de otro Estado miembro o desde el que ejerce sus derechos de libre circulación), o bien no viven juntos, o bien se ven obligados a trasladarse a otro lugar. Quizá se trasladen a un Estado fuera de la Unión Europea que les permita residir juntos de forma legal, o quizá se trasladen a otro Estado miembro de la Unión al amparo de la Directiva 2004/38. En el primer caso se despoja al ciudadano de la Unión de manera efectiva de la ciudadanía de la Unión, puesto que dicho estatuto sólo tiene una importancia limitada fuera de su territorio.⁶⁴ En el segundo supuesto podría argumentarse que semejante medida incrementa la circulación. No obstante, aunque la facilitación de la libre circulación bien puede ser un objetivo del artículo 21 TFUE, apartado 1, no lo es su imposición. Más bien, se garantiza a los ciudadanos de la Unión el derecho de circular y residir *libremente* dentro de la Unión Europea. Si es previsible que una medida afecte a la libre elección relativa al ejercicio de dicho derecho por el ciudadano de la Unión, entonces la medida constituirá una restricción y será, salvo que esté justificada, contraria al artículo 21 TFUE, apartado 1.

90. En mi opinión, debe aplicarse el mismo razonamiento cuando se trata de otros miembros de la familia cercana (como los suegros, en el caso de S.), siempre y cuando se establezca que en otro caso el ciudadano de la Unión se trasladaría a otro lugar con su familia (incluidos aquellos otros miembros de la familia), a fin de vivir juntos, o que cesaría en el ejercicio de los derechos de libre circulación.

91. El Tribunal de Justicia ya ha aplicado este criterio en supuestos en que un ciudadano de la Unión, habiendo ejercido derechos de libre circulación y residencia, regresa a su Estado miembro de origen para residir allí (sentencias Singh y Eind), o en que ha ejercido derechos de libre circulación mientras continuaba residiendo en su Estado miembro de origen (sentencia Carpenter,⁶⁵ dictada con posterioridad a la sentencia Singh⁶⁶ pero antes que la sentencia Eind⁶⁷). Las primeras dos sentencias muestran,⁶⁸ en esencia, que, cuando un ciudadano de la Unión se ha trasladado a y ha residido en otro Estado miembro, los miembros de la familia pueden acompañarlo o reunirse con él en su Estado miembro de origen con arreglo a unas condiciones que no pueden ser menos favorables que las que rigen, de conformidad con el Derecho de la Unión, en el Estado miembro de acogida.

63 — Conclusiones presentadas en el asunto Pusa (sentencia de 29 de abril de 2004, C-224/02, Rec. p. I-5763), punto 22.

64 — Una privación tan extrema de un derecho fundamental de la ciudadanía queda cubierta mediante la reformulación del principio Ruiz Zambrano en la sentencia Dereci (sentencias ambas citadas en la nota 19). En aras de la precisión, debo señalar que ciertas disposiciones, tales como el artículo 20 TFUE, apartado 2, letra c) (protección diplomática en un tercer país) otorgan determinados derechos a los ciudadanos de la Unión que pueden disfrutarse fuera del territorio de la Unión Europea.

65 — Sentencia citada en la nota 16.

66 — Sentencia citada en la nota 3.

67 — Sentencia citada en la nota 4.

68 — Examinaré la sentencia Carpenter, citada en la nota 16, posteriormente, en los puntos 113 y ss.

92. El Sr. Singh y el Sr. Eind se trasladaron y luego residieron, como trabajadores migrantes, en un Estado miembro diferente del de su nacionalidad. Ambos regresaron posteriormente a su Estado miembro de origen. El Sr. Singh inició una actividad por cuenta propia; el Sr. Eind no trabajaba. Ambos tenían un miembro de la familia nacional de un tercer país que había vivido con ellos en el Estado miembro de acogida y que pretendía vivir con ellos en el Estado miembro de origen.

93. El Tribunal de Justicia estimó que, al regresar a su Estado miembro de origen, el Sr. Singh debía recibir un trato cuando menos equivalente al que hubiera recibido en el Estado miembro de acogida desde el que se trasladó.⁶⁹ Por consiguiente, un miembro de su familia podía acompañarle al Estado miembro de origen con arreglo a las condiciones previstas en la normativa de la Comunidad Europea que precedió a la Directiva 2004/38.⁷⁰

94. En la sentencia Singh, el Tribunal de Justicia apenas menciona expresamente el derecho al respeto de la vida familiar, si bien razonó que, si no se permitiese a un ciudadano de la Unión ejercer dicho derecho y vivir con su cónyuge e hijos al regresar a su propio Estado miembro, ello podría disuadirle de ejercer sus libertades fundamentales de entrar y residir en el territorio de otro Estado miembro (el denominado «efecto disuasorio».⁷¹ En la sentencia Eind, el Tribunal de Justicia fue más explícito al aceptar que la obstaculización de la reagrupación familiar podría obstaculizar el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión.⁷² A diferencia de la sentencia Singh (que se dictó en 1992), la sentencia Eind se dictó en 2007, es decir, con posterioridad a la introducción de la ciudadanía de la Unión.

95. Por tanto, cuando el ciudadano de la UE ejerce los derechos de libre circulación y residencia, obtiene el derecho a que un grupo definido de miembros de su familia lo acompañe o se reúna con él. Saber que perderá dicho derecho al regresar al Estado miembro de origen probablemente podría, o bien disuadirle de trasladarse en primer lugar, o bien limitar sus opciones tras este primer traslado. A este respecto, no importa que el miembro de la familia no haya disfrutado, con anterioridad al primer traslado, de un derecho de residencia en el Estado miembro de origen: la Directiva 2004/38 reconoce que los ciudadanos de la Unión pueden residir, después del segundo desplazamiento, con los miembros de la familia que vivieron con ellos con anterioridad al primer traslado y que se reúnen con ellos desde fuera de la Unión Europea o que se convierten en miembros de la familia después del primer traslado.⁷³ Por este motivo, el Estado miembro de origen no puede tratar a los propios nacionales que regresan a su territorio para residir allí de manera menos favorable que el trato que disfrutaron, como ciudadanos de la Unión, en el Estado miembro de acogida. Lo determinante es el trato al que el ciudadano de la Unión *tenía derecho* en el Estado miembro de acogida. En cambio, no es relevante el trato que el ciudadano de la Unión de hecho *disfrutó*.⁷⁴ Como, después del primer traslado, los derechos reconocidos en virtud del Derecho de la Unión «disfrutan de pasaporte» y subsisten cuando el ciudadano de la Unión regresa a su Estado miembro de origen, las condiciones y limitaciones establecidas en la Directiva 2004/38 también son aplicables indirectamente a los ciudadanos de la Unión que regresan a su Estado miembro de origen.

69 — Sentencia Singh, citada en la nota 3, apartados 19 y 23.

70 — Véase la sentencia Singh, citada en la nota 3, apartado 21; véanse igualmente las sentencias Eind, citada en la nota 4, apartado 39, y de 7 de octubre de 2010, Lassal (C-162/09, Rec. p. I-9217), apartado 59 y la jurisprudencia citada.

71 — Sentencia citada en la nota 3, apartado 20.

72 — Sentencia citada en la nota 4, apartados 37 y 44 y la jurisprudencia citada (entre la que se encuentra la sentencia Carpenter, citada en la nota 16); véase asimismo la sentencia Iida, citada en la nota 18, apartado 70.

73 — Véase, por ejemplo, la sentencia Metock, citada en la nota 36, apartados 88, 89 y 92 (con respecto a fundar una familia después de haber ejercido el derecho de libre circulación).

74 — Ello se deriva del modo en que el Tribunal de Justicia formuló los apartados 19 y 23 de la sentencia Singh, citada en la nota 3. Véanse asimismo los apartados de la sentencia Metock citados en la nota anterior.

Definición de residencia

96. Si un ciudadano de la Unión no establece su domicilio en otro Estado miembro, resulta menos obvio que la denegación del derecho de residencia de los miembros de la familia en el Estado miembro de origen pueda afectar negativamente a los derechos de libre circulación del ciudadano de la Unión. No obstante, ¿qué debe entenderse por residir en otro Estado miembro? Esta pregunta subyace a las cuestiones segunda y tercera planteadas en el asunto C-456/12.

97. La Directiva 2004/38 establece las condiciones con arreglo a las cuales un ciudadano de la Unión puede residir en otro Estado miembro, sin definir lo que debe entenderse por «residencia». Los Tratados tampoco ofrecen ninguna definición general. Algunos instrumentos de Derecho derivado definen «residencia» a los efectos de una normativa en particular, por referencia a conceptos tales como «residencia normal»⁷⁵ o «residencia habitual».⁷⁶

98. El concepto de residencia tiene diversas funciones en el Derecho de la Unión. En determinados ámbitos puede utilizarse como criterio para la determinación del Derecho aplicable (por ejemplo, en el marco del Derecho fiscal o del Derecho internacional privado) y para impedir el denominado turismo prestacional.⁷⁷ En otros ámbitos puede constituir el contenido esencial de un derecho⁷⁸ o un elemento cuya falta excluye el acceso a una prestación.⁷⁹ En ciertos ámbitos, se define expresamente; en otros, no. Por consiguiente, no existe un concepto uniforme de residencia en el Derecho de la Unión.

99. En el marco de la ciudadanía de la Unión, la residencia en otro Estado miembro a veces no sólo forma parte de un derecho, sino que constituye también una condición para el ejercicio de los derechos accesorios asociados a dicho estatuto (por ejemplo, el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales),⁸⁰ aunque también puede ser un requisito que restringe otras libertades reconocidas al amparo del Derecho de la Unión.

100. En la sentencia Swaddling, el Tribunal de Justicia estimó que la definición de residencia del artículo 1, letra h), del Reglamento n° 1408/71⁸¹ significaba «estancia habitual» y sugirió que, por ende, revestía un alcance común en toda la Unión.⁸² El Tribunal de Justicia entendió el concepto «Estado miembro en el que residan» en el sentido de lugar «donde se encuentra también el centro habitual de sus intereses», el cual debía determinarse teniendo en cuenta «la situación familiar del trabajador, los motivos que le han llevado a desplazarse, la duración y la continuidad de su residencia, el hecho de disponer, en su caso, de un empleo estable y la intención del trabajador, deducida de todas

75 — Véase, por ejemplo, el artículo 7 de la Directiva 83/182/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, relativa a las franquicias fiscales aplicables en el interior de la Comunidad en materia de importación temporal de determinados medios de transporte (DO L 105, p. 59; EE 09/01, p. 156), en su versión modificada.

76 — Véanse, por ejemplo: el Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, p. 1), en su versión modificada en varias ocasiones; el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177, p. 6); el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (DO L 199, p. 40) y la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DO L 335, p. 1).

77 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de mayo de 2013, Wencel (C-589/10), apartados 48 a 51, con respecto a la posibilidad de disponer de dos residencias habituales en el marco del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, p. 2; EE 05/01 p. 98), derogado por el Reglamento n° 883/2004.

78 — Véase, por ejemplo, la Directiva 2004/38.

79 — Sentencia de 9 de octubre de 1984, Witte/Parlamento (188/83, Rec. p. 3465), apartados 8 a 11, en relación con la concesión de una indemnización por expatriación.

80 — Véase el artículo 22 TFUE.

81 — Citado en la nota 77.

82 — Sentencia de 25 de febrero de 1999, Swaddling (C-90/97, Rec. p. I-1075), apartado 28.

las circunstancias». ⁸³ Al decir esto, el Tribunal de Justicia señalaba que un examen adecuado para determinar si una persona es residente o no debe basarse, no en un único factor, sino en una serie de elementos que en su conjunto permitan evaluar la situación de un individuo a los efectos de calificarla y clasificarla como residencia o no residencia.

101. En otros ámbitos del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia ha expresado un entendimiento similar del concepto de residencia: es el lugar en el que una persona tiene el centro habitual u ordinario de sus intereses y debe determinarse a la luz de los hechos que son objeto del litigio, que comprenden tanto elementos objetivos como subjetivos. ⁸⁴

102. No creo que la residencia exija una presencia física constante en el territorio de un único Estado miembro (tercera cuestión planteada en el asunto C-456/12). De lo contrario, únicamente podría considerarse residente en un Estado miembro a aquel que no haya ejercido el derecho de libre circulación (por definición, antes de trasladarse la persona tiene que haber vivido en otro lugar). ⁸⁵ No obstante, es razonable exigir una presencia predominante.

103. Tampoco creo que la estimación de si el ciudadano de la Unión ha establecido su residencia en otro Estado miembro dependa de si éste constituye su único lugar de residencia. En muchos casos, el ejercicio del derecho de residir libremente en la Unión Europea implica trasladar la residencia de un Estado miembro a otro sin conservar ninguna conexión significativa con el lugar de residencia anterior. En otros casos, sin embargo, será oportuno por varios motivos mantener unos vínculos importantes.

104. Siempre y cuando los ciudadanos de la Unión satisfagan los criterios para el establecimiento de residencia en un Estado miembro, no debería importar que mantengan alguna forma de residencia en otro lugar. ⁸⁶ No existe ninguna regla general en el Derecho de la Unión según la cual la residencia en un Estado miembro impida residir simultáneamente en otro Estado miembro. ⁸⁷ Esta idea parece estar implícita igualmente en aquellas disposiciones de la Directiva 2004/38 que prevén como condición para la residencia superior a tres meses que el ciudadano de la Unión, bien sea un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, bien disponga de recursos suficientes para evitar convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Por contraposición, los residentes permanentes deben ser tratados con plena solidaridad (ya no será exigible el requisito de los «recursos suficientes»). ⁸⁸

105. Si bien los ciudadanos de la Unión que no son trabajadores migrantes por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida deben demostrar que disponen de recursos suficientes, la Directiva 2004/38 es neutra con respecto a la fuente o fuentes de dichos recursos, que por consiguiente podrán provenir de actividades o intereses mantenidos en otro lugar, dentro o fuera de la Unión Europea. De no ser así, se produciría una restricción flagrante de las libertades fundamentales.

83 — *Ibidem*, apartado 29 y la jurisprudencia citada.

84 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 17 de febrero de 1977, Di Paolo (76/76, Rec. p. 315), y de 8 de julio de 1992, Knoch/Bundesanstalt für Arbeit (C-102/91, Rec. p. I-4341); véanse igualmente las conclusiones del Abogado General Saggio, presentadas en el asunto Swaddling, citado en la nota 82, punto 17. Asimismo véanse, por ejemplo, las sentencias de 23 de abril de 1991, Ryborg (C-297/89, Rec. p. I-1943), apartados 24 y 25, y de 12 de julio de 2001, Louloudakis (C-262/99, Rec. p. I-5547), apartado 55.

85 — Para superar este problema lógico, en la mayoría de los regímenes de residencia legal se exige un período mínimo de presencia fijo (y por tanto necesariamente arbitrario) para determinar la existencia de residencia. No obstante, no existe ninguna diferencia objetiva entre la presencia el día antes y el día después de que se alcance el número mágico.

86 — Véase, por ejemplo, la sentencia Di Paolo, citada en la nota 84, apartados 17 y 21.

87 — De este modo, por ejemplo, los Estados miembros nunca excluyen la posibilidad de que una persona pueda ser residente en sus territorios a efectos fiscales simplemente porque (también) sea residente a efectos fiscales en otro territorio.

88 — Véase el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

106. ¿Tiene importancia que el ciudadano de la Unión se trasladara inicialmente al Estado miembro de acogida para ejercer una libertad económica o que regresara a su Estado miembro de origen para desempeñar allí una actividad económica?

107. Creo que no.

108. El Sr. Eind se trasladó desde los Países Bajos al Reino Unido para desempeñar allí una actividad económica; cuando regresó a los Países Bajos no trabajó. Aun así, su hija tenía derecho a instalarse con él en los Países Bajos, aunque con sujeción a los requisitos previstos en el Reglamento n° 1612/68 con respecto a la residencia de los descendientes de trabajadores migrantes.⁸⁹ Al ser éste el trato al que el Sr. Eind tenía derecho en el Reino Unido, no podía perderlo a su regreso a los Países Bajos.

109. Por consiguiente, un ciudadano de la Unión puede reclamar que el trato en su Estado miembro de origen no sea menos favorable que el trato al que tenía derecho como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida. Este derecho no se ve afectado por el cese de la actividad económica. Tampoco influye el hecho de que el ciudadano de la UE no haya tenido la consideración de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, porque los derechos de libre circulación y de residencia del ciudadano de la Unión ya no dependen del desempeño de una actividad económica. No obstante, pueden diferir las condiciones bajo las cuales los miembros de su familia pueden residir en el Estado miembro de acogida.⁹⁰

110. No me convence el argumento según el cual, para que los miembros de la familia nacionales de terceros países puedan invocar derechos de residencia al amparo del Derecho de la Unión en el Estado miembro de origen, se exige que el ciudadano de la Unión (sea o no un trabajador migrante por cuenta ajena o por cuenta propia) haya residido previamente en otro Estado miembro durante un período continuado de al menos tres meses o cualquier otro período «sustancial» de tiempo (objeto de la segunda cuestión planteada en el asunto C 456/12). Este argumento presupone que la separación forzosa de un miembro de la familia, como el cónyuge, no disuadiría a un ciudadano de la Unión, que desea trasladarse a otro Estado miembro e instalarse allí temporalmente, de ejercer sus derechos de libre circulación y residencia. No encuentro ningún fundamento para exigir del ciudadano de la Unión que en dichas circunstancias sacrifique temporalmente su derecho a una vida familiar (o, dicho de modo levemente distinto, que debe estar dispuesto a pagar este precio para poder acogerse posteriormente al Derecho de la Unión frente al Estado miembro de su propia nacionalidad). De hecho, con arreglo a la Directiva 2004/38, los miembros de la familia tienen derecho a acompañar al ciudadano de la Unión inmediatamente al Estado miembro de acogida. La Directiva 2004/38 no subordina la obtención de este derecho derivado al cumplimiento de un requisito de residencia mínima por parte del ciudadano de la Unión, si bien los requisitos aplicables a las personas a su cargo varían según la duración de la residencia en el territorio.

111. La duración de la estancia de un ciudadano de la Unión en otro Estado miembro es (obviamente) un criterio cuantitativo relevante. No obstante, opino que no puede utilizarse como un criterio mínimo absoluto para determinar si alguien ha ejercido derechos de residencia o no a los efectos de si los miembros de su familia pueden reunirse con él o acompañarlo.⁹¹ Es uno de los diversos criterios que deben tenerse en cuenta.

89 — Sentencia Eind, citada en la nota 4, apartados 38 y 39. El Reglamento n° 1612/68 fue modificado en virtud de la Directiva 2004/38 y finalmente derogado por el Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO L 141, p. 1).

90 — Véanse los puntos 135 a 142 de las presentes conclusiones.

91 — De hecho, si el ciudadano de la Unión tuviese que residir allí de forma continua durante x meses antes de que su familia pueda reunirse con él, la única forma en que podría ser «acompañado» por la misma es si abandona el territorio tras cumplir el período mágico y posteriormente vuelve a entrar, trayendo a su familia con él, lo cual no facilitaría mucho el ejercicio de sus derechos de libre circulación.

Libre circulación sin residencia

112. ¿Qué ocurre si un ciudadano de la Unión se traslada a un Estado miembro distinto del de su nacionalidad pero no establece allí su residencia? ¿Tienen entonces los miembros de su familia que son nacionales de un tercer país derecho a reunirse con él en el Estado miembro de su nacionalidad y residencia? Esto es lo que en esencia se plantea en las cuestiones primera y segunda del asunto C-457/12.

113. El razonamiento de las sentencias Singh⁹² y Eind⁹³ no es aplicable a este supuesto. No obstante, la sentencia Carpenter⁹⁴ ya ha demostrado que los derechos derivados de residencia en el Estado miembro de nacionalidad y de residencia pueden estar disponibles para nacionales de países terceros miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que ejercen libertades acordes con el mercado único (por ejemplo, para prestar servicios) pero que *no* trasladan su lugar de residencia a otro Estado miembro.

114. En la sentencia Carpenter, el órgano jurisdiccional nacional concluyó que el cuidado de los hijos y el trabajo doméstico efectuados por la Sra. Carpenter podían ayudar y facilitar indirectamente el ejercicio del derecho a la prestación de servicios en otro Estado miembro por su esposo. Debido a ello, el Sr. Carpenter podía dedicar más tiempo a sus actividades empresariales, que llevaba a cabo en gran parte en otros Estados miembros.⁹⁵ El Tribunal de Justicia estimó que denegar la residencia a la Sra. Carpenter y separar por consiguiente a los esposos «causaría un daño a su vida familiar y, por tanto, a las condiciones de ejercicio de una libertad fundamental por el Sr. Carpenter».⁹⁶ Aplicando el razonamiento de la sentencia Singh, el Tribunal de Justicia declaró que poner obstáculos a la entrada y residencia de su esposa en el Estado miembro de origen del Sr. Carpenter podría menoscabar la plena efectividad de dicha libertad.⁹⁷

115. Al examinar si esta restricción podría estar justificada, el Tribunal de Justicia estimó que la decisión de expulsión de la Sra. Carpenter constituía una injerencia en el ejercicio por el Sr. Carpenter del derecho al respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.⁹⁸

116. Analicemos un poco más detalladamente la sentencia Carpenter.

117. El razonamiento del Tribunal de Justicia se basa necesariamente en la premisa de que existía un nexo causal entre el ejercicio por parte del Sr. Carpenter de su libertad de circulación económica y la residencia de su esposa, filipina, en el Estado miembro de nacionalidad y residencia del Sr. Carpenter. La actividad económica mantenía a la esposa con nacionalidad de un tercer país. Por su parte, el Sr. Carpenter dependía de su esposa por cuanto ésta cuidaba de sus hijos, realizaba las tareas domésticas y de este modo contribuía indirectamente al éxito de su esposo.⁹⁹ Por lo tanto, las circunstancias en las que se ejercía el derecho a una vida familiar necesariamente afectaban al ejercicio de los derechos de libre circulación. La denegación del derecho de residencia a la Sra. Carpenter en el Estado miembro de nacionalidad y residencia del Sr. Carpenter probablemente le hubiera obligado, o bien a trasladarse a otro Estado miembro con el fin de poder reunirse allí con su

92 — Sentencia citada en la nota 3.

93 — Sentencia citada en la nota 4.

94 — Sentencia Carpenter, citada en la nota 16.

95 — *Ibidem*, apartados 14 y 19.

96 — *Ibidem*, apartado 39.

97 — *Ibidem*, apartado 39.

98 — *Ibidem*, apartado 41.

99 — El Immigration Adjudicator constató el hecho de que la Sra. Carpenter contribuía así indirectamente al éxito creciente de la empresa de su esposo: sentencia Carpenter, citada en la nota 16, apartado 18. La Abogado General Stix-Hackl opinó que este hecho no era relevante a los efectos del derecho de residencia en el marco del Derecho de la Unión (véanse los puntos 103 a 105 de sus conclusiones). Entiendo que, al apoyar expresamente en este hecho, el Tribunal de Justicia indicaba su desacuerdo con la Abogado General en este punto.

esposa (con sujeción a las condiciones previstas en la Directiva 2004/38), o bien a aceptar la limitación de su derecho a una vida familiar y prescindir de la presencia de su esposa en su Estado miembro de origen, lo que afectaría a las condiciones de su ejercicio de la libre prestación de servicios en otro Estado miembro (sin residencia en el mismo). El hecho de si ello efectivamente le hubiera llevado al cese de sus actividades en el extranjero es incierto y no forma parte del razonamiento del Tribunal de Justicia.

118. ¿Qué importancia tiene este análisis, en primer lugar, con respecto al ejercicio activo, como trabajador, de los derechos de libre circulación sin residencia y, en segundo lugar, con respecto al ejercicio «pasivo» del derecho a recibir servicios?

Desplazamientos transfronterizos del trabajador sin traslado de residencia

119. Para los ciudadanos de la Unión que, sin trasladar su residencia, ejercen el derecho de libre circulación mediante el desempeño de una actividad que les ayuda a mantener a miembros de su familia, o que les hace depender de los mismos, puede resultar necesario que los miembros de la familia se reúnan con él en su Estado miembro de origen. En estos supuestos, la conexión entre la residencia y el ejercicio de los derechos de libre circulación puede ser evidente y fácil de constatar. Por ejemplo, si se deniega la residencia a los miembros de la familia de un trabajador transfronterizo, ello podría disuadir a este último de trabajar en otro Estado miembro y forzarle a cambiar de residencia y trasladarse con su familia a otro Estado miembro. Lo mismo ocurre con los ciudadanos de la Unión que dependen de un miembro de la familia porque este último les facilita o hace posible el ejercicio del derecho de libre circulación. Esto se desprende directamente de las declaraciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Carpenter* con respecto a la prestación «activa» de servicios a los clientes residentes en otro Estado miembro.

120. ¿Existe una diferencia sustancial entre vivir en el Estado miembro A y trabajar por cuenta ajena en el Estado miembro B. (situación de la persona de referencia G) y vivir en el Estado miembro A y desempeñar un trabajo por cuenta de un empleador que también tiene el domicilio en el Estado miembro A pero que requiere que el trabajador se desplace a otro Estado miembro (situación de la persona de referencia S)? Esta cuestión subyace a las dos cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto C-457/12.

121. Opino que no. En ambos casos, la actividad laboral del trabajador exige que cruce la frontera en cumplimiento de su contrato de trabajo. No puede conservar su trabajo y a la vez quedarse en su Estado miembro de origen. Tenemos que preguntarnos entonces si una restricción de la presencia de un miembro de la familia que tiene la nacionalidad de un tercer país en el Estado miembro de origen impedirá que el trabajador cruce la frontera para desempeñar su actividad laboral o si lo dificultaría notablemente. Según el caso las circunstancias podrían ser tales que el ejercicio del derecho de la libre circulación no resulte afectado. No obstante, si las posibilidades del trabajador de cumplir con su contrato se vieran afectadas negativamente de forma significativa de no poder contar con el apoyo de los miembros de su familia que son nacionales de terceros países (o si el trabajo transfronterizo deviniese entonces de hecho imposible), deberán concederse, en cumplimiento del criterio del ejercicio eficaz de los derechos de libre circulación de los ciudadanos de la Unión, derechos derivados de residencia en el Estado miembro de origen a los miembros de la familia nacionales de terceros países en el marco del Derecho de la Unión.

122. La cuestión de si un miembro de la familia que es nacional de un tercer país puede invocar este derecho en el Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión depende de los mismos tres factores que en un principio constituían la base para establecer los derechos derivados para nacionales de terceros países con arreglo al Derecho de la Unión, a saber:

— el vínculo familiar con el ciudadano de la Unión;

- el ejercicio de derechos de libre circulación por parte del ciudadano de la Unión y
- la relación de causalidad entre la residencia del nacional de un tercer país y el ejercicio de derechos de libre circulación por parte del ciudadano de la Unión.

123. El análisis de estos criterios no conduce automáticamente a un simple «sí» o «no». La magnitud de cualquier restricción del derecho de libre circulación puede variar considerablemente dependiendo, por ejemplo, de la proximidad del vínculo familiar. Por otra parte, también pueden darse variaciones significativas con respecto a la importancia de dicho vínculo y el peso que tiene en la decisión del ciudadano de la Unión de ejercer o no el derecho de libre circulación. Existirá una restricción a esta decisión si se demuestra que la denegación de la residencia al miembro de la familia que es nacional de un tercer país probablemente lleve al ciudadano de la Unión a trasladarse, a no trasladarse o a abandonar la posibilidad real de traslado.

Disfrute de la libertad «pasiva» de recibir servicios en otro Estado miembro sin trasladarse al mismo

124. Este punto constituye el objeto de la primera cuestión prejudicial del asunto C-456/12.

125. En el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, cada ciudadano de la Unión tiene derecho al mismo grado de protección de las libertades fundamentales y de derecho a una vida familiar. Un ciudadano de la Unión que se traslade a otro Estado miembro con el propósito de disfrutar allí de algún servicio, cualquiera que sea este servicio, está incluido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.¹⁰⁰ No obstante, ello no significa que cualquier ejercicio del derecho de libre circulación para recibir servicios genere forzosamente derechos derivados de residencia en el Estado miembro de origen a favor de los nacionales de un tercer país y miembros de la familia del ciudadano de la Unión. Esto se debe a que no toda denegación de residencia constituye una barrera a la reunificación familiar que restringe el derecho fundamental de circular de un ciudadano de la Unión.¹⁰¹

126. Actualmente no es pensable una sociedad o economía sin servicios.¹⁰² Los ciudadanos de la Unión cruzan cada vez con más frecuencia las fronteras para disfrutar de servicios. Para muchos ésta será la única forma en que ejercerán el derecho a la libre circulación: van de vacaciones, realizan excursiones, encargan libros en Internet, etc.

127. Ahora bien, no todas estas formas de ejercicio de la libre prestación de servicios pasiva por parte de un ciudadano de la Unión dependen de que el miembro de la familia nacional de un tercer país pueda residir en el mismo Estado miembro en el que reside el ciudadano de la Unión.

128. Aunque trasladarse a otro Estado miembro para disfrutar de un servicio indudablemente constituye una forma de ejercer la libertad económica, normalmente no es el tipo de actividad que le permite a los ciudadanos de la Unión mantener a los miembros de su familia o que les hace depender de los mismos (posiblemente, debido al coste de oportunidad del ejercicio del derecho de libre circulación). Por estos motivos es menos probable que las barreras a la reunificación familiar influyan en las consideraciones que llevan a un ciudadano de la Unión a trasladarse y/o residir en otro lugar.

100 — Véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 2013, Demirkan (C-221/11), apartados 35 y 36.

101 — Véase igualmente, a este respecto, el punto 5 de las conclusiones del Abogado General Tesauro presentadas en el asunto Singh (sentencia citada en la nota 3).

102 — Véanse igualmente, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Demirkan, citado en la nota 100, especialmente los puntos 49 y 50.

129. En la mayoría de los casos, los derechos derivados de residencia de los miembros de la familia (que podrían desembocar en residencia permanente) *no* son necesarios para que el ciudadano de la Unión pueda disfrutar de un servicio que es esencialmente de carácter temporal «no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad»,¹⁰³ y que a menudo es un servicio al consumidor por el que el ciudadano de la Unión paga y no una actividad que genera impuestos.

130. El hecho de que el servicio podría disfrutarse más con un miembro de la familia es, por sí mismo, insuficiente para constituir una restricción al derecho de libre circulación, puesto que dicha consideración no forma parte de los motivos de utilización de un servicio (por ejemplo, una comida en un restaurante especialmente bueno) que llevan a los ciudadanos de la Unión a cruzar las fronteras en vez de quedarse en el Estado miembro de su nacionalidad y residencia a estos efectos.

131. No obstante, no excluyo la posibilidad de que, excepcionalmente, los derechos derivados de residencia del nacional de un tercer país miembro de la familia pueden ser necesarios. Éste sería el caso, en particular, cuando un ciudadano de la Unión llega a depender de un miembro de la familia debido a las mismas circunstancias que lo llevaron a cruzar la frontera para recibir servicios en otro Estado miembro. Supongamos, por ejemplo, que un nacional alemán, que reside en Alemania y está casado con una persona de nacionalidad china cuya residencia no se ha autorizado, se pone enfermo y requiere un tratamiento de larga duración. Decide, por razones médicas, recibir dicho tratamiento en Bélgica. No tiene intención de cambiar su residencia y establecerse allí. No obstante, necesita ayuda para viajar regularmente a Bélgica. También precisa ayuda para cuidar de otros asuntos que ya no puede llevar a cabo por sí mismo. Necesita una persona que le cuide. Es comprensible que desee que esta persona sea su esposa, de nacionalidad china. Esta decisión pertenece a la esfera de su vida privada y familiar, pero al mismo tiempo está ligada a las condiciones en las que ejerce sus derechos a la libre circulación.

Traslados entre Estados miembros para disfrutar del derecho a una vida familiar

132. ¿Qué ocurre si un ciudadano de la Unión se traslada exclusivamente con el fin ejercer su derecho a una vida familiar con un miembro de la familia que reside en otro lugar de la Unión Europea? ¿Puede entonces alegar una restricción del ejercicio de su derecho a circular libremente si no se permite a este miembro de la familia, en el marco del Derecho de la Unión, residir legalmente en el Estado miembro de su nacionalidad y residencia? Estas cuestiones tienen relevancia con respecto a la situación de B. y O. (asunto C-456/45), quienes, según parece, han cruzado las fronteras con el fin de poder estar con su pareja o cónyuge.

133. Podría argumentarse que, si semejante medida restrictiva nacional tiene como consecuencia que un ciudadano de la Unión establezca su residencia en otro Estado miembro, se está cumpliendo la propia función de la ciudadanía de la Unión y se demuestra cómo los derechos de libre circulación pueden mejorar el ejercicio del derecho a la vida familiar.

134. No obstante, la cuestión no es si semejante medida nacional resulta en (o permite) que se produzca la libre circulación. Lo que importa es que el ciudadano pueda *elegir libremente si se traslada o no*. Una medida que imponga el traslado restringe dicha elección, y, por consiguiente, sería contraria al artículo 21 TFUE, apartado 1.¹⁰⁴

103 — Sentencia de 30 de noviembre de 1995, Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 27.

104 — Véase también el punto 89 de las presentes conclusiones. Procede recordar que aquí los hechos no sugieren que haya habido matrimonios de conveniencia, fraude o abuso de Derecho (véase el punto 42 de las presentes conclusiones).

Requisitos del ejercicio de los derechos derivados de residencia

135. Si bien las cuestiones del órgano jurisdiccional nacional se centran en la existencia de los derechos derivados de residencia, estos derechos no son incondicionales. Su ejercicio está sometido a los Tratados y a la legislación de aplicación.

136. Con arreglo al artículo 21 TFUE, apartado 1, el derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros está sujeto «a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

137. Un ciudadano de la Unión que se traslada a un Estado miembro distinto del de su nacionalidad tiene el derecho a entrar en su territorio y residir allí con arreglo a las condiciones establecidas en la Directiva 2004/38. Para la residencia por un período de hasta tres meses, por ejemplo, únicamente necesita estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos.¹⁰⁵ Lo mismo rige para los miembros de la familia que son nacionales de un tercer país y que le acompañan y se reúnen allí con él.¹⁰⁶ Para la residencia por más de tres meses o la residencia permanente se exigen otros requisitos. Cuando el ciudadano de la Unión regrese posteriormente a su Estado miembro de origen, debería poder disfrutar del derecho a ser acompañado por los miembros de su familia nacionales de terceros países, o a que los mismos se reúnan con él, en condiciones no menos favorables que las que rigen, en el marco del Derecho de la Unión, en el Estado miembro de acogida.

138. Supongamos que un ciudadano de la Unión reside durante dos meses en el Estado miembro de acogida y su esposa, que es nacional de un tercer país, se reúne allí con él. Ciertas circunstancias (por ejemplo, la enfermedad grave de los padres) le llevan a regresar a su Estado miembro de origen, donde pretende residir con su esposa durante el futuro previsible. Ello es posible siempre y cuando su esposa satisfaga las pertinentes condiciones con arreglo a la Directiva 2004/38. El hecho de que la misma sólo haya vivido con él durante dos meses en el Estado miembro de acogida no implica que la duración de su residencia en el Estado miembro de origen del ciudadano de la Unión deba limitarse del mismo modo. De lo contrario, el ciudadano de la Unión podría verse forzado, o bien a no regresar a su propio Estado miembro para poder seguir residiendo con su esposa en otro lugar de la Unión Europea, o bien a regresar a su Estado miembro y dejar atrás a su esposa, puesto que ella sólo tendría derechos de residencia por un período de dos meses y él necesitaría permanecer durante más tiempo en su Estado de origen. De haberse quedado en el Estado miembro de acogida, y siempre y cuando se cumpliesen los requisitos pertinentes, su esposa podría haber permanecido allí por un período de más de tres meses y posiblemente obtener el derecho a la residencia permanente.

139. Finalmente, ¿se extingue el derecho derivado de residencia si transcurre un tiempo (no definido) entre el regreso del ciudadano de la Unión a su Estado miembro de origen y la llegada al mismo del miembro de su familia? Esta es la situación planteada en la cuarta cuestión prejudicial del asunto C-456/12 (con respecto a B).

140. La respuesta depende, en mi opinión, del motivo por el que el ciudadano de la Unión y los miembros de su familia no se trasladaron juntos.

105 — Artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2004/38.

106 — Artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Obviamente, al entrar en el territorio del Estado miembro, estos nacionales de terceros países también deberán cumplir las obligaciones pertinentes de obtención del visado de entrada. Véase el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/38.

141. De conformidad con la Directiva 2004/38, el Estado miembro de acogida no puede denegar la residencia a los nacionales de un tercer país a causa del transcurso del tiempo. Su derecho es a que «acompañen o se reúnan con» el ciudadano de la Unión con el que tiene un vínculo familiar pertinente.¹⁰⁷ Esta formulación implica que el transcurso de un lapso de tiempo desde la entrada y establecimiento de la residencia del ciudadano de la Unión no puede impedir que los nacionales de un tercer país «se reúnan con él» más tarde. De hecho, el Tribunal de Justicia ha afirmado que la Directiva 2004/38 no exige que los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión entren en el Estado miembro de acogida al mismo tiempo que el ciudadano del que derivan sus derechos.¹⁰⁸

142. Opino que los motivos de la dilación no son relevantes. Lo que importa es que la decisión de trasladarse para vivir con un ciudadano de la Unión se haya tomado en el ejercicio del derecho a una vida familiar. Los ciudadanos de la Unión gozan de libertad para decidir por sí mismos cómo ejercer su derecho a una vida familiar (de lo contrario, este derecho tendría poco valor). Muchos preferirán vivir con los miembros de su familia; otros tendrán, en un momento determinado, otras prioridades (que también podrían cambiar con el tiempo) o quizá existan obstáculos prácticos a que vivan juntos de forma inmediata. Por otra parte, si el nacional de un tercer país miembro de la familia y el ciudadano de la Unión deciden que ya no desean vivir juntos como pareja ni ejercer su derecho a una vida familiar, no existiría ningún derecho derivado de residencia para el nacional del tercer país.

143. Habida cuenta de todo ello, procederé ahora a examinar brevemente cómo deben evaluarse las situaciones de O., B., S. y G. por el órgano jurisdiccional remitente.

Factores determinantes de los derechos derivados de residencia de O., B., S. y G.

– O

144. La persona de referencia O. abandonó los Países Bajos, se casó en Francia con O. y se trasladó posteriormente con su esposo a España. Si O. residía legalmente en España con la persona de referencia O. como miembro de su familia nacional de un tercer país al amparo de la Directiva 2004/38, no debe tratarse a la persona de referencia O, cuando regresa a los Países Bajos con el fin de trabajar y vivir allí, de forma menos favorable que cuando se trasladó a España para establecer allí su residencia. De ello se deduce, si se confirman estos hechos (lo cual obviamente corresponde al órgano jurisdiccional nacional), que O. tendría, de conformidad con el Derecho de la Unión, derecho a residir legalmente en los Países Bajos. Este derecho no es ni incondicional ni absoluto. Queda sometido a las condiciones y limitaciones establecidas en la Directiva 2004/38, del mismo modo que su derecho de residencia anterior en España.

– B

145. La persona de referencia B. ejerció sus derechos a la libre circulación y posiblemente estableció su residencia en Bélgica para vivir allí con (el que entonces era) su pareja, B. (El hecho de si la persona de referencia B. buscaba trabajo en Bélgica o no está claro y debe verificarse por el órgano jurisdiccional nacional). No obstante, solamente en su condición de pareja, B. no estaba abarcado por el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38 y, por tanto, no podía invocar un

107 — Véanse, por ejemplo, los artículos 6, apartado 2, 7, apartado 2, y 16, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Véase igualmente la sentencia Eind, citada en la nota 4, apartado 38.

108 — Véanse, por ejemplo, la sentencia Metock, citada en la nota 36, apartado 90; el auto de 19 de diciembre de 2008, Sahin (C-551/07, Rec. p. I-10453), apartado 28, y la sentencia O. y S., citada en la nota 16, apartado 54.

derecho de residencia en Bélgica al amparo del Derecho de la Unión en virtud de la presencia de la persona de referencia B. en dicho Estado. El hecho de si la persona de referencia B. estableció su residencia en Bélgica o no no es, pues, decisivo con respecto al derecho de residencia de B. en los Países Bajos.

146. Tampoco es relevante, a los efectos del artículo 21 TFUE, apartado 1, que la persona de referencia B. vivió con B, o que le visitó, en Marruecos después de casarse, puesto que dicha disposición sólo garantiza los derechos de libre circulación y residencia en la Unión Europea.

147. Además, no parece existir una conexión entre la denegación a B. de la residencia en los Países Bajos y el ejercicio por la persona de referencia B. de los derechos reconocidos por el artículo 21 TFUE, apartado 1. Cualquier forma de ejercicio de dichos derechos se llevó a cabo en un momento en el que todavía no existía un vínculo familiar entre B. y la persona de referencia B.

148. No obstante, el mero transcurso de un período de tiempo entre el regreso de la persona de referencia B. y la llegada de B. a los Países Bajos no afectaría a cualquier derecho derivado de residencia que pudiese corresponder a éste último, siempre y cuando la decisión de reunirse con la persona de referencia B. en los Países Bajos se tomara en el ejercicio del derecho de ambos a una vida familiar.¹⁰⁹

– S

149. La persona de referencia S. no es un «nacional de un Estado miembro que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de trabajadores y que haya ejercido una actividad profesional en un Estado miembro distinto del de su residencia, [...] independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad».¹¹⁰ Ejerce su actividad profesional en el Estado miembro de su residencia y nacionalidad y, cuando se traslada a Bélgica y a otros Estados miembros, no accede allí al mercado laboral.¹¹¹ No es un trabajador desplazado¹¹² ni tampoco cruzó las fronteras para prestar servicios en el sentido del artículo 56 TFUE. Más bien es de suponer que sea su empleador el que, ayudándose de la intervención de la persona de referencia S, presta servicios en otros Estados miembros.

150. No obstante, sigue siendo cierto que la persona de referencia S. ejerce su derecho de libre circulación en conexión con una actividad económica (su trabajo por cuenta ajena en los Países Bajos), cuyos rendimientos contribuyen al bienestar de su familia (sin perjuicio de su verificación por el órgano jurisdiccional nacional). El coste de oportunidad ligado al desempeño de este tipo de actividad laboral consiste en tener que recurrir a alguien que cuide de su hijo. [Corresponde examinar al órgano jurisdiccional nacional si tendría que recurrir a alguien (y, en su caso, si ello se produciría en la misma medida) si sólo trabajase en los Países Bajos.]

151. ¿Qué hay que decir de los otros dos elementos identificados anteriormente,¹¹³ a saber, el vínculo familiar y la relación causal?

109 — Véanse los puntos 141 a 142 de las presentes conclusiones.

110 — Sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Caves Krier Frères* (C-379/11), apartado 25 y la jurisprudencia citada.

111 — Véase, en este sentido, la sentencia de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst/Office des migrations internationales* (C-43/93, Rec. p. I-3803), apartado 21 y la jurisprudencia citada.

112 — Véase el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO 1997, L 18, p. 1).

113 — En el punto 122 de las presentes conclusiones.

152. Con respecto al vínculo familiar entre S. y la persona de referencia S, el órgano jurisdiccional remitente ha estimado que S. es un ascendiente directo a su cargo en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/38. Esta conclusión implica que el órgano jurisdiccional nacional considera que la persona de referencia S. mantiene a S. (en el marco del sentido estricto que el Tribunal de Justicia ha atribuido al concepto de dependencia en el ámbito de la Directiva 2004/38). Por su parte, la persona de referencia S. parece depender de S. por cuanto la misma cuida de su hijo mientras él ejerce sus derechos de libre circulación en relación con su actividad profesional.

153. El rechtbank, que conoció del primer recurso contra la resolución del Ministro, parece haber estimado que este hecho no era pertinente, entendiendo que o bien la esposa de la persona de referencia S. (también residente en los Países Bajos) o bien un servicio profesional para el cuidado de niños podría atender a su hijo.

154. Sobre esta base, el órgano jurisdiccional remitente ha considerado, con carácter preliminar, que, si no se permitiese a S. residir en los Países Bajos, la persona de referencia S. no se encontraría en una situación menos favorable con respecto al ejercicio de los derechos de libre circulación. Para establecer que no existe en efecto una relación de causalidad razonable entre estos dos factores, el órgano jurisdiccional remitente deberá examinar si la denegación de la residencia a S. llevaría a S. a buscar otro trabajo que no implique el ejercicio de los derechos de libre circulación o si lo llevaría a trasladarse con su familia, incluida S, a otro Estado miembro.

– G

155. La persona de referencia G. es un trabajador transfronterizo y continuó siéndolo tras contraer matrimonio en Perú con G, con la que ha tenido hijos. Debe presumirse que, como cónyuges, G. y la persona de referencia G. dependen el uno del otro en el ámbito material, jurídico y emocional. El desempeño de una actividad profesional por la persona de referencia G. en otro Estado miembro parece ser sustancial para dicho vínculo familiar.

156. La denegación de la residencia a G. en los Países Bajos posiblemente llevaría a la persona G, que desea vivir con G, a establecer su residencia en Bélgica (para así poder vivir juntos al amparo de la Directiva 2004/38), convirtiéndose de este modo en un trabajador migrante residente en otro Estado miembro. Ello constituiría una restricción a su elección de ser un trabajador transfronterizo, una libertad económica que, sin embargo, está reconocida en el artículo 45 TFUE.

157. No está tan claro el hecho de si le llevaría a dejar de trabajar en el extranjero. Al margen de que una decisión en este sentido supondría la pérdida del medio a través del cual mantiene a su familia, incluida G, ello no mejoraría la situación relativa a la residencia de G. en los Países Bajos.

Observación adicional

158. Coincida o no el Tribunal de Justicia con la apreciación que aquí he expuesto, me gustaría pedirle que aproveche la oportunidad que brindan estas dos peticiones de decisión prejudicial para proporcionar una orientación clara y sistematizada con respecto a las circunstancias en las que el nacional de un tercer país miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, que reside en su Estado miembro de origen pero que *ejerce* sus derechos de libre circulación, puede invocar, al amparo del Derecho de la Unión, un derecho derivado de residencia en el Estado miembro de origen.

Conclusión

159. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, opino que el Tribunal de Justicia debe responder de la siguiente manera a las cuestiones planteadas por el Raad van State:

«En el asunto O, C-456/12:

- 1) 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, no es aplicable directamente a los ciudadanos de la Unión que regresan al Estado miembro de su nacionalidad. No obstante, el Estado miembro de su nacionalidad no podrá dar a estos ciudadanos de la Unión un trato menos favorable del trato que les corresponde en el marco del Derecho de la Unión en el Estado miembro del que se trasladan con destino al Estado miembro de su nacionalidad. A consecuencia de ello, la Directiva 2004/38 indirectamente establece una norma mínima para el trato que debe concederse en el Estado miembro de la nacionalidad del ciudadano de la Unión al ciudadano de la Unión que regresa al mismo y a los miembros de su familia.
- 2) El Derecho de la Unión no exige que un ciudadano de la UE haya residido durante un período mínimo determinado en otro Estado miembro para que los miembros de su familia que sean nacionales de un tercer país puedan invocar un derecho derivado de residencia en el Estado miembro de nacionalidad, al que el ciudadano de la Unión posteriormente regresa.
- 3) Un ciudadano de la Unión ejerce su derecho de residencia en otro Estado miembro cuando ese Estado miembro se convierte en el lugar donde se encuentra el centro habitual de sus intereses. Siempre y cuando, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, se cumpla este requisito, es irrelevante en este contexto si el ciudadano de la Unión mantiene alguna otra forma de residencia en otro lugar o si su presencia física en el Estado miembro de residencia es interrumpida de forma regular o irregular.
- 4) Cuando transcurre un lapso de tiempo entre el regreso del ciudadano de la Unión al Estado miembro de su nacionalidad y el traslado del miembro de su familia que es nacional de un tercer país a dicho Estado miembro, no se extingue la posibilidad de que el miembro de la familia disfrute de un derecho derivado de residencia en ese Estado miembro, siempre y cuando la decisión de reunirse con el ciudadano de la Unión se adopte en el ejercicio de sus derechos a una vida familiar.»

«En el asunto S, C-457/12:

Cuando un ciudadano de la Unión que reside en el Estado miembro de su nacionalidad ejerce sus derechos de libre circulación en relación con su actividad profesional, el derecho de los nacionales de terceros países miembros de su familia a residir en dicho Estado depende de la proximidad del vínculo familiar que les une con el ciudadano de la Unión y de la relación de causalidad entre el lugar de residencia de la familia y el ejercicio de los derechos de libre circulación por parte del ciudadano de la Unión. En particular, los miembros de la familia deben disfrutar de un derecho de residencia si su denegación llevase al ciudadano de la Unión o bien a buscar otro trabajo que no implique el ejercicio de los derechos de libre circulación, o bien a trasladarse a otro Estado miembro. No es relevante a este respecto si el ciudadano de la Unión es un trabajador transfronterizo o si ejerce su derecho de libre circulación en cumplimiento del contrato laboral con un empleador establecido en el Estado miembro de su nacionalidad y residencia.»