

EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS A LOS PUESTOS DE TRABAJO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Por
JAVIER GUILLÉN CARAMÉS
y
JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INTERPRETACIÓN ESTRICTA DEL ARTÍCULO 48.4 TCE.—III. LA ELABORACIÓN DE UN CONCEPTO COMUNITARIO DE «ADMINISTRACIÓN PÚBLICA» A EFECTOS DEL ARTÍCULO 48.4 TCE: 1. *La elección de una definición funcional en detrimento de una definición orgánica*. 2. *Criterios admitidos por el Tribunal de Justicia para sustraer puestos de trabajo en la Administración Pública a la libre circulación de trabajadores*: a) Actividades típicas de la Administración Pública. b) Participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas. c) Participación, directa o indirecta, en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.—IV. CONSECUENCIAS DE ESTA JURISPRUDENCIA: REFORMAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS Y ACCIÓN DE LA COMISIÓN: 1. *Reformas en los Estados miembros*. 2. *La acción de la Comisión*.—V. LA CONSAGRACIÓN JURISPRUDENCIAL DE UN ANÁLISIS POR SECTORES DE ACTIVIDAD EN DETRIMENTO DE UN ENFOQUE POR PUESTOS DE TRABAJO Y SUS CONSECUENCIAS: 1. *Enfoque por puestos de trabajo*. 2. *La determinación por sectores de actividad*.—VI. REFORMAS EN EL DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA: 1. *Administración General del Estado*. 2. *Administración autonómica y local*.—VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Las primeras tensiones entre el Derecho Comunitario y las funciones públicas nacionales se remontan a la afirmación en el Tratado de Roma de la libre circulación de trabajadores, tal y como aparecía definida en el artículo 48 (1), y que implicaba la igualdad de trato entre los ciudadanos comunitarios y nacionales en materia de acceso al empleo y de condiciones laborales. No obstante, los posibles conflictos pretendieron ser evitados mediante la inclusión de un cuarto punto en el artículo 48 que excluía la aplicación de dicho artículo «a los empleos en la administración pública».

Los problemas comenzaron cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dio al concepto «Administración Pública» un carácter comunitario (2), sustrayendo la delimitación de lo que debía entender-

(1) A raíz de las operaciones de simplificación llevadas a cabo por el Tratado de Amsterdam, cuando éste entre en vigor, el artículo 48 pasará a ser el artículo 39.

(2) Cfr. J. CURRALL, *La Communauté et les fonctions publiques nationales (l'article 48.4 du Traité CEE)*, en «RFAP», núm. 48, oct.-dec. 1988, pág. 573; R. ALONSO GARCÍA, *¿Inconsti-*

se por «Administración Pública» a los Estados miembros, y ello con objeto de alcanzar una uniformidad en la interpretación del Derecho Comunitario y en la aplicación de la libertad de circulación de los trabajadores.

Comenzó el Tribunal de Justicia interpretando de una forma estricta la excepción que establecía el artículo 48.4 del Tratado. Pero, consciente de lo limitado de esta medida para la operatividad de la libre circulación de trabajadores, procedió a la elaboración de un concepto comunitario de «Administración Pública» a los solos efectos de dicho artículo, optando por una definición funcional que incluyera en aquél exclusivamente las actividades típicas de la Administración Pública, caracterizadas por una participación, directa o indirecta, bien en el ejercicio de potestades públicas, bien en funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.

Por último, recientemente, el Tribunal de Justicia ha tenido por vez primera la oportunidad de especificar —en tres sentencias dictadas el 3 de julio de 1996 en los asuntos *Comisión v. Bélgica* (C-173/94), *Comisión v. Grecia* (C-290/94) y *Comisión v. Luxemburgo* (C-473/93)— la forma de realizar la apertura de las Funciones Públicas de los Estados miembros a los ciudadanos comunitarios, a saber, mediante una aproximación por sectores de actividad, en detrimento de una perspectiva centrada en los puestos de trabajo específicos a los que aquéllos tendrían acceso.

II. INTERPRETACIÓN ESTRICTA DEL ARTÍCULO 48.4 TCE

El primer paso lo dio el Tribunal de Justicia en el asunto *Sotgiu* (3), donde abogó por una *interpretación estricta* —avalada por las reglas de interpretación tanto del Derecho Comunitario (4) como del Derecho Internacional (5)— de la expresión «empleos en la administración pública», lo que implicaba, por un lado, una opción explícita sobre la indiferencia de la naturaleza jurídica del vínculo que une al empleado público con la Adminis-

tucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública por los ciudadanos comunitarios, en «REDA», 76, pág. 603; J. M. GÓMEZ MUÑOZ, *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, CES (Colección Estudios), 1996, págs. 179 y ss.

(3) *Sotgiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, pág. 153.

(4) El Tribunal de Justicia ha consagrado como regla tradicional y general de interpretación del Derecho Comunitario el que las disposiciones derogatorias deben ser entendidas en un sentido restrictivo, especialmente si afectan a una libertad fundamental: *Mari-mex*, 14 diciembre 1972 (29/72), *Rec.* 1972, pág. 1309; *Reyners*, 21 abril 1974 (2/74), *Rec.* 1974, pág. 631; *Van Duyn*, 4 diciembre 1974 (41/74), *Rec.* 1974, pág. 1350; *Kaufhof v. Comisión*, 8 abril 1976 (29/75), *Rec.* 1976, pág. 431.

(5) «La interpretación estricta preconizada por el Tribunal de Justicia es conforme a la doctrina y a la jurisprudencia de Derecho Internacional según las cuales hay que admitir que cuando un Tratado internacional (y al respecto el Tratado CEE no es una excepción) contiene un artículo que introduce una excepción a una disposición general del mismo Tratado, esa excepción debe ser interpretada de forma restrictiva, y ello para evitar que una interpretación amplia de la excepción vacíe al Tratado de su contenido.» M. JAEGER, *La notion d'«emplois dans l'Administration Publique» au sens de l'article 48, paragraphe 4, du Traité CEE, à travers la jurisprudence de la Cour*, en «Rivista di Diritto Europeo», 1990, pág. 790.

tración y, por otro, una opción implícita sobre una determinada concepción de la Función Pública.

a) En primer lugar, es indiferente la naturaleza jurídica del vínculo que une al empleado público con la Administración, sin que sea posible establecer una identificación entre «trabajador» y relación contractual, por una parte, y «funcionario» y relación estatutaria, por otra. De este modo, aunque el artículo 48 se refiere expresamente a los trabajadores, el Tribunal de Justicia hace una «interpretación extensiva» de este concepto para incluir en él también a los funcionarios o empleados públicos cuyo régimen jurídico está regulado por el Derecho Público: «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» (6); y ello porque, en aras de la interpretación uniforme del Derecho Comunitario —origen y explicación de casi toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia—, «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» (7).

Años más tarde, el Tribunal de Justicia precisaría esta premisa de que los empleados en la Administración Pública del artículo 48.4 TCE son también «trabajadores» en el sentido del artículo 48 TCE: «la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona presta servicios que tienen un valor económico cierto en favor de otra persona y bajo dirección de ésta, en contrapartida de los cuales recibe una remuneración. El ámbito en el que se realizan dichas prestaciones y la índole del vínculo jurídico que une al trabajador con el empresario carecen de interés para la aplicación del artículo 48 del Tratado» (8).

b) En segundo lugar, y como consecuencia de la interpretación estricta del artículo 48.4 TCE, no puede 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 promociones o de traslados, el nuevo empleo al que el agente podría acceder pudiera implicar funciones y responsabilidades propias de la Administración.

Esta interpretación supone una opción implícita por un sistema de Función Pública de carácter abierto, sistema que se caracteriza por el hecho de que la organización y estructuración del personal no se hace en atención a un conjunto de puestos de trabajo o de empleados (cuerpos o categorías), sino en consideración exclusivamente del individual puesto de trabajo. La Administración no es sino una yuxtaposición de puestos de trabajo. Así, el reclutamiento o selección de funcionarios en tales sistemas es

(6) *Sotgiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, n. 5.

(7) *Ibidem*.

(8) *Lawrie-Blum*, 3 julio 1986 (66/85), *Rec.* 1986, pág. 2121.

la operación por la cual se provee un específico puesto de trabajo, mientras que en los sistemas de Función Pública cerrada, organizados en cuerpos, la selección es la operación por la que se ingresa en el cuerpo.

De ahí que la interpretación del Tribunal de Justicia, realizada en función de los puestos de trabajo individualmente considerados, supusiera la introducción de distorsiones en regímenes de Función Pública como el francés. En efecto, desde el punto de vista del modelo estatutario, lo que se consideran son los cuerpos y las funciones que a ellos se encomiendan; si un cuerpo de funcionarios desempeña funciones de autoridad pública o que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado, la solución que ofrece tal modelo es negar el acceso al cuerpo pues, una vez ingresado en él, el régimen legal puede otorgar el derecho de promoción a un determinado puesto de trabajo que suponga el ejercicio de potestades públicas o que afecte a la salvaguardia de los intereses generales del Estado, pero el hecho de no ser un ciudadano del Estado en cuestión se lo impediría, frustrando de esta manera las posibilidades de carrera de los funcionarios (9). Estas distorsiones no sólo afectan a los derechos subjetivos de los funcionarios (promoción), sino que también pueden cercenar las posibilidades de gestión de la Función Pública (traslados) al incluir en el seno de un cuerpo a personal no apto para ocupar determinados puestos de trabajo.

III. LA ELABORACIÓN DE UN CONCEPTO COMUNITARIO DE «ADMINISTRACIÓN PÚBLICA» A EFECTOS DEL ARTÍCULO 48.4 TCE

Sobre la base de esta interpretación estricta, el Tribunal de Justicia comprendió que, para asegurar la interpretación y aplicación uniformes del artículo 48 TCE, era preciso dar un contenido comunitario a la excepción a la libre circulación de trabajadores que establecía el concepto de «Administración Pública» de su apartado 4. De esta forma, procedió a incluir el concepto de «Administración Pública» en el conjunto de los *concepts comunitarios* que el Tribunal de Justicia ha ido elaborando en su jurisprudencia «en nombre de los principios de unidad y eficacia del Derecho comunitario, principios que —como recuerda el Abogado General LEGER—, desde el comienzo de esta jurisdicción, no han dejado de guiar la interpretación de dicho Derecho y la construcción del Ordenamiento jurídico comunitario» (10).

A partir de este momento, el concepto de «Administración Pública» a

(9) A.-M. LE BOS, *Droit Communautaire et Droit Administratif Français*, en «Revue Européenne de Droit Public», vol. 3, núm. 2, 1991, pág. 385: «Las exigencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas son difíciles de conciliar con el sistema de carrera sobre el que reposa la Función Pública francesa. Un funcionario extranjero no podrá, por tanto, por efecto de promociones sucesivas, acceder a un empleo de autoridad si no ha adquirido, mientras tanto, la nacionalidad francesa.»

(10) Conclusiones del Abogado General LEGER en el asunto *Comisión v. Luxemburgo*, 2 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, pág. 1-3223, n. 71.

efectos del artículo 48.4 TCE dejaba de estar definido por los Derechos nacionales de los Estados miembros. Y ello porque, si fuera un concepto de Derecho nacional, «la libre circulación de los trabajadores quedaría excluida de todos los empleos de 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 poderes públicos del alcance de sus intervenciones. La calificación jurídica de la relación de empleo recobraría una importancia particular» (11).

No obstante ser un concepto comunitario, la definición ha quedado en manos de las autoridades competentes de los Estados miembros, si bien éstos tienen que seguir los criterios elaborados por el Tribunal de Justicia a la hora de determinar lo que debe entenderse por «empleos en la Administración Pública» en el sentido del artículo 48.4 del TCE.

1. *La elección de una definición funcional en detrimento de una definición orgánica*

La aproximación funcional se opone a la concepción institucional u orgánica, según la cual la Administración Pública es una entidad, una institución. «Son, por tanto, empleos en la administración pública todos los empleos que dependen de esta institución» (12). De ahí que se considere que «la institución, junto con su personal, es un todo indivisible. Uno no puede plantearse, a efectos del acceso de no nacionales en condiciones de igualdad con los nacionales, si un determinado puesto dentro de la institución es o no central para los intereses del Estado: la cuestión es si la institución lo es» (13). La concepción funcional, en cambio, atiende únicamente a la naturaleza de las funciones ejercidas, la cual condiciona la calificación del empleo en la Administración Pública.

La concepción institucional había sido la sostenida por los gobiernos alemán e inglés (*Sotgiu*, 152/73), francés y belga (*Comisión v. Bélgica*, 149/79) e italiano (*Comisión v. Francia*, 307/84), lo cual es comprensible si se tiene en cuenta que, si bien la noción «Administración Pública» sería una noción comunitaria, su contenido equivaldría al conjunto de Adminis-

(11) Conclusiones del Abogado General LEGER en el asunto *Comisión v. Luxemburgo*, 2 julio 1996 (C-473/93), n. 72.

(12) L. DUBOIS, *La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 48.4 traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics*, en «RFDA», 6 (3), 1987, pág. 951.

(13) J. HANDOLL, *Article 48(4) EEC and No-National Access to Public Employment*, en «ELRev.», 13, 1988, pág. 228.

traciones Públicas (central, regional, local e institucional) que los Estados miembros libremente definieran. Además, como dice JAEGER, los gobiernos habrían defendido este criterio institucional «a fin de evitar que se elaborase una noción de Administración Pública vía jurisprudencial más bien que a través de las instancias políticas —nacionales o comunitarias— que aquéllos habrían podido influir» (14).

Ante esta alternativa, el Abogado General MAYRAS entendió que no podía determinarse lo que era la Administración Pública a la que hacía alusión el artículo 48.4 TCE ni por referencia a la cualidad del empleador ni al tipo de vínculo jurídico (estatutario o contractual) existente entre el titular del empleo y la Administración de la que depende, siendo preciso acudir a «criterios materiales derivados de las atribuciones que implica el puesto de trabajo ocupado en la Administración y de las actividades realmente ejercidas por el titular del empleo» (15). Para el Tribunal de Justicia, por su parte, «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» (16).

La adopción de una concepción funcional tiene repercusión no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista práctico, pues sistemas de Función Pública como el francés han abandonado el enfoque funcional en los pocos ámbitos en los que lo aplicaban a la hora de estructurar y organizar el personal que trabaja en las Administraciones Públicas. En este último sentido, es sumamente significativo el hecho de que el Tribunal de Conflictos francés haya desechado en 1996 —después de más de cuarenta años— la utilización de una concepción funcional en favor de una concepción orgánica para dirimir la situación de los agentes de los servicios públicos administrativos. En efecto, desde la jurisprudencia *Vingtain-Affortit*, de 1954, los Tribunales se habían entregado a la titánica labor de dilucidar, según que las funciones desarrolladas por el puesto de trabajo concurren a la ejecución misma del servicio público administrativo, si la situación de cada agente era de Derecho Público o de Derecho Privado. Esta interpretación funcional daba lugar a soluciones esquizofrénicas al considerar, por ejemplo, que una persona, con el mismo contrato, había sido agente de Derecho Público unos años, para dejar de serlo posteriormente —e incluso haber sido agente de Derecho Público por las mañanas y agente de Derecho Privado por las tardes (17)—. Finalmente, el Tri-

(14) M. JAEGER, *op. cit.*, pág. 792.

(15) *Sotgiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, pág. 153.

(16) *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, pág. 3881, n. 11.

(17) *Tribunal des Conflits*, 29 de junio de 1987, *arrêt Bungener*, *Recueil Lebon*, pág. 451.

bunal de Conflictos abandona el criterio funcional como principio estructurador de la Función Pública en este ámbito, para considerar que «el personal no estatutario que trabaja por cuenta de un servicio público de carácter administrativo son agentes contractuales de Derecho Público, independientemente de su puesto de trabajo» (18). Así pues, asunción de un criterio orgánico que evidencia las dificultades prácticas de organizar la Función Pública en función de las atribuciones de cada puesto de trabajo. Lo cual supone, asimismo, una seria advertencia al modo de trabajar del Tribunal de Justicia, quien, desde su Olimpo del Kirchberg, no se puede considerar desvinculado de las consecuencias prácticas de su jurisprudencia; ciertamente, la eficacia del Derecho Comunitario parece imponer una concepción funcional de la Administración Pública a efectos de la libre circulación de trabajadores, pero el Tribunal de Justicia no podrá prescindir —en los casos concretos que se le planteen vía cuestión prejudicial— de las dificultades prácticas que la aplicación concreta de su jurisprudencia suscitará en numerosos casos.

2. *Criterios admitidos por el Tribunal de Justicia para sustraer puestos de trabajo en la Administración Pública a la libre circulación de trabajadores*

Como apuntábamos anteriormente, el hecho de que el concepto de Administración Pública del artículo 48.4 TCE haya devenido, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un *concepto comunitario*, ello no significa que la determinación del mismo —esto es, la determinación de los puestos de trabajo que quedan excluidos de la libre circulación de trabajadores— venga realizada por las autoridades comunitarias. Dicha competencia, en cambio, permanece atribuida a los Estados miembros, que, no obstante, deberán tener en cuenta los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia para considerar que un puesto de trabajo en la Administración Pública está sustraído a la libre circulación de trabajadores.

Los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia no dejan de constituir un mínimo irreductible, esto es, lo único que los Estados miembros pueden alegar que es Administración Pública para impedir la libre circulación de trabajadores, pero ello no impide que cada Estado miembro lleve el concepto de Administración Pública hasta donde quiera, diciendo que es Administración Pública lo que no lo es o —lo que hoy en día es más frecuente por el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo— que no es Administración Pública lo que en realidad lo es (19). Lo importante para el Derecho Comunitario es que ese mínimo será lo único que el Tri-

(18) *Tribunal des Conflicts*, 25 marzo 1996, *arrêt Berkani*.

(19) Lo mismo es aplicable a otros sectores del Ordenamiento comunitario en los que también se hace uso de la noción «Administración Pública» y que habrá que interpretar conforme a los criterios específicos de cada sector; es el caso de la normativa sobre contratos o en lo referente a la aplicación de la VI Directiva sobre el IVA.

bunal de Justicia permitirá oponer a la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Administración Pública.

Como puede observarse, el Tribunal de Justicia no ha sustraído a los Estados miembros la facultad de definir qué debe entenderse por Administración Pública en sus Ordenamientos. En efecto, al Derecho Comunitario le es indiferente el modo en el que el Estado, en el ejercicio de su soberanía, organiza su aparato administrativo, así como las actividades que, en el sector económico, asume como propias, y que de otro modo quedarían exclusivamente en manos de la iniciativa privada (20). Esto es efectivamente así en la medida en que no constituya un obstáculo a uno de los fines del Tratado. De ahí que la noción comunitaria «Administración Pública» únicamente lo sea a efectos del artículo 48.4 TCE, y ello con el objetivo exclusivo de asegurar la efectividad de la normativa comunitaria y evitar que ésta quede vaciada de contenido en el ámbito específico de la libre circulación de trabajadores (21). Todo ello viene confirmado por el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 3B TCE («Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado»), implícito en alguno de los pronunciamientos del Tribunal (22). El Tribunal de Justicia controlará en cada caso que la calificación por los Estados miembros de «empleo en la Administración Pública» no suponga un fraude al Derecho Comunitario a los solos efectos de excluir la aplicación del Ordenamiento jurídico comunitario.

De ahí que LEMOYNE DE FORGES se pregunte «si el Tribunal de Justicia no tiene una concepción finalista de la Función Pública: según el objeto de reglamentación comunitaria en cuestión, se limitará al mero criterio orgánico (en la práctica, para la aplicación del principio de igualdad), o bien recurrirá al criterio funcional (en la práctica, para la aplicación del principio de libre circulación)» (23).

Tres son los criterios configurados por el Tribunal de Justicia para determinar los empleos o puestos de trabajo que forman parte del concepto de Administración Pública a efectos del artículo 48.4 TCE y que suponen «por parte de sus titulares la existencia de una relación particular de soli-

(20) Así, «el hecho de que los poderes públicos asuman frecuentemente "responsabilidades de carácter económico o social o participen en actividades que no son asimilables a las funciones típicas de la Administración pública" apenas presenta interés en el ámbito de la definición del concepto de Función Pública en el Derecho belga, incluso si desempeña un papel fundamental a nivel de Derecho europeo, no pudiendo invocarse la excepción del artículo 48.4 respecto al personal de los organismos en cuestión e incluyéndose su actividad en el ámbito de aplicación del Tratado». P. LEWALLE, M. HERBIET, C. DRESSEN y P. COUMONT, *Le concept de fonction publique en Droit belge. Essai de définition*, en «Administration Publique», 1997 (1), pág. 44.

(21) Cfr. A. SCIORTINO, *Qualche osservazione sulla nozione di Pubblica Amministrazione nell'Ordinamento comunitario (art. 48, par. 4, trattato CEE)*, en «Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario», 1994, núm. 2, pág. 390.

(22) A una excepción a la libre circulación de trabajadores «no le puede ser atribuida un alcance más amplio del conectado a la consecución de su fin específico». *Sotgiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, pág. 153.

(23) J.-M. LEMOYNE DE FORGES, *Fonctions publiques nationales et Union Européenne*, en «Administration Publique», 1997 (1), pág. 85.

daridad respecto al Estado así como la reciprocidad de derechos y obligaciones que son el fundamento del vínculo de nacionalidad» (24). En primer lugar, y de forma general, deberá tratarse de actividades específicas de la Administración Pública. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia exige la presencia de dos requisitos con carácter acumulativo (25) para delimitar, de forma específica en cada caso concreto, lo que debe entenderse por puesto de trabajo en la Administración Pública (26): por un lado, los puestos de trabajo que impliquen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas y, por otro, aquellos que supongan una participación en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.

a) *Actividades típicas de la Administración Pública.*

La determinación del campo de aplicación del apartado 4 del artículo 48 necesitaba, en una primera aproximación, solventar las dificultades derivadas del hecho de que, a lo largo de este siglo, en los diferentes Estados miembros la autoridad pública haya asumido responsabilidades de carácter económico y social, o de que participe en actividades que no son asimilables a las funciones típicas de la Administración Pública, pero que dependen, en cambio, por razón de su naturaleza, del ámbito de aplicación del Tratado. En tales condiciones, el hecho de extender la excepción prevista en el artículo 48.4 a empleos que, pese a depender del Estado o de otros organismos de Derecho Público, no implican ninguna participación en tareas que dependan de la Administración Pública propiamente dicha, tendría por consecuencia sustraer la aplicación de los principios del Trata-

(24) *Bleis*, 27 noviembre 1991 (C-4/91), *Rec.* 1991, pág. I-5627, n. 6.

(25) En la sentencia *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, pág. 3887, el Tribunal de Justicia reforzó, por primera vez, el carácter restrictivo de la excepción del artículo 48.4 TCE con 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 salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas. Sin embargo, en *Comisión v. Italia*, 16 junio 1987 (225/85), *Rec.* 1987, pág. 2625, n. 9, sustituyó la conjunción «y» por la conjunción «o». «No obstante —como recuerda retrospectivamente el Abogado General LEGER en *Comisión v. Grecia*, 2 julio 1996 (C-290/94), n. 23—, las demás decisiones que se adoptaron antes o después de dicha sentencia mantuvieron la exigencia de que se dieran ambos requisitos con carácter acumulativo.» Y cita: *Comisión v. Francia*, 3 junio 1986 (307/84), *Rec.* 1986, pág. 1725, n. 12; *Lawrie-Blum*, 3 julio 1986 (66/85), *Rec.* 1986, pág. 2121, n. 27; *Allué e.a.*, 30 mayo 1989 (33/88), *Rec.* 1989, pág. 1591, n. 7, así como el apartado 12 de las Conclusiones del Abogado General LENZ, que hace hincapié en la conjunción «y»; *Bleis*, 27 noviembre 1991 (C-4/91), *Rec.* 1991, pág. I-5627, n. 6, que se refiere expresamente, además de a la sentencia *Comisión v. Bélgica*, antes citada, a la sentencia *Comisión v. Italia*, también citada antes, en concepto de precedente que consagra el carácter acumulativo de ambos requisitos.

(26) En las Conclusiones al asunto *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-473/93), el Abogado General LEGER afirmaba que «es preciso analizar si son o no característicos (los puestos de trabajo) de las actividades específicas de la Administración Pública, en cuanto ente al que se ha confiado el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado» (n. 27).

do a un número considerable de empleos y crear desigualdades entre Estados miembros en función de las disparidades que caracterizan la organización del Estado y la de determinados sectores de la vida económica (27).

La expresión «actividades típicas de la Administración Pública» no debe ser entendida de forma que aquéllas se reduzcan a las tradicionales funciones de protección del Estado gendarme —defensa, policía, justicia y finanzas— ejercidas únicamente por agentes de la autoridad y, por tanto, caracterizadas por el ejercicio de autoridad pública. En efecto, la utilización por el Tribunal de Justicia de la expresión «actividades típicas» no excluye los empleos relacionados con actividades o intereses públicos no clásicos, sino surgidos con el Estado social, como, por ejemplo, la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, la protección de los consumidores o la protección del medio ambiente (28). Por ello, la Comisión (29) considera incluidas dentro de estas actividades específicas de la Administración Pública ejercidas por el Estado y las entidades públicas aquellas que están relacionadas esencialmente con la defensa nacional, la seguridad interior, la Hacienda pública, la justicia y los asuntos exteriores, así como 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 se considera que la actividad de los servicios se articula específicamente en torno a un poder político o judicial.

Pero otras actividades, en cambio, no van a ser consideradas como específicas. Es el caso de aquellas 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 los servicios operativos de salud pública, de enseñanza en establecimientos públicos, de investigación con fines civiles en establecimientos públicos. En todos estos casos se considera que, bien existen también en el sector privado, bien pueden ejercerse en el sector público sin requisito de nacionalidad.

Por otra parte, el criterio de ejercicio de funciones públicas es sumamente escurridizo en el marco dinámico del Estado y de la Administración, donde las fronteras entre lo público y lo privado resultan hoy en día evanescentes. Así, el Abogado General LENZ —en un marco diferente (30)— afir-

(27) *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, pág. 3887, n. 12.

(28) Cfr. J. CURRALL, *op. cit.*, pág. 575.

(29) Comunicación de la Comisión 88/C 72/02, clasificación aceptada por el Abogado General LEGER como «elemento de referencia útil a efectos de una distinción según sectores de actividad de los poderes públicos nacionales». *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3309, n. 116, y *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-471/93), *Rec.* 1996, pág. I-3231, n. 123.

(30) Se trataba de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Era la primera cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de los nuevos Estados federados alemanes, y en ella el Tribunal de Justicia consideró que la citada Directiva no se aplicaba a una cesión de competencia administrativa de un municipio a una agrupación de municipios. *Henke*, 15 octubre 1996 (C-298/94), *Rec.* 1996, pág. I-4989.

maba que «el criterio basado en el carácter de actividad propia de los poderes públicos resulta sumamente difícil de concretar, al estar sometido a una constante transformación. Lo que hoy se considera estrictamente propio de los poderes públicos puede ser asumido dentro de unos años por una empresa privada con ánimo de lucro. Tampoco cabe excluir que funciones que ahora son desempeñadas por una empresa privada vuelvan a considerarse dentro de algún tiempo funciones más propias de los poderes públicos» (31).

b) *Participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas.*

Debe tratarse de puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de *potestades públicas*, y aunque el Tribunal de Justicia no ha definido el concepto de «potestad pública», habrá que entender por tal aquella que confiere el poder de elaborar actos que se impongan unilateralmente al ciudadano, o de ejecutarlos contra su voluntad, llegado el caso, bajo pena de sanciones (32) (es decir, potestad reglamentaria, potestad disciplinaria, etc.).

No deja de sorprender que el Tribunal de Justicia adopte el criterio del ejercicio de potestades públicas para distinguir entre funciones de autoridad —reservadas a los nacionales de los Estados miembros— y, en contraposición, funciones de gestión, pues, como dice PARADA, «esa distinción está lo suficientemente desacreditada en el plano teórico (Francia) y en su aplicación práctica (Alemania), como para rechazarla en cuanto principio cardinal de la organización del empleo público. Pues no sólo es evidente que esa división del personal público (...) ha creado innumerables problemas en la República Federal Alemana (...) sino que ya ha fracasado en países con una notable experiencia administrativa, como en Francia, donde a pesar de que durante mucho tiempo una parte de la doctrina distinguía entre los empleados que realizaban funciones de autoridad y funciones de gestión, no ha habido nunca en la práctica ni en la jurisprudencia algo que haya justificado esta distinción» (33).

(31) Conclusiones del Abogado General LENZ en el asunto *Henke*, 15 octubre 1996 (C-298/94), *Rec.* 1996, pág. I-4998, n. 29.

(32) Aunque el Tribunal de Justicia jamás ha explicitado la noción de «potestad pública», los Abogados Generales sí que han propuesto aproximaciones, incluyendo en ellas las funciones judiciales, de policía, de defensa, así como la determinación y recaudación de impuestos. Conclusiones del Abogado General MAYRAS en el asunto *Soigiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, pág. 171. Y el mismo Abogado General en el asunto *Reyners v. Bélgica*, 21 junio 1974 (2/74), *Rec.* 1974, decía que «los poderes públicos son la encarnación de la soberanía del Estado y, como tales, permiten a los sujetos que son investidos de ellos valerse de prerrogativas exorbitantes del Derecho común, de privilegios y poderes coercitivos a los que los sujetos privados deben someterse» (pág. 631).

(33) R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid 1997, pág. 438.

- c) *Participación, directa o indirecta, en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.*

Finalmente, en los puestos de trabajo excluidos deben estar afectados a *la salvaguarda de los intereses generales* del Estado y de las demás colectividades públicas, lo que incluye claramente la actividad diplomática y determinadas actividades de los Bancos Centrales. En cambio, la salvaguarda de la identidad nacional (objetivo legítimo y respetado por el Ordenamiento jurídico comunitario: art. F.1 TUE) no ampara la exclusión de los ciudadanos comunitarios del acceso a los empleos en la Administración Pública de un Estado miembro, máxime —como señala el Tribunal de Justicia haciendo suyas las palabras del Abogado General LEGER— cuando «los nacionales de los demás Estados miembros deben cumplir, exactamente igual que los nacionales del país, todos los requisitos exigidos en el procedimiento de selección, y en particular los relativos a la formación, la experiencia y los conocimientos lingüísticos» (34).

IV. CONSECUENCIAS DE ESTA JURISPRUDENCIA: REFORMAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS Y ACCIÓN DE LA COMISIÓN

1. *Reformas en los Estados miembros*

La definición del sector público por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas obligó a una serie de reformas en casi todos los Estados miembros. El primer paso lo dio *Holanda*, derogando la Ley de 4 de junio de 1858 mediante la Ley de 20 de abril de 1988, que abría la función pública holandesa a cualquier ciudadano, incluso no comunitario, con excepción de una serie de puestos especificados (35). Hay que señalar que

(34) *Comisión v. Luxemburgo*, 2 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, pág. I-3208.

(35) A *nivel nacional*, se incluye una lista de todas las funciones para las que se exige la nacionalidad holandesa, consistente en unos 43 estatutos y decretos diferentes. Diecisiete disposiciones de esta lista se refieren a funciones en los cuerpos disciplinarios, judiciales o semijudiciales. Las funciones de los cuerpos supervisores oficiales están reservadas a los nacionales holandeses en siete disposiciones estatutarias. Se requiere la nacionalidad holandesa para el nombramiento de ciertos cargos políticos, por ejemplo miembro del Parlamento, miembro de un Consejo provincial, Alcalde; para el nombramiento de ciertos cuerpos diplomáticos, del servicio militar o de las fuerzas de seguridad, y para ciertas profesiones (notario, capitán de un barco holandés). También se requiere la nacionalidad holandesa para el ejercicio de «puestos sensibles» —si bien se especifica que un no holandés podrá ser elegido para tal puesto si el interés del servicio así lo requiere—, comprendiendo tales puestos las funciones que puedan dañar o perjudicar la seguridad u otros intereses importantes del Estado, según dos criterios: el acceso a información calificada como secretos de Estado y protegidos por el artículo 98 del Código Penal; y actividades en parcelas del servicio público que son de vital interés para la defensa del país o el mantenimiento de la vida social. A *nivel provincial*, los únicos puestos reservados a nacionales holandeses son los escasos empleos que en este nivel pueden catalogarse como «puestos sensibles». A *nivel municipal*, en principio se reservan a nacionales holandeses los puestos de Alcalde, Secre-

esta apertura se hacía de forma más amplia de la que exigía la jurisprudencia comunitaria (36).

Un primer conjunto de países consideraron que las limitaciones de acceso a los empleos públicos de su legislación coincidían con los casos cubiertos por el artículo 48.4 TCEE tal como había sido interpretado por el Tribunal de Justicia. Es el caso de *Portugal*, en el que las funciones técnicas son accesibles a los extranjeros, y de *Gran Bretaña*, en la que el *Act of Settlement* —que se remonta al siglo XVIII— reserva sólo los empleos del *civil service* a los súbditos de Su Majestad. Igualmente en *Irlanda*, donde la condición de nacionalidad no resulta de la ley, sino que es exclusivamente exigida por las comisiones de la función pública, que pueden fácilmente prescindir de la misma en aquellos empleos que resulten controvertidos.

Un segundo grupo de Estados miembros admiten que la única forma de resolver la incompatibilidad entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional (37) es por medio de una reforma legislativa que permita únicamente a los ciudadanos comunitarios acceder a los empleos públicos no cubiertos por la derogación del artículo 48.4 TCE. *Francia* fue la primera en reaccionar con la Ley núm. 91-715, de 26 de julio de 1991 (38), que introduce en el Estatuto general de 1983 el artículo 5 *bis*, conforme al cual los ciudadanos de otros Estados miembros de la Comunidad Europea pueden ingresar en los cuerpos, servicios y puestos cuyas atribuciones bien no impliquen el ejercicio de soberanía («*séparables de l'exercice de la souveraineté*»), bien no comportan ninguna participación directa o indirecta en el ejercicio de prerrogativas de poder público del Estado o de otros entes pú-

tario, funcionario del Registro Civil, si bien la tendencia se dirige a reducir esta enumeración al Alcalde. *Vid.* C. A. GROENENDIJK, *Nationality and access to employment in the public service: law and practice in the Netherlands*, en «*Netherlands International Law Review*», XXXVI, 1989, págs. 112-115.

(36) J. ZILLER, *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Montchrestien, París, 1993, pág. 403.

(37) Incompatibilidad que se traduce en la inaplicación —por efecto del principio de primacía del Derecho Comunitario— de la normativa nacional. Así, por ejemplo, lo entendió el *Tribunale Amministrativo Regionale* de Lombardía, que declaró en su sentencia de 1 de octubre de 1991 la incompatibilidad del d.P.R. de 10 de enero de 1957 —que exigía la nacionalidad italiana para el acceso a un empleo público— con la normativa comunitaria, y su consiguiente inaplicación, previa constatación de que la enseñanza no constituye un ejercicio de potestades públicas. El texto de la sentencia y un breve comentario a la misma por M. ORLANDI pueden encontrarse en «*Giurisprudenza di Merito*», III, 1992, págs. 973-977.

(38) El *Conseil Constitutionnel* tuvo que analizar (Decisión núm. 91293, DC de 23 de julio de 1991) la posible incompatibilidad de la Ley con la Constitución. Se alegaba, por un lado, la posible violación del artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual: «*Tous les citoyens étant égaux ... son également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*»; para el *Conseil Constitutionnel*, este artículo establece el principio de igualdad en el acceso a los empleos públicos, pero sin que pueda ser interpretado en el sentido de reservar únicamente a los ciudadanos franceses la aplicación del principio que enuncia. Por otro lado, el *Conseil* declaró que al limitar el acceso de los ciudadanos comunitarios a los cuerpos, servicios y empleos cuyas atribuciones no impliquen el ejercicio de soberanía, la ley había excluido de esa manera «cualquier atentado contra las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional». *Vid.* B. PECHEUR, *L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne*, en «*Administration Publique*», 1997 (1), pág. 47.

blicos (39). Esta nueva disposición estatutaria exigía una normativa reglamentaria de desarrollo que procediera a determinar por sectores qué cuerpos o puestos, en su caso, podían continuar limitados a los nacionales franceses (40).

Las profundas reformas llevadas a cabo en *Italia* a partir de 1993 en el ámbito del empleo público fueron aprovechadas para permitir a los ciudadanos comunitarios el acceso a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas que no comporten el ejercicio, directo o indirecto, de potestades públicas, o que no afecten a la defensa del interés nacional (art. 37.1 D. Lgs. 3 febrero 1993, núm. 29). El Decreto del Presidente del Consejo de Ministros núm. 174, de 7 de febrero de 1994 (41), procede a la especificación de los casos (puestos de trabajo y funciones) en que resulta imprescindible la posesión de la nacionalidad italiana para acceder a los puestos de trabajo en la Administración Pública. La particularización se hace, por un lado, de los puestos de trabajo, a través de su identificación en determinadas Administraciones y con relación a su posición jerárquica (42), y, por

(39) BOULOUIS destaca cómo «los criterios considerados para designar los empleos que continúan sometidos a una consideración de nacionalidad francesa, y que en el fondo son los mantenidos por la jurisprudencia comunitaria, implican para el Derecho Administrativo francés el retorno a nociones que había abandonado después de un siglo, ante su imposible concreción a efectos de determinar la competencia del juez administrativo». J. BOULOUIS, *L'incidence du Droit Communautaire sur l'organisation administrative française*, en «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 1992 (3), pág. 761.

(40) Así, algunos Decretos del Consejo de Estado han procedido a la modificación de diferentes Estatutos particulares de determinados cuerpos de la Función Pública del Estado (A), así como de la Función Pública hospitalaria y territorial (B). A) Decreto de 30 de noviembre de 1992 (completado por uno de 13 de enero de 1993) que permite el acceso a ocho cuerpos dependientes del Ministerio de Educación Nacional; Decreto de 16 de diciembre sobre Correos y Telecomunicaciones; Decreto de 26 de marzo de 1993 realizando la apertura a los cuerpos de funcionarios dependientes del Ministerio de Asuntos Sociales y del de Investigación; Decreto de 11 de junio de 1993 relativo al Ministerio de la Juventud y de los Deportes; Decretos de 13 de octubre de 1994 y 27 de enero de 1995 relativos a determinados cuerpos de la Institución Nacional de los Inválidos y a diversos cuerpos médicos o sociales. B) Decreto de 19 de enero de 1993 permitiendo el acceso a siete cuerpos de la Función Pública hospitalaria; Decreto de 16 de febrero de 1994 realizando la apertura a dieciocho cuerpos de la Función Pública territorial, exceptuando el acceso a los Consejos de disciplina. Se mantiene la reserva en favor de Cuerpos como el de Administrador de Correos y Telecomunicaciones o el de Ingenieros de Telecomunicaciones; asimismo, los puestos de dirección y de contable en los organismos de la Seguridad Social quedarían excluidos a los ciudadanos no franceses, según dictamen del Consejo de Estado (19 de febrero de 1993. «EDCE», núm. 45, 1994, pág. 393). En total, se calcula que la apertura afecta al 70 por 100 de los puestos de la Función Pública francesa. *La fonction publique de l'État 1995-1996*, La Documentation française, 1996, pág. 51.

(41) «Gazz. Uff.» 15 marzo 1994, núm. 61.

(42) El artículo 1 del DPCM de 7 de febrero de 1994 especifica los puestos para los que es imprescindible la nacionalidad italiana: *a)* altos cargos (*livelli dirigenziali*); *b)* puestos situados en lo alto de la jerarquía en las estructuras periféricas de las Administraciones Públicas del Estado, del ordenamiento autónomo, de los entes públicos no económicos, de las provincias y ayuntamientos, así como de las Regiones y del Banco de Italia; *c)* puestos de magistrados ordinarios, administrativos, militares y contables, así como los puestos de los Abogados y Procuradores; *d)* puestos civiles y militares de la Presidencia del Consejo de Ministros, del Ministerio de Asuntos Exteriores, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Justicia, del Ministerio de Defensa, del Ministerio de Hacienda y del Cuerpo Forestal del Estado, excepto los contratados laborales sin seguir el procedimiento de selección de la Ley de 23 de octubre de 1992 (acceso al empleo público), sino el de la Ley de 28 de febrero de 1987 (trabajadores).

otro, de las funciones, sobre la base de las competencias que se pueden remitir a la noción comunitaria de Administración Pública (43).

En el caso de *Alemania*, la problemática de la adaptación de su Derecho de la Función Pública a las exigencias del Derecho Comunitario era más bien aparente. En efecto, la estructuración de la Función Pública alemana se caracteriza, como es sabido, por su carácter dual, que implica la coexistencia de personal funcionario y laboral en las Administraciones Públicas. Constitucionalmente, el ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público está reservado al personal funcionario (art. 33.4 de la Ley Fundamental de Bonn); legalmente, además, el personal funcionario está reservado al ejercicio de potestades o prerrogativas de poder público (art. 2.2 de la Ley Federal Marco de Régimen Jurídico de los Funcionarios Públicos de 1957) (44). Ahora bien, como estamos viendo, la principal dificultad que supone el concepto comunitario de «Administración Pública» del artículo 48.4 TCE es la necesaria identificación en cada sistema nacional de los puestos que implican el ejercicio de potestades públicas; pero en el contexto del sistema alemán de Función Pública, tal identificación viene ya dada estructuralmente. De ahí que las plazas de funcionario (que suponen necesariamente el ejercicio de potestades públicas) estén directamente vedadas a los ciudadanos comunitarios, los cuales pueden acceder en cualquier caso a las plazas de personal laboral. En cualquier caso, la Ley Federal Marco de la Función Pública ha sido modificada recientemente, dando el siguiente tenor literal a su artículo 4.2: «Cuando lo requieran las tareas, sólo podrá ser nombrado funcionario un ciudadano alemán en el sentido del artículo 116 de la Ley Fundamental (art. 48.4 TCE).»

En *Bélgica*, la Constitución establece que sólo los belgas pueden acceder a los empleos civiles y militares, salvo las excepciones que puedan ser establecidas por una ley para casos particulares (art. 10) (45). Según refor-

(43) Las funciones de la Administración Pública para cuyo ejercicio se precisa el requisito de la nacionalidad italiana vienen señaladas en el artículo 2 del DPCM de 1994: funciones que implican la elaboración, decisión y ejecución de autorizaciones y actos coercitivos, así como el control de la legitimidad formal y sustantiva de los actos administrativos. El párrafo segundo de dicho artículo establece que el Presidente del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro para la Función Pública, oída la Administración competente, emitirá, en el plazo de sesenta días desde la recepción de la solicitud del interesado, negativa motivada al acceso a empleos específicos o a la atribución de tareas que impliquen el ejercicio de alguna de las funciones indicadas en el primer apartado; el Decreto será publicado en la «Gazzeta Ufficiale» de la República Italiana y tendrá eficacia impeditiva hasta que no se produzcan modificaciones de la situación de hecho y de derecho que hagan desaparecer el impedimento al acceso.

(44) Como señala BACIGALUPO, la Ley Federal Marco, «dando un paso permitido aunque no impuesto por la Ley Fundamental de Bonn, convirtió la *reserva funcional* del artículo 33.4 LFP (un límite de *mínimos*, según acabamos de ver) en un límite —a la vez— de *máximos* (...), excluyendo a los funcionarios del desempeño de funciones (públicas) que no entrañen el ejercicio de potestades públicas *stricto sensu*». M. BACIGALUPO, *Reducción y laboralización de la Función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos de los años noventa (en particular, la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las telecomunicaciones)*, en «Documentación Administrativa», núm. 243, 1995, pág. 298.

(45) En sus sentencias *Goose v. Estado belga* (núm. 62921) y *Orfinger v. Estado belga*

ma de 26 de septiembre de 1994, la nueva redacción del artículo 16.1 del Estatuto de agentes del Estado establece que, para ser nombrado agente, es necesario ser belga cuando las funciones a desempeñar impliquen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado, de la Comunidad o de la Región, mientras que para los demás casos será preciso ser belga o ciudadano comunitario (46).

Por su parte, *Austria* permite no sólo el acceso de los ciudadanos comunitarios, sino también el de los nacionales de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, mientras que *Finlandia* y *Suecia* fijan por ley la enumeración de los puestos que quedan reservados a sus nacionales (47).

Finalmente, un tercer grupo de países (*Grecia* y *Luxemburgo*, con carácter general, y *Bélgica*, exclusivamente en lo que se refiere a determinadas empresas públicas) no adoptaron ninguna respuesta, fundamentalmente por las dificultades constitucionales que suscitaba el tema, y que fueron el objetivo de una acción de la Comisión que —como luego veremos— desembocó en la interposición de los respectivos recursos por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

2. La acción de la Comisión

La Comisión emprendió en 1988 una «acción sistemática» tomando como base la Comunicación 88/C 72/02 (48), titulada *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*. Esta Comunicación se enmarca en el ámbito de las Comunicaciones interpretativas, manifestacio-

(núm. 62922), el Consejo de Estado ha reconocido expresamente la primacía sobre las normas internas, incluso constitucionales, del artículo 48 TCE y de la interpretación del Tratado efectuada por el Tribunal de Justicia. Cfr. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ, *El Derecho Comunitario y sus relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales*, en «Revista Española de Derecho Comunitario», vol. 1, núm. 2, 1997, pág. 357.

(46) Similar previsión se incluyó en el Decreto Real de 26 de septiembre de 1994 por el que se fijan los principios generales del estatuto administrativo y retributivo de los agentes del Estado. Por otra parte, y de modo similar a lo acaecido en los Estados de estructura compuesta, cada Región debió proceder a continuación a la apertura de su Función Pública. La Región valona, por Decreto del Gobierno de 17 de noviembre de 1994, eliminó cualquier condición de nacionalidad; la Comunidad y Región flamencas, en cambio, por Decreto del Gobierno de 24 de noviembre de 1993 (antes, por tanto, a la reforma del Estado), reservaron a los belgas las funciones que implican la participación directa o indirecta en los actos de autoridad pública. Finalmente, la Región de Bruselas estableció una doble regulación: para el personal estatutario se remitió al Estatuto de agentes del Estado, mientras que para el personal contratado, el artículo 7 del Decreto del Gobierno de 9 de mayo de 1995 permitió explícitamente el acceso a los empleos que no tengan que ser reservados a los belgas «a todos los nacionales de países extranjeros».

(47) Vid. A. AUER, Ch. DEMMKE y R. POLET, *La Fonction Publique dans l'Europe des 15. Réalités et Perspectives*, EIPA/IEAP, Maastricht, 1996, pág. 45.

(48) «DOCE», núm. C 72, de 18 de marzo de 1988, pág. 2.

nes evidentes del *soft law* comunitario, utilizadas por la Comisión no para crear Derecho, sino para aclararlo. Y aunque no son fuente de derecho y de obligaciones, sí fijan la acción de la Comisión respecto a un aspecto concreto de la política comunitaria, que repercutirá, directa o indirectamente, sobre los ciudadanos comunitarios o sobre los Estados miembros (vía recursos por incumplimiento o «para tomarlas en consideración para inclinar la balanza en favor o en contra de la calificación de una infracción como violación suficientemente caracterizada, y por tanto y en última instancia, en favor o en contra de la responsabilidad de los Estados miembros») (49).

Su objetivo 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. Pero mientras la jurisprudencia recaída hasta entonces —y en la que se basaba la Comisión— suponía un examen exclusivamente de determinados puestos de trabajo (50), la acción sistemática de la Comisión optó por una aproximación por sectores de actividad: los organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (como transportes públicos, distribución de electricidad o gas, compañías de navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, organismos de radiotelevisión), los servicios operativos de salud pública, la enseñanza en los centros de enseñanza públicos y la investigación civil en los establecimientos públicos. Según la Comisión, las tareas y responsabilidades características de los puestos de trabajo que forman parte de estos sectores parecen estar en general lo suficientemente alejadas de las actividades específicas de la Administración Pública, de manera que sólo muy excepcionalmente pueden quedar incluidas en la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado; concretamente, cada una de estas actividades, bien existe en el sector privado, bien puede ser ejercida en el sector público fuera de los requisitos de nacionalidad.

La Comisión consideraba, en cambio, que la excepción establecida por el apartado 4 del artículo 48 se refería a las funciones específicas del Estado y de las colectividades que pueden serle asimiladas, como son las fuer-

(49) R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Fundación Universidad Empresa/Civitas, Madrid, 1997, pág. 97.

(50) *Servicios de correos*: obrero [Sotgiu, 12 febrero 1974 (152/73), Rec. 1974, n. 4]; *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 [*Comisión v. Bélgica*, 26 mayo 1982 (149/79), Rec. 1982, pág. 1845]; *Municipios*: carpintero, peón de jardinería, enfermera, puericultora, vigilante, enfermera en guarderías, electricista, fontanero [*Comisión v. Bélgica*, 26 mayo 1982 (149/79), Rec. 1982, pág. 1845]; *Hospitales públicos*: enfermero, enfermera [*Comisión v. Francia*, 3 junio 1986 (307/84), Rec. 1986, pág. 1725]; *Enseñanza pública*: profesor en período de prácticas [Lawrie-Blum, 3 julio 1986 (66/85), Rec. 1986, pág. 2121], profesor de enseñanza secundaria [Bleis, 27 noviembre 1991 (C-4/91), Rec. 1991, pág. I-5627], lector de lengua extranjera en las Universidades [Allué *e.a.*, 30 mayo 1989 (33/88), Rec. 1989, pág. 1591]; *Investigación civil*: investigador [*Comisión v. Italia*, 16 junio 1987 (225/85), Rec. 1987, pág. 2625].

zas armadas, la policía y las otras fuerzas de orden público; la magistratura; la Administración fiscal y la diplomacia. Además, se consideran incluidos en esta excepción los empleos en los Ministerios del Estado, de los gobiernos regionales, de las colectividades territoriales y de otros organismos asimilados y de los Bancos Centrales, en la medida en que se trate de personal (funcionarios y otros agentes) que realiza actividades organizadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de otra persona jurídica de Derecho Público, actividades tales como la elaboración de actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes.

Como hemos visto, casi todos los Estados miembros procedieron a adaptar sus legislaciones internas al artículo 48.4 tal y como había sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La Comisión, por su parte, comprobó que ni Grecia ni Luxemburgo habían procedido a dicha adaptación, mientras que la realizada por Bélgica resultaba incompleta, por lo que inició un procedimiento por incumplimiento que culminó en la interposición de los correspondientes recursos ante el Tribunal de Justicia. El examen de estos recursos se producía, pues, en un momento en el que la Comunidad —a través del Tribunal de Justicia y de la Comisión— había optado por una de las posibles soluciones en presencia, sin que hasta entonces la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pudiera calificarse de definitiva, no tanto por la afirmación de los principios como por la concreción de los mismos a través de las consiguientes categorías y técnicas a emplear en el ámbito específico de la Función Pública de los Estados miembros. De ahí que el Abogado General LEGER considerase que los casos colocaban al Tribunal de Justicia «en la intersección de varias direcciones jurisprudenciales», proponiéndole «hacer el balance de su jurisprudencia actual y 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» (51).

V. LA CONSAGRACIÓN JURISPRUDENCIAL DE UN ANÁLISIS POR SECTORES DE ACTIVIDAD EN DETRIMENTO DE UN ENFOQUE POR PUESTOS DE TRABAJO Y SUS CONSECUENCIAS

Ciertamente, la jurisprudencia hasta entonces recaída sobre el artículo 48.4 TCE examinaba específicos puestos de trabajo y no sectores enteros, si bien —en opinión del Abogado General LEGER— ello «fue debido a que ante el Tribunal de Justicia se habían presentado peticiones prejudiciales o recursos por incumplimiento referentes a tales puestos de trabajo específicos», lo cual implicaba que «el enfoque del Tribunal de Justicia obedeció

(51) Conclusiones del Abogado General LEGER en los asuntos *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3290, n. 8, y *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, pág. I-3210, n. 3.

más a las condiciones particulares en las que se le sometió el asunto que a la voluntad de consagrar un principio de interpretación» (52).

1. *Enfoque por puestos de trabajo*

Si se optara por un análisis de cada puesto de trabajo, ello permitiría a cada Estado miembro imponer su definición nacional de Administración Pública a efectos del artículo 48.4 TCE 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. Y, como señala el Abogado General LEGER, «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», pues «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». La conclusión de todo ello es que «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» (53).

Pero, desechada la aproximación al artículo 48.4 TCE por puestos de trabajo, tampoco son éstos el punto de referencia de la apertura por sectores, pues como quiera que el enfoque por puestos de trabajo sigue siendo funcional, «los poderes públicos tendrían que justificar *ab initio*, en todos los sectores, las excepciones que invocaran. Tan sólo se prohibiría el acceso a 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 definición comunitaria, sin perjuicio de un control *a posteriori* del Juez nacional y, en su caso, del Juez comunitario» (54). Es decir, delimitado un sector de actividad, se especificarían los puestos de trabajo a los que los ciudadanos comunitarios pueden acceder, siendo, de esta manera, el puesto de trabajo la regla general, en lugar de la excepción.

Jurídicamente, esta aproximación presenta la ventaja de aportar un razonamiento único aplicable indistintamente a todas las actividades del Esta-

(52) Conclusiones del Abogado General LEGER en los asuntos *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3303, nn. 75-76, y *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, pág. I-3225, nn. 82-83.

(53) Conclusiones del Abogado General LEGER en los asuntos *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3304, nn. 78-82, y *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, pág. I-3225, nn. 85-89.

(54) Conclusiones del Abogado General LEGER en los asuntos *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3305, n. 91, y *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, pág. I-3227, n. 98.

do, ateniéndose, 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. Además, garantiza la igualdad de acceso de los ciudadanos comunitarios, nacionales o no nacionales del Estado miembro determinado, a la mayor parte de todo sector de actividad ajeno a las actividades específicas de la Administración, ya que son una minoría las excepciones fundadas válidamente en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado.

Pero lo que desde el punto de vista de la lógica jurídica resulta impecable, no lo es desde una perspectiva de política de organización y gestión del personal al servicio de la Administración, pues en los sectores de las actividades específicas de la Administración obligaría a ésta a catalogar numerosas excepciones, lo que —como reconoce el propio Abogado General LEGER— «no ilustra una buena técnica jurídica» (55).

2. *La determinación por sectores de actividad*

El Tribunal de Justicia, enfrentado por vez primera a un recurso por incumplimiento planteado desde un punto de vista de sectores de actividad que estarían o no incluidos dentro de las actividades específicas de la Administración (en la medida en que implicaran una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado), va a considerar que «un Estado miembro no puede exigir, con carácter general, un requisito de nacionalidad para la totalidad de los puestos de trabajo en los sectores de que se trata sin sobrepasar los límites de la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado», sin que «el hecho de que el apartado 4 del artículo 48 del Tratado pueda ser aplicable, en su caso, a determinados empleos de dichos sectores permita justificar una prohibición general de tales características» (56).

Consagra, de esta manera, la apertura por sectores de las Funciones Públicas nacionales a todos los nacionales de los Estados miembros, «limitando la aplicación del requisito de nacionalidad exclusivamente al acceso a puesto de trabajo que implica realmente 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» (57). Aquí la regla general de apertura es el sector de activi-

(55) Conclusiones del Abogado General LEGER en los asuntos *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3306, n. 95, y *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, pág. I-3228, n. 102.

(56) *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3328, nn. 35-36.

(57) *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3328, n. 37, y *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3261, n. 48. En el tercer recurso resuelto el mismo día, *Comisión v. Bélgica*, 3 julio 1996 (C-173/94), *Rec.* 1996, pág. I-3265, el Estado miembro demandado —Bélgica— admitió «implícitamente el enfoque por sectores propuesto por la Comisión, en tanto que desarrollo lógico de la jurisprudencia actual» del Tribunal de Justicia. Conclusiones del Abogado General LEGER (pág. I-3268, n. 5).

dad —sobre la base de la presunción (58) de aplicabilidad bien del artículo 48.4 TCE (en las que sean actividades típicas de la Administración), bien de los apartados 1 a 3 del artículo 48 (en las que no sean actividades típicas de la Administración)—, mientras que el puesto de trabajo es, por el contrario, la excepción a dicha apertura.

Mientras el Tribunal de Justicia se limita a sentar los principios (concepto de Administración Pública a efectos del art. 48.4 TCE) y las categorías de aplicación del mismo (determinación por sectores del concepto de Administración Pública a efectos del art. 48.4 TCE), el Abogado General LEGER desarrolla la técnica jurídica que se deriva de ambos.

A) En primer lugar, el Tribunal de Justicia deberá hacer *el análisis de la actividad general del sector* considerado, así como la determinación de sus consecuencias en términos de carga de la prueba:

- a) 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» del artículo 48.4 TCE; por consiguiente, el sector se considerará incluido *a priori* en el ámbito de dicho artículo e incumbirá a la Comisión o al ciudadano comunitario demostrar que no se reúnen los requisitos de la excepción;
- b) pero 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 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.

(58) En el asunto *Comisión v. Grecia*, la República Helénica alegó que no cabía establecer en un sector determinado *presunción* alguna de aplicabilidad del artículo 48 en ninguno de sus apartados interpretando éste en función de la naturaleza de la actividad general del sector. Esta objeción —no exenta de fundamento— fue desechada por el Abogado General LEGER señalando 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». Conclusiones del Abogado General LEGER en el asunto *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, pág. I-3308.

B) En segundo lugar, en caso de controversia relativa a un puesto de trabajo determinado, se requerirá *el análisis de las funciones propias del puesto de trabajo* en cuestión: el Juez nacional o el Juez comunitario que conozca del asunto habrá de verificar, con observancia de las normas sobre carga de la prueba arriba indicadas, 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 (59).

VI. REFORMAS EN EL DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

El artículo 13.2 de la Constitución establece que sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, precepto éste que reconoce en su apartado segundo «el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos» (60). De la interpretación conjunta de ambos preceptos se deriva que, por un lado, sólo los españoles son titulares del derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos y, por otro —aunque parezca una obviedad—, que los extranjeros no tienen el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

Sólo los españoles tienen garantizado constitucionalmente el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, y tal derecho constitucional vincula positivamente al Legislador al desarrollar los procedimientos de ingreso en Función Pública. Ahora bien, ello no obliga al Legislador a discriminar a los no españoles, si bien en un principio puede hacerlo por el juego de los artículos 13.2 y 23.2 de la Constitución; es decir, el Legislador podría elaborar leyes que discriminasen a los extranjeros, sin que éstos pudiesen reclamar un derecho a la igualdad en el trato respecto a los nacionales españoles (61).

(59) Sobre este tema, *vid.* J. L. MONEREO PÉREZ y J. VIDA SORIA, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, 1991, pág. 70.

(60) En la intención del constituyente parece que el artículo 23.2 haría referencia exclusivamente a la Función Pública representativa, por lo que originariamente la Constitución no imponía ningún requisito de nacionalidad para el acceso a la Función Pública profesional (art. 103.3 CE), regida por el general principio de igualdad del artículo 14 CE. Sin embargo, el TC (SSTC 42/81, de 22 de diciembre; 50/86, de 23 de abril; 148/86, de 25 de noviembre; 193/87, de 7 de noviembre; 206/88, de 7 de noviembre; 67/89, de 18 de abril; 27/91, de 14 de febrero; 46/91, de 28 de febrero...) «en una línea jurisprudencial que podemos calificar de constante ha aceptado, con naturalidad, que el artículo 23.2 CE cobije el acceso a la Función Pública profesional». M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución* (Prólogo de F. RUBIO LLORENTE), Parlamento de Navarra/Civitas, Madrid, 1992, pág. 361 (RUBIO LLORENTE, en su Prólogo, señala al respecto con ironía que «entre las funciones de la jurisdicción constitucional no está sólo la de garantizar, frente al legislador, la supremacía de la Constitución, sino también la de garantizar, frente al constituyente, la supremacía de la lógica, eliminando del texto constitucional las incoherencias en las que el constituyente incurrió»: pág. 23).

(61) En cambio, la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de ambos artículos le lleva a entender que los extranjeros tienen prohibida la titularidad de los derechos

Sin embargo, lo que era así en un primer momento conforme al tenor literal de los preceptos constitucionales, la incorporación de España a las Comunidades Europeas y la consiguiente recepción del Derecho Comunitario (especialmente en lo referente a la libre circulación de trabajadores, proclamada en el art. 48 TCE, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia) ha operado un cambio sustancial al respecto: lo que antes era una posible —y no obligatoria— discriminación negativa de los extranjeros ha devenido una discriminación positiva en favor de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, que habrán de recibir a partir de ahora el mismo trato que los nacionales españoles. Y ello porque los artículos 13.2 y 23.2 de la Constitución deberán ser interpretados —conforme al mandato del art. 10.2 de la Constitución (62) y en lo que respecta a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea— a la luz del Derecho Comunitario. Exceptuando ese grupo de extranjeros —los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea—, respecto a los demás extranjeros el Legislador español sigue teniendo la misma posibilidad que antes: o discriminarlos negativamente regulando condiciones desiguales para su acceso a la Función Pública española, o no prever absolutamente nada (63). De ahí que la lectura positiva del artículo 13.2 de la

reconocidos en el artículo 23.2 en virtud del artículo 13.2, por lo que «la Constitución prohíbe que los extranjeros accedan en España a funciones públicas en condiciones de igualdad». R. ALONSO GARCÍA, *Inconstitucionalidad sobrevenida...* op. cit., pág. 601. Para este autor, ésta es la conclusión a la que se llega partiendo de la *Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992* sobre el Tratado de Maastricht; en esta Declaración el Tribunal Constitucional consideró que el artículo 13.2 de la Constitución prohibía a los extranjeros ser titulares del derecho de sufragio pasivo reconocido en el artículo 23 de la Constitución, lo que conducía, «si se lleva el pronunciamiento del Tribunal Constitucional hasta sus últimas y lógicas consecuencias», a poder afirmar que «el artículo 13.2 prohíbe no sólo la titularidad a los extranjeros del derecho de sufragio pasivo, sino también la titularidad del resto de los derechos reconocidos en el artículo 23», en cuyo apartado 2 figura el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas. Si sólo los españoles son titulares (art. 13.2 CE) del derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), los extranjeros no tendrían el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, es decir, «la Constitución no prohíbe a los extranjeros el acceso en España a las funciones públicas (prohibición que, sin embargo, podría venir de la mano del Legislador), pero sí prohíbe que dicho acceso tenga lugar en condiciones de igualdad» (op. cit., pág. 602). Este inconveniente constitucional derivado de la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de los artículos 13.2 y 23 de la Constitución no se habría planteado si el artículo 13.2 «se hubiera interpretado no en un sentido negativo, esto es, como un precepto que prohíbe a los extranjeros la titularidad de los derechos contemplados en el artículo 23, sino en un sentido positivo, a saber, como un precepto que reconoce a los españoles la titularidad de los derechos del artículo 23 que en ningún caso podría verse restringida, pero que no prohíbe su ampliación a los no españoles: en este caso, nada impediría, máxime si se tiene en cuenta el mandato del artículo 10.2 de la Constitución, permitir el acceso a los nacionales de otros Estados miembros a empleos en la Administración pública española, conforme manda el artículo 48 del Tratado CEE, siguiendo las pautas que con relación a su apartado 4 ha venido marcando el Tribunal de Justicia».

(62) «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

(63) El artículo 5.1 de la LO 7/1985, de derechos y libertades de los extranjeros en Es-

Constitución preconizada por ALONSO GARCÍA (64) —en el sentido de ser un precepto que no sólo reconoce a los españoles la titularidad de los derechos del artículo 23, que en ningún caso podría verse restringida, sino también que no prohíbe su ampliación a los no españoles— resulta la más adecuada para incluir a los ciudadanos comunitarios en el ámbito subjetivo del derecho, reconocido por el citado artículo, de acceder a la Función Pública. A falta de este anclaje constitucional, el derecho de acceso de los ciudadanos comunitarios a la Función Pública española no pasaría de ser un derecho de configuración legal al que, en consecuencia, le estaría vedado el acceso, por un lado, a la Ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona humana, y, por otro, al recurso de amparo. Lo cual crearía una situación de desigualdad de remedios jurisdiccionales entre los ciudadanos españoles y los comunitarios que resultaría incompatible con el Derecho Comunitario (65), por lo que volveríamos a encontrarnos en el mismo punto de partida después de un viaje para el que no habríamos necesitado tales alforjas.

Una vez aclarado esto, indicar que el artículo 30.1.a) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 establecía como requisito indispensable para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración el «*ser español*». De ahí que la configuración constitucional del acceso a la función pública no precise una reforma de la Constitución para permitir el acceso de los ciudadanos de los demás Estados miembros de la Unión Europea a la función pública española, acceso que se facilitó por la Ley 17/1993, de 23 de diciembre (66), desarrollada para la Adminis-

paña, prohíbe a los extranjeros «acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen el ejercicio de autoridad». Como señala SÁNCHEZ MORÓN, «el problema reside en la interpretación del concepto de cargo público, pues, si se entendiera por tal cualquier empleo en el sector público, la contratación de extranjeros quedaría vedada a las Administraciones Públicas, salvo en los casos expresamente previstos por la Ley. La interpretación más correcta (...) es, en cambio, la que refiere el concepto de cargo público (...) a los que impliquen ejercicio de autoridad, como se deduce de su tenor literal (la conjunción *o* no es en él una disyuntiva, sino que tiene un sentido explicativo del concepto de cargo público que utiliza)». M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 1996, pág. 119.

(64) R. ALONSO GARCÍA, *Inconstitucionalidad sobrevenida...*, op. cit., pág. 60.

(65) *Ibidem*.

(66) El anteproyecto de Ley reguladora del Estatuto de la Función Pública, de 21 de enero de 1998, prevé en su disposición derogatoria la supresión de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre incorporación a la función pública española de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, que pasa a estar regulado por el artículo 15.6 del Estatuto de la Función Pública, que establece que «los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder en igualdad de condiciones que los españoles a todos los empleos públicos que no impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tiene por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas», dejando a las normas reglamentarias la determinación «en el ámbito de sus respectivas competencias, los Cuerpos, escalas, plazas o empleos a los que (...) no puedan acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea». En este sentido, puede observarse que el anteproyecto de Estatuto de la Función Pública no implica ninguna modificación respecto al régimen jurídico aplicable en la actualidad a los ciudadanos de otros Estados miembros, en el acceso a la Función Pública española.

tración General del Estado (67) por el Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo.

La Ley 17/1993 realiza una apertura por sectores, bien de aquellos sobre los que hay pronunciamiento explícito del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (68), bien de los que la Comisión entiende que no están comprendidos en la exclusión del 48.4 TCE (69); la apertura es, pues, la mínima indispensable, aunque se incorpora una cláusula que permita la extensión a futuras concreciones de la jurisprudencia de Luxemburgo («Los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea podrán acceder ... a los demás sectores de la función pública a los que, según el Derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores»: art. 1.1 Ley 17/1993).

La determinación de los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos a los que, de acuerdo con lo establecido anteriormente, podrán acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea corresponde —según sus respectivas competencias— al Gobierno o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas (Administración Local).

1. Administración General del Estado

Como ya se ha indicado, el desarrollo reglamentario de la Ley 17/1993 para la Administración General del Estado lo ha realizado el Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo, que regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea.

La apertura por sectores y la concepción funcional de la Administración Pública implican que el acceso de los ciudadanos comunitarios sea tanto a puestos de personal funcionario como a puestos de personal laboral, a pesar de que el artículo 1.1 de la Ley 17/1993 hable de acceso «a la función pública» y no al «empleo en la Administración Pública», opción aquélla que «posee una indudable significación restrictiva en cuanto al ámbito objetivo-material de aplicación de la Ley» (70), si bien la ambigüe-

(67) Según la Disposición Final de la Ley 17/1993, «las disposiciones de la presente ley tendrán la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución».

(68) Correos (*Sotgiu*, 12 febrero 1974), Investigación (*Comisión v. Italia*, 16 junio 1987), Enseñanza (*Lawrie-Blum*, 3 julio 1986; *Bleis*, 27 noviembre 1991; *Allué e.a.*, 30 mayo 1989) y Sanidad de carácter asistencial (*Comisión v. Francia*, 3 junio 1986).

(69) Comunicación de la Comisión 88/C 72/02: «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» («DOCE», 1988, C 72, pág. 2).

(70) J. M. GÓMEZ MUÑOZ, *El acceso de nacionales comunitarios al empleo público en España: insuficiencias del régimen jurídico vigente*, en «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 24, 1995, pág. 95.

dad e imprecisión que hoy día tiene la expresión «Función Pública» es aclarada por el artículo 1 del RD 800/1995 al especificar que los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea «también podrán acceder a las plazas o empleos de personal laboral pertenecientes a los sectores indicados en el párrafo anterior».

No obstante, el artículo 1.3 de la Ley 17/1993 prevé una reserva de puestos de trabajo para nacionales españoles cuando dichos puestos de trabajo «impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las demás Administraciones Públicas». Como puede observarse, la Ley ha optado por el carácter alternativo de ambos requisitos, si bien la jurisprudencia comunitaria los considera más bien concurrentes (71). Por un lado, el Ministerio de Economía y Hacienda y el Ministerio para las Administraciones Públicas determinarán los puestos de trabajo en los que, en todo caso, sea exigible la nacionalidad española; y, por otro, en las relaciones de puestos de trabajo se especificarán los puestos en los que, igualmente, sea exigible la nacionalidad española (arts. 2.2 y 2.3 RD 800/1995) (72).

Aunque tanto la Ley 17/1993 como el RD 800/1995 hablan únicamente de que tal reserva operará en favor de «funcionarios con nacionalidad española», no hay que entender que tal reserva no juegue también en favor de plazas o empleos ocupados por personal laboral, pues tales plazas o empleos pueden implicar igualmente ejercicio de potestades públicas o responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, y ello porque «se ha roto el tradicional monopolio de los funcionarios para ejercer funciones administrativas» (73). Así, son numerosos los ejemplos de ejercicio de potestades públicas por personal

(71) *Vid. supra*, nota 25. En este sentido, M. DELGADO-IRIBARREN, *Consideraciones en torno a las relaciones entre el Ordenamiento comunitario europeo y el Ordenamiento interno (A propósito de la Ley 17/93, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea)*, en núm. 133 de esta REVISTA, págs. 480-481.

(72) Según el artículo 15.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, «las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso (...), los requisitos exigidos para su desempeño».

(73) Esto es claramente así para los entes instrumentales sujetos al Derecho privado, especialmente de aquellos entes públicos a los que se les ha impuesto un régimen laboral para todo su personal. Silvia DEL SAZ cita el caso del Consejo Económico y Social, del Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, de la Agencia de Protección de Datos, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de los Entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, y concluye que «la ironía de este proceso es que como la laboralización se ha afrontado sin reglas previas, sin límite alguno, ocurre que muchos de estos entes públicos cuyo personal ha sido convertido al régimen laboral tienen encomendado el ejercicio de funciones públicas y su ejercicio, por expresa prescripción legal (art. 2.2 Ley 30/1992) tiene que sujetarse al Derecho Administrativo» (S. DEL SAZ, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid 1995, pág. 58). En el caso de la Administración General del Estado parece que la posibilidad de que el personal laboral ejerza funciones públicas es, asimismo, factible, toda vez que la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/87 no ha establecido ningún monopolio de ejercicio de potestades públicas en favor de los funcionarios (S. DEL SAZ, *op. cit.*, pág. 49, para quien tal reserva sólo podría derivarse de una «interpretación bondadosa» de dicha sentencia).

laboral (74) que se manifiestan en actos administrativos impugnables ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (75).

En lo que respecta al acceso, éste se efectuará mediante la participación en los procedimientos de selección de los Cuerpos, Escalas, plazas y empleos de los sectores afectados por la apertura. Los aspirantes deberán cumplir los requisitos exigidos para todos los aspirantes en las convocatorias de las pruebas selectivas, así como acreditar su nacionalidad (que deberá poseerse, en todo caso, en la fecha de finalización del plazo de presentación de instancias) y no estar sometidos a sanción disciplinaria o condena penal que impidan, en sus Estados respectivos, el acceso a la función pública (76).

El único procedimiento específico al que se pueden ver sometidos los ciudadanos comunitarios sería la demostración de un conocimiento adecuado del castellano, el cual podría acreditarse mediante los correspondientes títulos o certificados o la superación de pruebas con tal finalidad (siempre y cuando la propia realización de las pruebas selectivas no implique de por sí la demostración del dominio del castellano).

También establece la Ley 17/1993 que la pérdida de la nacionalidad española o la de cualquier otro Estado miembro de la Comunidad Europea implica la pérdida de la condición de funcionario, salvo que se adquiera simultáneamente la nacionalidad de otro Estado miembro (art. 3). Igualmente, «la pérdida de la nacionalidad española implica la de la condición de funcionario en el caso de los empleos que están reservados sólo a los ciudadanos españoles» (77) (con la excepción, claro está, que se asigne en el mismo momento al interesado un puesto de los no sujetos al requisito de la nacionalidad).

Por otra parte, la Disposición Adicional Unica de la Ley 17/1993 prevé igualmente el acceso a la función pública española de los nacionales de aquellos Estados a los que, en virtud de Tratados Internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores en los términos definidos por el Derecho Comunitario. Este es el caso de los nacionales de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (Noruega, Islandia y Liechtenstein, pero no Suiza, que no ratificó el Acuerdo), a raíz del Acuer-

(74) DEL SAZ señala, a título de ejemplo, dos casos de entes públicos cuyas respectivas normas creadoras establecen el régimen laboral para su personal: el ente público Puertos del Estado tiene encomendadas, entre otras funciones, la gestión y utilización del dominio público, recaudación y exacción de ingresos públicos y sanciones; la Comisión Nacional del Mercado de Valores tiene reconocida potestad normativa, una función de policía consistente en la autorización, supervisión e inspección de los que realizan una función de intermediación o actividad profesional en el mercado de valores, pudiendo, asimismo, imponer sanciones administrativas. S. DEL SAZ, *op. cit.*, pág. 58, nota 79.

(75) S. DEL SAZ, *op. cit.*, pág. 59.

(76) La acreditación de estos requisitos deberá hacerse mediante la presentación de los documentos y certificados correspondientes emitidos por las autoridades competentes de su país de origen, y siempre conforme a lo que determinen las convocatorias (art. 5 del RD 800/95).

(77) M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, *op. cit.*, pág. 118.

do sobre el Espacio Económico Europeo celebrado con la Comunidad Europea en 1993, y cuyo artículo 28 reconoce la libre circulación de trabajadores (78).

2. *Administración autonómica y local*

Conforme al principio de autoorganización establecido en los artículos 147.2.c) y 148.1.1.^ª de la Constitución y concordantes de los Estatutos de Autonomía y artículo 4.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local (LBRL), corresponde a cada entidad autónoma regular, ordenar y organizar su Función Pública a su conveniencia para el cumplimiento de sus fines (79), dentro del marco de la Constitución (arts. 103.3, 23.2, 28.1 y demás aplicables a la función pública).

Como hemos señalado, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, tenía un carácter básico; de ahí que fuera preciso su desarrollo por las Comunidades Autónomas para permitir el acceso de ciudadanos no españoles a las diferentes funciones públicas autonómicas. Hasta la fecha —salvo error por nuestra parte—, únicamente Aragón (80), Cataluña (81), Navarra (82), Extremadura (83), Valencia (84), La Rioja (85) e Islas Baleares (86) han dictado normas en este sentido.

Las fórmulas utilizadas por estas Comunidades Autónomas han sido similares: así, por un lado, Cataluña y Aragón han dictado sendos Decretos, en desarrollo de la Ley 17/1993, que regulan el acceso a determinados sec-

(78) *Vid.* R. PARADA, *Derecho Administrativo II...*, op. cit., pág. 454.

(79) *Cfr.* M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, op. cit., pág. 67.

(80) Decreto 141/1996, de 26 de julio, que regula el acceso a determinados sectores de la Función Pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea («BO de Aragón» de 5 de agosto de 1996, núm. 93, Ar. 195).

(81) Decreto 389/1996, de 2 de diciembre, que regula el acceso de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea a la función pública de la Administración de la Generalidad («DO de la Generalitat de Catalunya» de 11 de diciembre de 1996, núm. 2291, Ar. 607), y el Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública («DO de la Generalitat de Catalunya» de 3 de octubre de 1997).

(82) Ley Foral 27/1994, de 29 de diciembre, de medidas relativas en materia de negociación colectiva y sobre el requisito de la nacionalidad («BO de Navarra» de 2 y 4 de enero, núms. 1 y 2, Ar. 4).

(83) Ley 5/1995, de 20 de abril, de modificación parcial y urgente del Decreto Legislativo de 26 julio 1990, que aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública («DO de Extremadura» de 9 de mayo de 1995, núm. 54, Ar. 77).

(84) Ley 5/1994, de 24 de octubre, que modifica el Decreto Legislativo de 20 de marzo de 1991, de Texto Refundido («DO de la Generalitat Valenciana» de 2 de noviembre de 1994, núm. 2378, Ar. 336).

(85) Ley 9/1994, de 30 de noviembre, que modifica la Ley de 29 de junio de 1990 de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja («BO de La Rioja» de 3 de diciembre de 1994, núm. 148, Ar. 249).

(86) Ley 1/1995, de 28 de febrero, que modifica la Ley de 22 de febrero de 1989, de ordenación de la Función Pública («BO de las Islas Baleares» de 16 de marzo de 1995, núm. 32, Ar. 53).

tores de la Función Pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, mientras que el resto de las Comunidades Autónomas se han limitado a introducir pequeñas modificaciones en sus respectivas Leyes sobre la Función Pública (fundamentalmente en lo referido al acceso a la función pública y a la pérdida de condición de funcionario) para adaptarlas a la normativa básica.

En todos los casos el esquema es parecido a la Ley estatal, con las consiguientes características de la estructuración de la función pública en cada caso (87). Así, por ejemplo, el artículo 1.1 del Decreto de la Presidencia catalán reconoce el acceso «a los puestos de trabajo de personal funcionario y laboral pertenecientes a los cuerpos, escalas, clases, categorías o especialidades de la función pública de la Generalidad» en los sectores de *investigación, docencia y sanidad asistencial*. Pero de nuevo, y como no podía ser de otra manera, sobre la base de una apertura por sectores (o cuerpos o escalas), las excepciones a la libre circulación se encomiendan a las relaciones de puestos de trabajo.

Finalmente, en el caso de Cataluña, se especifica que los aspirantes deberán tener un conocimiento adecuado de las dos lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma que les permita la comprensión y utilización de ambas lenguas en el ejercicio de sus funciones (art. 6 Decreto 389/1996). Este requisito está amparado por el propio Derecho Comunitario, que no lo considera una medida o práctica indirectamente discriminatoria (88), indicando la jurisprudencia que «las disposiciones del Tratado no se oponen a la adopción de una política enfocada hacia la defensa y promoción de la lengua de un Estado miembro» (89), si bien últimamente parece abandonarse un enfoque tan abstracto para considerar que «las exigencias de naturaleza lingüística sólo son admisibles en la medida en que se adaptan rigurosamente a la naturaleza y al nivel de responsabilidad del puesto a proveer» (90).

(87) Resulta curioso que sólo la Comunidad Autónoma de Aragón ha recogido, en un Anexo al Decreto de 26 de julio de 1996, la lista de sectores que quedan abiertos para el acceso a los ciudadanos comunitarios en idénticas condiciones que los españoles.

(88) Artículo 3.1 Reglamento 1612/68.

(89) *Groener v. Ministry of Education*, 28 noviembre 1989 (C-379/87), *Rec.* 1989, pág. 3967: «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.» Esta sentencia dilucidaba el caso de una convocatoria para proveer una plaza de Profesora de Arte en la Universidad de Dublín, para la que se exigía el conocimiento del gaélico; el pronunciamiento del Tribunal de Justicia se avala si tenemos en cuenta que la interesada, Anita Groener, de nacionalidad holandesa, llevaba ya un año ocupando esa plaza en calidad de contratada, sin que en el desempeño de la misma durante ese plazo hubiera necesitado el uso del gaélico; sólo después, cuando su plaza fue sacada a concurso para ser provista por personal funcionario, su candidatura no prosperó exclusivamente por su falta de conocimiento del gaélico. Pese a todo ello, el Tribunal de Justicia no consideró discriminatoria ni desproporcionada la exigencia del conocimiento del gaélico.

(90) E. HONORAT, *Les incidences de la libre circulation des personnes sur l'accès aux*

Respecto a los funcionarios de la Administración Local, a los que también es aplicable la legislación básica del Estado sobre la función pública, tienen su regulación general en los artículos 89 a 104 de la LBRL y en los artículos 126 a 177 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Igualmente, se les aplica en parte la legislación de su respectiva Comunidad Autónoma sobre función pública y, de conformidad con todo ello, se rigen por las normas propias de su respectiva Corporación.

Por un lado, corresponde a las Corporaciones Locales «la aprobación de las plantillas y relaciones de puestos de trabajo» (art. 129.3 del Texto Refundido), si bien el Ministerio para las Administraciones Públicas es competente para «establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse en las entidades locales las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de los puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación» (art. 129.2 del Texto Refundido).

Por otro lado, la propia Ley de Bases de Régimen Local define como *funciones públicas* aquellas que «impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función», cuyo desempeño queda reservado a «personal sujeto al Estatuto funcionarial» (art. 92.2). En virtud de este precepto, quedarían fuera de la libre circulación de trabajadores todos aquellos empleos de la Administración Local que tuvieran por objeto el desempeño de alguna de estas funciones, ya que éstas quedarían reservadas a los ciudadanos españoles. Sin embargo, tal y como ha ocurrido en la legislación estatal y autonómica en materia de función pública, será necesario adaptar la normativa —y especialmente la gestión— local a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y realizar una interpretación restrictiva de lo que haya de entenderse por empleos en la Administración Pública, construyéndolos a aquellos empleos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas.

fontions publiques nationales, en «Administration Publique», 1997 (1), pág. 13. En idéntico sentido, el Abogado General LEGER, para quien los poderes públicos deben abstenerse de imponer requisitos lingüísticos que no vengan exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir». Conclusiones del Abogado General LEGER en el asunto *Comisión v. Luxemburgo*, 2 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, pág. I-3244, n. 205.

VII. CONCLUSIÓN

Ya desde los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia interpretando el artículo 48.4 del TCE, algunas voces propugnaron una definición a nivel comunitario de los órganos políticos de las Comunidades Europeas (91), pues de lo contrario lo único que se consigue es retrasar el problema a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. En efecto, las nociones de «potestad pública» e «intereses generales» serán definidas de manera diferente en cada Estado miembro, y las posibilidades de alcanzar una interpretación uniforme por el Tribunal de Justicia vía pronunciamientos prejudiciales no dejan de ser limitadas y dificultosas (92).

La Comisión así pareció entenderlo y, en un primer momento, intentó sacar adelante un proyecto de directiva sobre las condiciones de acceso al empleo público de los ciudadanos comunitarios (93), proyecto que no prosperó por las reticencias de los Estados miembros. De ahí que emprendiera en 1988 una acción sistemática enmarcada en su Comunicación del mismo año y que desembocó en los correspondientes recursos por incumplimiento. Las sentencias condenatorias recaídas en los mismos obligaron a Grecia a dictar una Ley de apertura (94), mientras que Luxemburgo optó

(91) A. BLECKMANN, *L'arrêt de la Cour de Justice de 17 décembre 1980 et le droit allemand des fonctionnaires*, en «Administration Publique», 1982 (1), pág. 38: «Es preciso aceptar las conclusiones de la jurisprudencia nacional, internacional y europea según las cuales sólo los poderes políticos —sólo los Estados miembros— pueden definir los intereses públicos nacionales en el marco de una conciliación con los intereses europeos. Por ello habría que aceptar que únicamente el Consejo de Ministros sea competente para definir y delimitar los intereses públicos nacionales y europeos.»

(92) Conclusiones del Abogado General MAYRAS en *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, pág. 3887.

(93) Doc. V/1233/1985, de la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales y Educación.

(94) Ley 2431 sobre acceso de los ciudadanos comunitarios a la Función Pública («DO Griego», vol. 1, núm. 175, de 30 de julio de 1996), que establece en su artículo 1: «Los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder a la función pública o a puestos especializados que no impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en aquellas funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas en los siguientes servicios o entes públicos:

- a) servicios públicos;
- b) entidades públicas sometidas a Derecho Público;
- c) organismos de carácter local;
- d) empresas públicas;
- e) entidades legales sometidas a Derecho Privado, pertenecientes al Estado o que reciben regularmente de organismos públicos, de acuerdo con sus Estatutos, al menos el 50 por 100 de su presupuesto anual, o el Estado mantiene al menos el 51 por 100 de su accionariado;
- f) entidades legales sometidas a Derecho Privado, pertenecientes a alguna de las entidades mencionadas en el apartado anterior o que reciben de éstos, de acuerdo con sus Estatutos, al menos el 50 por 100 de su presupuesto anual, o mantienen al menos el 51 por 100 de su accionariado.»

Serán, no obstante, los correspondientes Decretos presidenciales —a propuesta de los Ministros del Interior, de Administración Pública y Descentralización, de Economía y de

por incluir en la Ley de Presupuestos de cada año una relación de puestos a los que tendrían acceso los ciudadanos comunitarios, lo cual no ha contentado a la Comisión, que en noviembre de 1997 dirigía de nuevo una carta de emplazamiento al Gobierno luxemburgués denunciando el reiterado incumplimiento del Derecho Comunitario en esta materia.

No obstante, la jurisprudencia parece ya gozar de un alto grado de consolidación que permitiría su plasmación en las necesarias normas jurídicas comunitarias en aras de la seguridad jurídica (95). En efecto, al igual que el Derecho Comunitario exige que los Derechos nacionales eliminen también formalmente las normas que pudieran inducir a error a los ciudadanos, con mayor razón cabría sostener que el propio Derecho Comunitario debería evitar que de sus formulaciones sobre el contenido y alcance de los derechos que confiere a los ciudadanos se pudieran producir confusiones e ignorancias, no sólo en lo que respecta a los propios ciudadanos comunitarios, sino también en lo que se refiere a los poderes públicos afectados. Pues, como han puesto de manifiesto algunos autores, «no hay un funcionario de una Administración nacional o local que pueda, de buena fe y con la sola lectura del Tratado de Roma, concluir que es beneficiario de un derecho a continuar su carrera administrativa en los servicios de un Estado diferente al suyo» (96). De ahí que resulte cuando menos conveniente la reformulación del artículo 48.4 en consonancia con la jurisprudencia ya consolidada del Tribunal de Justicia, y el reflejo de la misma, con los desarrollos necesarios, en el Reglamento 1612/68.

A partir de ahora es preciso profundizar en las consecuencias y en las exigencias de la eliminación de las condiciones de nacionalidad para acceder a un empleo público. Se ha llamado particularmente la atención de las dificultades suscitadas en el ámbito de la Administración Local, por una falta bien de información, bien de cooperación o, simplemente, de buena voluntad, así como la supervivencia de concepciones anacrónicas fundamentadas en la lealtad supuesta exclusivamente a los nacionales de los Estados miembros en cuestión (97). El enfoque sectorial, finalmente, tenderá inevitablemente a plantear la cuestión de forma dicotómica: actividades típicas del Estado (para las que la nacionalidad puede ser exigida) y todas las demás actividades (cuyo acceso estaría regido por el principio de igualdad).

los Ministros afectados— los que determinarán no sólo los puestos a los que se permitirá el acceso y nombramiento de ciudadanos comunitarios, sino también aquellos que quedan reservados a los ciudadanos griegos (art. 1.2 Ley 2431).

(95) Como dice DELGADO-IRIBARREN, la actual «situación de regulación fragmentaria, que no es desconocida en otros ámbitos del Derecho comunitario, plantea una situación de incertidumbre cuya aclaración no parece muy razonable que sólo admita la vía del conflicto judicial», por lo que resulta «absolutamente imprescindible una norma —reglamento o directiva— que delimite y aclare la extensión de este derecho de los ciudadanos comunitarios». M. DELGADO-IRIBARREN, *Consideraciones...*, op. cit., págs. 477 y 482.

(96) F. RIGAUX y F. DELPÉRÉE, *Nationalité et citoyenneté. Developpements et incidences sur le Droit de la Fonction Publique en Belgique*, en «Administration Publique», 1997 (1), pág. 22.

(97) *Rapport du Groupe de Haut Niveau sur la libre circulation des personnes présidé par Mme. Simone Veil*, 18 marzo 1997, pág. 35.

Por lo demás, la incidencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho de las Funciones Públicas de los Estados miembros no se limita a la eliminación de la condición de nacionalidad para el acceso a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas. Sus efectos se encaminan, igualmente, a la eliminación de discriminaciones indirectas (98), entendidas éstas como los requisitos de Derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente (99) o en su mayor parte a los trabajadores migrantes (100), así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes (101), o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes (102). En el ámbito de la Función Pública, estas discriminaciones indirectas respecto a los nacionales de otros Estados miembros pueden darse especialmente en lo que se refiere a condiciones laborales, remuneraciones, despidos, reintegración profesional, vuelta al trabajo o ventajas sociales y fiscales, así como a la supresión de los obstáculos existentes a la movilidad de los funcionarios en la Comunidad.

La acción de la Comisión parece centrarse en este último aspecto, a través de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de diferentes elementos —experiencia profesional (103); antigüedad acumulable con los períodos de empleo abiertos anteriormente en la Administración Pública de otro Estado miembro (104); títulos y diplomas; formación profesional o servicio militar (105)— que los trabajadores y funcionarios comunitarios han podido adquirir en otro Estado miembro. La jurisprudencia, igualmente, está llevando la lógica de su interpretación hasta sus últimas consecuencias. De todos modos, esta homegeneización de las Administraciones Públicas de los Estados miembros resulta excesivamente problemática por cuanto no existe —ni puede existir— una armonización y, ni siquiera, una coordinación de las normas nacionales de organización y funcionamiento aplicables a la Función Pública, que permitan, por ejemplo, el reconocimiento de los servicios prestados a una Administración Pública de un Estado miembro a efectos de tener en cuenta la antigüedad en materia de promoción interna y de desarrollo en la carrera.

Por último, otra cuestión fundamental es la de la coordinación de las reglas de seguridad social de los funcionarios, especialmente en lo que se

(98) *O'Flynn*, 23 mayo 1996 (C-237/94), *Rec.* 1996, pág. I-2638.

(99) *Pinna*, 15 enero 1986 (41/84), *Rec.* 1986, pág. 1, n. 24; *Allué e.a.*, 30 mayo 1989 (33/88), *Rec.* 1989, pág. 1591, n. 12; *Le Manoir*, 21 noviembre 1991 (C-27/91), *Rec.* 1991, pág. I-5531, n. 10.

(100) *Comisión v. Reino Unido*, 17 noviembre 1992 (C-279/89), *Rec.* 1992, pág. I-5785, n. 42; *Spotti*, 20 octubre 1993 (C-272/92), *Rec.* 1993, pág. I-5185, n. 18.

(101) *Comisión v. Luxemburgo*, 10 marzo 1993 (C-111/91), *Rec.* 1993, pág. I-817, n. 9; *Paraschi*, 4 octubre 1991 (C-349/87), *Rec.* 1991, pág. I-4501, n. 23.

(102) *Biehl*, 8 mayo 1990 (C-175/88), *Rec.* 1990, pág. I-1779, n. 14; *Bachmann*, 28 enero 1992 (C-204/90), *Rec.* 1992, pág. I-249, n. 9.

(103) *Scholz*, 23 febrero 1994 (419/92), *Rec.* 1994, pág. I-505.

(104) *Schöning-Kougebetopoulou*, 15 enero 1998 (C-15/96).

(105) *Ugiola*, 15 octubre 1969 (15/69), *Rec.* 1969, pág. 363.

refiere a la extensión a los funcionarios del régimen contenido en el Reglamento 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

Acción sistemática, pues, contra incumplimientos por parte de los Estados miembros y, de forma complementaria, concienciación por parte de los ciudadanos comunitarios, titulares del derecho de acceder a los empleos y cargos públicos en los Estados de la Unión y cuya violación es susceptible de ser denunciada ante los Tribunales para exigir, en último extremo, la reparación por los daños y perjuicios sufridos (106).

(106) Vid. R. ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Fundación Universidad Empresa/Civitas, Madrid, 1997.

BIBLIOGRAFIA

