

CAPÍTULO II
REAGRUPACIÓN FAMILIAR
ARTÍCULOS 16 a 19

ANA PALOMA ABARCA JUNCO/MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

COMENTARIOS A LA LEY DE EXTRANJERIA

TIRANT LO BLANCH, 2006, pp. 417 - 522

ISBN 84-8456-523-8

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvargas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



Sumario.

ARTÍCULO 18.— Procedimiento para la reagrupación familiar.

Introducción.

- I. La autorización de residencia de los familiares reagrupables: el artículo 18.1.
 1. Solicitud.
 2. Requisitos.
 - A) Prueba de los vínculos familiares.
 - B) Prueba de la disponibilidad de vivienda y de los recursos económicos.
- II. La residencia del reagrupante: el artículo 18.2.
 1. Origen y finalidad del precepto.
 2. Plazo de espera y duración de la residencia.
 3. *Excursus*: la residencia del ascendiente reagrupado: de nuevo el artículo 17.3.
- III. La autorización de residencia de los familiares reagrupados: el artículo 18.3.
 1. Dependencia.
 2. Temporalidad.

ARTÍCULO 18. Procedimiento para la reagrupación familiar.

1. *Los extranjeros que deseen ejercer este derecho deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que deseen reagrupar. Al mismo tiempo, deberán aportar la prueba de que disponen de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada.*
2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17. 3, inciso primero, podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año.*
3. *Cuando se acepte la solicitud de reagrupación familiar la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse, la autorización de residencia cuya duración será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación.*

Introducción.

El artículo 18 de la Ley de extranjería —introducido por la LO 8/2000 y modificado por la LO 14/2000— tuvo su origen en una Enmienda del GP Socialista introducida con la finalidad de adaptar la legislación interna a la Propuesta de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar en fase de negociación en aquel momento¹.

El precepto tiene como finalidad básica precisar las condiciones indispensables para el ejercicio del derecho a la reagrupación que ha de acreditar el reagrupante. Nuestra norma interna estructura estas condiciones en torno a dos exigencias: una, de carácter material, relativa a los recursos económicos y a la disponibilidad de vivienda adecuada (apartado primero); y, otra, de carácter temporal, relativa a la duración y calidad de la residencia del reagrupante (apartado segundo). El apartado tercero, a diferencia de los dos anteriores, no materializa condiciones de ejercicio del derecho sino que consagra la naturaleza subordinada y temporal de la residencia que obtendrán los miembros de la familia reagrupada.

La doctrina ha criticado —con razón— la inadecuada rúbrica del precepto (*Procedimiento*), toda vez que ninguno de sus apartados hace referencia a trámite administrativo alguno para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. La

¹ *Vid.*, ENMIENDA NÚM. 252, *De adición* al artículo primero, apartado 12 bis (BOCG de 18 de octubre de 2000, Núm. 12-5, p. 98).

Directiva, con mejor técnica legislativa, se refiere a las “Condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar” (Capítulo IV, arts. 6 a 8) en tanto que los aspectos relativos al procedimiento se encuadran en el ámbito del Capítulo III (art. 5) referido a la “Presentación y examen de la solicitud”.

Sea como fuere, la referencia en el primer párrafo del artículo 18.1 a la *presentación de una solicitud* pone de manifiesto el marcado carácter administrativo del precepto; es por ello que el siguiente comentario confrontará —en cuanto parezca conveniente— la norma orgánica con las disposiciones reglamentarias que le afectan.

I. La autorización de residencia de los familiares reagrupables: el artículo 18.1.

1. Solicitud.

La voluntad del extranjero residente de reunir a su familia en España exige la presentación de una solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar. Esta residencia es uno de los dos supuestos especiales de residencia temporal previstos en Capítulo I del Título IV del Reglamento de extranjería.

Es evidente que los miembros de la familia beneficiarios de esta residencia serán únicamente los señalados en el artículo 17.1 LODLEE y siempre que no recaiga sobre ellos alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 26 LODLEE². Esta previsión es conforme con la Directiva que no impide a los Estados miembros la denegación de una solicitud de entrada y de residencia de los miembros de la familia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 6.1 en relación con el art. 16).

En todo caso, las prohibiciones del artículo 26 LODLEE exigen una *interpretación conforme* a la Directiva y, en tal sentido, no pueden ser entendidas más que de modo estricto; esto es, deben limitarse y estar motivadas. La jurisprudencia del TJCE ha

² Artículo 26. *Prohibición de entrada en España.* (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000).-

“1. No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España.

2. A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deban formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”.

acotado tales límites en torno a dos parámetros concurrentes: que la medida esté fundada en un comportamiento personal del miembro de la familia al que se aplique y la obligación del Estado de efectuar el *test* de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos alegados y la obligación de respeto del derecho a la vida en familia³.

Por lo que hace a la solicitud, deberá ser cumplimentada en modelo oficial⁴, presentada personalmente por el interesado en la Oficina de Extranjeros que por domicilio le corresponda y acompañada de la prueba documental que acredite las condiciones materiales y de residencia exigidas reglamentariamente (art. 42 del Reglamento).

2. Requisitos

A) Prueba de los vínculos familiares.

Son varios los aspectos que el reagrupante ha de probar para iniciar el trámite administrativo de solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar. A la luz del contenido del artículo 18.1 LODLEE parecería que el precepto sólo se refiere a la prueba de la vivienda adecuada y de los medios económicos de subsistencia. Ahora bien, la mención a los miembros de la familia *que desee reagrupar* conlleva la correlativa exigencia de su identificación y prueba que —de conformidad con el artículo 42.2 a) del Reglamento— se llevará a cabo mediante certificaciones que permitan establecer, al día de la solicitud, el parentesco (*vínculos familiares*) y, en su caso, la edad y la dependencia legal y económica.

Por tanto, en el momento de la solicitud, el reagrupante habrá de probar la existencia del matrimonio (no su validez) en los casos de reagrupación del cónyuge, debiendo, además, acompañar una declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge y la filiación de los interesados en los casos de reagrupación de hijos menores o de ascendientes. A tales efectos probatorios se pide copia del pasaporte en vigor de los familiares cuya reagrupación se pretende (exclusivamente de las páginas donde constan los datos del mismo) y la prueba de filiación de los hijos.

³ STJCE Asunto *Yvonne van Duyn v Home Office* (C-41/74), de 4 de diciembre de 1974 y STJCE Asunto *Roland Rutili v. Ministre de l'Interieur* (36/1975), de 28 de octubre de 1975.

⁴ Véanse los Anexos correspondientes.

Posteriormente, es decir, durante la sustanciación del trámite del visado (art. 43.2 REGL.), la Misión Diplomática u Oficina Consular podrá requerir la comparecencia del solicitante según hemos visto y cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, con el fin de comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada (art. 43.4 REGL.).

B) Prueba de la disponibilidad de vivienda y de los recursos económicos.

La exigencia de una vivienda adecuada y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada responde a la concepción de la reagrupación familiar como institución vinculada a la protección de la vida en familia; vida familiar que aquí (en la reagrupación) se entiende como vida en común, noción en la que se integra la cohabitación como uno de los elementos definidores de la familia. Consecuentemente, si se quiere mantener esta lógica, habrá de procurar que la vida en común de la familia se lleve a cabo en unas condiciones “normales” que faciliten la integración en la sociedad de acogida.

La afirmación anterior parece corroborarse con el hecho de que estas exigencias materiales se plasman en casi todas las legislaciones nacionales aun cuando los criterios de evaluación varíen de un Estado miembro a otro⁵. Igualmente, el *Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977*, relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante las contempla en su artículo 12, según se ha señalado anteriormente. Finalmente, el artículo 7 de la Directiva no impide que el Estado miembro “pueda requerir” al solicitante que aporte la prueba de que dispone de

- a) una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate;

⁵ Por ejemplo, la condición de la disponibilidad de la vivienda se establecía de manera diferente en los distintos Estados miembros. En Alemania, la vivienda debía ser equivalente a un alojamiento social. En Francia, Portugal y en los Países Bajos debía ser equivalente a la vivienda considerada normal para los nacionales. Otros países aplicaban criterios diversos, como el tamaño, la higiene y la seguridad (Grecia, Italia, Austria y el Reino Unido). Luxemburgo no aplicaba normas predefinidas y examinaba las situaciones caso a caso. En cambio, la condición de una vivienda adecuada no se exigía en Bélgica, Dinamarca, Finlandia o Suecia. *Vid.*, Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar. COM(1999) 638 final 1999/0258 (CNS).

- b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y para los miembros de su familia;
- c) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia.

En el momento de presentación de la solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar, el reagrupante deberá acreditar la disponibilidad de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y a la familia. El artículo 42.2 e) del Reglamento exige su justificación mediante informe expedido por la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante y, en caso de que la Corporación local no hubiera procedido a emitir dicho informe en el plazo máximo de quince días desde la solicitud, lo que se acredita con copia de la misma, el reagrupante podrá, subsidiariamente, justificar este requisito presentando acta notarial mixta de presencia y manifestaciones.

En todo caso, tanto el informe como el acta notarial habrán de hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento de la misma, que en el anterior Reglamento de la Ley de extranjería se concretaba en la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagüe.

La evaluación de estos criterios presenta algunos problemas. Ante todo conviene recordar que una *interpretación conforme* a la Directiva no permite que los criterios establecidos por las legislaciones nacionales sean discriminatorios; es decir, no pueden ser más estrictos de los establecidos para una vivienda considerada normal (...) en la misma región. Además, han de ser de carácter objetivo, esto es tangibles y susceptibles de verificación. Desde este punto de vista, la normativa interna española se ajusta plenamente a los criterios de la Directiva.

En cuanto a la práctica administrativa española, los informes municipales no se refieren a aspectos estructurales de la vivienda, sino a aspectos funcionales. Por este motivo, el informe se suele realizar por los servicios sociales comunitarios sin perjuicio de que, al amparo de la potestad autoorganizativa de los municipios, se pueda encomendar esta labor a la Policía Local, a los servicios de Urbanismo o Vivienda e incluso a la Oficina Catastral.

En ocasiones se plantea el problema de que en la vivienda constan empadronadas personas que ya no residen en la misma. En estos casos se requiere que el propietario suscriba una declaración jurada del número de personas que se alojan en la vivienda. Sobre estas premisas, se expide un informe por el Área de Bienestar Social y posteriormente se emite una Certificación de la Secretaría Municipal en la que se recoge su contenido⁶.

La apreciación de las condiciones de la vivienda se verifica al instarse la solicitud, sin que un cambio de las mismas pueda afectar al estatuto administrativo acordado a los miembros de la familia una vez instalados en el territorio con el reagrupante⁷. Ha sido cuestionado si del precepto puede derivarse una obligación de cohabitación permanente de los familiares reagrupados, ello debido a que algunos Estados miembros, en prevención del fraude, adoptaban medidas de control posteriores permitiendo a las autoridades competentes verificar nuevamente este requisito y, caso de no cumplirse, revocar la autorización de residencia.

Aunque la Directiva no impide que las legislaciones nacionales denieguen la renovación de la autorización de residencia cuando no se cumplan las condiciones previstas [art. 16.1 a)] e incluso cuando los miembros de la familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar [art. 16.1 b)], el legislador español no ha hecho uso de esta posibilidad, limitándose a exigir para la renovación la aportación de documentos que acrediten “la disposición de empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades la familia, así como la cobertura de la asistencia sanitaria” (art. 44.2 REGL.).

⁶ Vid., G. LAGO NÚÑEZ, “Los Ayuntamientos ante la reagrupación familiar”, en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Núm. 3, 15 de febrero de 2004, pp. 417-421, esp. p. 420.

⁷ Vid., K. HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Kluwer, The Hague, 2000, p. 185.

No ha sido una cuestión pacífica el establecimiento de los criterios que permitan la determinación de los recursos económicos⁸. Las legislaciones nacionales hacen prueba de ello y ponen de relieve el interés de los Estados miembros de evitar que la familia reagrupada se convierta en una carga social para el país de acogida. La Directiva recoge esta preocupación al señalar que los recursos han de ser “fijos y regulares, suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, *sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate*”.

La legislación española señala que han de ser suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social (art. 42.2 d) REGL.). Para su prueba, la legislación anterior (art. 44.4 c) del Reglamento de 2001) exigía: original y copia del contrato de trabajo y de los tres últimos recibos de salarios o boletines de cotización (en caso de trabajadores por cuenta ajena); la justificación de ingresos regulares (en los supuestos de personas en situación de inactividad laboral); la Declaración del IRPF correspondiente al año anterior (si se trata de trabajadores por cuenta propia o ajena); y, en cuanto a la asistencia sanitaria, los justificantes de afiliación y alta en la Seguridad Social o, en su defecto, un seguro de asistencia sanitaria con indicación de los beneficiarios.

La actual regulación delega en la potestad normativa ministerial la determinación de “la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación” (art. 42.2 d) REGL.); por lo que, a la espera de las Instrucciones pertinentes, los recursos económicos se probarán por los medios anteriormente citados.

Ahora bien, la cuantía de los medios de vida y su evaluación ha de ser conforme a la Directiva y “se hará en función de su naturaleza y de su regularidad y podrá tenerse en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de

⁸ *Vid.*, Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar. COM(1999) 638 final 1999/0258 (CNS). A dicha fecha, los recursos debían ser equivalentes al salario mínimo en Francia y Portugal; superiores o iguales al mínimo social en Alemania y los Países Bajos. El Reino Unido exigía no recurrir a los fondos públicos y en Dinamarca que el residente subvenga a las necesidades de los miembros de su familia. Francia y los Países Bajos exigían, además, que los recursos fueran permanentes y estables. Por su parte, Austria pedía que los miembros de la familia estuvieran cubiertos por los seguros sociales. La condición de la existencia de recursos suficientes no se exigía en las legislaciones de Bélgica, Finlandia, Luxemburgo ni Suecia.

miembros de la familia” (art. 7.1 c) de la Directiva). El Reglamento recoge este criterio en su literalidad, aunque la redacción suscita varios problemas.

En primer lugar, el importe de la cuantía. La Memoria Explicativa a la Propuesta de Directiva de 2002 indicaba que, “el nivel de recursos exigidos no podrá superar el importe de la pensión mínima de jubilación pagada por el Estado”⁹. Se trata, pues, de un criterio objetivo y preciso de evaluación del *quantum* a tener en cuenta por las Administraciones de los Estados miembros.

En segundo lugar, la regularidad de su percepción (estabilidad). Sin duda una cuestión delicada de establecer que dependerá en gran medida de las prácticas nacionales. En este sentido, la praxis administrativa de otros Estados miembros arroja datos de interés orientadores de criterios uniformes. Así, es posible tener en cuenta varios elementos valorativos: la referencia temporal de los doce meses precedentes a la presentación de la solicitud; la perspectiva de una evolución favorable en la economía del solicitante, incluso si esto se acreditara después de la presentación de la solicitud; en caso de interrupción de la actividad laboral, el hecho de percibir un subsidio de desempleo no será considerado como inestabilidad de los recursos; si el solicitante puede acreditar poseer un contrato de trabajo de larga duración o por tiempo indefinido, será suficiente para acreditar la estabilidad de los recursos.

La práctica judicial española, por su parte, ha venido interpretando la acreditación de los medios de vida de manera amplia, aunque en relación al *quantum* y su estabilidad se muestra más restrictiva. Por ejemplo, en los casos de no realizar actividad lucrativa, la disposición de medios de vida suficientes podrá acreditarse mediante la presentación de documentos que permitan verificar la tenencia de un patrimonio o la percepción de ingresos periódicos, suficientes y adecuados, incluyendo la aportación de títulos de propiedad, cheques certificados, cartas de pago, tarjetas de crédito o certificación bancaria¹⁰. En el caso de realizar actividad lucrativa, hacen prueba de los ingresos, además de las nóminas, las cartillas de ahorros, los extractos de cuentas, la remesas económicas a la familia¹¹, aunque “resulta sospechoso que los ingresos se depositen en

⁹ PROPUESTA MODIFICADA de Directiva del Consejo. Bruselas COM (2000), 624, final (DO C, de 27 de febrero de 2001).

¹⁰ STSJ Navarra, de 21 de febrero de 2003 (JUR 2004\1099).

¹¹ STSJ Madrid, de 22 de julio de 2003 (JUR 2003\260413).

la cuenta en fechas inmediatamente anteriores a la solicitud”¹². En cambio, la percepción de cantidades en concepto de atrasos, anteriores a la solicitud, así como de cantidades puntuales en concepto de asignación económica por hijo a cargo, se ha considerado “insuficiente en orden a acreditar la disponibilidad de recursos económicos suficientes por parte del reagrupante”¹³.

II. La residencia del reagrupante: el artículo 18.2.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17.3, inciso primero, podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año.

1. Origen y finalidad del precepto.

Este precepto establece el requisito temporal de la autorización de residencia para el ejercicio del derecho a reagrupar. Fija una regla de carácter general aplicable a todos los residentes legales y una excepción limitadora que alcanza a los ascendientes reagrupados que pretendan, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares. Por razón de orden trataremos, en primer lugar, el plazo temporal al que se sujeta la residencia del reagrupante con carácter general; y, en segundo lugar, el tipo de residencia requerido al ascendiente reagrupado para ejercitar a su vez su derecho.

La Directiva establece en el artículo 3.1 que el permiso de residencia del que sea titular el reagrupante debe haber sido expedido por un período de validez superior o igual a un año; y, además, deberá tener (el reagrupante) una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente si los miembros de su familia son nacionales de terceros países, independientemente de su estatuto jurídico. Ahora bien, la Directiva permite a las legislaciones nacionales requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo que no podrá superar los dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familiar con él (art. 8.1). Por otro lado, la Directiva no impide que las legislaciones nacionales puedan escalonar las solicitudes de entrada con fines de reagrupación. Se trata de una excepción al plazo de espera

¹² STSJ Madrid, de 10 de marzo de 2003 (JUR 2003\169718).

¹³ STSJ Madrid de 4 de octubre de 2002 (JUR 2003\153119).

(general) que toma en cuenta la capacidad de recepción de los Estados miembros cuando así esté previsto en su derecho interno¹⁴.

Nuestra norma interna, ha estructurado en un solo precepto (art. 18.2 LODLEE) tanto el requisito de aplicación de la Directiva (art. 3.1) como el periodo o plazo de espera (art. 8.1); precepto orgánico que es desarrollado en los artículos 38 y 42.1 del Reglamento. El origen de la disposición se debe a la Enmienda número 252 del GP Socialista con un doble fin: de un lado, vincular a una norma de rango orgánico —y no meramente reglamentaria— la condición temporal a la que nos venimos refiriendo; y, por otro lado, adaptar la legislación nacional a la Directiva comunitaria que, en aquel momento, se encontraba en fase de discusión¹⁵.

2. Plazo de espera y duración de la residencia.

La posesión de una autorización de residencia es condición *sine qua non* para que el extranjero pueda ejercer su derecho a la reagrupación familiar. Nuestra LODLEE establece que los residentes legales en España podrán ejercer el derecho a reagrupar “cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año”.

La legislación española recoge en este precepto el tenor de la Directiva (art. 3.1), es decir, un año de residencia legal; sin embargo, no ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 8.1 consistente en la ampliación del plazo de espera hasta un máximo de dos años. En cuanto a la cláusula de excepción del artículo 8.2, tampoco la legislación interna ha adoptado la medida que permitiría una dilación temporal de tres años entre la presentación de la solicitud y la expedición del permiso de residencia a los miembros de la familia, ni ha sometido la solicitud de entrada por reagrupación a una política de cuotas¹⁶.

¹⁴ Los Estados miembros en cuestión pueden, entonces, no autorizar la entrada de todos los miembros de la familia cuya solicitud fue aceptada el año en que se presentó. Sin embargo, no podrán imponer un período de espera superior a tres años a partir de la presentación de la solicitud.

¹⁵ *Vid.*, BOCG, núm. 94, de 6 de noviembre de 2000, pp. 2620 ss; esp. pp. 2624-2626. Y, en relación a la Directiva, *vid.*, comentario al art. 16.2.

¹⁶ Esta excepción sólo podrá aplicarse cuando el Estado miembro, a la fecha de adopción de la Directiva, tenga establecida su capacidad de recepción (cláusula de mantenimiento del *statu quo*).

Este requisito temporal¹⁷ obedece a la renuencia de los Estados miembros a facilitar el establecimiento permanente de nacionales de terceros países en su territorio por vía de la reagrupación y por ello se impide el ejercicio del derecho a reagrupar a los trabajadores de temporada, a los trabajadores fronterizos o bien a aquellos que obtengan la residencia a través de una oferta de empleo por tiempo limitado. Se trata, pues, de situaciones que, en el Derecho español, se sitúan en el marco de los trabajos de temporada, de los trabajos transfronterizos y de las prestaciones transnacionales de servicios, en el entendido de que en estos casos no existen motivos para pensar que las personas concernidas tengan la intención de afincarse en el territorio de forma permanente¹⁸. Bajo este mismo principio se han encuadrado los trabajos en prácticas, el trabajo *au pair*¹⁹ y el régimen de trabajo de los estudiantes.

Siendo cierto lo anterior no lo es menos que, al supeditar el ejercicio del derecho a reagrupar a un plazo de espera, la norma obliga a estabilizar la residencia del reagrupante e introduce objetivos de la política estatal en materia de inmigración familiar, como lo son situar al reagrupante en una posición más estable que le permita afrontar en mejores condiciones económicas la integración de su familia y proteger el mercado laboral interno²⁰.

Uno de los puntos más discutidos de la Directiva comunitaria fue la sujeción de la residencia del reagrupante a la “perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente” (art. 3.1). Esta condición podía suponer en la práctica que el derecho a reagrupar corriera el riesgo de no poder ser ejercido nunca o, siendo optimistas, no antes de que el extranjero adquiriera una residencia permanente que en

¹⁷ En el derecho convencional también se admite. Recordemos que el *Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977* dispone que “cada parte contratante podrá supeditar la autorización (...) a un plazo de espera que no podrá exceder de doce meses”.

¹⁸ *Vid.*, los comentarios a los artículos 42 y 43 LODLEE en esta misma obra. Sobre estos permisos de trabajo, *vid.*, M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 234-244.

¹⁹ El régimen del trabajo *au pair* se regula por lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España; en concreto, en el ámbito del Consejo de Europa, el *Acuerdo europeo sobre colocación ‘au pair’* de 24 de noviembre de 1969 (BOE de 6 de septiembre de 1988).

²⁰ La legislación y práctica de los países de la Unión Europea pone de manifiesto que el acceso al mercado de trabajo es uno de los aspectos más sensibles en las políticas de inmigración. Con carácter general, los miembros de la familia reagrupada podrán ser autorizados a trabajar transcurrido un periodo de tiempo y condicionado, en muchos casos, al permiso de residencia (temporal o permanente) que posea el reagrupante. *Vid.*, S. PEERS *et al.*, *Le statut juridique des personnes admises au regroupement familial. Étude comparative de la législation et de la pratique de certains pays européens*, Conseil de l’Europe, Luxemburgo, 2000, pp. 27 ss.

cada legislación nacional se regula de forma distinta. Es por ello, que el artículo 8.1 de la Directiva, leído en relación con el 3.1, cobra pleno sentido al no permitir que las legislaciones nacionales puedan extender el periodo de espera más allá del término de dos años.

Pues bien, el artículo 38 del Reglamento de extranjería repite el tenor del artículo 18.2 al exigir que el reagrupante además de haber residido legalmente durante un año (plazo de espera), “haya obtenido una autorización para residir por, al menos, otro año” (perspectiva fundada de obtener una residencia de larga duración).

Conviene recordar que la aplicación práctica de esta condición planteaba un problema de interpretación en el régimen del Reglamento de 2001. Y es que la norma anterior exigía que en el momento de presentación de la solicitud del preceptivo informe gubernativo, la autorización de residencia ya renovada tuviera una vigencia como mínimo de un año. Ello daba lugar al rechazo del inicio del expediente (inadmisión a trámite de la solicitud) porque la vigencia de la prórroga no cubría como mínimo un año completo y ello pese a que el reagrupante ya estaba en posesión de la autorización de trabajo tipo B (renovada).

A partir del Reglamento de extranjería de 2004, este obstáculo ha sido salvado. El artículo 42.1 aclara que el reagrupante podrá presentar la solicitud de reagrupación desde el momento en que haya solicitado la renovación de su autorización de residencia, hecho que se acredita con el resguardo de solicitud de renovación (inciso c) del art. 42.2). En todo caso, la autorización de residencia del familiar quedará condicionada a que efectivamente se renueve la residencia del reagrupante, teniendo en cuenta, además, que transcurrido el plazo para resolver sobre la solicitud de prórroga “ésta se entenderá estimada” (art. 42.1).

3. *Excursus*: la residencia del ascendiente reagrupado: de nuevo el artículo 17.3.

Como ya se ha examinado en el comentario al artículo 17.3 LODLEE, la reforma de 20 de noviembre de 2003 estableció las condiciones de ejercicio del derecho a la reagrupación de los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación. Correlativamente, el artículo 18.2 en su primer párrafo hace

alusión a dichas condiciones cuando se trata del ascendiente reagrupado que pretenda a su vez ejercer su derecho a reagrupar.

Recordemos que, con carácter general, los ascendientes reagrupados pueden ejercer este derecho cuando hayan obtenido la condición de residentes permanentes y acreditado solvencia económica. No obstante, y de modo excepcional, si el ascendiente reagrupado tiene un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho en los términos del artículo 17.2 LODLEE; es decir, retorna a la regla general, bastando con acreditar la residencia previa de un año y la autorización para residir otro año más y siempre que, por supuesto, acredite el resto de las condiciones materiales (vivienda y recursos económicos).

La Directiva no hace referencia a este supuesto como tampoco lo hacía la Ley de extranjería que —como hemos visto en el comentario al artículo 17.2 LODLEE— en el texto de diciembre de 2000 remitía al desarrollo reglamentario las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y “en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de previa reagrupación”. Este desarrollo fue llevado a cabo mediante RD 864/2001, de 20 de julio²¹ cuyo artículo 41.5 disponía que los extranjeros que hubiesen adquirido la residencia en virtud de reagrupación podrían, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que contasen ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acreditaran reunir los requisitos previstos en la Ley.

Como vimos, dicho precepto (entre otros del Reglamento de 2001) fue anulado por Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003²². El TS entendió que “exigir la obtención de un segundo permiso de residencia, obtenido independientemente del permiso del reagrupante, para poder ejercer el derecho de reagrupación familiar reconocido en la Ley, supone privar a quienes han obtenido la residencia por

²¹ Sobre el Reglamento de 2001 y la LO 14 /2003, puede verse A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Algunas irregularidades detectadas en el Real Decreto 864/2001”, en *Entre Culturas. Boletín del Programa de Inmigrantes de Cáritas Española*, Núm. 41, julio-septiembre, 2001, pp. 7-11; y E. RELAÑO PASTOR, “¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre y la política de inmigración común de la Unión Europea”, en *Diario La Ley*, Núms. 6017(I) y 6018(II), de 13 y 14 de mayo de 2004, pp. 1-5 y pp. 1-5.

²² *Supra cit.* En la Sentencia se hace referencia al Dictamen del Consejo de Estado al proyecto de Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería: “una cosa es que reglamentariamente se fijen determinadas condiciones para hacer algo, que es lo que la Ley expresamente prevé, y otra muy distinta es que reglamentariamente se prohíba hacer ese algo, que es lo que el proyecto pretende”. Véase Dictamen del Consejo de Estado, núm. 2606/2000, de 28 de julio de 2000.

reagrupación del derecho reconocido en el núm. 2 del art. 17 de la citada Ley Orgánica 4/2000 para ejercer el mismo en relación con sus propios familiares”. Para el TS, la posición adoptada reglamentariamente limitaba el ejercicio del derecho de reagrupación familiar a quienes gocen de un segundo permiso de residencia obtenido de forma independiente y eliminaba (por vía reglamentaria) la comúnmente denominada “reagrupación en cadena” (FJ 5).

Hecha pública esta importante Sentencia, el Gobierno anunció que se reformaría con carácter urgente la Ley de extranjería para añadir “(...) diversos preceptos de su Reglamento de ejecución que el Tribunal Supremo había declarado parcialmente nulos”, reforma llevada a cabo, como queda dicho, por la LO 14/2003. El texto final acogió la Enmienda número 135 del GP Socialista (de adición) que incluía la posibilidad de que el ascendiente reagrupado pudiera reagrupar a sus hijos menores de edad o incapacitados que dependan de él, si obtuviera una autorización de residencia independiente (art. 17.3), supuesto que llevó asimismo a modificar el artículo 18.2 para recoger la excepción.

III. La autorización de residencia de los familiares reagrupados: el artículo 18.3.

Cuando se acepte la solicitud de reagrupación familiar la autoridad competente expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse, la autorización de residencia cuya duración será igual al período de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación.

1. Dependencia.

El derecho a la reagrupación familiar ejercido por el extranjero residente da derecho a los familiares reagrupados a residir en España con una autorización que se caracteriza por dos notas: la dependencia y la temporalidad. Conviene dejar sentado que estamos refiriéndonos a la primera autorización que se expide al extranjero reagrupado. El precepto, en su literalidad, establece como regla general que la primera residencia de la persona o personas reagrupadas será dependiente de la residencia del reagrupante y su duración será igual al periodo de validez de la autorización del mismo. Sin embargo, esta regla tiene varias excepciones y, además, plantea varios problemas toda vez que en algunos casos el Reglamento no coincide con el tenor literal de la Ley.

En relación con la dependencia, las circunstancias contempladas en el artículo 19 de la LODLEE y en el artículo 41 del Reglamento permiten modificar la residencia del reagrupado a una residencia independiente; ambos supuestos se examinarán en el comentario al artículo 19 en esta misma obra.

2. Temporalidad.

En cuanto a la duración de la residencia de los miembros de la familia, en principio ha de tener una vigencia que se extenderá hasta la misma fecha que la de la autorización del reagrupante cuando esta sea temporal (art. 42.7 párrafo primero del REGL.). Cuando sea permanente, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del reagrupante. En este caso, la posterior autorización de residencia del reagrupado será de carácter permanente (art. 42.7 párrafo segundo *in fine* del REGL.).

En relación con la Directiva, su artículo 13.2 establece unos mínimos respecto del primer permiso de residencia: su duración debe ser como mínimo de un año y renovable. Por otro lado, el artículo 13.3 prohíbe que los permisos de residencia concedidos a los miembros de la familia superen la fecha de caducidad del permiso de residencia que posea el reagrupante. Tanto la LODLEE como el Reglamento cumplen esta última previsión de conformidad con el régimen jurídico de los permisos de residencia en España.