CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON presentadas el 7 de noviembre de 1984 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Bundesverwaltungsgericht, Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo de la República Federal de Alemania, ha planteado ante este Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 10 y 11 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. [1]

2. Dichas cuestiones se suscitaron con ocasión del asunto siguiente.

La Sra. Aissatou Diatta, de nacionalidad senegalesa, está casada con un ciudadano francés que reside y trabaja regularmente en Berlín-Oeste. Poco después de la boda, ella vino a reunirse con su marido, instalándose en el apartamento que éste ocupaba. Colocándose como asistenta, obtuvo el 13 de marzo de 1978 una autorización de residencia válida hasta el 16 de julio de 1980. En el mes de agosto de 1978, se separó de su marido, de quien pretende divorciarse, para irse a vivir a una vivienda que alquiló ella misma. Cuando expiró su autorización de residencia, solicitó la prórroga de la misma, que le fue denegada. Dicha denegación, basada en que los cónyuges no vivían juntos, es lo que ahora se ventila ante el Bundesverwaltungsgericht.

3. Mediante resolución de 18 de octubre de 1983, dicho órgano jurisdiccional, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 177 del Tratado CEE, suspendió el pronunciamiento sobre el recurso interpuesto por la Sra. Diatta hasta que este Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronuncie sobre las dos cuestiones siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento CEE nº 1612/68 en el sentido de que el cónyuge de un trabajador nacional de un Estado miembro y empleado en el territorio de otro Estado miembro vive «con el trabajador» también en el caso en que, aun estando separado con carácter permanente de su cónyuge, viva

[1] DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

* Lengua original: francés.

sin embargo en una vivienda personal en el mismo lugar donde reside el trabajador?

2) El artículo 11 del Reglamento nº 1612/68, ¿instituye, para los cónyuges (que no tengan la nacionalidad de ningún Estado miembro) de nacionales de los Estados miembros que ejerzan en el territorio de otro Estado miembro una actividad remunerada y que residan en el mismo, un derecho de residencia independiente de los requisitos enunciados en el artículo 10 de dicho Reglamento cuando pretendan ejercer una actividad por cuenta ajena en el territorio de dicho Estado miembro?»

4. Los dos artículos objeto de discusión están redactados de la siguiente manera:

«Artículo 10

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

a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo;

b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo.

2. Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado.

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

Artículo 11

Cuando un nacional de un Estado miembro ejerza en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, su cónyuge y los hijos menores de 21 años a su cargo, tendrán derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio de ese mismo Estado, incluso aunque no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.»

5. La demandante en el litigio principal afirma que las referidas normas le confieren un derecho independiente a obtener una autorización de residencia.

Según ella, en efecto, el artículo 10 no contiene ninguna obligación expresa de vivir juntos. Se limita a imponer que el trabajador nacional de un Estado miembro disponga de una vivienda para su familia, «considerada como normal [...] en la región donde esté empleado». Se trata de una exigencia basada en consideraciones de

seguridad y de orden público, y no en una concepción de vida conyugal en común. Esta última, por lo demás, no puede constituir un criterio determinante. En efecto, añade la demandante, el Derecho alemán permite que los esposos pongan fin a la vida conyugal en común, conservando sin embargo una residencia común. Además, no se puede dejar al trabajador nacional de un Estado miembro la posibilidad de provocar la expulsión de un cónyuge de quien se haya cansado, mediante el sencillo expediente de negarse a seguir alojándolo. Por último, en tanto subsista el matrimonio, existirán para los cónyuges oportunidades de reconciliación que se verían comprometidas definitivamente en caso de que se obligase a irse al cónyuge cuya autorización de residencia se hubiese denegado. El artículo 10 no se basa en que los cónyuges vivan juntos, sino en la protección del matrimonio y de la familia.

En cuanto al artículo 11, permite al cónyuge del nacional de un Estado miembro acceder a cualquier actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en el territorio del Estado de acogida. Por consiguiente, instituye en beneficio de dicho cónyuge un derecho de residencia de mayor amplitud que el derivado del artículo 10 y que es incompatible con la exigencia de un domicilio común. El artículo 11, por consiguiente, debe ser interpretado y aplicado con independencia del artículo 10.

6. Tanto el Land de Berlín, demandado en el litigio principal, como los Gobiernos de la República Federal de Alemania, del Reino Unido y del Reino de los Países Bajos, coadyuvantes en el presente proceso, consideran que las dos cuestiones planteadas por el juez remitente requieren respuesta negativa.

Sin reproducir detalladamente sus observaciones, que el informe para la vista resume de forma exhaustiva, procede señalar que lo mismo para el Land de Berlín que para los coadyuvantes:

– El artículo 10 presupone, tanto en su letra como en su espíritu, el que sus beneficiarios convivan con el trabajador de la Comunidad; la finalidad de dicha disposición es facilitar la aplicación del principio de libre circulación contenido en el artículo 48 del Tratado, permitiendo que el trabajador nacional de un Estado miembro que se desplace dentro de la Comunidad pueda vivir con su familia; toda interpretación –incluso extensiva– del artículo 10 ha de tener en cuenta el espíritu y la finalidad de dicha disposición; no podrá incluir, por consiguiente, el caso de los cónyuges separados de manera permanente.

– El artículo 11 simplemente confiere a todo beneficiario el derecho de acceder al mercado de trabajo y no un derecho de residencia independiente, distinto del previsto en el artículo 10; lo dispuesto por el artículo 11 completa, en relación con los beneficiarios del artículo 10, las prescripciones de este último, también con el fin de suprimir los obstáculos a la libre movilidad de los trabajadores de la Comunidad; los antecedentes de estas normas corroboran también esta interpreta-

ción, puesto que los artículos 10 y 11 del Reglamento nº 1612/68 tienen su origen en los artículos 17 y 18 del Reglamento nº 38/64/CEE [2] y puesto que este artículo 18 remitía expresamente al artículo 17; la relación de complementariedad existente entre los artículos 10 y 11 sólo tiene sentido si se interpreta el artículo 11 en función de los requisitos definidos en el artículo 10.

7. Desde el principio, la posición de la Comisión fue muy liberal. A lo largo del procedimiento, ha evolucionado en el sentido de una interpretación aún más extensiva de las disposiciones en cuestión.

En sus observaciones escritas, la Comisión, tras haber afirmado que resulta «evidente que los derechos a la libre circulación de los miembros de la familia de los trabajadores migrantes no son derechos propios de dichos miembros, sino *derechos derivados*», admite «que la desaparición de los vínculos particulares de parentesco con el trabajador migrante lleva consigo también, para los miembros de su familia, la supresión de la libre circulación reconocida por el Derecho comunitario», esclareciendo de este modo su punto de vista:

«Si un trabajador migrante se divorcia, su esposa pierde su condición de miembro de la familia de un trabajador migrante y no puede hacer valer en lo sucesivo los derechos previstos en favor de dichas personas.»

Ahora bien, señala la Comisión, los esposos Diatta siguen estando unidos en matrimonio y nada permite afirmar que el artículo 10 exija que, además de este vínculo, se dé un requisito adicional consistente en la vida en común de los cónyuges en una vivienda común. En efecto, no puede haber sido voluntad del legislador comunitario la de supeditar el ejercicio del derecho de libre circulación a la existencia de un requisito que se rige por el Derecho de familia, variable según los diversos Estados miembros.

La Comisión añade que una interpretación tan restrictiva del artículo 10 está en contradicción con el artículo 11, puesto que el cónyuge de un trabajador migrante sólo podrá ejercer su derecho a elegir un empleo en cualquier parte del territorio del Estado de acogida si tiene simultáneamente la posibilidad de residir en un lugar distinto de donde reside dicho trabajador.

Desde luego, el trabajador migrante, para hacer que su familia se beneficie del derecho de residencia que regula el artículo 10, deberá disponer de una vivienda normal. La existencia de dicha vivienda, que en ninguna parte se dice que deba además ser común, es un requisito que constituye «un compromiso entre las exigencias de la policía de extranjeros, por una parte, [...] y el

[2] Reglamento del Consejo de 25 de marzo de 1964 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO 1964, 62, p. 965).

derecho fundamental a la libre circulación, por otra».

En esta fase del procedimiento, la Comisión recomendó al Tribunal de Justicia que respondiese de la siguiente manera:

«1) Los apartados 1 y 3 del artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, deben interpretarse en el sentido de que el cónyuge de un trabajador migrante únicamente es titular de un derecho de residencia en el Estado miembro en el que esté empleado el trabajador migrante si dispone de la vivienda normal a que se refiere el apartado 3 del artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68. Por el contrario, no es necesario que el cónyuge del trabajador migrante viva con éste.

2) El artículo 11 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 concede a los cónyuges de nacionales de Estados miembros que ejerzan una actividad profesional en el territorio de otro Estado miembro y que residan en el mismo, el derecho a ejercer cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio de ese mismo Estado, con la única condición de que los referidos cónyuges tengan derecho de residencia con arreglo al artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68.»

En la vista, la Comisión fue más lejos. El vínculo familiar y la existencia de una vivienda, aunque sin el requisito de vivir juntos, son ciertamente las dos condiciones que se requieren en el momento inicial para generar el derecho, pero la desaparición del vínculo familiar –en este caso, del vínculo conyugal– no debería tener como efecto el de retirar automáticamente «la protección del Derecho comunitario» a los miembros de la familia que se beneficiaban del mismo.

En definitiva, la Comisión solicita, pues, al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera:

– El artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el cónyuge de un trabajador migrante únicamente puede residir en el Estado miembro de empleo si se pone a su disposición una vivienda adecuada.

– Ni el derecho de residencia del cónyuge, ni el derecho a ejercer una actividad profesional que le concede el artículo 11, desaparecen por el hecho de que el referido cónyuge se separe permanentemente del trabajador migrante y se instale en una vivienda independiente.

8. El representante de la Comisión, respondiendo a la pregunta que le formuló un Juez de este Tribunal, tuvo la honestidad de reconocer que esta tesis era temeraria o, cuando menos, que así podía parecerlo.

Y, en efecto, lo es. Cuando el legislador comunitario pretende transformar en derecho propio un derecho que inicialmente era derivado, así lo hace constar expresamente.

Eso es lo que hizo, por ejemplo, en el artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, [3] que concede bajo ciertas condiciones a los miembros de la familia de un trabajador, definidos en el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68, el derecho de residir con carácter permanente en el Estado miembro en cuyo territorio residan con el trabajador migrante. Se trata de una disposición exorbitante del Derecho común, que no puede ser implícita.

Del mismo modo, es preciso descartar la teoría de la autonomía del artículo 11. Para ejercer una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro resulta necesario estar autorizado a residir en el mismo. Ahora bien, los requisitos del derecho de residencia vienen definidos en el artículo 10.

Los artículos 10 y 11 reproducen esencialmente lo dispuesto por los artículos 17 y 18 del Reglamento nº 38/64, que fue derogado por el artículo 48 del Reglamento nº 1612/68. El artículo 18 disponía expresamente lo siguiente:

«El cónyuge y los hijos de un trabajador nacional de un Estado miembro regularmente empleado en el territorio de otro Estado miembro, *que hayan sido autorizados a residir en éste en aplicación del apartado 1 del artículo 17,* tendrán derecho, con independencia de cuál sea su nacionalidad, a desempeñar un empleo por cuenta ajena en el territorio del otro Estado miembro.»

La parte de la frase que he subrayado no figura en el artículo 11. Dicha omisión no puede tener como efecto el de instituir en favor de un nacional de un país tercero un derecho de residencia distinto del expresamente previsto en el artículo 10.

9. Idéntico objetivo de rigor en la interpretación me lleva a dar a las normas referidas pleno efecto, y, por lo tanto, a no imponer a sus beneficiarios requisitos no establecidos.

Supongamos, en efecto, que la Sra. Diatta se entienda perfectamente con su marido pero que las necesidades económicas de la familia la lleven a colocarse en otra localidad de la República Federal de Alemania, o incluso en la misma ciudad pero con una obligación profesional de residencia. ¿Resultaría posible, sin privarla del beneficio del artículo 11, supeditar la prórroga o la renovación de su autorización de residencia al hecho de que siga viviendo con el marido?

Este ejemplo demuestra que la expresión «instalarse con el trabajador», que utiliza el artículo 10, no puede interpretarse restrictivamente como «vivir bajo el mismo techo

[3] DO L 142, p. 24; EE 05/01, p. 93.

que el trabajador». Y la obligación de «disponer de una vivienda para su familia», que el apartado 3 de dicho artículo impone al trabajador, es sólo una mera precaución previa a la acogida, que no implica necesariamente que tengan que vivir en una única vivienda.

Desde luego, cuando el Juez remitente planteó las cuestiones prejudiciales, la Sra. Diatta estaba separada de su marido. Pero mientras que el vínculo conyugal no haya sido disuelto mediante una resolución judicial que haya adquirido la autoridad de la cosa definitivamente juzgada, y «sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas», [4] la interesada podrá hacer valer lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento nº 1612/68 para residir en el Estado miembro donde trabaje su marido y lo dispuesto en el artículo 11 para ejercer ella misma en dicho Estado una actividad por cuenta ajena.

[4] Primer considerando del Reglamento nº 1612/68

10. Por todo ello, propongo al Tribunal de Justicia que declare lo siguiente:

1) Los apartados 1 y 3 del artículo 10 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, deben interpretarse en el sentido de que el cónyuge de un trabajador nacional de un Estado miembro y empleado en el territorio de otro Estado miembro únicamente tendrá derecho de residencia en dicho Estado miembro si dispone de la vivienda normal a que se refiere el mencionado apartado 3, sin que resulte necesario que viva con su cónyuge.

2) Con independencia de su nacionalidad, el artículo 11 de ese mismo Reglamento concede al cónyuge de un trabajador nacional de un Estado miembro que ejerza en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena, el derecho a ejercer cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio de ese mismo Estado, con la única condición de que el referido cónyuge tenga derecho de residencia con arreglo al artículo 10 de dicho Reglamento.