CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PHILIPPE LÉGER
presentadas el 5 de marzo de 1996 *

Indice

I. Marco jurídico del litigio ..... I - 3290

A. Las disposiciones comunitarias ..... I - 3290

B. La jurisprudencia comunitaria ..... I - 3291

C. La acción de la Comisión ..... I - 3295

D. El Derecho nacional controvertido ..... I - 3296

1) Servicios de distribución de agua, gas y electricidad ..... I - 3296

2) Servicios operativos de salud pública ..... I - 3297

3) Enseñanza pública ..... I - 3298

4) Transportes marítimos y aéreos ..... I - 3298

5) Ferrocarriles y transportes públicos urbanos y regionales ..... I - 3299

6) Investigación científica y tecnológica ..... I - 3300

7) Correos (ELTA), telecomunicaciones (OTE) y radiotelevisión (ET) ..... I - 3301

8) La Opera Ethniki Lyriki Skini y las orquestas municipales ..... I - 3301

II. Sobre la existencia de un incumplimiento ..... I - 3301

A. Las perspectivas de la jurisprudencia comunitaria ..... I - 3302

1) ¿Ha consagrado la jurisprudencia el principio de un análisis empleo por empleo? ..... I - 3302

2) Los poderes públicos nacionales, ¿deben justificar la excepción *ab initio* en todos los sectores de su actividad, o debe distinguirse según los sectores? ..... I - 3305

a) Sobre la cuestión de una distinción según sectores de actividad ..... I - 3305

b) Sobre las grandes líneas de una distinción según sectores de actividad ..... I - 3305

* Lengua original: francés.

B. La aplicación de la elección efectuada ..... I - 3310

1) Análisis de los sectores de actividad a que se refiere la demanda de la Comisión ..... I - 3310

2) Motivos que opone la parte demandada ..... I - 3311

a) Apartado 4 del artículo 4 de la Constitución helénica ..... I - 3311

b) Dificultades políticas internas ..... I - 3312

c) Decreto Presidencial nº 12/1992 ..... I - 3313

d) Resolución judicial nacional y resolución administrativa individual nacional .. I - 3314

1. En el marco de su recurso por incumplimiento interpuesto el 25 de octubre de 1994, la Comisión solicita que este Tribunal de Justicia:

— Declare que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 48 del Tratado CEE [1] y de los artículos 1 y 7 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, [2] al exigir el requisito de poseer la nacionalidad helénica para acceder a puestos de trabajo:

a) en empresas y compañías públicas, semipúblicas o municipales que gestionan los servicios de distribución de agua, gas y electricidad;

b) en los servicios operativos de salud pública;

c) de profesor en el sector de la enseñanza pública preescolar, primaria y secundaria, superior y universitaria, que dependan del Ministerio de Educación Nacional;

d) en los servicios, compañías u organismos de transporte marítimo y aéreo;

e) en el Organismo de Ferrocarriles Helénicos (OSE) y en los organismos, compañías y empresas públicas o municipales que gestionan los servicios de transporte público urbano y regional;

f) de personal científico y no científico en establecimientos públicos de investigación con fines civiles;

1 — La demanda se refiere, de manera inexacta en mi opinión, al artículo 48 del Tratado *CE* y no del Tratado *CEE*, siendo así que los dictámenes motivados son anteriores al 1 de noviembre de 1993, fecha de entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, y que la existencia de un incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 48 debe apreciarse, en principio, en la época de los referidos dictámenes motivados. La diferencia de redacción es aquí meramente formal, en la medida en que el artículo 48 no fue modificado. En cambio, tal diferencia podría tener consecuencias sobre el fondo si la norma a que se refiere la demanda hubiera sido modificada.

2 — DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77.

g) en organismos o empresas públicas o semipúblicas que gestionan los servicios de correos (ELTA), telecomunicaciones (OTE) y radiotelevisión (ET), y

h) de músico en el «Ethniki Lyriki Skini», así como en orquestas municipales.

— Condene en costas a la República Helénica.

2. En el procedimiento administrativo previo, la República Helénica no se opuso a los análisis contenidos en siete de los ocho escritos de requerimiento que le dirigió la Comisión. Y no contestó al octavo escrito de requerimiento, relativo a la Ethniki Lyriki Skini y a las orquestas filarmónicas municipales.

3. En su contestación a los siete primeros escritos de requerimiento, la República Helénica aportó las siguientes precisiones:

— Que había tomado la iniciativa de hacer el inventario de las dificultades que podría suscitar la abolición de la discriminación por razón de la nacionalidad para el acceso a los empleos en el sector público.

— Que las modalidades de aplicación del artículo 48 del Tratado, y en particular las relativas a la excepción contemplada en el apartado 4 de dicho artículo tal como la interpreta el Tribunal de Justicia, ya habían sido incluidas entre los objetivos del primer programa de modernización de la Administración 1992/1994.

— Que para alcanzar dicho objetivo, había encomendado a una comisión especial el estudio y la preparación de las necesarias adaptaciones de la legislación helénica, así como la determinación, por una parte, de los empleos públicos a los que sería posible acceder y, por otra parte, de los empleos públicos que habrían de quedar excluidos de la libertad de acceso.

4. En respuesta a los siete dictámenes motivados correspondientes a los mencionados escritos de requerimiento, la República Helénica comunicó a la Comisión un proyecto de

ley sobre el acceso de los ciudadanos comunitarios a los empleos del sector público, precisando que dicho proyecto había de someterse a votación en el Parlamento en el mes de febrero de 1993.

5. Un octavo dictamen motivado, el relativo a la Ethniki Lyriki Skini y a las orquestas filarmónicas municipales, quedó sin respuesta.

6. Dado que finalmente no se adoptó ninguna medida nacional dentro de los plazos fijados por los dictámenes motivados, la Comisión interpuso el presente recurso.

7. En este momento, la República Helénica solicita que se desestime el recurso. Sin embargo, al final de su escrito de dúplica, indica que, con independencia de los motivos formulados, «[...] continuará examinando las posibilidades y los modos de concretar los principios del artículo 48 en la Administración pública».

8. Creo que este recurso, al igual que los otros dos sobre los que ha de conocer el Tribunal de Justicia, [3] le colocan en la intersección de varias direcciones jurisprudenciales. Lo cual debería inducir a este Tribunal de Justicia a hacer el balance de su jurisprudencia actual y a deducir las apropiadas consecuencias en cuanto al ámbito de la excepción a la libre circulación de los trabajadores que admite el apartado 4 del artículo 48 del Tratado. Sobre este punto, la República Helénica propone excluir un análisis por sectores enteros en beneficio de un análisis puesto por puesto.

9. Voy a recordar primero el marco jurídico del litigio (I), para luego examinar si el recurso por incumplimiento está o no fundado (II).

I. Marco jurídico del litigio

10. Tras recordar las disposiciones comunitarias invocadas por la Comisión (A), efectuaré un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (B). Basándose en esta jurisprudencia, la Comisión decidió llevar a cabo una «acción sistemática» (C), que tuvo como resultado el cuestionamiento de diferentes disposiciones del Derecho nacional helénico (D).

A. *Las disposiciones comunitarias*

11. Los apartados 1 a 3 del artículo 48 del Tratado consagran el principio de libre circulación de los trabajadores así como su coro-

3 — Véanse mis conclusiones separadas del día de hoy en los asuntos Comisión/Luxemburgo (C-473/93) y Comisión/Bélgica (C-173/94).

lario, 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.

12. El apartado 4 del artículo 48 dispone lo siguiente:

«Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública.»

13. El artículo 1 del Reglamento nº 1612/68 prevé, en lo que atañe al acceso al empleo, lo siguiente:

«1. Todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro 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 empleos disponibles.»

14. Por su parte, el artículo 7 del mismo Reglamento, relativo al ejercicio del empleo y a la igualdad de trato, establece, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

«1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, 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.

2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.»

B. *La jurisprudencia comunitaria*

15. En la sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, [4] este Tribunal de Justicia declaró [5] que, «[...] habida cuenta del carácter fundamental de los principios de libre circulación y de igualdad de trato de los trabajadores dentro de la Comunidad, en el sistema del Tratado, las excepciones admitidas por el apartado 4 del artículo 48 no pueden tener un alcance que sobrepase la finalidad en aras de la cual se incluyó dicha norma de excepción».

4 — Asunto 152/73, Rec. p. 153.
5 — Apartado 4.

16. Así pues, este Tribunal de Justicia consagró una interpretación *estricta* de dicha disposición. [6]

17. Para precisar el alcance de la excepción, este Tribunal de Justicia añadió [7] lo siguiente:

«[...] como el precepto citado no establece distinción alguna, carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, o incluso si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado;

[...] 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».

18. En la sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica, [8] este Tribunal de Justicia subrayó lo siguiente: [9]

«[...] el concepto de Administración pública a efectos del apartado 4 del artículo 48 [...] implica una interpretación y una aplicación uniformes en el conjunto de la Comunidad.

[...]

[...] la delimitación del concepto de "Administración pública", en el sentido del apartado 4 del artículo 48, no puede dejarse a la absoluta discreción de los Estados miembros.»

19. Así pues, el concepto de Administración pública es propio del Derecho comunitario.

20. En esa misma sentencia Comisión/Bélgica, este Tribunal de Justicia declaró lo siguiente: [10]

«[El apartado 4 del artículo 48] excluye del ámbito de aplicación de los tres primeros apartados de este mismo artículo un *conjunto de empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.* En efecto, tales empleos presuponen la existencia, por parte de sus titulares, de una relación particular de solidaridad respecto al Estado así como la reciprocidad de derechos

6 — Véase asimismo la sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (225/85, Rec. p. 2625), apartado 7.

7 — Sentencia Sotgiu, antes citada (apartado 5).

8 — Asunto 149/79, Rec. p. 3881.

9 — Apartados 12 y 18.

10 — Apartado 10; el subrayado es mío.

y obligaciones que son el fundamento del vínculo de nacionalidad.»

21. De este modo, se daba una definición *funcional* [11] de empleo incluido en la Administración pública.

22. Por consiguiente, este Tribunal de Justicia excluía una definición meramente *orgánica* del concepto de Administración pública, poniendo de relieve que [12] «[...] el hecho de extender la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 a empleos que, si bien dependen del Estado o de otros organismos públicos, no implican, sin embargo, ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha, tendría como consecuencia la sustracción de la aplicación de los principios del Tratado a una considerable cantidad de empleos y la creación de desigualdades entre los Estados miembros, en función de las disparidades que caracterizan la organización del Estado y la de ciertos sectores de la vida económica».

23. El carácter restrictivo de la excepción del apartado 4 del artículo 48 era reforzado por la exigencia de dos requisitos acumulativos, relacionados con la participación en el ejercicio del poder público *y* en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas. Una sentencia ulterior sustituyó la conjunción «y» por la conjunción «o». [13] No obstante, las demás decisiones que se adoptaron antes o después de dicha sentencia mantuvieron la exigencia de que se dieran ambos requisitos con carácter acumulativo. [14]

24. En la sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica, antes citada, este Tribunal de Justicia afirmaba el carácter restrictivo de la excepción, negando que pudiera excluirse a los nacionales de los demás Estados miembros de la generalidad de los empleos que dependen de sectores de intervención del Estado o de las entidades públicas por el solo motivo de que, como consecuencia de promoción o de traslado, el nuevo empleo al que el agente podría acceder pudiera implicar funciones y responsabilidades propias de la Administración pública: [15]

«[...] el apartado 4 del artículo 48, al contemplar los empleos que conllevan el ejercicio del poder público y la atribución de responsabilidades para la salvaguardia de los intereses generales del Estado, permite a los Estados miembros reservar a sus nacionales, mediante las normativas apropiadas, el acceso a los empleos que conllevan el ejercicio de

11 — Calificativo utilizado expresamente en la sentencia de 3 de junio de 1986, Comisión/Francia (307/84, Rec. p. 1725), apartado 12: «[...] el criterio para aplicar el apartado 4 del artículo 48 del Tratado debe ser funcional [...]».

12 — Sentencia Comisión/Bélgica, antes citada (apartado 11).

13 — Sentencia Comisión/Italia, antes citada (apartado 9).

14 — Sentencia Comisión/Francia, antes citada (apartado 12); sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121), apartado 27; de 30 de mayo de 1989, Allué y otros (33/88, Rec. p. 1591), apartado 7, así como el apartado 12 de las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz, que hace hincapié en la conjunción «y», y de 27 de noviembre de 1991, Bleis (C-4/91, Rec. p. I-5627), apartado 6, *que se refiere expresamente*, además de a la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, a *la sentencia Comisión/Italia, también citada antes, en concepto de precedente que consagra el carácter acumulativo de ambos requisitos.*

15 — Apartados 21 y 22; el subrayado es mío.

tales poderes y responsabilidades en el seno de una misma carrera, de un mismo servicio o de un mismo marco.

[...] la interpretación [...] que tiene como consecuencia *la exclusión* de [los] nacionales [de los restantes Estados miembros] *de la generalidad de los empleos en la Administración pública*, implica una restricción de los derechos de estos nacionales que va más allá de lo que es necesario para asegurar el respeto a las finalidades perseguidas por esta disposición [...]»

25. En resumen, de la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia se desprende lo siguiente:

— No puede exigirse el requisito de nacionalidad para el acceso a aquellos puestos de trabajo que no implican ninguna participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas. En lo que atañe a estos puestos, debe aplicarse el principio de libre circulación de los trabajadores.

— No puede exigirse el requisito de nacionalidad ni siquiera para puestos de trabajo que inicialmente no reúnan los requisitos del apartado 4 del artículo 48, pero cuyos titulares puedan verse abocados, como consecuencia de promoción o de traslado, a ejercer funciones y responsabilidades propias de la Administración pública. Los Estados miembros únicamente pueden reservar para sus nacionales estas funciones y responsabilidades.

26. Hasta la fecha, este Tribunal de Justicia ha declarado que en la excepción del apartado 4 del artículo 48 no están incluidos los siguientes puestos de trabajo:

— Servicios de correos: obrero; [16]

— Ferrocarriles: agente de clasificación, peón de carga y descarga, maquinista, tendedor de vías, guardagujas, limpiador de oficinas, pintor, auxiliar guarnicionero, encargado de mantenimiento de baterías, montador de secciones, montador de inducidos, vigilante nocturno, limpiador, empleado de cantina, ayudante de talleres; [17]

— Municipios: carpintero, peón de jardinería, enfermera, puericultora, vigilante, enfermera en guarderías, electricista, fontanero; [18]

16 — Solución implícita en la sentencia Sotgiu, antes citada (cuarto párrafo del apartado 4).

17 — Sentencia de 26 de mayo de 1982, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 1845).

18 — *Ibidem.*

— Hospitales públicos: enfermero, enfermera; [19]

— Enseñanza pública: profesor en período de prácticas, [20] profesor de enseñanza secundaria, [21] lector de lengua extranjera en las Universidades; [22]

— Investigación civil: investigador. [23]

C. *La acción de la Comisión*

27. El presente litigio se inscribe en la fase final de una «acción sistemática» emprendida por la Comisión basándose en una Comunicación 88/C 72/02. [24]

28. Con fundamento en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado, la finalidad de tal acción era eliminar las restricciones por razón de nacionalidad que impiden en los Estados miembros que los trabajadores de los demás Estados miembros tengan acceso a puestos de trabajo en algunos sectores públicos concretos.

29. La intervención debía producirse de manera prioritaria en los siguientes sectores:

— los organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (por ejemplo, transportes públicos, distribución de electricidad o gas, compañías de navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, organismos de radiotelefusión);

— los servicios operativos de salud pública;

— la enseñanza en los centros de enseñanza públicos;

— la investigación civil en los establecimientos públicos.

30. La Comisión explicó que las tareas y responsabilidades características de los puestos de trabajo que forman parte de dichos sectores parecen estar en general suficientemente alejadas de las actividades específicas de la Administración pública tal como han sido definidas por el Tribunal de Justicia, de manera que sólo muy excepcionalmente pueden quedar incluidas en la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado. Según la Comisión, para cada una de estas

19 — Sentencia Comisión/Francia, antes citada.

20 — Sentencia Lawrie-Blum, antes citada.

21 — Sentencia Bleis, antes citada.

22 — Sentencia Allué y otros, antes citada.

23 — Sentencia Comisión/Italia, antes citada.

24 — La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros — La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE (DO 1988, C 72, p. 2).

actividades se comprueba que o existe también en el sector privado, en cuyo caso no se aplica el apartado 4 del artículo 48, o puede ser ejercida en el sector público fuera de los requisitos de nacionalidad.

31. La Comisión anunció su intención de comunicar a los Estados miembros afectados las conclusiones de su estudio de los sectores elegidos, pidiéndoles que abran el acceso a los empleos en dichos sectores a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros. La Comisión afirmó contar con la activa y eficaz cooperación de los Estados miembros para evitar, en la medida de lo posible, cualquier litigio. Se reservó la posibilidad de interponer, en caso necesario, un recurso por incumplimiento.

32. Al finalizar sus contactos con los Estados miembros, la Comisión comprobó que la mayor parte de ellos habían adoptado medidas legales y/o reglamentarias para adaptar su Derecho nacional a las exigencias del Derecho comunitario, pero que tres Estados no habían iniciado o culminado un proceso normativo con dicho fin.

33. En consecuencia, la Comisión decidió iniciar un procedimiento por incumplimiento contra cada uno de esos tres Estados miembros, entre ellos la República Helénica. [25]

25 — Para las referencias de los otros dos asuntos, véase la nota 3 *supra*.

D. *El Derecho nacional controvertido*

34. De los documentos obrantes en autos se desprende que el requisito de nacionalidad helénica se exige o se exigía para acceder a puestos de trabajo en los sectores a que se refiere la demanda, en las condiciones que se resumen a continuación.

1) *Servicios de distribución de agua, gas y electricidad*

35. Las empresas y compañías públicas, semipúblicas o municipales encargadas de la gestión de los servicios de distribución de agua (por ejemplo, EYDAP en Atenas), de gas (por ejemplo DEFA, empresa municipal de gas en Atenas) y de electricidad (DEH, empresa pública que gestiona la producción y la distribución en todo el país) son controladas ya sea por el Estado, ya sea por las entidades locales.

36. En lo relativo a las empresas y compañías controladas por el Estado, la Ley nº 1735/87 y la Orden Ministerial nº DIPPP/F.1/116, de 7 y 8 de enero de 1988, exigen un requisito de nacionalidad para el acceso a los empleos del sector público. Idéntico requisito imponen las específicas normas legales o reglamentarias aplicables a las empresas públicas de que se trata y que

definen el Estatuto de su personal, tales como, por ejemplo, el apartado 5 del artículo 5 del Estatuto general del personal de la empresa pública de electricidad (DEH).

37. En lo relativo a las empresas y compañías municipales (por ejemplo, DEFA), el requisito de nacionalidad helénica viene exigido por las normas legales y reglamentarias que regulan el Estatuto del personal de las entidades locales (por ejemplo, el artículo 260 de la Ley nº 1188/81 y los artículos 7 y 66 del Decreto Presidencial nº 410/88), así como por los reglamentos internos de las empresas o compañías de que se trata.

2) *Servicios operativos de salud pública*

38. El apartado 4 del artículo 2 de la Ley nº 1821/88, que modifica implícitamente el artículo 26 de la Ley nº 1397/83 sobre régimen nacional de salud, permite con carácter excepcional el nombramiento de ciudadanos comunitarios que conozcan la lengua griega para los puestos de médico y de enfermero en los hospitales públicos.

39. El acceso a todos los demás puestos de trabajo en hospitales públicos (personas jurídicas de Derecho público) o en otros servicios públicos de salud (centros de salud, etc.) queda reservado a los nacionales griegos.

40. Todos estos establecimientos forman parte, en efecto, del sector público y, en consecuencia, están sujetos al requisito de nacionalidad helénica previsto en la Ley nº 1735/87 y en la Orden Ministerial nº DIPPP/F.1/116, de 7 y 8 de enero de 1988, antes citadas, que se refieren tanto al personal funcionario como al personal no funcionario empleado en el sector público.

41. Por otra parte, el artículo 7 del Decreto Presidencial nº 410/88, relativo a la contratación en régimen de Derecho privado de personal científico especializado y personal técnico y auxiliar en el sector público, remite al Código de la Función Pública y, por consiguiente, impone el requisito de la nacionalidad helénica.

42. Por último, el artículo 66 de ese mismo Decreto prevé el requisito de nacionalidad helénica incluso para la contratación en régimen de Derecho privado de personal de temporada o de personal contratado para hacer frente a necesidades de carácter temporal.

3) *Enseñanza pública*

43. En virtud del artículo 2 del Código de la Función pública, la enseñanza pública preescolar, primaria y secundaria (general, técnica y profesional) está incluida en su ámbito de aplicación. Por lo tanto, el requisito de nacionalidad helénica, que el artículo 18 de dicho Código exige con carácter general, se aplica al acceso a los empleos incluidos en los referidos sectores.

44. Idéntico principio se aplica, en virtud de la Ley nº 1404/83, al personal docente y no docente de la enseñanza técnica, así como, en virtud de la Ley nº 1268/82 y del apartado 6 del artículo 16 de la Constitución, al personal de la enseñanza universitaria.

45. Con carácter excepcional, el apartado 7 del artículo 79 de la Ley nº 1566/85, que, en particular, completa la Ley nº 1268/82, prevé la posibilidad de contratar extranjeros para determinados puestos (científicos especializados, profesores asistentes delegados) cuando no existan candidatos griegos, pero únicamente mediante contrato de Derecho privado de un año de duración renovable una sola vez y sin que los interesados tengan derecho a participar en los órganos de administración.

46. Por último, los artículos 4 y 5 de la Ley nº 5139/31 prevén excepciones en beneficio de los profesores de lenguas y literaturas extranjeras que enseñen en la universidad.

4) *Transportes marítimos y aéreos*

47. Hasta la publicación del Decreto Presidencial nº 12/1992, [26] exigían el requisito de nacionalidad helénica en el sector de los transportes marítimos:

— El apartado 1 del artículo 4 del Decreto-Ley nº 2651/53 sobre composición de las tripulaciones de los buques mercantes, sin perjuicio de las excepciones previstas en el apartado 2 del artículo 4 del mismo Decreto-Ley.

— El artículo 5 del Real Decreto nº 1(14) de 3 noviembre de 1836, sobre la marina mercante, por lo que respecta a las tres cuartas partes de la tripulación del buque.

— El artículo 57 del Código Marítimo, relativo a la inscripción de los marinos en los registros, mientras que, en cambio, el artículo 59 de ese mismo Código no prevé el requisito de nacionalidad para la inscripción de los trabajadores del mar en el registro.

26 — Diario Oficial de la República Helénica, 1993, parte A, nº 5, de 1 de febrero de 1993.

48. Los artículos 1 y 2 del Decreto Presidencial nº 12/1992 disponen lo siguiente:

«Artículo 1

El presente Decreto Presidencial tiene por objeto armonizar las disposiciones de la legislación helénica, y en particular los artículos 56, 57, 87 y 88 del Código de Derecho Marítimo Público (Decreto-Ley 187/73) y las disposiciones de la Ley 192/36, tramitada por el procedimiento de urgencia, en la medida en que prohíben el acceso a puestos de trabajo en la marina mercante helénica a los marinos nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas [...] con lo dispuesto en los artículos 7 y 48 del Tratado CEE y en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad [...]

Artículo 2

1. Los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas que tengan la condición de marino en virtud de la legislación de su Estado tendrán las mismas posibilidades de acceso a puestos de trabajo en buques mercantes helénicos que las que están reservadas a los marinos griegos por las disposiciones pertinentes de la legislación helénica, con excepción de los puestos de capitán y de sustituto legal del capitán.

2. A tal fin, cuando en la legislación vigente en materia de empleo en la marina mercante helénica figuren los términos "marinos griegos" o "nacionales" o cualquier otro término que designe a una persona de nacionalidad helénica, tales términos designarán también a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas que tengan la condición de marino en virtud de la legislación de su Estado de origen o de procedencia.»

49. En cuanto al sector del transporte aéreo, las compañías que efectúan este tipo de transporte forman parte del sector público. Por lo tanto, el requisito de nacionalidad viene exigido con arreglo a la Ley nº 1735/87 y a la Orden Ministerial nº DIPPP/F.1/116, de 7 y 8 de enero de 1988, antes citadas.

5) *Ferrocarriles y transportes públicos urbanos y regionales*

50. El apartado 1 del artículo 19 del Estatuto general de personal del organismo de ferrocarriles helénicos (OSE) dispone que no podrá contratarse a ninguna persona que no tenga la nacionalidad helénica. El apartado 3 de ese mismo artículo supedita a los requisitos previstos en leyes especiales la contratación, con carácter excepcional, de ciudadanos extranjeros.

51. Los transportes urbanos y regionales forman parte del sector público.

52. Por lo tanto, el requisito de nacionalidad helénica viene impuesto en virtud de la Ley nº 1735/87 y la Orden Ministerial nº DIPPP/F.1/116, de 7 y 8 de enero de 1988, antes citadas.

53. El mismo requisito está previsto en las normas legales y reglamentarias aplicables a los organismos, empresas o compañías de transportes, formen o no parte del sector público (por ejemplo, artículo 8 del Reglamento de Personal de los servicios internos de los ferrocarriles eléctricos helénicos, artículo 15 del Reglamento de personal de los servicios externos de la misma empresa, y artículo 11 del Estatuto general de personal de los autobuses eléctricos de Atenas).

6) *Investigación científica y tecnológica*

54. En virtud del apartado 2 del artículo 16 de la Ley nº 1514/85, sobre desarrollo de la investigación científica y tecnológica, así como de los Decretos adoptados con arreglo al artículo 25 de dicha Ley, todos los miembros del personal científico de investigación de los organismos competentes deben, en principio, poseer la nacionalidad helénica.

55. Con carácter excepcional, un extranjero podrá ser nombrado director de un centro nacional de investigación si dicho centro ha sido creado mediante acuerdo interestatal que contenga una disposición expresa en este sentido.

56. La letra a) del apartado 1 del artículo 19 de la Ley nº 1514/85 permite asimismo la contratación de extranjeros en calidad de investigadores expertos visitantes, pero ello exclusivamente mediante contrato privado de tres meses a dos años de duración, renovable por un período adicional de un año en casos excepcionales.

57. La letra b) del apartado 1 del artículo 25 prevé que, mediante decreto-ley, podrá dispensarse del requisito de nacionalidad en lo relativo a tareas de evaluación de los resultados de programas de investigación.

58. En cuanto a los miembros del personal técnico, administrativo y auxiliar que tienen la condición de funcionarios, la nacionalidad helénica viene exigida en virtud de los artículos 20 y 21 de la Ley, así como por las disposiciones generales aplicables a todos los funcionarios civiles del Estado y de las demás personas jurídicas de Derecho público (Código de la Función Pública, etc.).

59. Por último, la nacionalidad helénica se exige a todos los miembros del personal

contractual de los organismos de que se trata, en virtud de los artículos 24 de la Ley nº 1514/85, 7 de la Ley nº 1735/87 y 7 y 66 del Decreto nº 410/88, y de la Orden Ministerial nº DIPPP/F.1/116, de 7 y 8 de enero de 1988, antes citadas.

7) Correos (ELTA), telecomunicaciones (OTE) y radiotelevisión (ET)

60. Los organismos públicos o semipúblicos que gestionan los servicios de correos, telecomunicaciones y radiotelevisión forman parte del sector público.

61. El requisito de nacionalidad helénica viene exigido en virtud de la Ley nº 1735/87 y de la Orden Ministerial nº DIPPP/F.1/116, de 7 y 8 de enero de 1988, antes citadas.

62. Por otra parte, contemplan este mismo requisito las disposiciones legales o reglamentarias particulares que definen el Estatuto de personal de los organismos de que se trata [por ejemplo, artículo 7 del Estatuto general de personal de correos helénicos (ELTA), apartado 1 del artículo 6 del Estatuto general de la OTE, etc.].

8) La Opera Ethniki Lyriki Skini y las orquestas municipales

63. La Ethniki Lyriki Skini reserva el acceso al empleo únicamente a los nacionales griegos y excluye de él a todos los extranjeros, incluidos los nacionales de los demás Estados miembros.

64. Del mismo modo, las autoridades locales exigen la nacionalidad helénica para la contratación por tiempo indefinido de músicos de las orquestas filarmónicas municipales. Así, por ejemplo, el alcalde de Atenas se negó a que a un músico de la orquesta filarmónica de esta ciudad, vinculado por un contrato de duración determinada, se le aplicara la Ley nº 1874/90, que prevé la conversión de todo contrato de trabajo de duración determinada en un contrato por tiempo indefinido, por razones derivadas de la nacionalidad del músico afectado; el alcalde invocó el artículo 7 del Decreto Presidencial nº 410/88, que exige la nacionalidad helénica para la selección de personal contractual especial, científico, técnico y auxiliar del Estado, entidades locales y personas jurídicas de Derecho público.

II. Sobre la existencia de un incumplimiento

65. Como indiqué al principio de mi exposición, este Tribunal de Justicia se encuentra en la intersección de varias direcciones jurisprudenciales. Resulta necesario efectuar una opción, a la luz de las perspectivas que se

abren ante el Tribunal de Justicia (A). Una vez efectuada la opción, ésta deberá aplicarse al caso de autos, teniendo en cuenta las circunstancias del mismo (B).

A. *Las perspectivas de la jurisprudencia comunitaria*

66. La República Helénica mantiene que la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia excluye un razonamiento por sectores enteros y exige siempre un análisis puesto por puesto (1).

67. Mi opinión es que el Tribunal de Justicia no debe seguir a la parte demandada en esta dirección.

68. No le queda entonces al Tribunal de Justicia sino elegir entre dos posibles desarrollos lógicos de su jurisprudencia:

— o bien considerar que la carga de justificar la excepción del apartado 4 del artículo 48 incumbe a los poderes públicos nacionales *en todos los sectores* de su actividad y, por consiguiente, también en aquellos sobre los que versa la demanda;

— o bien *consagrar una distinción* entre, por un lado, aquellos sectores que no forman parte de las funciones específicas de la Administración pública, en los que a los poderes públicos les incumbirá la carga de justificar la referida excepción, y, por otro lado, aquellos sectores que forman parte de dichas funciones específicas, sectores en cuyo ámbito la Comisión o el ciudadano comunitario habrán de justificar que un puesto de trabajo determinado no reúne los requisitos de un empleo en la Administración pública en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (2).

1) *¿Ha consagrado la jurisprudencia el principio de un análisis empleo por empleo?*

69. El recurso interpuesto por la Comisión presenta la particularidad de que procede de un análisis sistemático de varios sectores enteros de intervención del Estado o de las entidades públicas.

70. Según la parte demandada, este Tribunal de Justicia ha consagrado el principio de un análisis caso por caso, principalmente en las sentencias de 17 de diciembre de 1980 y de 26 de mayo de 1982, Comisión/Bélgica, antes citadas.

71. En la sentencia de 17 de diciembre de 1980, el Tribunal de Justicia precisó ciertamente lo siguiente: [27]

«[...] procede examinar si los empleos a los que se refiere el recurso pueden ser integrados en el concepto de Administración pública [...] [Esta] cualificación depende de si se puede determinar si los empleos de que se trata son, o no, característicos de las actividades específicas de la Administración pública en cuanto que investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de la salvaguardia de los intereses generales del Estado.»

72. El Tribunal de Justicia reprodujo estas consideraciones en la sentencia de 26 de mayo de 1982. [28]

73. Creo, sin embargo, que no existe verdaderamente una jurisprudencia que imponga un análisis puesto por puesto.

74. Recuérdese que fue en el asunto 149/79 donde este Tribunal de Justicia hubo de definir con precisión, por primera vez, el concepto de empleo en la Administración pública. Ya entonces se imponía un enfoque pragmático a efectos de tal definición. Por otra parte, el recurso por incumplimiento reprochaba al Reino de Bélgica el haber impuesto o permitido que se impusiera «[...] la posesión de la nacionalidad belga como requisito de contratación en *empleos* no contemplados en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado [...]». [29] Habida cuenta de tal formulación, el Tribunal de Justicia *debía* pues, para pronunciarse sobre la existencia de un incumplimiento, verificar si los «empleos» controvertidos estaban o no incluidos en el apartado 4 del artículo 48. Por esta razón, en el transcurso del procedimiento, hubo de requerir a las partes para que le comunicaran informaciones complementarias sobre la relación de puestos de trabajo objeto de discusión, y, más tarde, en la sentencia interlocutoria de 17 de diciembre de 1980, sobre la naturaleza efectiva de las funciones correspondientes a dichos puestos.

75. En cuanto a las sentencias ulteriores, antes citadas, si en ellas se examinaron puestos de trabajo específicos y no sectores enteros, fue debido únicamente a que ante el Tribunal de Justicia se habían presentado peticiones prejudiciales o recursos por incumplimiento referentes a tales puestos de trabajo específicos.

76. Así pues, creo que el enfoque del Tribunal de Justicia obedeció más a las condiciones particulares en las que se le sometió el asunto que a la voluntad de consagrar un principio de interpretación.

77. Al incluir el concepto de empleo en la Administración pública en el rango de los conceptos de Derecho comunitario, este

27 — Apartado 12.
28 — Apartado 7.
29 — Sentencia de 17 de diciembre de 1980 (apartado 1; el subrayado es mío).

Tribunal de Justicia quiso evitar que la libre circulación de los trabajadores y el principio de no discriminación tuvieran un contenido variable en el tiempo y en el espacio.

78. Pues bien, consagrar un principio de apreciación puesto por puesto permitiría que cada Estado miembro impusiera de hecho su definición nacional de Administración pública con respecto a todo sector de intervención de su elección, hasta que la Comisión o un ciudadano comunitario no hubiera suscitado un litigio en relación con uno o varios puestos de trabajo determinados.

79. Basándose, así, en el mecanismo de la carga de la prueba, los Estados miembros podrían ocultar el principio de libre circulación tras el velo de la excepción.

80. La Comisión o los ciudadanos comunitarios soportarían entonces la carga de justificar *en todas las circunstancias, de un modo negativo,* que no se dan los requisitos para una *excepción* a una libertad comunitaria. Esta consecuencia resultaría, cuando menos, contraria a las normas que regulan la interpretación de un principio y de su excepción.

81. La contribución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al desarrollo de una de las libertades fundamentales del Tratado resultaría entonces singularmente limitada, habida cuenta de la importancia de los efectos prácticos de la determinación de la carga de la prueba.

82. En definitiva, el Estado y sus entidades públicas únicamente tendrían obligación de abrir sus servicios puesto por puesto, en función del resultado de los recursos que interpusieran la Comisión o los ciudadanos comunitarios. Lo que supondría que la aplicación uniforme del Derecho comunitario podría requerir el transcurso de décadas.

83. No comparto, pues, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que propone la República Helénica.

84. En el caso de autos, el incumplimiento que se imputa a la República Helénica tiene distinto objeto que en los asuntos ya juzgados.

85. No se imputa al Estado demandado el haber cerrado a los ciudadanos comunitarios el acceso a puestos de trabajo determinados. Se le imputa el haber consagrado, sin justificación particular, una prohibición de acceso a la totalidad o a la mayoría de los puestos de trabajo de un sector de actividad, en lugar de abrir dicho sector a la libre circulación, con

la única excepción de puestos de trabajo determinados, positivamente y con carácter limitativo, con arreglo a justificaciones derivadas de la definición jurisprudencial de los empleos en la Administración pública.

86. Por consiguiente, el incumplimiento alegado se fundamenta en un error de enfoque que se imputa a la parte demandada, la cual, se afirma, aplicó mal la distinción principio/excepción.

2) *Los poderes públicos nacionales, ¿deben justificar la excepción* ab initio *en todos los sectores de su actividad, o debe distinguirse según los sectores?*

87. Si bien la consagración de un principio de examen puesto por puesto puede constituir una atenuación considerable del efecto de la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia, queda por determinar cuáles son las consecuencias lógicas de ésta en el ámbito de los diferentes sectores de actividad del Estado y de las entidades públicas.

88. Procede examinar primero la cuestión de una distinción según sectores de actividad (a), para proponer más tarde las grandes líneas de tal distinción (b).

a) Sobre la cuestión de una distinción según sectores de actividad

89. Como antes recordé, [30] este Tribunal de Justicia ha consagrado una definición *funcional* de los empleos en la Administración pública.

90. De un enfoque funcional *limitado a los empleos* podría deducirse que la definición de este Tribunal de Justicia relativa a la excepción a la libre circulación debe aplicarse uniformemente a todos los sectores de actividad de los poderes públicos.

91. En virtud de las reglas de aplicación de un principio y de su excepción, los poderes públicos tendrían que justificar *ab initio*, en todos los sectores, las excepciones que invocaran. Tan sólo se prohibiría el acceso de los nacionales de otros Estados miembros a aquellos puestos de trabajo en relación con los cuales los poderes públicos hubieran declarado expresamente que se adaptaban a los criterios de la definición comunitaria, sin perjuicio de un control *a posteriori* del Juez nacional y, en su caso, del Juez comunitario.

92. Este análisis resulta sugestivo desde el punto de vista de la lógica jurídica, porque

30 — Apartado 21, y la correspondiente nota.

conduce a un razonamiento único aplicable indistintamente a todas las actividades del Estado y porque se atiene simultáneamente al principio según el cual las excepciones son de interpretación estricta y al principio en virtud del cual quien invoca una excepción debe justificarla.

93. Tendría la ventaja de garantizar la igualdad de acceso de los ciudadanos comunitarios, nacionales o no nacionales de un Estado miembro determinado, a la mayor parte de todo sector de actividad ajeno a las actividades específicas de la Administración, porque son una minoría las excepciones fundadas válidamente en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado.

94. Pero presentaría el inconveniente, en los sectores de las actividades específicas de la Administración, de compeler a los poderes públicos afectados a catalogar muy numerosas excepciones. En efecto, en esos sectores de actividad el número de puestos de trabajo específicos que se atienen a los criterios jurisprudenciales de definición de los empleos en la Administración pública es importante y mucho mayor que el de los puestos de trabajo a los que se aplica el principio de libre circulación.

95. Es posible que el compeler de ese modo a los poderes públicos no ilustre una buena técnica jurídica.

96. Por lo tanto, no voy a proponer al Tribunal de Justicia que siga esta vía, máxime cuando me parece factible otra vía, que consiste en distinguir según sectores de actividad.

97. Obsérvese que, en la primera sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, [31] este Tribunal de Justicia tenía en mente un análisis por sectores:

«La determinación del ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48 presenta, sin embargo, dificultades particulares debido a que, en los distintos Estados miembros, *el poder público ha asumido responsabilidades de carácter económico y social, o participa en actividades que no son asimilables a las funciones típicas de la Administración pública, pero que están comprendidas, por el contrario, y a causa de su naturaleza, en el ámbito de aplicación del Tratado.*»

98. Con ocasión de cada asunto juzgado, este Tribunal de Justicia no dejó nunca de preguntarse incidentalmente, *en un segundo plano,* si *la actividad general del sector* formaba parte de las actividades específicas de la Administración. Por ejemplo, en lo relativo a los puestos de trabajo de enfermero o enfermera, o al de enseñante, este Tribunal de Justicia no pudo sino plantearse el extremo de si entre las actividades específicas de la Administración se incluían las actividades de

31 — Apartado 11; el subrayado es mío.

asistencia que caracterizan al sector de los hospitales públicos, por una parte, y las actividades de enseñanza que constituyen el núcleo esencial del sector de la enseñanza pública, por otra.

99. En el caso de autos, se pide expresamente al Tribunal de Justicia que examine un incumplimiento en relación con sectores enteros.

100. Acoger esta petición supone que el Tribunal de Justicia admita explícitamente el principio de un análisis por sectores, principio que se había limitado a esbozar en 1980 en la primera sentencia Comisión/Bélgica, antes citada.

101. Soy partidario de una solución en este sentido.

102. Sugiero a este Tribunal de Justicia que lleve a cabo un razonamiento en dos fases.

103. La primera requiere *el análisis de la actividad general del sector* considerado, así como la determinación de sus consecuencias en términos de carga de la prueba.

104. Esta fase puede describirse de la siguiente manera:

— si la actividad de un sector forma parte de las actividades específicas de la Administración, habrá de admitirse que la mayor parte de los puestos de trabajo de dicho sector se adaptan a los criterios de la definición comunitaria de empleos en la Administración pública; por consiguiente, el sector se considerará incluido *a priori* en el ámbito del apartado 4 del artículo 48 del Tratado e incumbirá a la Comisión o al ciudadano comunitario demostrar que no se reúnen los requisitos de la excepción;

— en cambio, si la actividad de un sector está alejada de las actividades específicas de la Administración, habrá de admitirse que la mayor parte de los puestos de trabajo de dicho sector no se adaptan a los criterios de la definición comunitaria; en este supuesto, el sector se considerará incluido *a priori* en el ámbito de los apartados 1 a 3 del artículo 48, es decir, en el de la libre circulación de los trabajadores, e incumbirá a los poderes públicos nacionales demostrar, respecto a puestos de trabajo determinados, que en realidad se reúnen los requisitos del apartado 4 del artículo 48.

105. La segunda fase, en caso de controversia relativa a un puesto de trabajo determinado, requiere *el análisis de las funciones propias de éste:* el Juez nacional o el Juez comunitario que conozca del asunto habrá

de verificar, con observancia de las normas sobre reparto de la carga de la prueba, si el puesto de trabajo implica una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las demás entidades públicas, en el sentido de la reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia.

106. Examinemos sin rodeos la objeción planteada por la República Helénica, según la cual, en lo esencial, no cabe establecer en un sector determinado *presunción* alguna de aplicabilidad, ni de los apartados 1 a 3 del artículo 48 ni del apartado 4 de ese artículo, en función de la naturaleza de la actividad general del sector.

107. A este respecto, es importante tomar conciencia de que, en el marco de la solución consistente en no admitir sino un análisis puesto por puesto, con exclusión de todo análisis por sectores, necesariamente ha de *presumirse* que el apartado 4 del artículo 48 es *a priori* aplicable a todo puesto de trabajo, sea cual sea el sector al que pertenezca, siempre que esté comprendido en la acción de los poderes públicos nacionales. Ahora bien, tal presunción confiere a esos poderes públicos el cometido de determinar en un primer momento el ámbito de una *excepción*, en virtud de su mera decisión de que un sector dependa del Estado o de una entidad pública. Por lo tanto, esa presunción me parece más discutible que la basada en la comprobación objetiva de que la actividad de un sector determinado está o no incluida en las actividades específicas de la Administración y de que, por consiguiente, la mayor parte de los puestos de trabajo considerados se adaptan o no se adaptan a los criterios de la definición comunitaria de Administración pública.

108. Por otra parte, creo útil recordar que, en el ámbito de los artículos 30 y 36 del Tratado, este Tribunal de Justicia llevó a cabo, de un modo comparable, un razonamiento en dos fases basado en una presunción.

109. Lo hizo en dos sentencias de 21 de marzo de 1991, Delattre, [32] y Monteil y Samanni. [33]

110. La cuestión entonces controvertida era la del monopolio de los farmacéuticos, en cuanto que podía constituir una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, en el sentido del artículo 30 del Tratado. [34]

111. Para apreciar si estaba justificado el monopolio, este Tribunal de Justicia hizo una distinción entre dos tipos de mercancías, [35] a saber, entre los «medicamentos» y los demás productos, como los denominados de «parafarmacia».

32 — Asunto C-369/88, Rec. p. I-1487.

33 — Asunto C-60/89, Rec. p. I-1547.

34 — Véanse los apartados 50 y 51 de la sentencia Delattre y los apartados 37 y 38 de la sentencia Monteil y Samanni. La sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), podría excluir en lo sucesivo que un monopolio de comercialización, en cuanto se refiera a las modalidades de venta de un producto, pueda estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado. Esta observación en nada afecta al hecho de que, en las dos sentencias analizadas, este Tribunal de Justicia se basó en una presunción en el marco del artículo 30 del Tratado, artículo relativo a una de las grandes libertades que, junto a la libre circulación de los trabajadores, dicho Tratado reconoce.

35 — De manera comparable, en el presente asunto propongo distinguir entre dos tipos de actividades.

112. En lo que atañe a los medicamentos, este Tribunal de Justicia estimó que, habida cuenta del «carácter muy particular del producto y del mercado de que se trata», [36] «cabe *suponer* que [...] el monopolio [de los farmacéuticos] constituye una forma adaptada de protección de la salud pública», [37] es decir, que está incluida en la excepción del artículo 36 del Tratado. Una vez admitida esta presunción, el Tribunal de Justicia precisó que «podrá aportarse la *prueba contraria* respecto a algunos medicamentos cuyo empleo no haga peligrar seriamente la salud pública y, para los cuales, la sujeción al monopolio farmacéutico pueda resultar evidentemente desproporcionada [...]». [38]

113. En cuanto a los restantes productos, este Tribunal de Justicia declaró en cambio que, «[...] si se confiere a los farmacéuticos un monopolio para su comercialización, la necesidad de este monopolio para la protección de la salud pública o de los consumidores debe *comprobarse en cada caso*». [39]

114. Así pues, en lo que atañe a los medicamentos, este Tribunal de Justicia impuso a la Comisión o al agente económico la carga de la prueba contraria. En lo que atañe a los demás productos, el Tribunal de Justicia impuso a los Estados miembros la carga de comprobar positivamente que el monopolio de los farmacéuticos, en tanto que excepción a la libre circulación de mercancías, estuviera justificado por razones de protección de la salud pública en virtud del artículo 36 del Tratado.

115. La analogía entre este análisis y la vía que propongo que siga este Tribunal de Justicia me parece que puede disipar una posible duda.

b) Sobre las grandes líneas de una distinción según sectores de actividad

116. La clasificación efectuada por la Comisión en su comunicación 88/C 72/02, antes citada, constituye un elemento de referencia útil a efectos de una distinción según sectores de actividad de los poderes públicos nacionales.

117. Al igual que la Comisión, estimo que, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, las actividades específicas de la Administración pública ejercidas por el Estado y las entidades públicas están relacionadas esencialmente con la defensa nacional, la seguridad interior, la Hacienda pública, la justicia y los asuntos exteriores, así como con los puestos de trabajo en los Ministerios del Estado, en las entidades regionales o locales, en los demás órganos asimilados y en los bancos centrales. En estos sectores, en efecto, la actividad de los servicios se articula específicamente en torno a un poder político o judicial.

36 — Apartado 54 de la sentencia Delattre y apartado 41 de la sentencia Monteil y Samanni.

37 — Apartado 56 de la sentencia Delattre y apartado 43 de la sentencia Monteil y Samanni; el subrayado es mío.

38 — *Ibidem*.

39 — Apartado 57 de la sentencia Delattre y apartado 44 de la sentencia Monteil y Samanni; el subrayado es mío.

118. También como la Comisión, pienso que otras actividades están, en cambio, alejadas de las actividades específicas de la Administración pública, tal como la define este Tribunal de Justicia. Se trata, en particular, de las actividades de los organismos encargados de gestionar un servicio comercial (transportes públicos terrestres, aéreos o marítimos, distribución de agua, electricidad o gas, correos y telecomunicaciones, radioteledifusión, etc.), así como de los servicios operativos de salud pública, de enseñanza en establecimientos públicos, de investigación con fines civiles en establecimientos públicos. En efecto, en relación con cada una de estas actividades, puede observarse que, o bien existen también en el sector privado, o bien podrían ejercerse en el sector público sin requisito de nacionalidad.

119. En lo que atañe a las actividades musicales y líricas, opino que se incluyen manifiestamente en la segunda categoría, es decir, en la de las actividades alejadas de las actividades específicas de la Administración pública.

B. *La aplicación de la elección efectuada*

120. Vamos a proceder ahora a analizar los sectores a que se refiere la demanda de la Comisión, a efectos de extraer todas las consecuencias jurídicas relativas a la existencia de un incumplimiento por parte de la República Helénica (1). Antes de llegar a una conclusión sobre este último punto, examinaremos la procedencia de los motivos que, según la parte demandada, se oponen a que este Tribunal de Justicia estime la demanda (2).

1) *Análisis de los sectores de actividad a que se refiere la demanda de la Comisión*

121. A la vista de los criterios de distinción que he expuesto, [40] todos los sectores de actividad controvertidos están alejados de las actividades específicas de la Administración pública.

122. Procede, pues, considerar que la mayor parte de los puestos de trabajo incluidos en dichos sectores no se adaptan a los criterios de la definición comunitaria de Administración pública. Por consiguiente, los referidos sectores de actividad están *a priori* incluidos en los apartados 1 a 3 del artículo 48 del Tratado. Incumbe a los poderes públicos nacionales demostrar que, con respecto a puestos de trabajo determinados, se dan los requisitos del apartado 4 del artículo 48.

123. Así pues, la tarea de la República Helénica debe consistir en abrir los sectores controvertidos al acceso de los trabajadores comunitarios, con la única salvedad de excepciones enunciadas positivamente por referencia a la definición comunitaria de Administración pública.

40 — Puntos 117 a 119 *supra*.

124. No cabe sino constatar que ésa no ha sido la solución aplicada por el Derecho nacional controvertido.

125. Mi descripción del Derecho positivo helénico [41] muestra que, en los sectores considerados, el requisito de nacionalidad es la regla y que el acceso de los nacionales de otros Estados miembros sigue siendo la excepción.

126. Las excepciones existen en lo fundamental respecto a determinados tipos de puestos de trabajo.

127. Por consiguiente, a la luz de mi interpretación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, es posible imputar a la República Helénica un incumplimiento de sus obligaciones comunitarias, aunque en términos distintos de los de la demanda, cuya formulación, demasiado general, induce equivocadamente a pensar que el Derecho helénico vigente no admite ninguna excepción al requisito de la nacionalidad.

128. Antes de llegar a esta conclusión, quedan por examinar los motivos que el Estado demandado opone a la Comisión.

41 — Puntos 35 y ss.

2) *Motivos que opone la parte demandada*

129. La República Helénica opone especialmente cuatro motivos a la demanda. El primero se basa en una disposición de su Constitución (a). El segundo se basa en dificultades políticas internas (b). El tercero, relativo al sector de los transportes marítimos, se basa en el Decreto Presidencial nº 12/1992, antes citado (c). En el marco de su cuarto motivo, la parte demandada invoca, en lo que atañe al sector de las actividades musicales y líricas, una resolución judicial nacional y una resolución administrativa individual nacional (d).

a) Apartado 4 del artículo 4 de la Constitución helénica

130. El apartado 4 del artículo 4 de la Constitución helénica dispone que «sólo los ciudadanos griegos podrán acceder a todas las funciones públicas, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan mediante leyes específicas».

131. Sobre este extremo, bastará con recordar que, según reiterada jurisprudencia, [42] la primacía del Derecho comunitario existe en

42 — Auto de 22 de junio de 1965, San Michele/Alta Autoridad (9/65, Rec. 1967, pp. 1 y ss., especialmente pp. 35, 37); sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec. p. 1125), apartado 3, y de 13 de julio de 1972, Comisión/Italia (48/71, Rec. p. 529), apartados 8 y 9.

relación con toda norma nacional, incluso de orden constitucional.

132. En consecuencia, el citado apartado 4 del artículo 4 no constituye obstáculo alguno para que se haga constar un incumplimiento.

133. En cualquier caso, he de subrayar que no cabe excluir que la expresión «funciones públicas», utilizada en dicho artículo, pueda interpretarse en un sentido perfectamente compatible con la definición de Administración pública elaborada por este Tribunal de Justicia, en cuyo caso no resultaría necesaria una reforma constitucional en el ordenamiento jurídico interno. [43]

b) Dificultades políticas internas

134. El Gobierno helénico alega que, en el marco de los esfuerzos emprendidos para conciliar la concepción «funcional» y la concepción «orgánica» de empleos en el sector público, elaboró un proyecto de ley relativo al acceso de los ciudadanos comunitarios a los empleos del sector público, que debía ser sometido a votación en el Parlamento durante el mes de febrero de 1993.

135. El Gobierno helénico añade que el proyecto, sin embargo, no fue sometido al Parlamento hasta el mes de abril de 1993 y que el procedimiento parlamentario no pudo llevarse a término como consecuencia de la disolución anticipada de la Asamblea Nacional con vistas a las elecciones legislativas convocadas para el 10 de octubre de 1993.

136. He de observar que el proyecto de ley fue comunicado a la Comisión el 1 de febrero de 1993, es decir, varios meses después de la expiración del plazo de dos meses establecido en los siete primeros dictámenes motivados enviados el 13 de julio de 1992.

137. Así pues, aun cuando el proyecto hubiera sido sometido a votación en el mes de febrero de 1993, no habría podido constituir un obstáculo para la declaración de un incumplimiento una vez finalizado el plazo fijado en los dictámenes motivados.

138. A mayor abundamiento, recuérdese que las circunstancias políticas internas no pueden justificar el incumplimiento por un Estado de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario. En particular, no cabe invocar retrasos en un procedimiento legislativo relacionados, por ejemplo, con la disolución de una asamblea parlamentaria. [44] Según la formulación tradicional de este Tribunal de Justicia, «[...] un

43 — La disposición constitucional, por lo demás, no parece haber supuesto ningún obstáculo para el Tribunal nacional que resolvió un litigio entre un músico y el Alcalde de Atenas [resolución invocada por el Gobierno helénico: véase la letra d) *infra*].

44 — Véanse, en particular, las sentencias de 5 de mayo de 1970, Comisión/Bélgica (77/69, Rec. p. 237), apartados 13 y 15; de 2 de marzo de 1982, Comisión/Italia (94/81, Rec. p. 739), apartados 4 y 5; de 18 de septiembre de 1984, Comisión/Italia (221/83, Rec. p. 3249), apartados 8 y 9, y de 27 de abril de 1988, Comisión/Italia (225/86, Rec. p. 2271), apartados 6 y 10.

Estado miembro no puede alegar disposiciones, usos o circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar la inobservancia de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario».

c) Decreto Presidencial nº 12/1992

139. En lo que atañe al sector de los transportes marítimos, el Gobierno demandado estima que el recurso ha quedado sin objeto después de la adopción del Decreto Presidencial nº 12/1992, antes citado, cuyo texto notificó a la Comisión el 18 de marzo de 1993.

140. Según el Gobierno demandado, el requisito de nacionalidad helénica fue suprimido por dicho Decreto en el sector de los transportes marítimos.

141. La Comisión señala que el Decreto Presidencial suprimió el requisito de nacionalidad para acceder a puestos de trabajo en «buques mercantes», con excepción de los puestos de capitán y de piloto (adjunto legal del capitán). La Comisión no está convencida de que la expresión «buques mercantes» englobe la totalidad de los transportes marítimos.

142. De la lectura del texto, y sin perjuicio de un estudio en profundidad del Derecho nacional en la materia, parece deducirse que el Decreto tiene un alcance general: el artículo 1 hace referencia «en particular», es decir, de modo no exhaustivo, al artículo 57 del Código de Derecho Marítimo Público, así como a otras disposiciones, y el apartado 2 del artículo 2 dispone que, en la legislación vigente en materia de empleo en la marina mercante helénica, debe entenderse que los términos «marinos griegos» o «nacionales» designan asimismo a los nacionales de los demás Estados miembros.

143. Este Tribunal de Justicia, sin embargo, no habrá de zanjar la cuestión planteada por los divergentes análisis de las partes.

144. En efecto, el Decreto Presidencial, de fecha 31 de diciembre de 1992, fue publicado en el Boletín Oficial de la República Helénica de 1 de febrero de 1993 y, con arreglo a su artículo 4, entró en vigor en esta última fecha. La modificación del Derecho nacional es, pues, posterior a la expiración del plazo establecido en el dictamen motivado.

145. Ahora bien, este Tribunal de Justicia ha declarado lo siguiente: [45]

«[...] debido a la importancia que el Tratado atribuye al recurso por incumplimiento que

45 — Sentencia de 10 de marzo de 1970, Comisión/Italia (7/69, Rec. p. 111), apartado 5.

la Comunidad puede interponer contra los Estados miembros, el artículo 169 ha rodeado este procedimiento de garantías cuya observancia es tanto más imperiosa cuanto que dicho recurso tiene como consecuencia la obligación que el artículo 171 impone a los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia; [...] por consiguiente, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse [...] sobre el incumplimiento consecutivo a una modificación legislativa producida durante el proceso sin menoscabar los derechos del Estado miembro a alegar sus medios de defensa basándose en una articulación de los motivos en el marco del procedimiento previsto en el artículo 169.»

146. En el presente litigio, incumbirá a la Comisión, en lo que atañe a los efectos del Decreto-Presidencial nº 12/1992, incoar eventualmente un nuevo procedimiento por incumplimiento, basado esta vez en el apartado 2 del artículo 171 del Tratado CE, y, en caso necesario, someter al Tribunal de Justicia el incumplimiento preciso que considere que deba ser sancionado. [46]

d) Resolución judicial nacional y resolución administrativa individual nacional

147. En su escrito de contestación, [47] la República Helénica afirmó en primer lugar, con respecto a los músicos empleados por organismos del Estado o por organismos municipales, que «[...] el órgano de selección competente no [podía] no tener en cuenta el hecho de que el puesto de trabajo [pertenecía] a la Administración pública [...]».

148. En lo que atañe al caso del músico de la orquesta filarmónica de Atenas, al que se refiere la Comisión en su demanda, [48] el Estado demandado subraya [49] que un órgano jurisdiccional de primera instancia, el Monomeles Protodikeio Athinon, mediante resolución nº 2228/1992:

— recordó expresamente que el concepto de Administración pública es un concepto de Derecho comunitario, definido en «las disposiciones de Derecho comunitario pertinentes, que han sido interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»,

— y llegó a la conclusión de que «[...] las normas del Derecho comunitario, en relación con las disposiciones de la legislación helénica, no se oponen a que el demandante, de nacionalidad extranjera, empleado como músico por el demandado y que en modo alguno participa en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado, sea contratado por tiempo indefinido [...]».

46 — Véase esa misma sentencia, apartado 6.

47 — Letra b) de la Parte A.

48 — Punto 8 de la Parte I A de la demanda. Véase también el punto 64 de estas conclusiones.

49 — Escrito de contestación a la demanda, punto 5 de la Parte B.

149. En su escrito de dúplica, [50] el Gobierno helénico mantiene que el recurso por incumplimiento ha quedado ya sin objeto, en la medida en que dicho asunto fue definitivamente resuelto en favor del músico interesado: la resolución nº 870, de 23 de febrero de 1995, adoptada por el Alcalde de Atenas, revocó la impugnada resolución anterior y convirtió el contrato del músico en un contrato por tiempo indefinido.

150. El motivo, desarrollado de este modo, me parece manifiestamente inoperante.

151. La resolución judicial nacional, dictada el 29 de mayo de 1992, es ciertamente anterior al dictamen motivado de 3 de marzo de 1993 relativo a los músicos. En cambio, la resolución administrativa del Alcalde de Atenas es posterior a la expiración del plazo previsto por dicho dictamen motivado.

152. Más importante: el que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia, extrayendo las consecuencias de la aplicabilidad directa del artículo 48 del Tratado, haya declarado en un asunto concreto que el acceso a un puesto de trabajo por tiempo indefinido no podía supeditarse a un requisito de nacionalidad, es un hecho que evidentemente no suprime, en relación con todos los ciudadanos comunitarios, la norma o la práctica nacional cuya aplicación era objeto de controversia.

50 — Punto 3 de la Parte B.

153. Por lo tanto, el referido hecho no hace que desaparezca el incumplimiento vinculado a dicha norma o a dicha práctica.

154. En efecto, según reiterada jurisprudencia: [51]

«[...] la primacía y el efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario no dispensan a los Estados miembros de la obligación de eliminar de su ordenamiento jurídico interno las disposiciones incompatibles con el Derecho comunitario; en efecto, su mantenimiento origina una situación de hecho ambigua, que coloca a los sujetos de derecho afectados en una situación de incertidumbre respecto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario.»

155. Al no estar fundado ninguno de los motivos invocados por la República Helénica, propongo a este Tribunal de Justicia que declare el incumplimiento, en los términos de mi conclusión final.

51 — Véase la sentencia de 24 de marzo de 1988, Comisión/Italia (104/86, Rec. p. 1799), apartado 12. En el mismo sentido, véanse las sentencias de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia (167/73, Rec. p. 359), apartado 41, y de 14 de julio de 1988, Comisión/Grecia (38/87, Rec. p. 4415), apartado 9.

Conclusión

156. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que decida lo siguiente:

1) Declarar que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 48 del Tratado CEE y de los artículos 1 y 7 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, al no limitarse a exigir a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros el requisito de nacionalidad helénica para el acceso a los puestos de trabajo que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas, en los sectores públicos de distribución de agua, gas y electricidad, en los servicios operativos de salud pública, en los sectores de la enseñanza pública, los transportes marítimos y aéreos, los ferrocarriles y los transportes públicos urbanos y regionales, en la investigación civil, correos, telecomunicaciones y radiotelevisión, así como en la opera Ethniki Lyriki Skini y en las orquestas municipales.

2) Condenar en costas a la República Helénica.