CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PHILIPPE LÉGER

presentadas el 5 de marzo de 1996 *

Indice

I. Marco jurídico del litigio ..... I - 3211

A. Las disposiciones comunitarias ..... I - 3211

B. La jurisprudencia comunitaria ..... I - 3212

C. La acción de la Comisión ..... I - 3215

D. El Derecho nacional controvertido ..... I - 3217

1) Enseñanza pública ..... I - 3217

2) Investigación civil ..... I - 3217

3) Salud pública ..... I - 3218

4) Sociedad nacional de ferrocarriles luxemburgueses ..... I - 3218

5) Servicio público de transportes urbanos e interurbanos ..... I - 3219

6) Correos y telecomunicaciones ..... I - 3219

7) Distribución de agua, gas y electricidad ..... I - 3219

II. Sobre la causa de inadmisión ..... I - 3220

III. Sobre la existencia de un incumplimiento ..... I - 3222

A. Las perspectivas de la jurisprudencia comunitaria ..... I - 3222

1) ¿Es precisa una modificación de la jurisprudencia? ..... I - 3223

2) ¿Ha consagrado la jurisprudencia el principio de un análisis empleo por empleo? ..... I - 3224

3) Los poderes públicos nacionales, ¿deben justificar la excepción *ab initio* en todos los sectores de su actividad, o debe distinguirse según los sectores? ..... I - 3226

a) Sobre la cuestión de una distinción según sectores de actividad ..... I - 3227

b) Sobre las grandes líneas de una distinción según sectores de actividad ..... I - 3231

* Lengua original: francés.

B. La aplicación de la elección efectuada ..... I - 3235

1) Análisis de los sectores de actividad a que se refiere la demanda de la Comisión ... I - 3235

2) Motivos que opone la parte demandada ..... I - 3236

a) Artículo 11 de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo de 17 de octubre de 1868 ..... I - 3236

b) Artículo 13 del Convenio Europeo de Establecimiento ..... I - 3237

c) Artículo 61 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux ..... I - 3239

d) Artículo 2 del Protocolo de 25 de marzo de 1957 relativo al Gran Ducado de Luxemburgo ..... I - 3243

IV. Sobre la petición de un plazo ..... I - 3245

1. En el marco de su recurso por incumplimiento interpuesto el 17 de diciembre de 1993, la Comisión solicita que este Tribunal de Justicia:

— Declare que el Gran Ducado de Luxemburgo 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 mantener la exigencia de un requisito de nacionalidad para el acceso a los puestos de funcionario o empleado público en los sectores públicos de investigación, enseñanza, salud, transportes terrestres y correos y telecomunicaciones, así como en los servicios de distribución de agua, gas y electricidad, en contra de los trabajadores nacionales de los demás Estados miembros.

— Condene en costas al Gran Ducado de Luxemburgo.

2. La parte demandada se opone con firmeza al recurso. Alega, en primer lugar, una causa de inadmisión, y, en cuanto al fondo, solicita que se desestime el recurso.

3. Creo que este recurso, al igual que los otros dos sobre los que ha de conocer este Tribunal de Justicia, [3] le colocan en la intersección de varias direcciones jurisprudencia-

1 — La demanda se refiere acertadamente al artículo 48 del Tratado *CEE* y no *CE*, ya que los dictámenes motivados son anteriores al 1 de noviembre de 1993, fecha de entrada en aplicación del Tratado de la Unión Europea, y puesto que la existencia de un incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 48 debe apreciarse, en principio, en el momento de dichos actos motivados. La diferencia de redacción es aquí únicamente formal, en la medida en que el artículo 48 no fue modificado. En cambio, una diferencia de este tipo podría tener consecuencias en cuanto al fondo si el texto a que se refiere la demanda hubiera sido modificado.

2 — DO L 257, p. 2; EE 05/01, p. 77).

3 — Véanse mis conclusiones separadas del día de hoy en los asuntos Comisión/Bélgica (C-173/94) y Comisión/Grecia (C-290/94).

les. Lo cual debería inducir a este Tribunal de Justicia, en el caso de que declare la admisibilidad del recurso, 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. En efecto, el Gran Ducado de Luxemburgo insta a este Tribunal de Justicia, en cuanto al fondo, a llevar a cabo una modificación completa de su jurisprudencia en lo que atañe a la definición del concepto de «Administración pública», al que se refiere dicha disposición, y, con carácter subsidiario, a excluir un análisis por sectores enteros en beneficio de un análisis puesto de trabajo por puesto de trabajo.

4. Voy a recordar primero el marco jurídico del litigio (I). A continuación examinaré la causa de inadmisión alegada por el Gran Ducado de Luxemburgo (II), para luego considerar si el recurso por incumplimiento está o no fundado (III). Por último, examinaré la petición de un plazo presentada por la parte demandada (IV).

I. Marco jurídico del litigio

5. 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 luxemburgués (D).

A. *Las disposiciones comunitarias*

6. Los apartados 1 a 3 del artículo 48 del Tratado consagran el principio de libre circulación de los trabajadores así como su corolario, 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.

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

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

8. 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.»

9. 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*

10. 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».

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

12. 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».

4 — Asunto 152/73, Rec. p. 153.

5 — Apartado 4.

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).

13. 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.»

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

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

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

17. 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».

8 — Asunto 149/79, Rec. p. 3881.

9 — Apartados 12 y 18.

10 — Apartado 10; el subrayado es mío.

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).

18. 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] Por lo tanto, no me parece fundada la afirmación del Gran Ducado de Luxemburgo según la cual los dos requisitos son alternativos con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia.

19. 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 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 [...]»

20. 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.

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.

— 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.

21. 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]

— 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*

22. 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]

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.*

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).

23. 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.

24. 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 radiotelediffusión);

— los servicios operativos de salud pública;

— la enseñanza en los centros de enseñanza públicos;

— la investigación civil en los establecimientos públicos.

25. 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 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.

26. 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.

27. 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.

28. En consecuencia, la Comisión decidió iniciar un procedimiento por incumplimiento

contra cada uno de esos tres Estados miembros, entre ellos el Gran Ducado de Luxemburgo. [25]

D. *El Derecho nacional controvertido*

29. Según consta en el expediente, se exige el requisito de nacionalidad luxemburguesa, en las condiciones que se resumen a continuación, para acceder a los puestos de trabajo en los sectores a que se refiere la demanda.

1) *Enseñanza pública*

30. Las enseñanzas pública preescolar, primaria, secundaria, secundaria técnica y superior constituyen una Administración que depende del Ministerio de Educación Nacional y, en lo que se refiere a las enseñanzas preescolar y primaria, también de las Administraciones municipales.

31. El personal de esta Administración en gran parte se compone de funcionarios y empleados del Estado o de los Municipios. En cuanto a los funcionarios y empleados del Estado, el requisito de nacionalidad luxemburguesa viene exigido, respectivamente, en el artículo 2 de la Ley de 16 de abril de 1979, por la que se establece el Estatuto General de los Funcionarios del Estado, y en el artículo 3 de la Ley de 27 de enero de 1972, por el que se establece el régimen de los empleados del Estado. En cuanto a los funcionarios y empleados municipales, dicho requisito viene exigido, respectivamente, en el artículo 2 de la Ley de 24 de diciembre de 1985, por la que se establece el Estatuto General de los Funcionarios Municipales, y en el artículo 3 del Reglamento Gran Ducal de 26 de mayo de 1975, por el que se dispone la asimilación del régimen de los empleados municipales al régimen de los empleados del Estado.

32. Como excepción, el artículo 4 de la Ley de 11 de febrero de 1974 prevé que el personal docente del Centro Universitario de Luxemburgo podrá ser de nacionalidad luxemburguesa o de nacionalidad extranjera.

33. Por otra parte, no se exige el requisito de nacionalidad para la contratación de empleados privados y obreros ocupados en la enseñanza pública luxemburguesa.

2) *Investigación civil*

34. El artículo 4 de la Ley de 9 de marzo de 1987 prevé que el Ministro competente podrá destinar a actividades de investigación y desarrollo, por una duración máxima de

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

dos años renovables dentro del límite de la duración de las tareas asignadas, a los miembros del personal científico, técnico y administrativo de los organismos, servicios y establecimientos públicos de enseñanza superior o universitaria que mediante Reglamento Gran Ducal estén autorizados a llevar a cabo tales actividades.

35. Con arreglo al artículo 5 de la misma Ley, los ciudadanos comunitarios podrán ser destinados a tareas de investigación y desarrollo en el marco de una beca de formación-investigación, en virtud de una comisión de servicios concedida por su empleador, o en el ámbito de una relación contractual de Derecho privado.

36. En el marco del mencionado artículo 4, las restricciones que sufren los nacionales de los demás Estados miembros son indirectas: estos nacionales sólo pueden acceder a una actividad de investigación en la medida en que, como excepción, el organismo, servicio o establecimiento público de enseñanza superior o universitaria que los emplee no exija el requisito de nacionalidad luxemburguesa.

3) *Salud pública*

37. Todos los servicios y establecimientos dependientes del Ministerio de Sanidad, es decir, la Dirección de Sanidad, la acción médico-socio-terapéutica, el Laboratorio Nacional de Salud, el hospital neuropsiquiátrico del Estado y las casas de socorro del Estado son Administraciones que se rigen por las mismas normas que los demás servicios estatales. El requisito de nacionalidad se exige en virtud de las disposiciones ya citadas del Estatuto General de los Funcionarios y Empleados del Estado.

38. El Centro Hospitalario de Luxemburgo es un establecimiento público gestionado en régimen de Derecho privado. Para formar parte de su personal no se exige el requisito de nacionalidad luxemburguesa.

39. En cambio, los establecimientos de salud dependientes de los municipios están sujetos al mismo régimen que los establecimientos estatales y, por consiguiente, en ellos también se aplica el requisito de nacionalidad.

4) *Sociedad nacional de ferrocarriles luxemburgueses (en lo sucesivo, «SNCFL»)*

40. La SNCFL es un organismo de Derecho público. El artículo 2 de su Estatuto de Personal exige el requisito de nacionalidad luxemburguesa para acceder a puestos de trabajo de plantilla. «Sin perjuicio de los casos previstos en los Convenios internacionales, tan sólo cabrán excepciones a esta norma en los supuestos en que no existan candidatos luxemburgueses idóneos, siendo necesaria

entonces la autorización del Gobierno [...]». El Gobierno luxemburgués precisa que lo mismo sucede en lo que atañe al acceso a los puestos de trabajo a los que no se aplica el Estatuto.

41. El convenio colectivo aplicable a los agentes auxiliares también exige el requisito de nacionalidad luxemburguesa.

5) *Servicio público de transportes urbanos e interurbanos*

42. Lo más frecuente es que sea realizado por las Administraciones municipales. Se exige, pues, la nacionalidad luxemburguesa para acceder a los puestos de funcionario o empleado público, con arreglo al artículo 2 de la Ley de 24 de diciembre de 1985 y al artículo 3 del Reglamento Gran Ducal de 26 de mayo de 1975, antes citados.

43. Con arreglo a estas normas, el Servicio de Autobuses de la Ciudad de Luxemburgo, por ejemplo, cuyo personal está integrado en su gran mayoría por funcionarios, exige el requisito de nacionalidad luxemburguesa para el acceso al empleo.

6) *Correos y telecomunicaciones*

44. La Administración de Correos y Telecomunicaciones fue transformada en «Empresa de Correos y Telecomunicaciones» mediante Ley de 10 de agosto de 1992.

45. No obstante, el artículo 24 de dicha Ley precisa que los agentes de la empresa se regirán por el Estatuto General de los Funcionarios y Empleados del Estado, de manera que, para poder acceder a los empleos, se exige el requisito de nacionalidad.

46. Los ciudadanos comunitarios únicamente pueden ser contratados con carácter de empleados privados o de obreros.

7) *Distribución de agua, gas y electricidad*

47. A nivel nacional, los servicios de distribución de agua, gas y electricidad los presta el Estado o empresas concesionarias, tales como la Sociedad Gran Ducal de Electricidad de Luxemburgo.

48. A nivel local, los servicios los prestan, bien los municipios, bien mancomunidades de municipios.

49. En general, se gestionan en régimen de Derecho público. De este modo, la nacionalidad luxemburguesa es obligatoria, en virtud

de las disposiciones ya citadas relativas a los funcionarios y empleados del Estado, así como de las relativas a los funcionarios y empleados municipales.

50. En cambio, cuando se gestionan en régimen de Derecho privado (por ejemplo, la Compañía Gran Ducal de Electricidad de Luxemburgo), no se exige, en principio, la nacionalidad luxemburguesa.

II. Sobre la causa de inadmisión

51. La parte demandada mantiene que la Comisión no le concedió un plazo razonable para atenerse a los dictámenes motivados emitidos el 14 de julio de 1992. Según ella, el plazo de cuatro meses acordado resultaba manifiestamente insuficiente para permitirle llevar a cabo las vastas reformas constitucionales, legislativas y reglamentarias necesarias al efecto.

52. En la sentencia de 2 de febrero de 1988, Comisión/Bélgica, [26] este Tribunal de Justicia recordó [27] «[...] que la finalidad del procedimiento precontencioso es dar al Estado miembro interesado la ocasión, por una parte, de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario y, por otra parte, de formular adecuadamente las alegaciones que, en su defensa, estime pertinentes frente a las imputaciones de la Comisión».

53. Y de ello dedujo el Tribunal de Justicia lo siguiente: [28]

«Este doble objetivo obliga a la Comisión a fijar un plazo razonable para que los Estados miembros puedan contestar a la carta de requerimiento y *atenerse al dictamen motivado o,* en su caso, *preparar su defensa. Para determinar si un plazo señalado es razonable, es preciso tener en cuenta todas las circunstancias que caracterizan la situación de que se trate.* Por tanto, *unos plazos muy cortos* pueden estar justificados en situaciones especiales, sobre todo [...] *cuando el Estado miembro interesado tenga pleno conocimiento del punto de vista de la Comisión mucho antes del comienzo del procedimiento.*»

54. A partir de la publicación de la citada Comunicación 88/C 72/02, que tuvo lugar el 18 de marzo de 1988, el Gran Ducado de Luxemburgo, lo mismo que todos los demás Estados miembros, estuvo informado de la posición de la Comisión sobre los límites de la excepción del apartado 4 del artículo 48 del Tratado en sectores como los que contempla la demanda. Así pues, tuvo pleno conocimiento de dicha posición cerca de tres años antes del envío de los seis escritos de requerimiento de 12 de marzo de 1991,

26 — Asunto 293/85, Rec. p. 305.
27 — Apartado 13.
28 — Apartado 14; el subrayado es mío.

remitidos con arreglo al artículo 169 del Tratado y que fijaban un plazo de seis meses para las observaciones del Estado destinatario.

55. Ya el 30 de octubre de 1990, al margen de todo procedimiento por incumplimiento, el Gran Ducado de Luxemburgo había comunicado a la Comisión sus observaciones en lo relativo a la acción emprendida.

56. De hecho, disfrutó de un plazo de casi catorce meses para formular su respuesta a los escritos de requerimiento.

57. En dicha respuesta, fechada el 4 de mayo de 1992, escribió lo siguiente:

«El Gobierno, después de analizar y examinar en detalle los argumentos invocados por la Comisión, ha decidido *mantener la posición que ya había comunicado a la Comisión con fecha de 30 de octubre de 1990.*

En efecto, el Gobierno estima que, en los sectores particulares a los que se refiere la acción de la Comisión, la libre circulación de los trabajadores ha sido ya ampliamente realizada en el momento presente.» [29]

29 — El subrayado es mío.

58. La «Definición de posición del Gobierno luxemburgués», documento muy motivado en anexo a dicha respuesta, llega a la siguiente conclusión:

«Todos los argumentos de hecho y de Derecho hasta aquí desarrollados mueven a Luxemburgo a no considerar la posibilidad, al menos de momento, de medidas particulares adicionales para promover la libre circulación de los trabajadores en el sector de la Administración pública.»

59. Transcurrieron diecisiete meses entre el envío de los dictámenes motivados y la presentación de la demanda para que se declarara el incumplimiento, el 17 de diciembre de 1993.

60. El plazo de cuatro meses concedido oficialmente por los dictámenes motivados no es un plazo «muy corto», en el sentido de la sentencia de 2 de febrero de 1988, Comisión/Bélgica, antes citada, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos. Supone el doble del plazo de dos meses que habitualmente concede la Comisión.

61. Para un análisis *a fortiori* de la sentencia de 2 de febrero de 1988, antes citada, debe admitirse que un Estado miembro no puede

mantener que la Comisión le ha concedido un plazo insuficiente, cuando lo cierto es que, por una parte, dicho plazo era superior a los habitualmente concedidos, y que, por otra parte, el Estado tuvo pleno conocimiento del punto de vista de la Institución cerca de tres años antes del comienzo del procedimiento.

62. Además, el Gran Ducado de Luxemburgo alega que el plazo de cuatro meses era inadecuado para permitirle llevar a cabo las vastas reformas necesarias, siendo así que había decidido no emprender reforma alguna, con excepción de una medida, limitada a los ferrocarriles, que afirmaba estar dispuesto a considerar y que habría podido adoptar dentro del plazo de cuatro meses.

63. El Gran Ducado de Luxemburgo no reprocha a la Comisión el haberle impedido preparar eficazmente su defensa, segunda finalidad de la fase administrativa previa y que justifica el requisito de un «plazo razonable». [30] Pues bien, debe indicarse que, incluso en este aspecto, el Estado demandado estuvo ampliamente en condiciones de preparar su defensa y que ésta pudo ejercerse normalmente.

64. A la vista de estas observaciones, considero que debe declararse la admisibilidad del recurso de la Comisión.

30 — Véase el punto 51 *supra*.

III. 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. El Gran Ducado de Luxemburgo solicita al Tribunal de Justicia, con carácter principal, que modifique por completo su jurisprudencia (1). Con carácter subsidiario, mantiene que dicha jurisprudencia excluye un razonamiento por sectores enteros y exige siempre un análisis puesto por puesto (2).

67. Mi opinión es que el Tribunal de Justicia no debe seguir a la parte demandada en ninguno de los dos puntos.

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) *¿Es precisa una modificación de la jurisprudencia?*

69. El Gran Ducado de Luxemburgo subraya que la concepción funcional del concepto de empleo en la Administración pública se consagró «[...] en detrimento de la concepción institucional, la cual, sin embargo, había sido propugnada por numerosos Estados miembros». [31] Y considerando que esa concepción funcional plantea problemas de aplicación: «El Gobierno luxemburgués solicita, por tanto, que se vuelva al texto del apartado 4 del artículo 48 y que se reconozca que los autores del Tratado quisieron efectivamente excluir de la libre circulación de los trabajadores "los empleos", es decir, el conjunto de empleos en la Administración pública y no sólo una parte de ellos». [32]

70. La premisa fundamental de la jurisprudencia actual de este Tribunal de Justicia reside en incluir el concepto de empleo en la Administración pública en el rango de los conceptos de Derecho comunitario.

71. Esta inclusión se efectuó en nombre de los principios de unidad y eficacia del Derecho comunitario, principios que, desde el comienzo de esta jurisdicción, no han dejado de guiar la interpretación de dicho Derecho y la construcción del ordenamiento jurídico comunitario.

72. Una modificación de la jurisprudencia supondría que el Tribunal de Justicia decidiera que el concepto de empleo en la Administración pública formaba parte del Derecho nacional. La libre circulación de los trabajadores quedaría excluida de todos los empleos en la Administración pública en el sentido que dieran a esta última expresión las disposiciones del ordenamiento jurídico interno. Se reconocería así a cada Estado el derecho, a través de una definición extensiva de la excepción, a restringir el ámbito de aplicación de los principios fundamentales de libre circulación y de igualdad de trato de los trabajadores, formulados en el artículo 48 del Tratado. Estos principios fundamentales se ejercerían en condiciones muy distintas de un Estado miembro a otro, e incluso, dentro de un mismo Estado, de una época a otra, en función de la concepción que tuvieran los

31 — Escrito de contestación, p. 12.

32 — *Ibidem*, p. 16.

poderes públicos del alcance de sus intervenciones. La calificación jurídica de la relación de empleo recobraría una importancia particular, a lo que este Tribunal de Justicia se opone desde la sentencia Sotgiu, antes citada. [33]

73. Es fácil imaginar hasta qué punto resultaría afectada la libre circulación de los trabajadores. Basta con recordar que, en cierto número de Estados miembros, varios millones de personas forman parte del sector público en sentido amplio.

74. Semejante paso atrás no dejaría de tener consecuencias para el propio ordenamiento jurídico comunitario.

75. Considero que el Tribunal de Justicia no debe darlo.

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

76. 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.

77. 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 26 de mayo de 1982, Comisión/Bélgica, antes citadas.

78. En la sentencia de 17 de diciembre de 1980, el Tribunal de Justicia precisó ciertamente lo siguiente: [34]

«[...] 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.»

79. El Tribunal de Justicia reprodujo estas consideraciones en la sentencia de 26 de mayo de 1982. [35]

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

33 — Apartado 5.

34 — Apartado 12.

35 — Apartado 7.

81. 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 [...]». [36] 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.

82. 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.

83. 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.

36 — Sentencia de 17 de diciembre de 1980, apartado 1; el subrayado es mío.

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

85. 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.

86. 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.

87. 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.

88. 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.

89. 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.

90. No comparto, pues, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que propone el Gran Ducado de Luxemburgo.

91. En el caso de autos, el incumplimiento que se imputa al Gran Ducado de Luxemburgo tiene distinto objeto que en los asuntos ya juzgados.

92. 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.

93. 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. Tal como han puesto de relieve los escritos de requerimiento, los dictámenes motivados y la demanda, el enfoque por sectores de la Comisión garantizaría «[...] a los Estados miembros la posibilidad de demostrar que, respecto a un puesto de trabajo concreto y contra toda previsión normal, existe una relación con las actividades específicas de la Administración pública».

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

94. Si bien no parece factible una modificación de la jurisprudencia y 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.

95. 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

96. Como antes recordé, [37] este Tribunal de Justicia ha consagrado una definición *funcional* de los empleos en la Administración pública.

97. 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.

98. 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.

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

100. 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.

101. 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.

37 — Apartado 16, y la correspondiente nota.

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

103. 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.

104. Obsérvese que, en la primera sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, [38] 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.*» [39]

105. 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 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.

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

107. 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.

108. Soy partidario de una solución en este sentido.

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

38 — Apartado 11.
39 — El subrayado es mío.

110. 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.

111. 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.

112. 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.

113. Examinemos sin rodeos la objeción que podría plantearse, según la cual no cabe, si no es de un modo artificioso, 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.

114. 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.

115. 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.

116. Lo hizo en dos sentencias de 21 de marzo de 1991, Delattre, [40] y Monteil y Samanni. [41]

117. 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. [42]

118. Para apreciar si estaba justificado el monopolio, este Tribunal de Justicia hizo una distinción entre dos tipos de mercancías, [43] a saber, entre los «medicamentos» y los demás productos, como los denominados de «parafarmacia».

119. 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», [44] «cabe *suponer* que [...] el monopolio [de los farmacéuticos] constituye una forma adaptada de protección de la salud pública», [45] 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 [...]». [46]

120. 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*». [47]

40 — Asunto C-369/88, Rec. p. I-1487.

41 — Asunto C-60/89, Rec. p. I-1547.

42 — 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.

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

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

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

46 — *Ibidem*.

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

121. 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.

122. 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

123. 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.

124. 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.

125. 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.

126. No puedo estar de acuerdo con la opinión de la parte demandada cuando afirma lo siguiente: [48]

«En sectores tan esenciales como la sanidad, la enseñanza, correos y telecomunicaciones,

48 — Escrito de contestación, p. 15.

distribución de agua y gas, y transportes públicos, el Estado necesita personas que se sientan totalmente solidarias y plenamente responsables con respecto a la comunidad nacional.»

127. En efecto, este Tribunal de Justicia ha asociado la «relación particular de solidaridad respecto al Estado así como la reciprocidad de derechos y obligaciones que son el fundamento del vínculo de nacionalidad» únicamente con aquellos 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». [49] Pues bien, la inmensa mayoría de los puestos de trabajo de los sectores de que se trata no responden a la definición de tales puestos de trabajo. Así pues, el requisito de nacionalidad sólo puede exigirse para los puestos de trabajo que se adapten a los criterios de dicha definición y no para el conjunto de cada sector.

128. En lo que atañe específicamente al sector de la enseñanza, este Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que dicha actividad no se adapta a los criterios de su definición de Administración pública, [50] en cuanto a la participación en el poder público y a la salvaguarda de los intereses generales. No puede presumirse, pues, que la totalidad del sector considerado esté incluida en la excepción del apartado 4 del artículo 48 del Tratado.

49 — Véase el punto 15 *supra*.

50 — Sentencias Lawrie-Blum (apartados 27 y 28), Allué y otros (apartado 7) y Bleis (apartados 6 y 7), antes citadas.

129. El Gran Ducado de Luxemburgo alega [51] que «[...] la nacionalidad luxemburguesa de los profesores es necesaria para asegurar la transmisión de los valores tradicionales y constituye para un pequeño país un requisito esencial para la salvaguardia de la identidad nacional».

130. Y añade:

«[...] es difícilmente concebible que un profesor de enseñanza primaria procedente del extranjero esté suficientemente familiarizado con el ambiente en el que los niños luxemburgueses pasan sus primeros años de vida, así como que conozca las costumbres nacionales, las canciones, los poemas y todos los demás elementos constitutivos de la psicología nacional que tienen influencia en este nivel de enseñanza.

Ni siquiera en la enseñanza secundaria puede el trabajo del enseñante ser considerado como una actividad económica en el marco de la cual se venda saber a cambio de una remuneración.

La transmisión de la cultura nacional se lleva a cabo también en ese nivel. No puede transmitirla válidamente alguien que ha pasado los primeros veinticinco o treinta años de su vida en otro país.

51 — Escrito de contestación, p. 9.

En el caso contrario de que haya pasado efectivamente lo esencial de su juventud en el país en el que quiere ser profesor, no tendrá dificultad alguna en naturalizarse. Si no puede dar este paso, ello prueba que no tiene, con respecto al país de acogida, un vínculo afectivo suficiente como para aspirar a formar a su juventud.»

131. Aun cuando la jurisprudencia recordada baste para descartar el motivo de la parte demandada, permítaseme aportar una aclaración que corrobora los argumentos invocados en su apoyo.

132. La libertad de circulación consagrada en el Tratado no concede ningún privilegio a los ciudadanos de los otros Estados miembros en relación con los nacionales de un Estado. Les permite tan sólo acceder a los puestos de trabajo existentes en dicho Estado con observancia estricta de la igualdad de trato que constituye su corolario. Les garantiza una igualdad de oportunidades, pero no una seguridad en el resultado. Los ciudadanos de los otros Estados miembros deben, al igual que los nacionales, reunir todos los requisitos exigidos para la selección, concretamente los relativos a formación, experiencia y conocimientos lingüísticos. [52]

133. En materia de enseñanza, la transmisión de los valores tradicionales de un país queda garantizada, en primer lugar, por la *determinación del contenido de los programas,* la cual es obra, en una amplia medida, de los poderes públicos, y no de los propios enseñantes.

134. Obsérvese que no todas las asignaturas impartidas constituyen vehículos de transmisión de los valores tradicionales. Por ejemplo, las disciplinas científicas y técnicas, la enseñanza de lenguas extranjeras, las disciplinas deportivas no tienen *a priori* tal función. Únicamente materias como la enseñanza de la lengua nacional, la literatura, la historia, la geografía o la instrucción cívica contribuyen indiscutiblemente a cultivar y a preservar la identidad nacional, siempre y cuando el contenido de los programas se articule a tal fin.

135. Así pues, en la enseñanza secundaria y en la superior, en donde los profesores están en principio especializados por materias, la preocupación del Gran Ducado de Luxemburgo sólo puede referirse a algunas asignaturas, pero no a todas. En la enseñanza preescolar y primaria, en donde el mismo maestro tiene la responsabilidad de lo esencial de las materias, esta preocupación puede ser efectivamente más amplia.

136. No obstante, sea cual sea el tipo de enseñanza, los nacionales de otros Estados miembros tan sólo podrán participar eficazmente en los procedimientos de selección si tienen un buen conocimiento de la asignatura o asignaturas a que se refieran los puestos de trabajo por cubrir, así como, en cualquier

52 — Sobre este último extremo, obsérvese que el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 1612/68 reserva la posibilidad de imponer «[...] condiciones relativas a los conocimientos lingüísticos exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir».

caso, de la lengua nacional [53] y/o de las otras lenguas necesarias para la enseñanza de una asignatura determinada.

137. En el supuesto de un Estado como el Gran Ducado de Luxemburgo, es poco verosímil, pues, que el nacional de otro Estado miembro que haya pasado su juventud y su escolaridad en su Estado de origen pueda estar en condiciones de competir con posibilidades de éxito en el procedimiento de selección de un maestro, puesto que no poseerá la lengua luxemburguesa ni habrá estudiado las asignaturas en las que se concentran los valores y la cultura propios al Estado de acogida. En la enseñanza secundaria y superior, lo mismo sucederá con respecto a los puestos de profesores encargados de tales asignaturas. En cualquier otra asignatura, el ciudadano no nacional podrá encontrarse asimismo con exigencias lingüísticas, siempre que el nivel de conocimiento requerido no sea desproporcionado en relación con el objetivo perseguido. [54]

138. En principio, tan sólo aquellos ciudadanos de otros Estados miembros que hayan pasado su juventud y su escolaridad en el Gran Ducado o que, cuando menos, hayan vivido allí varios años estarán en condiciones de competir por puestos de trabajo que se refieran a una o varias asignaturas vinculadas a los mismos. Podrá tratarse tan sólo de ciudadanos plenamente integrados en el país, que, al igual que los nacionales, tengan un conocimiento de la lengua nacional y de las otras dos lenguas practicadas en Luxemburgo. Ellos mismos se habrán impregnado, pues, de los valores y de la cultura de este país. En función de la asignatura impartida, no podrán sino contribuir personalmente a la transmisión de aquéllos, en ejecución de los programas establecidos por los poderes públicos competentes.

139. El hecho de permitirles acceder a puestos de trabajo en la enseñanza no supondrá, en definitiva, ninguna amenaza para la identidad nacional.

140. Pero, en cualquier caso, a los ciudadanos comunitarios que ejercitan una libertad fundamental reconocida por el Tratado y que cumplen todos los requisitos exigidos para acceder a un puesto de trabajo, no se les puede imponer, como sugiere la parte demandada, la obligación de adquirir la nacionalidad del Estado de acogida.

141. Semejante exigencia supondría nada menos que la negación de la libertad invocada.

53 — En el Gran Ducado de Luxemburgo, en virtud de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley relativa al régimen de lenguas, de 24 de febrero de 1984 (*Mémorial* A, 1984, p. 196), la lengua nacional es el luxemburgués; la lengua de la legislación, el francés, y las lenguas administrativas y judiciales, el francés, el alemán y el luxemburgués.

54 — Sentencia de 28 de noviembre de 1989, Groener (C-379/87, Rec. p. 3967), apartados 20 y 21.

B. *La aplicación de la elección efectuada*

142. A efectos de la aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, he propuesto a este Tribunal de Justicia que admita un análisis por sectores enteros de actividad del Estado o de las entidades públicas, en función de una distinción entre las actividades que forman parte de las actividades específicas de la Administración y las que están alejadas de ellas. En el asunto presente, procede ahora llevar a cabo, basándose en tal distinción, el análisis de 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 del Gran Ducado de Luxemburgo (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*

143. A la vista de los criterios de distinción que he expuesto, [55] los seis sectores de actividad controvertidos están alejados de las actividades específicas de la Administración pública.

144. 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.

145. Así pues, la tarea del Gran Ducado de Luxemburgo 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.

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

147. Mi descripción del Derecho positivo luxemburgués [56] 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.

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

55 — Puntos 124 y 125 *supra*.

56 — Puntos 30 y ss.

149. Por consiguiente, a la luz de mi interpretación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, es posible imputar al Gran Ducado de Luxemburgo 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 luxemburgués vigente no admite ninguna excepción al requisito de la nacionalidad.

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

2) *Motivos que opone la parte demandada*

151. El Gran Ducado de Luxemburgo invoca cuatro motivos en cuya virtud, a su juicio, debe desestimarse la demanda. El primero se basa en su Constitución, de 17 de octubre de 1868 (a). Los otros tres se basan en disposiciones que forman parte del ámbito de los Tratados, a saber, el artículo 13 del Convenio Europeo de Establecimiento de 13 de diciembre de 1955 [57] (b), el artículo 61 del Tratado de 3 de febrero de 1958 por el que se establece la Unión Económica del Benelux [58] (c), y el artículo 2 del Protocolo relativo al Gran Ducado de Luxemburgo, adoptado el 25 de marzo de 1957 y recogido como anexo en el Tratado CEE (d).

a) Artículo 11 de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo de 17 de octubre de 1868

152. El apartado 2 del artículo 11 de la Constitución luxemburguesa dispone lo siguiente:

«Los luxemburgueses son iguales ante la ley. Sólo ellos podrán acceder a los empleos civiles y militares, salvo las excepciones que se establezcan mediante una ley para casos particulares.»

153. La parte demandada cita esta disposición en concepto de los obstáculos jurídicos que invoca.

154. Pero añade que es consciente de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional de los Estados miembros.

155. Sobre este punto, pues, bastará con recordar que, según reiterada jurisprudencia, [59] la primacía del Derecho comunitario

57 — *Série des traités et conventions européens*, nº 19.

58 — *Moniteur belge* de 27 de octubre de 1960. Véase también *Codes Larcier*, tomo IV, edición 1995, p. 33.

59 — Auto de 22 de junio de 1965, San Michele/Alta Autoridad (9/65, Rec. 1967, pp. 1 y ss., especialmente pp. 35 y 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.

existe en relación con toda norma nacional, incluso de orden constitucional.

156. En consecuencia, el citado apartado 2 del artículo 11 no constituye ningún obstáculo para que se declare un incumplimiento.

157. En cualquier caso, cabe poner de relieve que no queda excluido el que la expresión «empleos civiles y militares», que utiliza el mencionado artículo, pueda interpretarse en un sentido plenamente compatible con la definición de Administración pública de este Tribunal de Justicia, en cuyo caso no resultaría necesaria una reforma constitucional en el ordenamiento jurídico interno.

b) Artículo 13 del Convenio Europeo de Establecimiento

158. El Convenio de Establecimiento, celebrado en el marco del Consejo de Europa, tiene por objeto la determinación de las normas comunes sobre el trato que ha de darse a los nacionales de cada uno de los Estados signatarios en el territorio de los demás.

159. A 1 de julio de 1995, el Convenio resultaba aplicable en diez Estados miembros, a saber, el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como en dos terceros Estados, a saber, el Reino de Noruega y la República Turca.

160. El artículo 13, invocado por la parte demandada, dispone, como excepción a la liberalización del ejercicio de actividades lucrativas prevista en los artículos 10 a 12, lo siguiente:

«Todas las Partes Contratantes podrán reservar a sus nacionales las funciones públicas y las actividades relacionadas con la seguridad o la defensa nacionales, o someter a requisitos especiales el ejercicio de las mismas por ciudadanos extranjeros.»

161. Plantea el problema de las relaciones entre el Tratado CEE y los convenios internacionales celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958 entre uno o varios Estados miembros y uno o varios terceros Estados.

162. Estas relaciones están reguladas en el párrafo primero del artículo 234 del Tratado:

«Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad a la entrada en vigor del presente Tratado, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.»

163. A partir de la sentencia de 27 de febrero de 1962, Comisión/Italia, [60] este Tribunal de Justicia interpreta dicho artículo de la siguiente manera:

«[...] los términos "derechos y obligaciones" del artículo 234 se refieren, en cuanto a los "derechos", a los derechos de los terceros Estados, y en cuanto a las "obligaciones", a las obligaciones de los Estados miembros; [...] en virtud de los principios del Derecho internacional, un Estado, cuando asume una nueva obligación contraria a los *derechos* que le reconocía un Tratado anterior, renuncia por ese mismo hecho a ejercitar esos derechos, en la medida que sea precisa para el cumplimiento de su nueva obligación.»

60 — Asunto 10/61, pp. 1 y ss., especialmente p. 22; el subrayado es mío. Véanse también las sentencias de 14 de octubre de 1980, Burgoa (812/79, Rec. p. 2787), apartados 8 y 9, y de 11 de marzo de 1986, Conegate (121/85, Rec. p. 1007), apartado 25.

164. De este modo, el artículo 234 permite que los Estados miembros cumplan las *obligaciones* asumidas con respecto a terceros Estados. En cambio, no permite que los Estados miembros eludan el cumplimiento de sus obligaciones con respecto a la Comunidad haciendo valer *derechos* derivados de un convenio internacional anterior.

165. El artículo 13 del Convenio de Establecimiento atribuye el *derecho,* consistente en una mera facultad, de reservar a los nacionales las «funciones públicas y las actividades relacionadas con la seguridad o la defensa nacionales».

166. Así pues, aun suponiendo que esta disposición deba interpretarse con mayor amplitud que el apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE, ninguno de los Estados miembros signatarios del Convenio de Establecimiento podrá oponerla para eludir la aplicación de sus obligaciones comunitarias.

167. Con independencia de la norma enunciada en el artículo 234 del Tratado, el artículo 13 del Convenio de Establecimiento debe relacionarse con el artículo 25 de ese mismo Convenio, a cuyo tenor:

«Las disposiciones del presente Convenio no afectarán a las disposiciones de las legislaciones nacionales, de los *Tratados, convenios o*

acuerdos bilaterales o multilaterales que estén o *vayan a estar vigentes, y en virtud de las cuales se acuerde un trato más favorable a los nacionales de una o de varias de las otras Partes Contratantes.*» [61]

168. Esta norma reservó expresamente la posibilidad de un trato posterior más favorable.

169. Pues bien, el apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE, tal como este Tribunal de Justicia lo interpreta estrictamente en favor de la libre circulación de los trabajadores, constituye una disposición más favorable.

170. Por consiguiente, el artículo 13 del Convenio de Establecimiento no puede constituir un obstáculo para su aplicación.

c) Artículo 61 del Tratado por el que se establece la Unión Económica del Benelux (en lo sucesivo, «Tratado Benelux»)

171. El Tratado Benelux, celebrado entre el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, estableció «[...] la Unión Económica contemplada en el convenio aduanero firmado en Londres el 5 de septiembre de 1944, precisado e interpretado con arreglo al Protocolo firmado en La Haya el 14 de marzo de 1947». [62]

172. El apartado 2 del artículo 2 añade lo siguiente:

«[Los nacionales de cada una de las Partes Contratantes] disfrutarán [en el territorio de las demás Partes Contratantes] del mismo trato que los nacionales en lo relativo a:

[...]

b) El ejercicio de actividades económicas y profesionales, incluida la prestación de servicios;

[...]»

61 — El subrayado es mío.

62 — Preámbulo del Tratado Benelux, reproducido en J. Karelle y F. de Kemmeter: «Le Benelux commenté», éditions Bruylant, 1961, p. 57.

173. No obstante, el apartado 1 del artículo 61 aporta una restricción a dicho principio:

«Como excepción a la letra b) del párrafo segundo del artículo 2 del presente Tratado, cada una de las Altas Partes Contratantes conserva el derecho de reservar a sus nacionales el ejercicio de las actividades económicas y profesionales siguientes:

a) las funciones, cargos o empleos públicos, incluidos los de notario, procurador de los tribunales y "huissier";
[...]»

174. El artículo 233 del Tratado CEE dispone lo siguiente:

«Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a la existencia y perfeccionamiento de las uniones regionales entre Bélgica y Luxemburgo, así como entre Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos, en la medida en que los objetivos de dichas uniones regionales no sean alcanzados mediante la aplicación del presente Tratado.»

175. Este artículo fue incluido en el Tratado CEE a petición expresa de los Gobiernos belga, luxemburgués y neerlandés, a fin de que se regulara la cuestión de las relaciones entre los Tratados CEE y Benelux, el segundo de los cuales estaba todavía en vías de negociación y debía sustituir al Convenio aduanero de 5 de septiembre de 1944, antes citado.

176. No se olvide que fueron los tres Estados del Benelux quienes tomaron la iniciativa de un nuevo impulso europeo con ocasión de la reunión en Mesina, los días 1 y 2 de junio de 1955, de los Ministros de Asuntos Exteriores de los seis Estados miembros de la CECA, presentando un memorándum al efecto. A raíz de dicho memorándum se decidió convocar la conferencia intergubernamental que habría de dar lugar a la firma de los Tratados de Roma, el 25 de marzo de 1957.

177. Pues bien, en 1955 la Unión del Benelux estaba ya particularmente desarrollada en el marco del Convenio aduanero de 1944. El Tratado Benelux, en realidad, codificó disposiciones ya aceptadas en instrumentos anteriores y estableció de golpe el mercado común del Benelux a un nivel de desarrollo que el Tratado CEE no habría de alcanzar sino diez o quince años después. [63]

63 — Véase baron Snoy y d'Oppuers: «Le Benelux dans la Communauté économique européenne», *Bulletin trimestriel Benelux*, 1959, nº 9, pp. 8, 9, párrafo segundo.

178. Así pues, en algunos sectores la Unión Económica del Benelux se encontraba más avanzada que la Comunidad Económica Europea.

179. Para los tres Estados del Benelux, «era importante obtener la garantía jurídica de que su obra común de integración podría continuarse en el marco de la nueva Comunidad y alcanzar dentro de ella su plenitud». [64]

180. El artículo 233 hacía referencia a «[...] la Unión del Benelux tanto en su forma [entonces existente] como en la forma que [habría de resultar] de la celebración y aplicación del Tratado de Unión, el cual [podía] ser considerado efectivamente como la prolongación y culminación de los acuerdos existentes». [65]

181. Los redactores del Tratado CEE estimaron «[...] que una integración regional en una zona más limitada [seguía siendo] posible dentro de la Comunidad Europea, siempre y cuando [estuviera] *más avanzada* en la realización de los objetivos económicos y sociales perseguidos». [66] Así pues, «la relación entre las dos Comunidades [no suponía] un paralelismo ni una sujeción del Benelux con respecto a la Comunidad Económica Europea, sino, por el contrario, una prioridad del Benelux sobre la Comunidad Económica Europea, en la medida en que el Benelux [precedía] a la Comunidad de los Seis en la vía de la integración.» [67]

182. El deseo de preservar la posibilidad de una evolución ulterior en el seno del Benelux explica finalmente por qué, en el artículo 233 del Tratado CEE, se optó por la expresión «*perfeccionamiento* de las uniones regionales». [68]

183. El Tribunal de Justicia consagró este análisis en la sentencia de 16 de mayo de 1984, Pakvries: [69]

«[El artículo 233 del Tratado] tiene por objeto evitar que la aplicación del Derecho comunitario produzca el efecto de desintegrar la unión regional entre [el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos] u obstaculizar su desarrollo. Dicha disposición permite, pues, a los tres Estados miembros de que se trata aplicar las normas vigentes en el marco de su Unión con preferencia sobre las normas de la Comunidad, *en la medida en que dicha Unión esté más adelantada en la implantación del mercado común.*»

64 — Rasquin, G.: «Considérations sur l'article 233 du traité CEE (La "clause Benelux")», *Revue trimestrielle Benelux*, 1982, nº 3, pp. 57, 59.

65 — J. Karelle y F. de Kemmeter, *op. cit.*, p. 58.

66 — *Ibidem*, p. 59; el subrayado es mío.

67 — *Ibidem.*

68 — El subrayado es mío.

69 — Asunto 105/83, Rec. p. 2101, apartado 11; el subrayado es mío.

184. La letra c) del artículo 3 del Tratado CEE hace referencia, en concepto de fines fundamentales de la Comunidad, a la supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas.

185. El artículo 1 del Tratado Benelux precisa que la Unión Económica implica *«la libre circulación de personas,* mercancías, capitales y servicios». [70]

186. La libre circulación de personas constituye, pues, un objetivo común a ambos Tratados.

187. La interpretación estricta de una excepción a dicha libertad, como es la excepción relativa al concepto de «Administración pública» a que se refiere el apartado 4 del artículo 48 del Tratado, se aproxima más al objetivo común perseguido que la interpretación amplia de los conceptos de «funciones, cargos o empleos públicos» que recoge el artículo 61 del Tratado Benelux.

188. Por consiguiente, la interpretación estricta de la excepción del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE debe aplicarse en las relaciones entre todos los Estados miembros, incluidos los tres Estados del Benelux.

70 — El subrayado es mío.

189. ¿Existe riesgo de contradicción entre la interpretación que pudiera hacerse de los conceptos de «funciones, cargos o empleos públicos» en el marco del régimen del Benelux y la interpretación que este Tribunal de Justicia hace del concepto de «Administración pública»?

190. No lo creo.

191. En el marco del Tratado Benelux, la interpretación de éste incumbe al Colegio arbitral, [71] en caso de que la controversia no se resuelva en el seno del Comité de Ministros (artículo 44 del Tratado Benelux).

192. El artículo 41 del Tratado Benelux dispone lo siguiente:

«El Colegio arbitral tiene como misión resolver los litigios que pudieran suscitarse entre las Altas Partes Contratantes en lo relativo a la aplicación del presente Tratado y de las disposiciones convencionales relativas a su objeto.»

71 — El Tribunal de Justicia del Benelux, creado por el Tratado de 31 de marzo de 1965, relativo a la constitución y al Estatuto de un Tribunal de Justicia del Benelux *(Codes Larcier,* tomo IV, edición 1995, p. 44), tiene, con arreglo al apartado 1 del artículo 6 y al apartado 1 del artículo 11 de dicho Tratado, competencia para conocer únicamente de las cuestiones de interpretación de las normas jurídicas designadas en virtud de su artículo 1, es decir, de las normas designadas bien mediante un convenio, bien mediante una decisión del Comité de Ministros.

193. Pudiera suscitarse un litigio entre los Estados del Benelux en lo relativo a la interpretación de los conceptos de «funciones, cargos o empleos públicos».

194. No obstante, en la medida en que la interpretación de tales conceptos pudiera afectar a la interpretación y aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CE, los Estados del Benelux habrían de observar, a mi juicio, lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 51 del Tratado Benelux, a cuyo tenor:

«[...] las Altas Partes Contratantes acuerdan someter los litigios que también afecten a la interpretación o aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea o del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, al Tribunal de Justicia creado por dichos Tratados. En la medida en que el Tribunal de Justicia se declare incompetente para resolver el litigio, será competente el Colegio arbitral previsto en el artículo 15 del presente Tratado.»

195. En virtud de este mecanismo de remisión del litigio al Tribunal de Justicia, es posible evitar cualquier riesgo de contradicción.

196. De las consideraciones precedentes resulta, pues, que el Gran Ducado de Luxemburgo no está fundado para invocar el artículo 61 del Tratado Benelux.

d) Artículo 2 del Protocolo de 25 de marzo de 1957 relativo al Gran Ducado de Luxemburgo

197. A tenor de dicho artículo:

«Al establecer los reglamentos previstos en el apartado 3 del artículo 48 del Tratado, relativo a la libre circulación de los trabajadores, la Comisión tendrá en cuenta, por lo que respecta al Gran Ducado de Luxemburgo, la situación demográfica especial de este país.»

198. El Gran Ducado de Luxemburgo estima que debe tenerse en cuenta su situación demográfica especial, en el marco de la aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado, a fin de preservar su identidad

nacional. La exigencia de la nacionalidad luxemburguesa es la condición *sine qua non* de esta preservación. [72]

199. El Estado demandado manifiesta su temor de que los nacionales de otros Estados miembros candidatos a un puesto de trabajo acaben siendo más numerosos que los nacionales del país.

200. Obsérvese de inmediato que el artículo 2 del Protocolo se refiere al Derecho derivado que adopte la Comisión en lo que atañe al derecho de los ciudadanos comunitarios a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ocupado en él un empleo.

201. Por lo tanto, no se aplica al Derecho primario que constituyen las disposiciones del propio Tratado y no afecta al acceso a los puestos de trabajo, tanto del sector público como del sector privado.

202. En cualquier caso, creo que el temor manifestado por el Gran Ducado de Luxemburgo no ha de concretarse en la realidad de los hechos.

203. Como ya puse de relieve en lo que atañe al sector específico de la enseñanza, [73] la libertad de circulación de las personas ofrece únicamente a los ciudadanos de los demás Estados miembros la posibilidad de aspirar a los puestos de trabajo ofrecidos en igualdad de oportunidades con los nacionales.

204. En los sectores de actividad objeto de controversia, el acceso a puestos de trabajo que implican por naturaleza contactos con el público puede estar sujeto a requisitos relativos al conocimiento de una, de dos o de las tres lenguas consagradas por el régimen lingüístico resultante de la Ley de 24 de febrero de 1984.

205. Los poderes públicos deben tan sólo abstenerse de imponer requisitos lingüísticos que no vengan «exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir», en el sentido del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 1612/68. [74]

206. En efecto, en la sentencia Groener, antes citada, [75] este Tribunal de Justicia subrayó con carácter general:

«El Tratado CEE no se opone a la adopción de una política enfocada hacia la defensa y

72 — Escrito de contestación, p. 20.

73 — Punto 132 *supra*.

74 — Véase la nota 52.

75 — Apartado 19.

promoción de la lengua de un Estado miembro [...] Ahora bien, la puesta en práctica de semejante política no debe menoscabar una libertad fundamental, como es el caso de la libre circulación de trabajadores. Por consiguiente, las exigencias derivadas de las medidas de ejecución de una política de este tipo no deben ser desproporcionadas, en ningún caso, en relación con el fin perseguido; y sus modalidades de aplicación no deben suponer discriminación alguna en detrimento de nacionales de otros Estados miembros.»

207. En mi opinión, por consiguiente, los requisitos lingüísticos a los que legítimamente puede supeditarse el acceso a numerosos puestos de trabajo en los sectores controvertidos con frecuencia sólo permitirán que sean los ciudadanos nacidos en Luxemburgo o establecidos desde mucho tiempo antes en dicho país quienes respondan a las ofertas de empleos o se presenten a los concursos organizados con vistas a la contratación.

208. Resulta muy difícil concebir que nacionales de los tres Estados limítrofes del Gran Ducado, establecidos en su Estado de origen, puedan venir a competir, súbita y masivamente, con los nacionales luxemburgueses en los procedimientos de selección destinados a cubrir los puestos de trabajo nuevos o vacantes cuya naturaleza pueda justificar requisitos lingüísticos.

209. En cualquier caso, opino que no se puede oponer a la parte demandante el artículo 2 del Protocolo mencionado anteriormente.

210. Al no resultar procedente ninguno de los motivos invocados por el Gran Ducado de Luxemburgo, propongo que este Tribunal de Justicia declare el incumplimiento, en los términos de mi conclusión final.

IV. Sobre la petición de un plazo

211. El Gran Ducado de Luxemburgo solicita que, en el supuesto de que se declare un incumplimiento, se le conceda un plazo largo para adaptarse a las exigencias comunitarias.

212. Alega que el principio de la nacionalidad de los funcionarios está profundamente anclado en su sistema administrativo y que una reforma sobre este punto le obligaría a efectuar reformas radicales, tanto en el ámbito constitucional como legislativo. [76]

76 — Escrito de contestación, p. 18.

213. Esta petición suscita la cuestión de las facultades de que dispone el Tribunal de Justicia cuando dicta una sentencia por incumplimiento.

214. El artículo 171 del Tratado se refiere únicamente a la declaración del incumplimiento.

215. El Juez comunitario o bien «reconoce» que un Estado miembro ha incumplido alguna de sus obligaciones comunitarias, o bien desestima el recurso.

216. Es seguro que no puede proceder *por sí* mismo a eliminar el incumplimiento ni ejercer la facultad de dictar órdenes conminatorias.

217. El artículo 171 dispone que el Estado «[...] estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia».

218. En su sentencia de 5 de noviembre de 1986, Comisión/Italia, [77] el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«Este artículo no especifica el plazo en el cual se deben adoptar las citadas medidas. En todo caso, la ejecución de una sentencia debe iniciarse *inmediatamente* y llevarse a buen término en el *plazo más breve posible [...]*»

219. Por lo demás, en dos sentencias de 10 de noviembre de 1981, Comisión/Italia, [78] este Tribunal de Justicia, en relación con una petición de que se ampliara el plazo concedido en el dictamen motivado, declaró lo siguiente:

«Sin perjuicio del control de la legalidad del dictamen motivado, las atribuciones del Tribunal de Justicia en el marco del artículo 169 del Tratado no incluyen la facultad de sustituir por otro el plazo fijado por la Comisión, con arreglo a ese mismo artículo 169, en dicho dictamen. Sin perjuicio del aludido control de legalidad, incumbe a la Comisión valorar si debe darse curso favorable a una petición en este sentido formulada por un Estado miembro.»

220. Considero que tampoco corresponde al Tribunal de Justicia, en la sentencia por incumplimiento, conceder al Estado, *in abstracto* y por anticipado, un plazo para la ejecución de dicha sentencia.

77 — Asunto 160/85, Rec. p. 3245, apartado 9; el subrayado es mío. Jurisprudencia reiterada: véanse, en particular, las sentencias de 12 de febrero de 1987, Comisión/Italia (69/86, Rec. p. 773), apartado 8; de 14 de enero de 1988, Comisión/Bélgica (asuntos acumulados 227/85 a 230/85, Rec. p. 1), apartado 11; de 13 de julio de 1988, Comisión/Francia (169/87, Rec. p. 4093), apartado 14; de 30 de enero de 1992, Comisión/Grecia (C-328/90, Rec. p. I-425), apartado 6, y de 23 de marzo de 1993, Comisión/Alemania (C-345/92, Rec. p. I-1115), apartado 6.

78 — Asuntos 28/81, Rec. p. 2577, apartado 6, y 29/81, Rec. p. 2585, apartado 6.

221. El seguimiento de la ejecución de la sentencia incumbe en primer lugar a la Comisión. Si esta estima que dicha ejecución no se ha llevado a cabo dentro del plazo necesario a tal efecto, se verá obligada a incoar un nuevo procedimiento por incumplimiento, en cuyo marco fijará un plazo para la respuesta a su requerimiento, y después, sobre todo, establecerá en su dictamen motivado un plazo para regularizar la situación.

222. El Tribunal de Justicia tan sólo podrá examinar la situación *a posteriori*, en función de las circunstancias del caso, cuando haya de apreciar si se ha producido un nuevo incumplimiento.

223. Por lo tanto, no debe darse curso favorable a la petición de un plazo presentada por el Gran Ducado de Luxemburgo.

Conclusión

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

1) Declarar que el Gran Ducado de Luxemburgo 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 luxemburguesa para el acceso a los puestos de funcionario y de empleado público 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 investigación, enseñanza, salud, transportes terrestres y correos y telecomunicaciones, así como en los servicios de distribución de agua, gas y electricidad.

2) Condenar en costas al Gran Ducado de Luxemburgo.