y se benefician, una vez contratados, de ventajas y garantías en todo equivalentes a aquéllas que disfrutan los nacionales como agentes titulares, salvo en lo relativo a la posibilidad de acceder a empleos que pertenecen al ámbito de la administración pública, en el sentido del artículo 48, apartado 4.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. G. FEDERICO MANCINI

presentadas el 15 de abril de 1986 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Este Tribunal debe pronunciarse sobre un recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa al amparo del artículo 169 del Tratado CEE. A la parte demandada se le imputa el exigir la nacionalidad francesa como requisito para el nombramiento y la titularización en empleos permanentes de enfermero en hospitales públicos y el violar, por lo tanto, el artículo 48 del Tratado.

Resumamos los hechos. A tenor del artículo L 809 del Código francés de la salud pública, que figura en el Libro IX cuyo encabezamiento es «Statut général du personnel des établissements d'hospitalisation publics et de certains établissements à caractère social», «nul ne peut être nommé à un emploi [...]: 1) s'il ne possède la nationalité française [...]». El precepto se limita a aplicar en el ámbito sanitario un requisito ya previsto por el artículo 16 del Estatuto general de la función pública (decreto nº 59/244, de 4 de febrero de 1959) y recogido hoy en el artículo 5 de la Ley nº 83/634, de 13 de julio de 1983, relativa a los derechos y deberes de los funcionarios públicos.

Convencida la Comisión de que dicho requisito infringía el apartado 1 del artículo 48 y de que no estaba justificado por la excepción prevista en el apartado 4, inició mediante carta de fecha 1 de diciembre de 1982 el procedimiento de comprobación de incumplimiento. Al no recibir respuesta del Gobierno de París, la Comisión emitió el 23 de marzo de 1984 el preceptivo dictamen motivado, en el que dicha institución hacía constar que Francia había incumplido las obligaciones impuestas por el Tratado en materia de libre circulación de trabajadores al exigir la nacionalidad francesa para el nombramiento y la titularización en empleos permanentes de enfermero en los hospitales públicos y otros centros de carácter social.

* Traducido del italiano.

Conviene añadir que, de acuerdo con el dictamen, la normativa relativa a los requisitos para el nombramiento y la titularización en empleos de dentista en hospitales públicos también incumplía el Tratado CEE. Pero puesto que Francia modificó esta regulación con el Decreto nº 84-131, de 24 de febrero de 1984, del que tuvo conocimiento la Comisión con retraso, como ella misma ha admitido, esta imputación carece ya de objeto.

El Gobierno francés tampoco respetó el dictamen motivado; por lo que la Comisión pasó a la acción y el 18 de diciembre de 1984 sometió el asunto al Tribunal de Justicia a tenor de lo previsto en el artículo 169, párrafo 2, del Tratado.

2. Como ya he dicho, la tarea del Tribunal es establecer si los empleos de enfermero en hospitales públicos encajan dentro de lo previsto en el artículo 48, apartado 4, según el cual, el principio de la libre circulación de trabajadores no se aplica a los «empleos en la administración pública». El problema no es nuevo. A casos análogos al de autos ha dedicado este Tribunal las sentencias de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, Sotgiu contra Deutsche Bundespost (Rec. 1974, p. 153), de 17 de diciembre de 1980 (interlocutoria) y de 26 de mayo de 1982 (definitiva), asunto 149/79, Comisión contra Reino de Bélgica (Rec. 1980, p. 3881, y Rec. 1982, p. 1845). La parte actora en el primer litigio era un trabajador italiano contratado por la Administración alemana de correos al que se le había denegado por su condición de extranjero una indemnización prevista para los ciudadanos alemanes; por el contrario, el segundo litigio giraba en torno a algunas ofertas de empleo sometidas al requisito de nacionalidad, en organismos o entes públicos belgas (la ciudad de Bruselas, el municipio de Auderghem, la Société nationale des chemins de fer vicinaux y la Société nationale des chemins de fer belges).

La analogía es aún mayor: una de las ofertas belgas tenía por objeto un empleo —enfermero de guarderías— prácticamente igual al contemplado en el caso de autos. El Tribunal tras desestimar las alegaciones del Gobierno de Bruselas y de los tres Estados —Alemania, Gran Bretaña y Francia— que intervinieron en apoyo de Bélgica, consideró que dicho empleo quedaba excluido de la aplicación de la ya citada norma. Pues bien, en el caso de autos el Gobierno francés ha recurrido a los mismos argumentos y los ha repetido literalmente. Ha llegado incluso a callar —y nosotros hace sólo tres días que tuvimos conocimiento de ello— que la norma objeto del litigio ha sido derogada por el artículo 133 de la Ley nº 86-33, de 9 de enero de 1986 (DO de 11 de enero de 1986, p. 547); es decir, veinte días antes de que tuviese lugar la vista. En tales condiciones podría terminar rápidamente mi trabajo invitando al Tribunal a confirmar *tout court* lo ya fallado en 1982.

Prefiero, sin embargo, obrar de otra manera, y no sólo porque Francia solicita de este Tribunal que modifique su jurisprudencia en esta cuestión. El hecho es que las sen-

tencias a que he aludido suscitaron duras críticas por parte de la doctrina, y, lo que es más importante, no han sido «asimiladas» por numerosos gobiernos. Tales reticencias no resultan sorprendentes si se considera hasta qué punto está arraigada la opinión de que la soberanía del Estado se manifiesta en su plenitud en el empleo público y cuán extendida está la tendencia, en épocas de abundante paro, a ver en aquél una cómoda reserva de puestos de trabajo. Tales reticencias son, sin embargo, inquietantes y deben atajarse antes de que se multipliquen procesos semejantes a éste (están pendientes de juicio ante el Tribunal los asuntos 66/85, Deborah Lawrie-Blum contra Land Baden-Württemberg, y 75/86, Comisión contra Bélgica). Aprovecharé, entonces, la ocasión para revisar el tema que nos ocupa dándole, como diría Montaigne, «une poincte non pas le plus largement, mais le plus profondement que je sçay».

3. El Gobierno francés adopta, como ya lo hiciera en el asunto 149/79, una interpretación «orgánica» o «institucional» de los términos «administración pública» (artículo 48, apartado 4) que excluye del ámbito de aplicación del principio de libre circulación todo tipo de empleos, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad en que se exterioriza. Seis argumentos apoyan esta lectura:

1) El tenor literal del precepto, que sólo habla de «administración pública», sin distinguir entre sectores y sectores o entre funciones y funciones.

2) Una serie de datos sistemáticos. En concreto:

   a) varios preceptos y, en particular, los artículos 36, 37, 48, apartado 3, 55, 122 y 223 demuestran que los autores del Tratado CEE tuvieron presente la función característica del Estado al reservarle la tutela y el fomento del interés general;

   b) el precepto de que se trata no hace referencia al concepto de «relación con el ejercicio del poder público» que figura en el artículo 55, de lo que se deduce que su alcance es más amplio;

   c) mientras que en el apartado 3 del artículo 48 el principio de la libre circulación es objeto de una excepción «parcial» (motivos de orden público, de seguridad y salud pública), el apartado 4 prevé una exclusión «global».

3) Las sentencias dictadas por este Tribunal en materia de igualdad, a cuyo tenor situaciones diferentes exigen tratamiento diferente. Ahora bien, la situación del ciudadano francés es por definición, distinta de la de otros ciudadanos comunitarios por lo que respecta a su pretensión de servir como funcionario a la colectividad a la que pertenece.

4) Las exigencias que plantea el funcionamiento de la administración, cuyo fin es velar por el interés general. A sus funcionarios se les confiere, pues, una misión que, al llevar implícito el ejercicio de la autoridad pública y al exigir una lealtad particular, se sitúa *toto coelo* muy lejos de la propia de los trabajadores del sector privado.

5) El principio de la carrera, que exige la posibilidad para todos los funcionarios de ascender hasta los grados más elevados. Puesto que, de cualquier manera, los ciudadanos de los otros Estados miembros se verían excluidos de tales puestos, equipararles a los ciudadanos

franceses significaría tanto como violar, en su contra, el principio de igualdad;

6) El derecho al trabajo proclamado por el artículo 48. Francia no viola este principio al impedir a los ciudadanos comunitarios el acceso como titulares a determinados empleos; su ordenamiento jurídico les permite, en efecto, ocupar tales puestos mediante una relación de carácter contractual.

Para concluir, el Gobierno francés se declara dispuesto a apreciar en el marco del Consejo una eventual propuesta de definición comunitaria de la noción de «empleos en la administración pública». Sin embargo, en el actual estado de desarrollo de nuestro Derecho, el Gobierno francés está convencido —o así afirma estarlo— de que tal definición es competencia de los Estados miembros.

4. Ya he dicho que los motivos que acabo de exponer coinciden punto por punto con los ya alegados en el asunto 149/79 y que este Tribunal desestimó en la correspondiente sentencia. ¿Fidelidad a un patrimonio de ideas plurisecular, o, más sencillamente, dificultad para alegar ante el Tribunal de Justicia una nueva y más sólida línea argumental? Dejo al Tribunal la respuesta para centrarme en el análisis del acervo jurisprudencial en materia de exclusión del acceso a empleos públicos. Sus fundamentos pueden resumirse de la siguiente manera: 1) el apartado 4 del artículo 48 es de interpretación restrictiva; 2) el concepto de «empleos en la administración pública» posee carácter comunitario y 3) ha de ser valorado desde un punto de vista funcional; 4) en cualquier caso, es determinante comprobar si la actividad objeto de litigio implica «ejercicio de poderes públicos y la tutela de los intereses generales del Estado y de las colectividades públicas».

La primera afirmación responde a un principio reconocido por todos los ordenamientos, por lo que no merece la pena profundizar en ella. Hago constar, de todas formas, que en la jurisprudencia de este Tribunal dicha afirmación ha ido matizándose y adquiriendo cada vez más rigor. De esta manera, en la sentencia Sotgiu observó el Tribunal que, teniendo presente el «carácter fundamental» de los principios de libre circulación e igualdad de trato, «no puede atribuirse [...] a las excepciones del apartado 4 [...] un alcance más amplio que el necesario para lograr los fines específicos en virtud de los cuales se previeron tales excepciones» (apartado 4); en el mismo sentido, y por lo que respecta al artículo 55, párrafo 1, la sentencia de 21 de junio de 1974, asunto 2/74, Reyners (Rec. 1974, p. 631, apartado 43); pero con esta fórmula el Tribunal sólo garantizó a los extranjeros un derecho genérico a ser admitidos «en determinados sectores y para determinadas actividades de la administración pública» *(ibidem)*. En las sentencias del 80 y del 82, por el contrario, es evidente la intención de reducir el alcance de la excepción a los casos, y sólo a éstos, en los que la aplicación del principio de libre circulación colocaría al Estado en situaciones intolerables. En definitiva, hoy ya no es posible dudar —con las consecuencias que de ello puedan desprenderse en el plano hermenéutico— de que la libertad sea la regla y que la norma relativa a los empleos públicos sea la excepción.

Poco hay que decir respecto al segundo punto. Al mismo tiempo que admitía la tesis defendida por el Abogado General Sr. Mayras en sus brillantes conclusiones en el asunto Sotgiu (el concepto contemplado en el apartado 4 —dijo el Sr. Mayras— «debe encontrar una definición comunitaria, autónoma, impermeable a criterios nacionales variables que dependan de la configuración dada por cada Estado tanto a sus propias funciones como a la estructura de los órganos encargados de llevarlas a cabo» (Rec.

1974, p. 170), el Tribunal estimó que: a) «[...] la noción de administración pública [...] debe recibir una interpretación uniforme en toda la Comunidad»; b) su definición [...] no puede dejarse a la total discreción de los Estados [...]»; c) «debe evitarse [...] que el efecto útil y el alcance de los preceptos del Tratado relativos a la libre circulación [...] y a la igualdad de trato entre los ciudadanos de todos los Estados miembros queden limitados por interpretaciones de la noción de administración pública exclusivamente derivadas del Derecho nacional que impidan la aplicación de la normativa comunitaria» (sentencia de 17 de diciembre de 1980, apartados 12, 18 y 19).

Me parece que son afirmaciones claras. Al formularlas, el Tribunal no ha puesto en duda que el empleo en la administración pública sea una materia que deba regularse por los ordenamientos de cada uno de los Estados miembros; el Tribunal tan sólo señala que al definir las distintas nociones es preciso tener presente las exigencias propias del Derecho comunitario. Es obvio que de permitir a los propios Estados interpretar el precepto de que se trata, las obligaciones que pesan sobre ellos en virtud del principio de la libre circulación tendrían un alcance distinto en cada Estado, lo que privaría al Tratado de una buena parte de su efecto útil (en el mismo sentido véase, por lo que respecta al artículo 55, párrafo 1, la citada sentencia Reyners, apartado 50).

5. Analicemos ahora los problemas planteados por los dos últimos puntos; es decir, el contraste, sin duda fundamental, entre «organicismo» y «funcionalismo» en la definición de nuestro concepto. Como sabemos, en el asunto 149/79, Francia, y con ella Bélgica, la República Federal y el Reino Unido, aceptaron como propia la primera concepción. Sin embargo, el Tribunal, siguiendo también en este caso la opinión del Abogado General Sr. Mayras, eligió la alternativa contraria. El artículo 48, apartado 4 —afirmó el Tribunal— sustrae del ámbito de la libre circulación «un conjunto de empleos que implican la participación, directa o indirecta, en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Tales empleos presuponen, por parte de sus titulares, efectivamente, la existencia de una relación [...] de solidaridad respecto del Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que contribuyen al fundamento del vínculo de la nacionalidad» (sentencia de 17 de diciembre de 1980, apartado 10).

En definitiva, el criterio con arreglo al cual se debe apreciar la naturaleza del empleo objeto del litigio es de tipo *material*: atiende a las «funciones» que conforman el puesto para desplazar más allá de la frontera de la libertad de circulación únicamente aquéllas que implican el ejercicio del poder público *y* (no «o»: ambos requisitos deben cumplirse) que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de los otros organismos menores. Me parece que este criterio encuentra una base sólida en el propio Tratado y, especialmente, en el artículo 55, en el que se habla de «actividades que [...] estén relacionadas, aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio del poder público». Como ya hemos visto, Francia no participa de esta opinión y, a su vez, considera que el hecho de que en el apartado 4 del artículo 48 no figuran tales términos muestra la mayor amplitud de la excepción

en él prevista. Pero el argumento es débil. Como ya puso de manifiesto la Comisión en el asunto 149/79, la distinta redacción de ambos preceptos se explica por la diferencia que existe entre los supuestos en ellos contemplados: por una parte, los trabajadores por cuenta ajena que pueden desplazarse para ocupar empleos en la administración a los que es inherente el ejercicio de estos poderes; y, por otra, los trabajadores por cuenta propia que se establecen en el extrajero para ejercer una profesión necesariamente privada, pero que puede implicar un ejercicio análogo.

No puede negarse, pues, que el criterio funcional sea válido. Pero, ¿cómo utilizarlo en la práctica? El problema no es irrelevante y las dificultades con que topan las tentativas de resolverlo confieren una apariencia de racionalidad a la propuesta francesa de una intervención legislativa que «desarrolle» el apartado 4 del artículo 48. Sin embargo, esta propuesta me suscita muchas dudas, independientemente del riesgo de que con ella se intente restringir el derecho de circulación y dejar sin efecto el «acervo» jurisprudencial. El mayor peligro de la intervención propuesta es otro: el de congelar un proceso que, yendo unido al fin de la unidad política al que tiende la integración de los Estados y de los pueblos europeos, debe poder desenvolverse con un mínimo de obstáculos. Resulta obvio que, en efecto, la garantía de una total libertad de movimiento supondría la remoción de los obstáculos derivados de la existencia de varias nacionalidades y conduciría a la existencia de una ciudadanía comunitaria no ya metafórica, como aún es el caso en las sentencias de este Tribunal, sino real.

Por otra parte, las dificultades a las que acabo de hacer referencia encuentran en los trabajos del Tribunal algo más que una respuesta útil. Así es, en primer lugar, por lo que respecta al objeto y a los límites de la investigación para esclarecer si el empleo objeto del litigio queda dentro del ámbito de aplicación de la excepción. En el asunto Sotgiu, por ejemplo, se consideró que dicha investigación no podía depender de criterios como la naturaleza jurídica de la relación entre la administración y el trabajador a su servicio o la categoría a la que este último pertenece: puesto que la normativa de que se trata no preveía ninguna diferencia —puede verse concretamente en el apartado 5—, ello «priva de interés a la cuestión de si un trabajador posee la calificación de obrero, empleado privado o empleado público y de si su relación de dependencia se regula por el Derecho público o por el Derecho privado» (en sentido contrario —pero se trata de un *obiter dictum* que tiene la apariencia de *lapsus calami*— véase la sentencia de 8 de mayo de 1979, asunto 129/78, Bestuur Sociale Verzekeringsbank de Amsterdam contra Lohmann (Rec. 1979, p. 853), en donde el precepto del Reglamento 1408/71, regulador de la seguridad social de los trabajadores migrantes, que excluye los regímenes especiales de los empleados públicos y del personal asimilado, se explica como una «consecuencia lógica del artículo 48, apartado 1»).

Lo mismo puede decirse de la noción de «ejercicio de los poderes públicos». El Tribunal de Justicia ha preferido —debido quizás a las preocupaciones a las que acabo de aludir— no fijar sus términos en abstracto. Una serie de alusiones y, naturalmente, el fallo de las sentencias de 17 de diciembre de 1980 y de 26 de mayo de 1982 demuestran que, sin embargo, el Tribunal acepta como propia la definición que de la noción de que se trata ha dado el Abogado General Sr. Mayras, para quien aquéllos poderes son «la encarnación de la soberanía del Estado y como tales confieren a quienes los ostentan la facultad de ejercitar prerrogativas que so-

brepasan el ámbito del Derecho común, privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos» (conclusiones en el asunto Reyners, Rec. 1974, p. 665). En definitiva, para ser inaccesibles al ciudadano de otro Estado miembro, no basta que las funciones que conformen el empleo litigioso persigan de modo directo fines de carácter público, con influencia en la conducta y la actuación de los individuos. Las funciones de que se trata deben vestir el uniforme: metáforas aparte, deben traducirse en actos de voluntad que obliguen a los particulares, en el sentido de que se pueda exigir su obediencia o, si no se obedeciera, forzarles a conformarse a ellos. Enumerar tales funciones —teniendo en cuenta, entre otras cosas, la segunda condición exigida por el Tribunal (la tutela del interés general)— es prácticamente imposible; pero, desde luego, los primeros ejemplos que vienen a la mente son los empleos que se refieren a la potestad de policía, de defensa del Estado, de jurisdicción y de control fiscal.

6. Muchas otras cosas podrían decirse sobre este tema crucial. Sin embargo, las observaciones que he hecho bastan para remover la piedra angular del castillo defensivo francés. Aún quedan en pie, es cierto, los argumentos que Francia extrae bien de la posibilidad de que los extranjeros entren en la administración pública mediante contratos laborales bien del principio de la carrera administrativa; y si la contradicción del primero con el principio de la igualdad de trato es hasta tal punto evidente que no vale la pena detenerse en él, el segundo, sin embargo, merece algunas alusiones a la jurisprudencia dictada por este Tribunal.

Ya hemos visto en qué consiste el argumento de que se trata. Según el Gobierno de París, permitir que un extranjero inicie sus servicios en un empleo permanente como titular con expectativas de promoción dentro de la carrera administrativa y negarle después el ascenso a un puesto superior con el pretexto de que éste implica el ejercicio de poderes públicos, acabaría, en nombre del principio de la libertad de circulación y del principio de igualdad, por provocar una disparidad de trato. La operación es por lo tanto un despropósito y más vale renunciar a ella de antemano.

No puede negarse que la tesis es sugestiva. El propio Abogado General Sr Mayras intentó, de hecho, adaptarla a su línea argumental al proponer que se considerase «en principio justificada» la exclusión de extranjeros de «la entrada en una carrera que implique [...] el acceso a un puesto de responsabilidad» (conclusiones en el asunto 149/79, Rec. 1980, p. 3917). El Tribunal rechazó, no obstante, esta sugerencia después de un equilibrado análisis de las ventajas e inconvenientes que llevan consigo las interpretaciones opuestas. No hay duda de que, efectivamente, una interpretación amplia del artículo 48, apartado 4, permite tratos discriminatorios en materia de ascenso a determinados empleos. Aún así, estos tratos discriminatorios serían menos intolerables que el resultado al que conduciría la opinión del Abogado General y, aún más, la del Gobierno francés; es decir, una restricción en el ámbito de los derechos reconocidos a los ciudadanos comunitarios «que va más allá de lo necesario para garantizar la observancia de los fines perseguidos» por nuestro precepto (sentencia de 17 de diciembre de 1980, apartado 22). Es preciso decir que, al poner en práctica estas discriminaciones, por otra parte inevitables, deberán observarse los principios fundamentales del Derecho comunitario; y, en particular, el principio de proporcionalidad exigirá que tales discriminaciones se mantengan dentro de los límites

impuestos por la necesidad de salvaguardar los intereses generales del Estado.

Procede añadir que las discriminaciones de que se trata son las únicas cuya existencia puede admitirse. En la sentencia Sotgiu, en efecto, el Tribunal de Justicia afirma que la excepción del apartado 4 se aplica sólo al momento de acceder al empleo (y por acceso al empleo deberemos entender, después de la sentencia de 17 de diciembre de 1980, también el ascenso y el traslado); por lo que dicha excepción no puede invocarse para justificar un trato discriminatorio en materia de remuneración o de otras condiciones de trabajo respecto a los empleados que ya prestan servicio.

7. Sólo dos palabras más sobre los empleos alrededor de los cuales gira nuestro asunto. Aun admitiendo que la excepción pudiera ser objeto de una interpretación restrictiva —como ya alegó Bélgica en 1980 y hoy repite Francia—, incluye al personal técnico sanitario porque puede autorizar prestaciones cuya carga recae sobre el Estado o sobre los entes locales. Ahora bien, yo no dudo de que los empleados de que se trata posean tal competencia, ni discuto tampoco (aunque me parezca un tanto extraño) que se trate de un «poder público» en la acepción profunda a la que ya hemos hecho referencia. Sin embargo, y por lo que sé, las actividades en que se manifiesta su ejercicio son ocasionales y accesorias y, por lo tanto, distinguibles de las tareas principales que desempeñan sus titulares. Aunque sólo fuese por esta razón, entiendo que excluir de los puestos de que se trata a los nacionales de los otros Estados miembros atentaría contra el principio de proporcionalidad. Debe tenerse en cuenta, además, que las funciones que desempeñan en los hospitales públicos son idénticas a las que desempeñan sus colegas en los sanatorios privados, respecto a los cuales no surte efecto la excepción del apartado 4. ¿Podríamos, pues, deducir de la tesis anterior que cuando la dirección de la clínica pasara de manos privadas a manos públicas debería despedir a todo el personal no francés?

En definitiva, un partidario acérrimo de Hegel podría creer realmente que el acceso a empleos como los de autos debe prohibirse a los extranjeros. Pero quien no piense que el Estado sea «la intervención de Dios en el mundo» («der Staat ist der Gang Gottes in der Welt»), debe necesariamente ser de la opinión contraria.

8. Por todo lo expuesto, sugiero a este Tribunal que estime fundado el recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 1984. Propongo al Tribunal, por lo tanto, que declare que la República Francesa, al imponer la posesión de la nacionalidad como requisito para el acceso como titular a empleos permanentes en hospitales públicos, ha inclumplido las obligaciones que le impone el Tratado CEE.

De acuerdo con el criterio de la parte vencida, procede condenar en costas al Gobierno demandado.