CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 3 de julio de 1990 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Las cuestiones prejudiciales que plantean a este Tribunal de Justicia el Tribunal de première instance y la Cour d'appel de Bruselas son consecuencia de determinadas disposiciones legales belgas, sobre las cuales procede dar algunas explicaciones.

2. Sin que sea necesario hacer una recapitulación exhaustiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recordemos que este Tribunal ha considerado:

«las disposiciones del Tratado, y la normativa adoptada para su ejecución, en materia de libre circulación de los trabajadores no pueden aplicarse a situaciones que no tengan ninguna conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario.

Este es, indudablemente, el caso de los trabajadores que no han ejercido nunca el derecho a circular libremente dentro de la Comunidad» [1] *(traducción provisional).*

En tal caso, el Derecho comunitario no es aplicable al interesado y, por consiguiente, sus ascendientes o su cónyuge no pueden invocar en favor de ellos un derecho «derivado» de residencia o de permanencia. Habida cuenta de estos principios, el Derecho comunitario puede garantizar al nacional comunitario y a su familia una situación más favorable en un Estado miembro que la prevista por la legislación de ese Estado para sus propios nacionales. Para describir ese supuesto se usa normalmente la expresión «discriminación a la inversa».

3. Aparentemente, el legislador belga ha pretendido evitar tales consecuencias previendo, en el artículo 40 de la Ley de 15 de diciembre de 1980, la asimilación a los nacionales comunitarios de los cónyuges, ascendientes y descendientes de los nacionales belgas. Esta asimilación que hace el Derecho nacional es precisamente lo que parece haber provocado las presentes cuestiones prejudiciales, formuladas en el marco de un litigio cuyos rasgos generales recordaré brevemente.

4. La Sra. Dzodzi, de nacionalidad togolesa, llegó a Bélgica en febrero de 1987. Allí se casó, el 14 de ese mismo mes, con el Sr. Herman, de nacionalidad belga. Cinco días más tarde, la interesada presentó una solicitud de establecimiento ante la Administración municipal de Soumagnes. Los esposos tenían que partir después para Togo y la Sra. Dzodzi fue dada de baja en la Oficina de empadronamiento de la Administración municipal el 17 de marzo de 1987. A principios de julio del mismo año el matrimonio regresó a Bélgica, donde el esposo falleció el 28 de julio. El 28 de agosto de 1987, la Sra. Dzodzi solicitó un permiso de estancia en Bélgica. Le fue expedida una «declaración de llegada», válida por tres meses, y se le indicó que presentara una solicitud de estancia según el Derecho común, «dado que ya no podía acogerse a lo dispuesto en las Directivas comunitarias». Posteriormente, la

* Lengua original: francés.

1 — Sentencia de 27 de octubre de 1982 (Morson y Jhanjan, asuntos acumulados 35/82 y 36/82, Rec. 1982, p. 3723, apartados 16 y 17).

Administración desestimó las solicitudes de la Sra. Dzodzi presentadas de acuerdo con la Ley de 15 de diciembre de 1980 y le expidió varias declaraciones de llegada con el fin de que pudiera ocuparse de los trámites relativos a la sucesión de su cónyuge.

5. La Sra. Dzodzi recurrió entonces al Presidente del Tribunal de première instance de Bruselas para que ordenase al Estado belga que concediese a la interesada un permiso de establecimiento como cónyuge de un nacional de un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea. En el marco de dicho procedimiento fueron planteadas al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales. Las dos primeras se refieren al derecho de residencia y de permanencia de una persona que se encuentre en la situación de la Sra. Dzodzi. Mediante la tercera, que tiene carácter subsidiario en la medida en que se plantea por si se diera una respuesta negativa a las anteriores por razón de la nacionalidad belga del cónyuge de la Sra. Dzodzi, se pregunta a este Tribunal de Justicia cuál sería la solución si el difunto hubiera sido nacional de otro Estado miembro. Dado que la Sra. Dzodzi recurrió en apelación contra la resolución del primer Juez, que había suspendido su pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso y reservado su resolución sobre la solicitud de concesión de un permiso provisional de estancia, la Cour d'appel de Bruselas, a su vez, planteó a este Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales. La primera se refiere a si puede prohibirse a los beneficiarios de la Directiva 64/221/CEE del Consejo [2] que recurran al procedimiento sobre medidas provisionales. La segunda trata de la interpretación del artículo 9 de dicha Directiva. Básicamente, se pregunta a este Tribunal de Justicia si los interesados deben poder disponer de un recurso que les permita solicitar con carácter urgente la intervención de un órgano jurisdiccional nacional, antes de la ejecución de la medida controvertida, a efectos de obtener con tiempo suficiente medidas de protección de los derechos amenazados.

6. Las dos primeras cuestiones del Tribunal de Bruselas no requieren extensas observaciones. De los autos transmitidos por el órgano jurisdiccional nacional y de las observaciones de las partes del litigio principal se desprende que la situación a que se refiere el Juez *a quo* no tiene ninguna conexión con el Derecho comunitario. Así es, en efecto, ya que el cónyuge de la interesada nunca ejerció el derecho de libre circulación en la Comunidad. [3] Como el Sr. Herman no utilizó ese derecho, la situación de que se trata es puramente interna.

7. Pero el Juez *a quo* parece haber presentido esta conclusión. Efectivamente, por si se diera el caso de que este Tribunal de Justicia adoptase dicho enfoque, formula una cuestión subsidiaria, empezando por recordar que la Ley nacional asimila el cónyuge de un nacional belga a los nacionales comunitarios. Y pregunta a este Tribunal de Justicia si la interesada tendría un derecho de residencia y de permanencia si su cónyuge hubiese sido nacional de un Estado miembro que no fuese Bélgica.

8. Se solicita esta interpretación al Tribunal de Justicia para poder aplicar la Ley belga que prevé la asimilación mencionada. Esta finalidad se desprende claramente del propio tenor de la cuestión. Ahora bien, opino que este Tribunal de Justicia no es competente para dar la respuesta que se le pide. Sin embargo, no pretendo en absoluto invocar en el presente asunto los principios establecidos en las sentencias Foglia [4] en cuanto

2 — De 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 56 de 4.4.1964, p. 850; EE 05/01, p. 36).

3 — Sentencia en los asuntos acumulados 35/82 y 36/82, ya citada.

4 — Sentencia de 11 de marzo de 1980, 104/79, Rec. 1980, p. 745; sentencia de 16 de diciembre de 1981, 244/80, Rec. 1981, p. 3045.

al requisito de que exista un litigio real —lo cual, por lo demás, no puede negarse en el presente asunto— y tampoco pediré a este Tribunal que se pronuncie sobre si la cuestión es necesaria o sobre su pertinencia, valoraciones que únicamente son competencia del Juez nacional. Pero procede recordar la función del mecanismo prejudicial:

«El artículo 177, esencial para preservar el carácter comunitario del Derecho instituido por el Tratado, tiene como finalidad *garantizar, en cualquier circunstancia, que este Derecho tenga el mismo efecto* en todos los Estados de la Comunidad»[5] *(traducción provisional).*

Por naturaleza, dicha finalidad del procedimiento prejudicial, garantizar la uniformidad de los efectos del Derecho comunitario, sólo se refiere, evidentemente, al ámbito de aplicación de éste, *tal como lo define él mismo y sólo él.*

9. Ahora bien, la remisión que hace una legislación nacional no puede ampliar el alcance *ratione materiae* y *ratione personae* del Derecho comunitario. Se trata de una operación unilateral e independiente que, por referirse a una disposición material específica de origen comunitario, no tiene repercusión alguna en cuanto al ámbito de aplicación del Derecho comunitario como tal. Es el propio Derecho comunitario, y sólo él, quien define el elemento de conexión necesario para las disposiciones relativas a la libre circulación de personas.

10. Cuando se trata de una «remisión» como la que hace el Derecho belga en el caso de autos, a los interesados sólo les es aplicable el Derecho nacional. En tal supuesto, la interpretación por parte del Tribunal de Justicia no tendría en absoluto la finalidad de garantizar que el Derecho comunitario tuviese un mismo efecto, es decir, un contenido uniforme en su ámbito de aplicación. Se trataría entonces de una operación *sui generis* destinada a proporcionar una ayuda al Juez nacional para la aplicación únicamente del Derecho nacional, fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

11. Hay que recalcar que la unidad del ordenamiento jurídico comunitario es indiferente a las situaciones ajenas a su ámbito de aplicación, cualquiera que sea el contenido material de las normas que las regulan. *No existe Derecho comunitario fuera de su ámbito de aplicación:* lo que es importante para su aplicación correcta es su unidad en el marco personal y material definido por él. El hecho de que los conceptos de que se sirve en dicho marco puedan ser utilizados unilateralmente para regular un aspecto determinado de una normativa nacional no puede extender el ámbito de aplicación del Derecho comunitario ni, por consiguiente, la competencia del Tribunal de Justicia.

12. Por lo demás, deseo referirme brevemente a algunos de los interrogantes que suscitaría en el presente asunto una extensión de la función del mecanismo prejudicial:

— ¿Es concebible que los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones no son susceptibles de recurso estén sujetos a una obligación de remisión cuando se trate de supuestos análogos al del caso de autos?

— Del mismo modo, ¿puede concebirse un recurso de apreciación de validez respecto de disposiciones comunitarias a las que el Derecho nacional se haya remitido de manera unilateral e independiente?

5 — Sentencia de 16 de enero de 1974 (Rheinmühlen Düsseldorf, 166/73, Rec. 1974, p. 33, apartado 2, la cuersiva es mía).

— Por último, y sobre todo, ¿qué autoridad tendría la sentencia del Tribunal de Justicia? A este respecto, con independencia de la actitud que ese Juez *a quo* adoptase previsiblemente tras haberse remitido a este Tribunal de Justicia, mera circunstancia de hecho, ¿estaría el Juez nacional jurídicamente vinculado por el tenor de la sentencia del Tribunal de Justicia, dado que incumbe a dicho Juez aplicar el Derecho nacional y sólo éste?

Estos serios interrogantes dejan entrever los graves inconvenientes que implicaría la perspectiva de que el Tribunal de Justicia entrase en una colaboración de límites indefinidos, libre del marco y de los objetivos concretos del mecanismo prejudicial. En otras palabras, el papel del Tribunal de Justicia consistiría entonces en emitir dictámenes o consultas del tipo de los que un jurisconsulto calificado tiene que proporcionar a veces al Juez local cuando éste debe aplicar la Ley extranjera. Esa no es la misión del Tribunal de Justicia en el marco prejudicial.[6]

13. Finalmente, propongo a este Tribunal de Justicia que indique a la Cour d'appel, en respuesta a sus dos cuestiones, que la Directiva 64/221 sólo puede ser invocada por las personas que se encuentran en una situación que tenga alguna conexión con el Derecho comunitario.

14. Esta respuesta resulta aún más necesaria si se tiene en cuenta que de la resolución de remisión se desprende que la Cour d'appel se pregunta si el legislador belga pudo, sin violar el Derecho comunitario, denegar a algunos extranjeros el derecho a dirigirse al Juez que entiende en procedimientos sobre medidas provisionales.

15. Como ya he dicho, la remisión que hace el Derecho nacional al Derecho comunitario no produce en absoluto la consecuencia de ampliar el ámbito de aplicación de éste. Ahora bien, ésa sería precisamente la consecuencia que se obtendría si una persona que se encontrase en una situación puramente interna, sujeta únicamente al Derecho nacional, pudiera invocar el Derecho comunitario para excluir la legislación nacional que se le opone, en virtud de la referencia que ésta hace a las disposiciones comunitarias.

16. Por consiguiente, propongo a este Tribunal de Justicia que:

1) Declare, en respuesta a las dos primeras cuestiones del Tribunal civil de Bruselas, que cuando un nacional comunitario no ha ejercido el derecho de libre circulación en la Comunidad, su cónyuge no puede invocar un derecho de entrada, de residencia o de permanencia, en virtud del Derecho comunitario, en el Estado miembro cuya nacionalidad tiene el nacional comunitario mencionado.

6 — «La innovación verdaderamente original de los Tratados de Roma ha sido establecer, *para la aplicación del Derecho comunitario*, una relación directa entre poderes judiciales bajo la forma de una relación que es *mucho más que una simple consulta*: una relación en el terreno de las competencias y de las facultades» *(traducción no oficial)*. Pescatore, P.: *Le droit de l'intégration*, 1972, A. W. Sijthoff-Leiden, Institut universitaire des hautes études internationales, Ginebra; la cursiva es mía.

2) Se declare incompetente para responder a la tercera cuestión del Tribunal civil de Bruselas.

3) Declare, en respuesta a las dos cuestiones de la Cour d'appel de Bruselas, que las garantías procesales establecidas por los artículos 8 y 9 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo no se exigen a los Estados miembros en lo que respecta a personas que no se encuentran en una situación prevista por el Derecho comunitario, como es el cónyuge de un nacional comunitario, cuando este último no ha ejercido ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en un Estado miembro distinto a aquel del que es nacional.