CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. HENRI MAYRAS presentadas el 24 de septiembre de 1980 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

I. Para circunscribir exactamente el objeto del presente recurso por incumplimiento, es preciso recordar las circunstancias que han obligado a intervenir a la Comisión.

En 1973, la Société nationale des chemins de fer belges y la Société nationale des chemins de fer vicinaux fijaron anuncios en las estaciones en los que se contenían ofertas de empleo,

– la primera para puestos de trabajo de obreros no cualificados (peones de carga y descarga, tendedores de vías, agentes de clasificación) así como de aprendices de maquinista y guardagujas;

– la segunda para un puesto de trabajo de ayudante de imprenta de la Administración Central en Bruselas.

Estos anuncios exigían, entre otros requisitos de admisión, la posesión de la nacionalidad belga. La selección debía realizarse con o sin examen; en ciertos casos se preveía que «los títulos prioritarios legales» se tendrían en consideración. En el caso de la Société nationale des chemins de fer belges, se llamaba la atención de los candidatos hacia la «estabilidad del empleo en una de las mayores empresas del país».

Asimismo, entre 1974 y 1977, los municipios de Bruselas y Auderghem publicaron ofertas de empleo mediante anuncios en la prensa,

– la primera para puestos de trabajo de enfermeras y puericultoras para el servicio de guarderías, de arquitectos, de inspectores de los servicios generales y de jardinería, de vigilantes nocturnos y –con carácter definitivo– de peones de jardinería y de fontaneros;

– la segunda para una reserva de contratación para los puestos de «obrero semicualificado» y de «obrero cualificado B» (fontanero, carpintero, electricista).

La Comisión, después de haber advertido a las autoridades belgas, en enero de 1974, acerca del carácter discriminatorio del

* Lengua original: francés.

requisito de la nacionalidad exigido por estas ofertas de empleo, insistió en abril de 1977 afirmando que *estos* empleos no podían constituir una excepción al beneficio de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, habida cuenta del alcance restrictivo que hay que dar, según la jurisprudencia de este Tribunal, a las normas de excepción contenidas en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado y en el 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 (DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77).

La Comisión aludía así a la sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73,↔ Rec. p. 153). Consideraba que la naturaleza de las atribuciones propias de los empleos de que se trata (falta de ejercicio de la facultad de decisión respecto a los particulares, falta de vínculo con el ejercicio de la autoridad pública) impedía que se considerasen comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48; en particular, los empleos en empresas públicas dedicadas a una actividad industrial o comercial no responden a estos criterios.

La Comisión, en escrito firmado por el Director General de Asuntos Sociales, daba un mes al Gobierno belga para que adoptara «medidas inmediatas y adecuadas para que las autoridades y los servicios competentes [...] se abstengan de toda discriminación respecto de "los trabajadores comunitarios", que es incompatible con el Derecho comunitario» y para que se las notificase.

El 15 de julio de 1977, el Gobierno belga respondió, entre otras cosas, que el párrafo segundo del artículo 6 de la Constitución belga, según el cual «los Belgas son iguales ante la ley; solamente ellos podrán acceder a los empleos civiles y militares, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer para casos particulares», prohíbe, según él, que los municipios contraten personal estatutario que no tenga la nacionalidad belga.

El 21 de noviembre de 1978, la Comisión dirigió un nuevo recordatorio, firmado por el Vice-presidente Vredeling, al Ministro belga de Asuntos Exteriores, Sr. Simonet: para que la excepción del apartado 4 del artículo 48 pueda aplicarse, debe tratarse de un «empleo en la Administración Pública»; en este sentido, poco importa la naturaleza (pública o privada) de la relación laboral; esta disposición contempla únicamente los empleos que confieran a su titular una facultad de decisión respecto a los particulares o si la actividad propia de estos empleos «afecta los intereses nacionales y en especial los que se refieren a la seguridad interior y exterior del Estado».

Por consiguiente, la Comisión *declaraba* que Bélgica había incumplido las disposiciones comunitarias y no había adoptado las medidas necesarias para adaptar su legislación al artículo 48 del Tratado y a lo dispuesto en el Reglamento nº 1612/68.

La Comisión zanjaba prematuramente la cuestión, puesto que el artículo 169 establece que, si esta última *estimare* que un Esta-

do miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado y si este Estado no se atuviere a este dictamen, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia y será este último quien *declare* tal incumplimiento, lo que obligará al Estado miembro a adoptar las medidas que implique la ejecución de la sentencia.

Sea como fuese, la Comisión daba un nuevo plazo de un mes al Reino de Bélgica para que le comunicase sus observaciones, advirtiéndole que, de lo contrario, podría emitir un dictamen motivado.

Tras haber recibido el 15 de enero de 1979 una respuesta insatisfactoria del Representante permanente de Bélgica, la Comisión adoptó, el 2 de abril de 1979, un dictamen motivado según el cual, «al exigir o al permitir que se exija la posesión de la nacionalidad belga como requisito de contratación en empleos (de entidades u organismos públicos) no contemplados en el apartado 4 del artículo 48, el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben conforme al artículo 48 del Tratado y al Reglamento nº 1612/68».

El 27 de septiembre de 1979, la Comisión interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia reiterando en sus pretensiones lo expuesto en este dictamen motivado.

II. Así pues, por una vez, no se acude ante el Tribunal de Justicia por la vía del artículo 177 y cabe extrañarse de que, teniendo claramente el apartado 4 del artículo 48 un efecto «directo», ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya planteado a este Tribunal cuestiones prejudiciales sobre esta materia, salvo la sentencia Sotgiu antes citada.

Por descontado, no es necesario subrayar la importancia del litigio, tanto desde el punto de vista de los principios de Derecho comunitario como de los intereses concretos en juego: la intervención de tres Estados miembros al lado de Bélgica lo atestigua.

En estos Estados, sólo tienen acceso a ciertos empleos los nacionales. En Francia, por ejemplo, el apartado 1 del artículo 19 de la Ley de 28 de abril de 1952 exige a los candidatos a los empleos municipales la posesión de la nacionalidad francesa con un mínimo de 5 años de antelación, salvo que se hayan naturalizado franceses conforme al artículo 64 del Code de la nationalité française.

Según el artículo 16 del Decreto Legislativo de 4 de febrero de 1959 relativo al estatuto general de los funcionarios, «nadie puede ser nombrado para un empleo público: 1) si no posee la nacionalidad francesa [...]»; no obstante, según el artículo 1 de este Decreto Legislativo, esta disposición afecta solamente a los nombramientos de personas efectuados con carácter permanente para puestos de plantilla de Administración Central del Estado, de los servicios exteriores que dependen de ella o de entidades públicas estatales.

Determinados Estatutos de empresas públicas (SNCF, EDF, GDF, RATP), los Estatutos de los agentes municipales y los de los hospitales públicos imponen expresamente la nacionalidad francesa para obtener un nombramiento definitivo en un empleo. El extranjero naturalizado no puede ser nombrado, durante un plazo de cinco años a partir del decreto de naturalización, para «funciones públicas retribuidas por el Estado» (artículo 81 del Code de la nationalité).

En la República Federal de Alemania, el punto 1 del apartado 1 del artículo 7 de la Ley Federal de la Función Pública (Bundesbeamtengesetz) reserva la función pública a los nacionales.

Sin embargo, en la sentencia de este Tribunal de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia (167/73,↔ Rec. p. 359), apartado 35, se declaró que «son directamente aplicables en el ordenamiento jurídico de todo Estado miembro las disposiciones del artículo 48 del Tratado y del Reglamento nº 1612/68, y puesto que el Derecho comunitario tiene primacía sobre el Derecho nacional, dichas disposiciones generan en favor de los interesados derechos que las autoridades nacionales deben respetar y salvaguardar, y que, por ello, toda disposición contraria del Derecho interno deviene inaplicable frente a aquéllos». En consecuencia, no podría oponerse ni siquiera una disposición de orden constitucional a un ciudadano comunitario en caso de que aquélla fuere incompatible con el Tratado o con el Derecho comunitario derivado.

III. En este ámbito hay que ser preciso: hay que evitar hacer una amalgama entre los «empleos en organismos públicos que realizan una actividad industrial o comercial» y, por ejemplo, los empleos en entidades públicas locales. No se trata de declarar indiferenciadamente que al denegar a los ciudadanos comunitarios no nacionales el acceso a los empleos en las Administraciones del Estado, de las provincias, de los municipios, así como a las entidades públicas en general o a los «servicios en régimen de gestión directa», un Estado miembro incumple sus obligaciones. Este Tribunal ha orientado sus investigaciones en este sentido al pedir a la Comisión que presente el texto de las ofertas de empleo de que se trata.

De estos textos se desprende que el empleo ofertado por la Société nationale des chemins de fer vicinaux no consistía en un puesto de obrero no cualificado, sino de «ayudante de imprenta en la administración central». A mayor abundamiento, la Comisión ha presentado asimismo un anuncio relativo a la constitución de «reservas de contratación» de la Comission d'assistance publique de Bruselas referida especialmente a «inspectores de obras en construcciones civiles en el Servicio de obras públicas» y a «asistentes sociales», así como una oferta dirigida a la contratación de un subdirector y de profesores en la academia de música del municipio de Bruselas. Sin embargo, estas últimas ofertas no estaban contempladas en el dictamen motivado y deben quedar fuera del debate, puesto que no podemos conformarnos, en este ámbito, con expresiones del tipo de «tales como» o «etc.»

Estos empleos se han visto aún más reducidos durante el procedimiento puesto que, salvo error por mi parte, la Comisión no cuestiona las ofertas relativas a los empleos de arquitectos, inspectores de los servicios generales, enfermeras y puericultoras en el municipio de Bruselas. Durante la vista, el debate se centró en torno a las ofertas de la Société nationale des chemins de fer belges así como a determinados empleos ofertados por el municipio de Bruselas (guardas nocturnos, peones de jardinería, fontaneros) y por el de Auderghem (obrero semi–cualificado y obrero cualificado B: fontanero, carpintero, electricista).

Así pues, nos centraremos en estos tres empleos para llevar a cabo el examen del incumplimiento de que se acusa a Bélgica.

IV. La dificultad principal del presente asunto estriba en que las normas comunitarias «directamente aplicables» son extremadamente concisas.

El apartado 2 del artículo 48 del Tratado, que recoge el principio consagrado en el párrafo primero del artículo 7, declara que la libre circulación «supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los *trabajadores* de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo».

A tenor del apartado 3 (que corresponde al apartado 1 del artículo 56 relativo a los autónomos), esta abolición «sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo [...]»

El apartado 4 precisa que «las disposiciones del presente artículo no serán aplicables *a los* empleos en la Administración Pública».

Quizá no hayamos insistido lo suficiente, hasta el momento, en que la versión alemana de esta última disposición, que también da fe, no habla de los empleos en la Administración Pública, sino del « hecho de ser empleado» por la Administración Pública o de ejercer en ella una actividad (Beschäftigung; véase igualmente el texto del Anexo VII previsto en el artículo 133 del Acta de adhesión, 4): Zulassung zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit). No se trata de un término técnico, sino de un concepto de hecho, distinto de la expresión «ofertas efectivas de empleo» («tatsächlich angebotene *Stellen*), utilizado en la letra a) del apartado 3 del artículo 48.

En todo caso, este apartado 4 no es una reiteración del apartado 3; implica una reserva suplementaria. Por todo ello, nos parece inexacto afirmar, como hace la Comisión, que «sólo contempla [...] en especial (los empleos) que se refieren a la *seguridad interior y exterior* del Estado», puesto que la salvaguardia de la «*seguridad pública*» se halla contemplada en el apartado 3 del artículo 48. En la intención de los autores del Tratado, la exclusión de los

«empleos en la Administración Pública» hacía superfluo recurrir, para esta categoría de empleos, a las «limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas», aunque haya sin duda una cierta relación entre estas dos expresiones.

Aunque el artículo 49 dispone que «a partir de la entrada en vigor del presente Tratado, el Consejo [...], a propuesta de la Comisión [...] y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante Directivas o Reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer progresivamente efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo precedente», no se ha adoptado ninguna norma desde el Reglamento nº 1612/68 de 15 de octubre de 1968, ni desde la Directiva 68/360/CEE del Consejo del mismo día (DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88), 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.

Asimismo, aunque el apartado 2 del artículo 56 prescribe que se adoptarán Directivas para la coordinación de las disposiciones nacionales que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (a tal efecto, se adoptaron la Directiva 64/221/CEE del Consejo de 25 de febrero de 1964 y la Directiva antes citada 68/360), no se ha adoptado ninguna Directiva que se refiera específicamente a la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48.

Tal como exponen los Gobiernos coadyuvantes, se puede legítimamente deducir que no existe disposición alguna en el Tratado que prevea la armonización de las estructuras administrativas nacionales, sin perjuicio de la facultad de la Comisión de hacer uso de las atribuciones que le confiere el Capítulo 3 del Título 1 de la Tercera Parte sobre aproximación de legislaciones (artículos 100 a 102); la excepción del apartado 4 del artículo 48 se refiere, por tanto, a la Administración Pública tal como existe en los distintos Estados miembros. A falta de uniformización en el ámbito de la nacionalidad en el plano comunitario, existen y seguirán existiendo normativas nacionales distintas y legítimas y subsistirá siempre una desigualdad de trato resultante de las diferencias de hecho en un sector no integrado.

Bajo el Título «del acceso al empleo» (Zugang zur Beschäftigung, en alemán), el apartado 1 del artículo 1 del Reglamento nº 1612/68 dispone:

«1) Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad *por cuenta ajena* a ejercerla en el territorio de un Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado.

2) En particular se beneficiará en el territorio de otro Estado miembro de las mismas prioridades que los nacionales de dicho Estado en el acceso a los em-

pleos disponibles (en alemán, Zugang zu den verfügbaren *Stellen*).»

Esta norma de aplicación no es de gran ayuda para la exégesis del apartado 4 del artículo 48, y esto acrecienta el interés –e incluso la necesidad– de la adopción de medidas comunitarias de aplicación de este artículo. Sin embargo, hay que señalar de entrada que es obvio que no cabe, como proponía el Sr. Broeksz el 17 de enero de 1972 en la tribuna del Parlamento Europeo, proceder a una revisión del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, so pretexto de que ¡«este artículo es incompatible con el espíritu del Tratado»! Los Estados miembros probablemente no se prestarían a tal revisión, sino más bien a acentuar aún más el carácter restrictivo de esta disposición. Claro que una cosa es «revisar» este artículo y otra es elaborar normas de aplicación.

Para minimizar en lo posible la cantidad de recursos por incumplimiento y cuestiones prejudiciales presentados necesariamente en orden disperso, debería regularse el problema, en la medida de lo posible, mediante medidas comunitarias de orden general, tras lo cual cada Estado miembro establecería normas tan precisas como fuera posible para delimitar lo que deba entenderse por «empleos en la Administración Pública», a efectos del Tratado.

A mi entender, la función de proposición de la Comisión no se ha agotado en este ámbito, teniendo en cuenta que la libre circulación hubiera debido realizarse por completo mucho antes de 1980. Nada impediría tampoco que el Consejo, aunque por el momento no parezca muy inclinado a hacerlo, solicitara a la Comisión que le transmita una proposición de Reglamento o de Directiva a efectos de la aplicación del apartado 4 del artículo 48.

Es ciertamente lamentable que la Comisión declare que ni siquiera tiene la intención de formular proposiciones en esta materia, so pretexto de que encierra una extrema complejidad a causa del amplio abanico de situaciones muy diversas que cubre el concepto de «empleos en la Administración Pública»: la complejidad es por lo menos tan grande para los tribunales nacionales y para este Tribunal.

Así pues, para dirimir los innumerables litigios que surgen, hay que limitarse a una táctica casuística, cuando lo que se impone, a mi entender, es una solución global.

V. Con el fin de definir de forma positiva el ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48, se habría podido caer en la tentación, en primer lugar, de acudir a criterios relativos a la naturaleza pública o privada de las relaciones de trabajo.

Según la exposición de motivos del proyecto de ratificación del Tratado (documento nº III/3600 del Bundestag, segunda legislatura 1953, p. 25) «el concepto de Administración Pública debe interpretarse en un sentido restrictivo. En ningún caso se entenderá por esta expresión el empleo en los

organismos públicos de carácter industrial y comercial».

El comentario de E. Wohlfahrt, U. Everling, H. J. Glaesener, R. Sprung (1960, p. 160) precisa, a través de la exposición del Sr. U. Everling, que la excepción del apartado 4 del artículo 48 incluye, en la República Federal de Alemania, a los funcionarios, a los empleados y a los obreros y que la Administración Pública engloba a las personas jurídicas de carácter público, en particular los municipios.

En su obra sobre el derecho de establecimiento en el mercado común (Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, 1963, p. 46), M. Everling afirmó: «respecto a los trabajadores y, por tanto, los empleados de la Administración Pública, el límite está claramente marcado: todas las personas ocupadas (alle Beschäftigten) en la Administración Pública quedan excluidas».

Según el comentario de Quadri-Monaco-Trabucchi (vol. I, 1965, p. 391), bajo la rúbrica del profesor Levi Sandri, los términos del apartado 4 del artículo 48 deben ser entendidos no sólo en el sentido de empleos en la Administración directa del Estado, sino también de los que han sido creados por las personas jurídicas de carácter público, que constituyen la «Administración indirecta»: empresas u organismos públicos nacionalizados o «paraestatales», entes locales, territoriales o empresas conexas provincializadas o municipalizadas. A propósito de estas últimas, se dice que «deben estar comprendidas en esta disposición, a pesar de la naturaleza industrial de la actividad ejercida, habida cuenta de que carecen de personalidad jurídica y que la relación de trabajo se efectúa directamente con el organismo público».

En el comentario de J. Mégret, Le Droit de la CEE (vol. III, 1971, p. 6), M.J.V. Louis escribe: «a tenor de una respuesta dada a una cuestión parlamentaria por parte del Ministro belga de Asuntos Exteriores (sesión extraordinaria 1968, Senado, Bull. Quest. et Rép, de 30 de julio de 1968, nº 6, pregunta de M. Bascour de 27 de junio de 1968), la expresión «Administración Pública» implica el poder directamente ejercido por el Estado. Incluye, por tanto, los Ministerios, los organismos paraestatales y las administraciones comunales. Por consiguiente, la excepción del apartado 4 debe interpretarse restrictivamente. Así pues, hay consenso general en afirmar que no abarca las empresas públicas de carácter comercial, industrial o financiero, ni los organismos privados encargados de la gestión de un servicio público. El acceso a la enseñanza pública debe ser regulado aplicando el mismo principio. No obstante, cabe señalar –añade el Ministro– que diversos factores (conocimiento de la lengua, equivalencia de los diplomas) hacen que, de hecho, el acceso a empleos en la enseñanza pública siga habitualmente reservado a las nacionales. Parece, por tanto, añade el comentarista, que el Gobierno belga no excluye, en principio, la aplicación de la libre circulación a determinados agentes del Estado que no son funcionarios que ejercen la autoridad pública».

En Francia, el Consejo de Estado se inspira ampliamente en el concepto de participación más o menos importante en una actividad que implica el uso de las prerrogativas del poder público, por lo menos cuando hay un vínculo contractual (de Robert Lafrégeyre, 26 de enero de 1923, Recueil p. 67).

No obstante, tras mis conclusiones de 5 de diciembre de 1973, este Tribunal dejó de lado claramente, en su sentencia prejudicial de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, antes citada, el enfoque basado en el carácter del organismo empleador o en la naturaleza de la relación de trabajo.

Es preciso recordar el texto de ciertos apartados de esta sentencia (la versión alemana es la que da fe):

«4. Considerando que, habida cuenta del carácter fundamental, en el sistema del Tratado, de los principios de libre circulación y de igualdad de trato de los trabajadores dentro de la Comunidad, las *excepciones* [el texto alemán dice "Ausnahmen", es decir, excepciones] admitidas por el apartado 4 del artículo 48 no pueden tener un alcance que sobrepase la finalidad en aras de la cual se introdujo dicha *norma de excepción* [el texto alemán dice "Bestimmung", es decir, disposición];

que los intereses que ésta permite proteger a los Estados miembros quedan satisfechos con la posibilidad de limitar la admisión [el texto alemán dice "Zugang", acceso] de ciudadanos extranjeros a *determinadas actividades* en la Administración pública;

[...]

5. Considerando que también procede precisar si el alcance de la excepción recogida en el apartado 4 del artículo 48, puede determinarse en función de la calificación del vínculo jurídico existente entre el trabajador y la Administración que lo emplea;

que, como el precepto citado no establece distinción alguna, *carece de interés* determinar si un trabajador *presta sus servicios* [el texto alemán dice "beschäftigt", es decir, (está) ocupado o empleado] como obrero, empleado o funcionario, o incluso *si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado;*

que, en efecto, tales calificaciones jurídicas varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho comunitario.

6. Considerando que, por lo tanto, procede responder a la cuestión planteada que el apartado 4 del artículo 48 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que la excepción prevista por dicho precepto se refiere exclusivamente al acceso a *los empleos en la Administración Pública [Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung] y que, a este respecto, es indiferente* el carácter de la relación jurídica entre el trabajador y la Administración.»

Finalmente, la parte dispositiva de esta sentencia declara (Rec. p. 166), en lo que nos interesa:

«El apartado 4 del artículo 48 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que *la excepción* prevista por dicho precepto se refiere exclusivamente al acceso a *los empleos en la Administración Pública* [Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung] y que, a este respecto, es indiferente el carácter de la relación jurídica entre el trabajador y la Administración [...]»

Si se da a las palabras la importancia que tienen, de todo lo anterior resulta que:

1) el apartado 4 del artículo 48 constituye una excepción o una norma de excepción;

2) los intereses cuya protección justifica esta excepción resultan satisfechos por la posibilidad de restringir la admisión de los extranjeros a «*ciertas actividades* en la Administración Pública» o a «empleos relacionados con la Administración Pública», pero no pueden justificar medidas discriminatorias en materia de retribución o de otras condiciones de trabajo respecto a trabajadores una vez admitidos al servicio de la Administración; la expresión «empleos en la Administración Pública» incluye las condiciones en las que el trabajador, después de su contratación, es empleado desde el inicio hasta el final de su carrera como trabajador por cuenta ajena;

3) poco importa al respecto que el vínculo de empleo sea de Derecho público o privado. El hecho de que, en ciertos Estados miembros, los litigios relativos a los empleos de que se trata puedan ser de la competencia de la jurisdicción administrativa no modifica la inoponibilidad del apartado 4 del artículo 48 si los requisitos de aplicación de esta disposición no se satisfacen.

Parece que tampoco se puede encontrar el criterio en la naturaleza –económica o no– del objetivo perseguido. Ciertamente, tal como subraya el Gobierno alemán, no se prevé el beneficio del derecho de establecimiento para las asociaciones como tales, a pesar de que el artículo 58 las asimila a las personas físicas, y se exceptúan las sociedades no lucrativas. Sin embargo, estas mismas sociedades pueden ser empleadoras y necesitar trabajadores. Tal era el caso de la Iglesia de la Cienciología en la sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, ↔ Rec. p. 1337).

En consecuencia, contrariamente a lo que sostienen los Estados miembros que han participado en el presente procedimiento, no necesariamente debe entenderse comprendido en la Administración Pública todo empleo reconocido como tal por el Estado miembro interesado, independientemente del contenido de las actividades ejercidas en el marco de este empleo. La determinación del contenido y el alcance de esta reserva no pueden ser de la exclusiva incumbencia de los Estados miembros, sin control por parte de las Instituciones comunitarias, y en parti-

cular por parte de este Tribunal. Si se abandona a los Estados el derecho de delimitar *soberanamente* el ámbito de la Administración Pública, equivale, a mi entender, a dar a las obligaciones que para ellos derivan del principio de la libre circulación, es decir, una de las libertades fundamentales previstas por el Tratado, un alcance muy distinto entre un Estado y otro.

En este sentido, el concepto de «empleos en la Administración Pública» puede asimilarse al de «orden público», sobre el que este Tribunal se pronunció, mediante sentencia de 28 de octubre de 1975, Rutili (36/75, Rec. p. 1219), en los siguientes términos:

«27. No obstante, en el contexto comunitario y, especialmente, como justificación de una excepción a los principios fundamentales de igualdad de trato y de libre circulación de los trabajadores, dicho concepto ha de ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control por parte de las Instituciones de la Comunidad.»

Además, aunque no se halle previsto que las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (apartado 3 del artículo 48) y que la excepción del apartado 4 del artículo 48, no «deberán constituir un medio de discriminación arbitraria», tal como prevé el artículo 36 en materia de libre circulación de mercancías, «este concepto no podría desviarse de su función propia por el hecho de que se invoquen fines económicos o de que cause perjuicio al ejercicio de los derechos sindicales», lo que por otra parte confirma el artículo 8 del Reglamento nº 1612/68 [en la versión del Reglamento (CEE) nº 312/76 del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (DO L 39, p. 2; EE 05/02, p. 69)]:

«1. El trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro se beneficiará de la igualdad de trato en relación con la afiliación a organizaciones sindicales y el ejercicio de los derechos sindicales, incluyendo el derecho de voto y el acceso a los puestos de administración o de dirección de una organización sindical; podrá ser excluido de participar en la gestión de organismos de Derecho público y del ejercicio de una función de Derecho público. Además, se beneficiará del derecho de eligibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa.»

Finalmente, el perjuicio causado, en virtud del apartado 4 del artículo 48, a los derechos garantizados por el artículo 48, no puede desbordar el marco de lo necesario para el buen funcionamiento de la Administración Pública «en una sociedad democrática»(apartado 32 de la sentencia Rutili, antes citada).

La aplicación del apartado 4 del artículo 48 no se opera por el simple hecho de estar empleado en la Administración Pública: tan sólo se contempla en esta disposición el acceso a *ciertos* empleos comprendidos en la Administración Pública o a *ciertas* actividades en la Administración Pública.

Pienso, en lo que a este aspecto se refiere, que la redacción de la sentencia Sotgiu, antes citada, se halla impregnada de las disposiciones del párrafo primero del artículo 55:

«Las disposiciones del presente Capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las *actividades* [Tätigkeiten en alemán] que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.»

En el origen de esta disposición se encuentra una propuesta francesa de 3 de enero de 1957 del siguiente tenor literal:

«Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las actividades que puedan implicar el ejercicio, aunque sea ocasional, de una función o de un cargo público, o las que sean inherentes a la ejecución de un servicio público así como a las asociaciones no lucrativas públicas o privadas, que quedarán sometidas a las legislaciones nacionales.»

El Comité de los jefes de delegación se puso luego de acuerdo para exceptuar de la aplicación del derecho de establecimiento «las actividades ejercidas por los funcionarios del Estado y por los poderes públicos a él subordinados así como las de los abogados y las personas que desempeñan un cargo público».

¿Cabe acaso la posibilidad, para acercarnos más a lo que deba entenderse por «empleos en la Administración Pública» en el sentido del apartado 4 del artículo 48, de acudir pura y simplemente a esta disposición del párrafo primero del artículo 55?

Estas dos disposiciones no tienen el mismo ámbito de aplicación, aunque presenten una cierta analogía. El capítulo (Los trabajadores) en que se encuentra el artículo 48 atañe exclusivamente a las actividades *por cuenta ajena*, mientras que el capítulo (Derecho de establecimiento) en que figura el artículo 55 atañe tan sólo a las actividades por cuenta propia.

La Comisión afirma que la única finalidad que los Estados pueden perseguir legítimamente es la de reservar a sus nacionales las funciones cuya naturaleza implique que sus titulares participan en el ejercicio de la autoridad pública. Sin embargo, en sus observaciones en la sentencia Sotgiu, antes citada, exponía que tal interpretación no tendría en cuenta las diferencias, aparentemente intencionadas, que existen entre estas dos disposiciones; ignoraría, por otro lado, el hecho de que el artículo 55 se refiere a las funciones públicas accesorias ejercidas por autónomos o por titulares de profesiones liberales; es decir, personas que ejercen tales funciones solamente de forma ocasional y en un ámbito generalmente bien delimitado, mientras que el apartado 4 del artículo 48 se refiere a personas que ocupan a tiempo completo un empleo en la Administración Pública.

La Comisión reconoce por otra parte que el apartado 4 del artículo 48 es menos restrictivo que el párrafo primero del artículo 55. Un trabajador por cuenta propia puede no ocupar un empleo en la Administración Pública, participando sin embargo en el ejercicio de la autoridad pública; un trabajador puede ocupar dicho empleo sin que ello implique necesariamente el ejercicio de tales poderes. Contrariamente, incluso un trabajador por cuenta ajena contratado por una persona o un organismo privados, encargados de una misión o servicio público o asociados a tal servicio, podrá ser considerado, llegado el caso, habida cuenta de la naturaleza de esta misión o de este servicio, como «empleado en la Administración Pública».

Sin embargo, la naturaleza pública de la retribución no basta para calificar un empleo como «empleo en la Administración Pública».

También sucede que, en ciertos servicios industriales explotados en régimen directo, el Estado emplea a obreros retribuidos en consonancia con los salarios abonados en la misma rama industrial del sector privado. Es lo que se denomina, en Francia por ejemplo, el «personal civil de los establecimientos militares» o el «personal obrero de los arsenales y establecimientos de la marina». En estos sectores, el poder público se halla en una situación o bien de competencia, o bien de monopolio en relación con las empresas privadas. No obstante, en este caso, el apartado 3 del artículo 48 podrá ser aplicado.

Sin querer caer en lo que el Abogado General Sr. Warner, en sus conclusiones de 10 de julio de 1980 en el asunto en el que recayó la sentencia de 5 de febrero de 1981, P./Comisión (40/79, Rec. p. 361), denominó «legislación jurisdiccional», me atengo a los siguientes criterios:

1) de modo positivo, a efectos del apartado 4 del artículo 48, lo que importa es la *naturaleza* administrativa de la actividad realmente ejercida; así, una actividad en un establecimiento público que gestione un servicio administrativo se halla comprendida en el apartado 4 del artículo 48;

2) la excepción del apartado 4 del artículo 48 cubre en todo caso los empleos que se hallan en relación directa o indirecta con el ejercicio –aunque sea simplemente ocasional– de prerrogativas del poder público que superen el ámbito del derecho común;

3) de modo negativo, la mera participación, aunque sea directa, en la gestión o en la ejecución de un servicio público no es suficiente para excluir un empleo del ámbito de aplicación normal de los artículos 48 a 51. Corresponden a tales artículos los empleos en los servicios públicos de carácter industrial y comercial, aunque se confíen a establecimientos públicos nacionalizados.

Queda la objeción planteada por los Gobiernos coadyuvantes, derivada de la dificultad

de conciliar, en la tesis de la Comisión, el acceso de extranjeros a un empleo «en la Administración Pública» con su exclusión –legítima– de los puestos superiores de la jerarquía; por una parte, la posibilidad de promoción a tales puestos proviene del «principio de la carrera», consagrado en varios Estados miembros, por otra parte el ejercicio de responsabilidades inherentes a estos puestos justifica claramente la aplicación de la reserva del apartado 4 del artículo 48.

Me parece que se puede responder a este argumento de peso proponiendo distinguir según se trate de la entrada en una carrera que implique *normalmente* el acceso a un puesto de autoridad: en este caso, la exclusión estaría justificada *a limine*. En efecto, el apartado 4 del artículo 48 no significa que el acceso a los empleos «en la Administración Pública», sean cuales sean, escapa a la prohibición de toda discriminación practicada por razón de la nacionalidad, establecida en el artículo 7. El párrafo segundo de este último artículo permite al Consejo establecer «la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».Tal como se halla previsto en el segundo párrafo del artículo 55, esta disposición habilita a esta Institución a «legislar» en la materia velando por conciliar la igualdad de acceso a los puestos de que se trata y la salvaguardia de los derechos soberanos de los Estados miembros. De este modo, las distinciones necesarias se pueden establecer, a mi entender, según los criterios propuestos, con lo cual los agentes que ocupan, incluso en la Administración Pública, empleos de «trabajadores,» se hallarían sometidos al apartado 4 del artículo 48 mediante una simple referencia a esta disposición contenida en la normativa adoptada conforme al artículo 7.

Para terminar, no me parece que ninguno de los empleos a que se refieren la ofertas denunciadas en definitiva por la Comisión implique tales perspectivas de carrera. No puede pensarse que un ferroviario, tendedor de vías, por ejemplo, aunque sea funcionario, tenga posibilidades de llegar a ser Director general.

VI. La aplicación de estos criterios a las ofertas de empleo de la Société nationale des chemins de fer belges lleva a considerar que el requisito de nacionalidad exigido en ellas es contrario al Tratado.

Lo es, por lo demás, en virtud de la sentencia de este Tribunal, de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia, antes citada. En efecto, en el apartado 33, el Tribunal de Justicia declaró que «la aplicación de los artículos 48 a 51 al ámbito de los transportes [...] [y por tanto a los transportes por vía férrea], constituye para los Estados miembros una obligación».

Esta afirmación no queda invalidada por el hecho de que una vez admitidos a estos empleos los nacionales de los Estados miembros puedan ser elegidos para puestos de administración o de dirección de una organización sindical (apartado 1 del artículo 8 del Reglamento nº 1612/68) y que dicha elegibilidad entrañe la posibilidad de participar en la dirección de las empresas, al

menos según la legislación vigente en ciertos Estados miembros.

Asimismo, aunque en ciertos Estados miembros los ferroviarios sean funcionarios y se les pueda, de pleno derecho, llamar a filas en caso de guerra o de amenaza de guerra, los empleos por cuenta ajena en este modo de transporte no se hallan incluidos en la excepción del apartado 4 del artículo 48.

A pesar del carácter público del servicio prestado por una empresa a la que un municipio le ha encargado, en virtud de un contrato privado, la recogida de basuras mediante sus propios camiones, este Tribunal negó (sentencia de 6 de diciembre de 1979, Nehlsen, 47/79,↔ Rec. p. 3639) que se pudiera considerar que tales vehículos eran utilizados por otras autoridades públicas para servicios públicos, declarando que no competían con los transportistas profesionales.

Sin embargo, para evitar que la admisión de los nacionales de otros Estados miembros vaya acompañada de una «rebaja del estatuto» o de una degradación de las condiciones de retribución de los nacionales, el Tribunal de Justicia añadió (apartado 45 de la sentencia Comisión/Francia, antes citada) «que el carácter absoluto de esta prohibición [del apartado 2 del artículo 48] tiene por efecto, no solamente el de permitir en cada Estado a los nacionales de otros Estados miembros un acceso igualitario al empleo, sino también, conforme a la finalidad contemplada por el artículo 117 del Tratado, garantizar a los nacionales que no sufrirán las consecuencias desfavorables que podrían resultar de la oferta o de la aceptación, por nacionales de otros Estados miembros, de condiciones de empleo o de retribución menos ventajosas que las que están en vigor en el Derecho nacional, *por estar prohibidas tal oferta o tal aceptación*».

Por lo que respecta a los empleos ofertados por los municipios de Bruselas y de Audergherm, que constituyen el objeto del litigio, no se diferencian en nada de los empleos en empresas o establecimientos que ejercen una actividad industrial y comercial.

Sin embargo, al tratarse de administraciones municipales, hay que tener en cuenta una sentencia más reciente dictada con carácter prejudicial por la Sala Segunda el 8 de marzo de 1979, Lohmann (129/78,↔ Rec. p. 853), cuyas conclusiones fueron presentadas por el Abogado General Sr. Capotorti.

Se discutía, en el litigio principal, sobre un antiguo funcionario municipal o asimilado en Holanda.

A propósito del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 (DO L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98), relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, según el cual este Reglamento «no se aplicará ni a la asistencia social y médica, ni a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de la guerra o de sus consecuencias, *ni a los regímenes especiales de los funcionarios o del personal asimilado*», el

Tribunal de Justicia declaró (sentencia Cohmann, antes citada, apartado 3, Rec. p. 860) que «esta exclusión no es más que la consecuencia lógica del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, que excluye "los empleos en la Administración Pública" de la aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad».

Esta jurisprudencia podría poner en tela de juicio la jurisprudencia sentada en la sentencia Sotgiu, antes citada, en la medida en que ésta excluía cualquier referencia al carácter jurídico del vínculo de empleo o a la naturaleza del empleador. En la medida en que los empleos de que se trata en las ofertas de controversia estén sujetos a un régimen especial de Seguridad Social que no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1408/71, habría que deducir lógicamente que se trata de «empleos en la Administración Pública» en el sentido del apartado 4 del artículo 48.

No obstante, el Agente del Reino de Bélgica no ha probado ni tan sólo se ha ofrecido a probar que los empleos de que se trata se hallan sujetos a un régimen especial en el sentido del apartado 4 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71. Por tanto, no invirtió, pese a que le correspondía hacerlo, la presunción del carácter no administrativo de los empleos de que se trata.

De hecho, se podría exigir a los candidatos a los empleos municipales que disfruten de sus derechos *cívicos* (derecho de sufragio activo y pasivo), tal como hace el apartado 2 del artículo 2 de la Ley francesa de 28 de abril de 1952, por cuanto pueden llegar a participar, en el marco de estos empleos, en la gestión de organismos públicos y en el ejercicio de una función pública.

Sin embargo, los ciudadanos comunitarios que no son nacionales carecen en principio de estos derechos, de tal modo que el requisito del disfrute de los derechos cívicos restringiría el alcance del acceso a tales empleos. No obstante, las ofertas objeto del litigio no establecen ninguna exigencia en este sentido, ni siquiera la posesión de un «certificado de buena conducta, vida y costumbres».

Propongo que este Tribunal reconozca que al permitir imponer la nacionalidad belga como requisito de contratación en los siguientes empleos:

– obreros no cualificados, aprendices de maquinista, guardagujas en la SNCB, vigilantes nocturnos, peones de jardinería, fontaneros en el municipio de Bruselas,

– obrero semi-cualificado y obrero cualificado B en el municipio de Auderghem,

el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE y del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo.

Propongo también que se condene en costas al Reino de Bélgica.