CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 2 de diciembre de 1992 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Bundesverwaltungsgericht plantea al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de disposiciones de Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores. Pregunta, en particular, si dentro de este ámbito, un nacional comunitario que, el día de la adhesión de su país a la Comunidad se encontraba desempleado en otro Estado miembro, disfruta de la protección del Derecho comunitario.

2. Resumiré los hechos.

3. El Sr. Tsiotras, recurrente en el litigio principal, nacido en 1936, llegó a la República Federal de Alemania en 1960. El permiso de residencia que le había sido concedido inicialmente fue renovado periódicamente cada año y por última vez, el 4 de diciembre de 1980, por un nuevo período de un año.

4. Trabajador por cuenta ajena, el interesado perdió su empleo en 1978 y no ha vuelto a trabajar nunca. [1] Cobró el subsidio de desempleo y, desde 1981, percibió ayudas de la asistencia social. Desde el 7 de junio de 1979 al 16 de agosto de 1981, se encontró en la situación de incapacidad laboral por enfermedad.

5. En diciembre de 1981, El Sr. Tsiotras pidió la prórroga de su permiso de residencia. La respuesta a dicha petición fue aplazada, habida cuenta del procedimiento que había iniciado para obtener una pensión de invalidez. Esta última le fue denegada definitivamente en 1983, por no encontrarse el interesado en situación de incapacidad laboral.

6. Al haber denegado el Landeshauptstad Stuttgart, con fecha 1 de agosto de 1986, la prórroga del permiso de residencia, el Sr. Tsiotras interpuso un recurso, que fue desestimado por el Verwaltungsgericht. El interesado recurrió entonces en casación ante el Bundesverwaltungsgericht, que ha planteado al Tribunal de Justicia dos cuestiones cuyo texto figura en el informe para la vista [2] y que tienen por objeto, básicamente, que se dilucide:

— Por una parte, si un nacional de un Estado miembro de la CEE que se encuentra, el día de la adhesión a la Comunidad de su país de origen, en la imposibilidad objetiva de conseguir un empleo en otro Estado miembro en el que había trabajado anteriormente, debe considerarse un trabajador a efectos del Derecho comunitario.

— Por otra parte, si ese mismo nacional pierde además el derecho a residir en dicho Estado cuando posteriormente, y más concretamente en el transcurso de un procedimiento judicial para la concesión

* Lengua original: francés.

1 — Resolución del Juez remitente.

2 — I. 2, *in fine*.

de un permiso de residencia, padece una incapacidad laboral permanente.

7. Abordaré sucesivamente estas dos cuestiones.

8. Con arreglo al apartado 3 del artículo 48 del Tratado CEE, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

«a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales [...]»

9. Con arreglo al artículo 49 del Tratado —que dispone la realización progresiva de la libre circulación de los trabajadores—, el Consejo adoptó el Reglamento (CEE) nº 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad [3] (en lo sucesivo, «Reglamento») y la Directiva 68/360/CEE, del mismo día, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad [4] (en lo sucesivo, «Directiva»).

3 — DO L 257 de 19.10.1968, p. 2; EE 05/01, p. 77.

4 — *Ibidem*, p. 13.

10. El apartado 1 del artículo 7 del Reglamento dispone que:

«el trabajador *nacional de un Estado miembro* no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, *si hubiera quedado en situación de desempleo*». [5]

11. La Directiva establece, en particular, los requisitos del derecho de residencia en un Estado miembro de los trabajadores nacionales de otro Estado miembro y los requisitos para la expedición y la renovación de su permiso de residencia.

12. ¿En qué medida puede invocar la aplicación de dichas disposiciones el nacional helénico que, en la fecha de adhesión de su país a la Comunidad, se encuentra en situación de desempleo en otro Estado miembro?

13. La adhesión de la República Helénica a la Comunidad entró en vigor el 1 de enero de 1981. [6]

14. Todo nacional helénico puede invocar el artículo 48 a partir de la citada fecha, sin perjuicio de las disposiciones transitorias previstas en los artículos 45 y 47 del Acta de Adhesión. [7] En relación con el Reglamento y la

5 — El subrayado es mío.

6 — Apartado 2 del artículo 2 del Tratado entre los Estados miembros y la República Helénica relativo a la adhesión de dicho país a la CEE y a la CEEA, de 28 de mayo de 1979 (DO L 291, p. 9).

7 — Véase el artículo 44 del Acta de Adhesión, que establece el principio de la aplicabilidad inmediata del artículo 48 del Tratado (DO L 291 de 19.11.1979, p. 17).

Directiva, aquéllas establecen que los artículos 1 a 6 y 13 a 20 del Reglamento

«sólo serán aplicables en los Estados miembros actuales, respecto de los nacionales helénicos, [...] a partir del 1 de enero de 1988». [8]

15. Con respecto a dicho régimen transitorio, que se aplica en las mismas condiciones a los trabajadores de los otros Estados miembros instalados en Grecia, [9] el Tribunal de Justicia ha declarado, en la sentencia de 30 de mayo de 1989, Comisión/Grecia, [10] que:

«dicho régimen transitorio, si bien ha suspendido [...] la aplicación de los artículos 1 a 6 y 13 a 23 del Reglamento n° 1621/68 del Consejo, [...] precisando los derechos garantizados por los artículos 48 y 49 del Tratado, no ha suspendido la aplicación de estas últimas disposiciones, especialmente en lo que se refiere a los trabajadores de otros Estados miembros que *ya estaban empleados* legalmente en la República Helénica antes del 1 de enero de 1981 y *que han seguido estando empleados en dicho país después de esa fecha* o los que han sido empleados legalmente por primera vez en la República Helénica con posterioridad a esa fecha». [11]

Deduce de ello el Tribunal de Justicia que:

«en lo que respecta a esos trabajadores, era aplicable, a partir del 1 de enero de 1981, el artículo 9 del Reglamento n° 1612/68». [12]

16. Añadiré que, como ya señalaba en mis conclusiones sobre el asunto Lopes da Veiga, [13] en la sentencia de 23 de marzo de 1983 Peskeloglou, [14] pronunciada también en relación con el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Helénica, el Tribunal de Justicia declaró que la disposición por la que se suspende la aplicación de determinados artículos del Reglamento, constituía una excepción al principio de la libre circulación de los trabajadores, por lo que debía interpretarse restrictivamente.

17. El régimen transitorio, que suspende hasta el 1 de enero de 1988 la aplicación de las disposiciones del Título I de la Parte primera del Reglamento, Título relativo al *acceso* al empleo, tiene por objeto evitar las perturbaciones, en los mercados de empleo de los antiguos Estados miembros, que pudieran derivarse de una afluencia de demandantes de empleo griegos. [15] Ninguna razón de esa naturaleza justificaría que se denegara a trabajadores helénicos *ya* empleados en el territorio de uno de dichos Estados, el beneficio inmediato de las disposiciones del Título II de la misma Parte del Reglamento, relativo al *ejercicio* del empleo y a la igualdad de trato y de las de la Directiva relativas a los requisitos de concesión y de renovación de los permisos de residencia.

18. He de señalar que las disposiciones transitorias del Acta de Adhesión no han suspendido la aplicación del apartado 1 del artículo 7 del Reglamento. Este artículo es aplicable, por tanto, a partir del 1 de enero de 1981, con la consecuencia de que los trabajadores helénicos que estaban ya empleados legalmente en los otros Estados miembros antes del 1 de enero de 1981 y que aún lo estaban en dicha fecha o que sean empleados legal-

8 — Artículo 45 del Acta de Adhesión.

9 — *Ibidem.*

10 — Sentencia 305/87, Rec. p. 1461. Véase igualmente el apartado 11 de la sentencia de 27 de septiembre de 1989, Lopes da Veiga (9/88, Rec. p. 2989).

11 — Apartado 15, el subrayado es mío.

12 — Apartado 16. El citado artículo 9 se refiere a la igualdad de trato en materia de alojamiento entre los trabajadores nacionales y los trabajadores nacionales de los otros Estados miembros.

13 — Apartado 9 (véase la referencia de la sentencia, nota 10 *supra*). Véase también el apartado 11 de dicha sentencia.

14 — Sentencia 77/82, Rec. p. 1085.

15 — Véase, a propósito del Acta de Adhesión de Portugal, la citada sentencia Lopes da Veiga, apartado 10.

mente después de esa fecha, pueden acogerse al mismo.

19. Del mismo modo, a tenor del artículo 46 del Acta de Adhesión, sólo se suspenderá la aplicación de las disposiciones de la Directiva en la medida en que sean indisociables de las del Reglamento que están sujetas al régimen transitorio. No se encuentran en ese caso los requisitos de concesión y de renovación de los permisos de residencia, independientes tanto de los artículos 1 a 6 del Reglamento («Del acceso al empleo») como de la Parte segunda de éste («De la puesta en relación y de la compensación de las ofertas y demandas de empleo»).

20. Hay que circunscribir bien aquí el objeto de la cuestión planteada. A partir del 1 de enero de 1981, ¿puede un nacional helénico invocar la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario, sabiendo que no podía adquirir dicha condición, como muy pronto, hasta el 1 de enero de 1981 y que, en dicha fecha y desde el año 1978, ya había perdido su empleo, precisándose que el 1 de enero de 1981: i) estaba en paro, ii) se encontraba en la «imposibilidad objetiva —pese a su voluntad de trabajar— de conseguir un empleo»?

21. El Tribunal de Justicia considera que

«los términos "trabajador" y "actividad por cuenta ajena" en el sentido del Derecho comunitario no pueden definirse remitiéndose a las legislaciones de los Estados miembros, sino que tienen alcance comunitario». [16]

22. El artículo 48 y los textos de Derecho derivado adoptados para su aplicación deben interpretarse en el contexto de los artículos 2 y 3 del Tratado: El artículo 3, en particular, enumera como una de las acciones de la Comunidad «la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas».

23. Los conceptos de «trabajador» y «actividad por cuenta ajena» delimitan, pues, el ámbito de aplicación de una de las libertadas fundamentales garantizadas por el Tratado y, en cuento tales, deben interpretarse en sentido amplio, mientras que las excepciones al principio de la libre circulación de los trabajadores deben interpretarse, por el contrario, en sentido estricto. [17]

24. El artículo 7 del Reglamento se refiere al caso del trabajador que «hubiera quedado en situación de desempleo». Sólo protege, sin embargo, al *nacional de un Estado miembro* que, en la fecha de adhesión de su país de origen, trabajase en un Estado miembro. No se encuentra en dicha situación la persona que no haya trabajado nunca como «nacional de un Estado miembro», sino únicamente como nacional de un Estado que no era *aún* miembro de la Comunidad, porque el día de la adhesión de dicho Estado ya estaba en situación de desempleo. No podía disfrutar, por tanto, de derechos fundados en el Tratado de Roma.

25. El Acta de Adhesión no toma en consideración por lo que respecta al Derecho comunitario, ni la condición del interesado antes de la fecha de adhesión ni los derechos adquiridos en dicha fecha. No prevé, en particular, que los años pasados como trabajador en el Estado de acogida antes de la adhesión serán tomados en consideración, de una u

16 — Sentencia de 3 de junio de 1986, Kempf (139/85, Rec. p. 1741), apartado 15.

17 — Sentencia de 20 de marzo de 1982, Levin (53/81, Rec. p. 1035), apartado 13, y la citada sentencia Kempf, apartado 13.

otra forma, para constituir derechos basados en el Tratado. Señalaré a este respecto que, excepcionalmente, el Acta de Adhesión de España y Portugal ha tomado en consideración de forma específica la situación de los trabajadores españoles instalados en un Estado de la Comunidad antes de la adhesión. [18]

26. De ello se deriva que el recurrente en el litigio principal no responde al concepto comunitario de «trabajador», por cuanto nunca ejerció como nacional comunitario en un Estado miembro de la Comunidad una «actividad real y efectiva» en el sentido de las sentencias Kempf y Levin. [19]

27. Por otra parte, el recurrente en el litigio principal no era titular, ni podía serlo, el 1 de enero de 1981, de una «tarjeta de estancia (léase permiso de residencia) de nacional de un Estado miembro de la CEE», a efectos del apartado 2 del artículo 4 de la Directiva. No podía, por tanto, invocar el artículo 7 de la misma, que prohíbe que se retire el permiso de residencia en período de validez a un trabajador que haya perdido su empleo.

28. Como señala con razón la Comisión, [20] si el recurrente en el litigio principal hubiera solicitado en dicha fecha un permiso de residencia de un Estado miembro, no hubiera podido cumplir los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 4 de la Directiva, en particular por lo que se refiere a la declaración de contratación del empresario.

29. El nacional comunitario que busca un empleo en un Estado miembro distinto del suyo, sin haber trabajado nunca como nacional comunitario, ¿puede invocar un derecho de residencia basado en el Derecho comunitario?

30. Ya en las sentencias de 8 de abril de 1976, Royer [21], y de 23 de marzo de 1982, Levin [22] el Tribunal de Justicia admitió que, en el Estado miembro en que buscan un empleo, los nacionales comunitarios disfrutan de un derecho de residencia. [23]

31. Mediante su sentencia Antonissen, [24] el Tribunal de Justicia ha reconocido, al nacional comunitario desempleado, la existencia de tal derecho, en la medida en que pueda permitirle encontrar un empleo. El Tribunal de Justicia considera, en efecto, que para garantizar la efectividad del principio de libre circulación de los trabajadores, el derecho de residencia debe ser de una duración suficiente. [25]

32. De ahí que el Tribunal de Justicia haya declarado que

«las disposiciones de Derecho comunitario que regulan la libre circulación de los trabajadores no son óbice para que la legislación de un Estado miembro establezca que todo nacional de otro Estado miembro que haya entrado en su territorio para buscar allí un empleo pueda ser obligado (sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso) a abandonar dicho territorio si transcurridos seis meses no ha encontrado empleo, a no ser que el interesado pruebe que continúa buscando un empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado». [26]

18 — Véase el Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados (DO L 302 de 15.11.1985, p. 23), cuyo párrafo segundo de la letra a) del apartado 1 del artículo 57 prevé un derecho de acceso a cualquier actividad asalariada de los miembros de la familia del trabajador instalado en un Estado miembro en una fecha anterior a la firma del Acta de Adhesión.

19 — Sentencias antes citadas, apartados 16 y 21, respectivamente.

20 — Observaciones de la Comisión, p. 7.

21 — Sentencia 48/75, Rec. p. 497, apartado 31.

22 — Citada sentencia, apartado 9.

23 — Véase el punto 13 de mis conclusiones en el asunto Antonissen (referencia en la nota 24 *infra*).

24 — Sentencia de 26 de febrero de 1991, C-292/89, Rec. p. I-745.

25 — Apartado 21.

26 — Apartado 22.

33. Dado que el interesado se encuentra en la imposibilidad objetiva de trabajar, falta la razón de ser del derecho de residencia reconocido en la sentencia Antonissen.

34. Añadiré que, suponiendo incluso que el recurrente haya tenido la condición de trabajador a efectos del artículo 48 del Tratado, resulta sobradamente de las propuestas de la Comisión para la modificación del artículo 6 de la Directiva, que no existe en la actualidad derecho de residencia en caso de desempleo de larga duración y que dicho derecho debería extinguirse en el futuro con el derecho al subsidio de desempleo. [27]

35. Puedo señalar, por tanto, que un nacional helénico, que se encuentra en la situación descrita por el Juez *a quo*, no era un «trabajador» a efectos del Derecho comunitario el día 1 de enero de 1981.

36. ¿Pudo adquirir dicha condición después de la referida fecha? Corresponderá al Juez *a quo* determinar, con arreglo a los criterios fijados por la sentencia *Antonissen*, si el recurrente en el litigio principal tenía oportunidades de ser contratado. A lo sumo puede decirse que un nacional comunitario cuya incapacidad para trabajar se acredita mediante un certificado médico, no me parece que tenga «verdaderas oportunidades de ser contratado». [28]

37. Resulta claro, por tanto, que un nacional griego que se encontraba en situación de desempleo en otro Estado miembro el día de la adhesión de Grecia y que permaneció posteriormente en la imposibilidad objetiva de conseguir un empleo, no disfruta de la protección de las disposiciones del Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores. Su residencia pasa a ser, en efecto, disgregable de cualquier trabajo. Por consiguiente, la *ratio legis* del artículo 48 —garantizar la libre circulación de los trabajadores— no exige que se le conceda un derecho de residencia.

38. Esta solución es sumamente rigurosa, ya que podría conducir, si así lo decidiere la autoridad nacional, a la expulsión de un nacional comunitario domiciliado en un Estado miembro desde hace más de treinta años, pero dicho rigor está mitigado hoy día, sin duda, por lo dispuesto en la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, [29] que «desvincula» la existencia de dicho derecho del ejercicio de una actividad económica. [30] Aunque no esté en activo ni tenga la condición de «trabajador» a efectos del Derecho comunitario, un nacional comunitario domiciliado en un Estado miembro es titular de un derecho de residencia, de una duración mínima de cinco años, siempre que, o bien disponga de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, [31] o bien sea un ascendiente a cargo de un titular del derecho de residencia. [32]

27 — Véase el número 10 del artículo 1 de la Propuesta de Directiva 89/C100/07 del Consejo, por la que se modifica la Directiva 68/360/CEE, relativa al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, presentada por la Comisión el 11 de enero de 1989 (DO C 100, p. 8).

28 — Véase el certificado médico de 22 de diciembre de 1987 y la certificación de la Oficina de Empleo de 19 de marzo de 1987, evocados en la resolución del Juez remitente.

29 — DO L 180 de 13.7.1990, p. 26.

30 — Dicha Directiva entró en vigor el 1 de julio de 1992.

31 — Apartado 1 del artículo 1 de la citada Directiva.

32 — *Ibidem*, apartado 2 del artículo 1. La Directiva 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DO L 180, p. 28), me parece que no es aplicable, al no ser el demandante en el litigio principal un «trabajador» a efectos de la citada Directiva.

39. El Derecho comunitario confiere al nacional de un Estado miembro que se encuentra en la situación del recurrente en el litigio principal un «*derecho a permanecer*». Tal es el objeto de la segunda cuestión prejudicial.

40. El derecho a permanecer en un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, procede de la letra d) del apartado 3 del artículo 3 del artículo 48 del Tratado.

41. Con arreglo al apartado 1 del artículo 2 del Reglamento (CEE) nº 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo: [33]

«Tendrá derecho a residir permanentemente en el territorio de un Estado miembro:

[...]

b) el trabajador que, habiendo residido sin interrupción durante más de dos años en el territorio de ese Estado, dejase la ocupación de un empleo asalariado como consecuencia de una incapacidad laboral permanente.»

42. Dicha disposición, ¿puede ser invocada por un nacional comunitario que se encuentra en una situación como la del recurrente en el litigio principal?

43. He de señalar en primer lugar que el citado Reglamento sólo es aplicable, a tenor de su artículo 1, a los nacionales de un Estado miembro que hayan ejercido una actividad como trabajadores asalariados en el territorio de otro Estado miembro, así como a los miembros de su familia [...].

44. Ahora bien, como hemos visto, no se encuentra en dicho caso la persona que:

— No ha trabajado nunca desde que está comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

— No es un demandante de empleo protegido por el Derecho comunitario, en el sentido de la sentencia Antonissen.

45. No puede invocar, pues, dicho Reglamento. Posiblemente tendría que probar no sólo la existencia de una incapacidad laboral permanente, sino además la imputabilidad a esta última de la pérdida de su empleo.

46. Ahora bien, hay que precisar a este respecto que, por lo que se refiere al recurrente en el litigio principal, dicha pérdida, que se remonta a 1978, es anterior a la comprobación de su incapacidad.

47. Como puede verse, el derecho a permanecer va destinado a ofrecer a un nacional comunitario la posibilidad de quedarse en el territorio del Estado miembro donde ha trabajado como tal. Considero que se trata de una aplicación del principio del efecto útil de

33 — DO L 142, p. 24; EE 05/01, p. 93.

las disposiciones del artículo 48 del Tratado: pudiera disuadirse a un trabajador de que aceptara un empleo en otro Estado miembro, si no tuviera la seguridad de poderse quedar allí posteriormente si así lo desease. Dicho derecho no es sino un corolario del derecho de residencia vinculado a la actividad profesional. Dado que no se han dado nunca los requisitos del derecho de residencia, faltan inexorablemente aquellos a los que está subordinado el derecho de permanencia.

48. Propongo, por consiguiente, que el Tribunal de Justicia declare lo siguiente:

1) El nacional de un Estado miembro que, en la fecha de la adhesión de dicho Estado a la Comunidad se encontraba en situación de desempleo en otro Estado miembro y en la imposibilidad objetiva de conseguir empleo, no está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 48 del Tratado CEE, ni del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, ni de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad.

2) Los trabajadores que no hayan disfrutado nunca del derecho de residencia, a efectos de lo dispuesto en las letras a) a c) del apartado 3 del artículo 48 del Tratado CEE, no pueden disfrutar del derecho de residencia a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 48.