

EL DERECHO A ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

«Muchos son los jugadores
¿Vencen los mejores?»

(DIEGO SÁNCHEZ DE BADAJOZ: *Farsa por la que se representa un juego de cañas espiritual de virtudes contra vicios*, versos 375 y 376).

SUMARIO: 1. ESTADO DE LA CUESTIÓN.—2. DOS EJEMPLOS ESPECIALMENTE SIGNIFICATIVOS: LA «ENSEÑANZA» Y LA «SEGURIDAD PRIVADA».—3. LA LEGISLACIÓN EN ESPAÑA (LEY 17/1993, DE 23 DE DICIEMBRE, EL REAL DECRETO 800/1995, DE 19 DE MAYO Y LA RECIENTE REFORMA POR LA LEY 55/1999, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL).—4. LOS PROBLEMAS.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Un tema determinante para llegar a observar el grado de integración comunitaria que hasta el momento ha podido conseguirse es sin duda el del acceso a la función pública de un Estado miembro de los nacionales de otro Estado de la Unión Europea. Evidentemente esta cuestión toca de forma más o menos directa una fibra sensible de los Estados, que es el reducto de soberanía presente en todo sistema de reserva de la función pública en favor de los nacionales del propio Estado. Seguidamente se estudia hasta dónde ha podido llegarse en la actualidad y hasta dónde debe o debería llegarse.

El punto de partida para estudiar esta materia es el conocido artículo 39

(antiguo 48) del Tratado de la CE, donde se consagra la libre circulación de los trabajadores y la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros.

No obstante, el párrafo cuarto del citado artículo 39 declara que sus disposiciones no son aplicables a los empleos de la Administración Pública.

Este régimen jurídico-comunitario puede primeramente relacionarse con ciertas acciones significativas de la Comisión Europea. Ésta, tras comprobar que en varios Estados miembros gran número de puestos de trabajo que se consideraban integrados en la función pública no tenían relación con el ejercicio del poder público y con la salvaguarda de los intereses generales del Estado, instó a los Estados miembros a permitir a los nacionales de otros Estados de la Unión a acceder a puestos de trabajo en ámbitos tales como los transportes públicos, distribución de electricidad o gas, navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, organismos de radioteleedifusión, servicios de salud pública, enseñanza pública, investigación civil en establecimientos públicos.

A estos efectos la Comisión Europea dictó la Comunicación de 18 de marzo de 1988 (1) 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» (2). La Comisión consideraba que la excepción prevista en el artículo 48.4 (hoy 39) del Tratado de la CE no era aplicable, salvo en casos muy excepcionales, a las tareas y responsabilidades características de los puestos de trabajo de dichos sectores.

Pero junto a esta referencia interesaría especialmente conocer la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (3), princi-

(1) Comunicación 88/C DOCE C 72.

(2) Puede consultarse también el Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario, 1996 (DOCE C 332, 1).

(3) Concretamente, la jurisprudencia dictada hasta el momento es la siguiente: STJCE de 12 de febrero de 1974, Sotgiu contra Deutsche Bundespost; STJCE de 17 de diciembre de 1980 asunto 149/79, Comisión contra Bélgica, Rec. 1980, pág. 3881; STJCE de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79, Comisión contra Bélgica, Rec. 1982, pág. 1845; STJCE de 3 julio de 1986, asunto 66/85, Rec. 1986, pág. 2121, Deborah Lawrie-Blum contra Baden-Württemberg; STJCE de 3 de junio de 1986, Comisión contra República Francesa, asunto 307/84, Rec. 1725; STJCE de 16 de junio de 1987, Comisión contra República Italiana; STJCE de 30 de mayo de 1989, Pilar Allué y Mary Coonan contra Universidad de Venecia; STJCE de 27 de noviembre de 1991, Bleis contra Ministerio de Educación Nacional; STJCE de 23 de febrero de 1994, Scholz contra Universidad de Cagliari, asunto C-419/92, Rec., pág. I-505; STJCE de 22 de noviembre de 1995, Vougioukas contra IKA, asunto C-443/93, Rec., pág. I-4033; SSTJCE (tres) de 2 de julio de 1996 del TJCE, Comisión contra Luxemburgo, Bélgica y Grecia (asuntos C-473/93, C-173/94 y C-

palmente los criterios jurisprudenciales básicos en la materia, que paso a exponer.

Según el TJCE la excepción prevista en el artículo 48.4 del TCE (excepción al principio de libre circulación de trabajadores en cuanto a la función pública) se refiere a los empleos que implican ejercicio de poder público y que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas. Por eso, la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos públicos, no implican participación en las actividades que competen a la Administración Pública propiamente dicha. Es éste un criterio consolidado en la jurisprudencia del TJCE (por todas, véanse las SSTJCE, tres, de 2 de julio de 1996 del TJCE, Comisión contra Luxemburgo, Bélgica y Grecia).

Conviene, pues, precisar el alcance del «requisito de la nacionalidad» a la luz de estas tres SSTJCE de 2 de julio de 1996 del TJCE, Comisión contra Luxemburgo, Bélgica y Grecia. Frente a la alegación de los recurrentes («la nacionalidad es requisito necesario para salvaguardar la identidad nacional») el TJCE considera que la salvaguarda de la identidad nacional puede explicar las restricciones de acceso de extranjeros sólo cuando se trate de empleos relacionados con el ejercicio del poder público, ya que en estos casos en efecto sus titulares están vinculados con el Estado por una relación particular de solidaridad y por un régimen de derechos y deberes «que son el fundamento del vínculo de nacionalidad» (4).

En virtud de otra regla jurisprudencial, igualmente de especial significación, el concepto de «Administración Pública», a efectos del artículo 48.4 del Tratado, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Comunidad, «sin que sea posible por tanto dejarlo a la absoluta discrecionalidad de los Estados miembros» (5). Es ésta una doctrina presente en la jurisprudencia del TJCE desde su primera sentencia en la materia de 12 de febrero de 1974 (Sot-

290/94); STJCE de 20 de noviembre de 1997, asunto C-90/96 Petrie; STJCE de 15 de enero de 1998, asunto C-15/96, Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contra Freie Hansestadt Hamburg; STJCE de 12 de marzo de 1998, asunto C-187/96, Comisión contra Grecia; STJCE de 29 de octubre de 1998, asunto 114-97, Comisión de las CCEE contra Reino de España.

(4) Por tanto, en las tres sentencias de 2 de julio de 1996 del TJCE (asunto C-473/93) se condena a los Gobiernos de Luxemburgo, Bélgica y Grecia, por haber incumplido el Derecho comunitario, en tanto en cuanto exigían el requisito de la nacionalidad para el acceso a los puestos de funcionario o de empleado público en la Administración, trascendiendo de la excepción del artículo 48.4 del Tratado y del régimen previsto en el Reglamento núm. 1612/68 del Consejo.

(5) Igualmente, SSTJCE (tres) de 2 de julio de 1996 del TJCE, Comisión contra Luxemburgo, Bélgica y Grecia.

giu contra Deutsche Bundespost). Ilustrativa es la argumentación del Abogado general Sr. Henri Mayras:

«La noción de empleo en la Administración pública debe recibir una definición comunitaria, autónoma, al margen de variables criterios nacionales que dependen de la concepción que cada Estado tenga de sus funciones y de las estructuras de los órganos encargados de asumirlas (...)».

De ahí que una sentencia posterior, de 24 de enero de 1985 (6) deje claro que «hacer depender la aplicación del artículo 48, apartado 4, de la naturaleza jurídica del vínculo que une al trabajador con la Administración daría, efectivamente, a los Estados miembros, la posibilidad de determinar, a su arbitrio, los empleos cubiertos por esta disposición de excepción».

En este sentido, es claro que el TJCE pretende que la calificación formal como Administración de determinados sujetos o sectores, por parte de los Estados miembros, no lleve a eludir el cumplimiento del Tratado de la CE y, por tanto, las obligaciones que corresponde asumir a los Estados miembros.

De ahí que la jurisprudencia del TJCE se apoye en un criterio funcional en virtud del cual es preciso considerar el tipo de función administrativa a efectos de precisar si puede aplicarse o no la excepción del artículo 48.4 del TCE (así, expresamente, STJE de 3 de junio de 1986, asunto Comisión contra Francia 307/84, Rec. 1725; asimismo, STJCE de 27 de noviembre de 1991, Bleis contra Ministerio de Educación Nacional; y STJCE de 17 de diciembre de 1980 asunto 149/79, Comisión contra Bélgica, Rec. 1980, pág. 3881) (7).

Es evidente que la delimitación entre funciones administrativas que implican ejercicio de poder público (y que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas) y funciones que no implican dicho ejercicio podrá no ser siempre fácil. Pero no por ello puede calificarse de desacertada, en mi opinión, la línea jurisprudencial seguida por el TJCE. Precisamente, es una típica o característica función judicial la de ir delimitando, en caso de conflicto, los casos que caen dentro o fuera del referido criterio funcional.

(6) STJCE de 24 de enero de 1985, asunto 66/85, Rec. 1986, pág. 2121, Deborah Lawrie-Blum contra Baden-Württemberg.

(7) En general, sobre la virtualidad de este tipo de criterios funcionales puede verse S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *El Derecho administrativo privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996; del mismo, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa* (comentario al artículo 1 de la Ley jurisdiccional), Editorial Tecnos, Madrid, 1999. Igualmente, M. F. MASSO GARROTE: «Excursus conceptual de función pública en el Derecho comunitario: sobre la necesidad de manejar un concepto materia y funcional de función pública», *Revista Noticias de la Unión Europea*, 1999, 173, págs. 33 y sigs.

Así, la STCE de 26 de mayo de 1982 (Comisión contra Reino de Bélgica) apunta que los empleos de Inspector Jefe de Oficina Técnica, Inspector principal, Inspector de trabajo, Vigilante nocturno y Arquitecto (de la Administración municipal de Bruselas y Auderghen) no caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 48.4 del TCE; y las sentencias del TJCE de 3 de junio de 1986 (Comisión contra República Francesa) y de 16 de junio de 1987 (Comisión contra República Italiana) añaden a esta lista los puestos de enfermería y de investigación a cargo de la Administración, respectivamente (8).

En esta línea, en las SSTJCE (tres) de 2 de julio de 1996 del TJCE se condena a Luxemburgo, Bélgica y Grecia por no distinguir en qué casos es exigible el requisito de nacionalidad en los sectores públicos de la investigación, enseñanza, salud, transporte terrestre, correos y telecomunicaciones, y servicios de distribución de agua, gas y electricidad.

En la doctrina, según U. Wölker, típicas funciones administrativas han de ser las de policía, militares, el cuerpo diplomático o la administración tributaria. En cambio, funciones que no son típicamente administrativas pueden ser aquéllas que, a pesar de poder ser realizadas por la Administración, encuentran clara correspondencia en el sector privado: cultura, gestión de servicios públicos, enseñanza (9).

(8) Véase R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Incidencia del Derecho comunitario en el ámbito de la función pública», en CGPJ: «Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea», *Cuadernos del Poder Judicial*, Madrid, 1997, pág. 203.

(9) U. WÖLKER, en H. VON GROEBEN, J. THIESING y C. D. EHLERMANN: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1991, pág. 829, con otras referencias bibliográficas en las notas a pie de página 440 y 441. Asimismo, puede profundizarse en el presente tema consultando los siguientes trabajos: R. ALONSO GARCÍA: «¿Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública de los ciudadanos comunitarios», *REDA*, 76, 1992; J. R. BENOETXEA: «Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50 (1998), pág. 30; M. DELGADO-IRIBARREN GARCIA-CAMPERO: «Consideraciones en torno a las relaciones entre el ordenamiento comunitario europeo y el ordenamiento interno (a propósito de la Ley 17/1993, 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», *RAP*, 133, 1994; L. E. ETXEBARRÍA ARIZNABARRETA: «Panorama y perspectivas de la formación de empleados públicos en Europa», *Autonomías*, 1987, 7; J. M. GÓMEZ MUÑOZ: «La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público de España: análisis del régimen jurídico vigente», *Relaciones Laborales*, 23, 1995; del mismo, *Libre circulación de trabajadores de empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1996; V. GUILLÉN COLOMINA: «El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajos en las Administraciones Públicas de los Estados miembros», *Revista de Administración Pública*, 1998, 146; J. P. LANDA ZAPARAIN: «La noción de empleo público en el Derecho comunitario europeo: las excepciones a la libre cir-

Al margen de este tipo de cuestiones, interesa también la doctrina jurisprudencial que, aplicando el principio de no discriminación, sienta que a un sujeto que haya prestado parte de sus servicios en una Administración de otro Estado miembro han de computársele o reconocérsele dichos servicios (a los efectos de la concesión del complemento de antigüedad y de su clasificación en la escala salarial de los empleados) (10).

Del mismo modo, es nulo un convenio colectivo para los trabajadores de la Administración Pública en el cual se establezca un determinado ascenso por antigüedad sin computar los períodos que dichos empleados hayan realizado en otro Estado miembro (STJCE de 15 de enero de 1998, asunto C-15/96, Kalliope Schöning-Kougebetopoulou contra Freie Hansestadt Hamburg).

2. DOS EJEMPLOS ESPECIALMENTE SIGNIFICATIVOS: LA «ENSEÑANZA» Y LA «SEGURIDAD PRIVADA»

Puede profundizarse en la doctrina jurisprudencial anteriormente referida tomando, primero, el ejemplo de la enseñanza. Aunque en principio pueda considerarse que en el ámbito de la enseñanza se presentan ciertas funciones que implican el ejercicio de poder público (medidas disciplinarias, calificación de exámenes) lo cierto es que predomina evidentemente un aspecto pedagógico que no justifica la aplicación de la excepción del artículo 39 (antiguo 48) del

culación de personas contenidas en los artículos 48.4 y 55.1 del TCE», *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 147, 1997, págs. 75 y sigs.; J. M. MEMOYNE DE FORGES: «Le modèle de fonction publique a-t-il un avenir?», *Revue Administrative*, A 48, núm. 288, 1995, pág. 584; D. LÓPEZ GARRIDO: «El acceso a la función pública en la Europa de los Doce», *Revista Vasca de Administración Pública*, 35, 1993; A. MASSO GARROTE: «Los derechos políticos en la Comunidad Europea: el Tratado de la Unión y la Directiva de desarrollo 94/1980, del Consejo, de 19 de diciembre de 1994», *Revista Noticias de la Unión Europea*, 138 1996; J. MAURI: «Función pública local», en T. FONT I LLOVET: *Anuario del Gobierno local*, Madrid, 1995; J. L. MONEREO PÉREZ: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, MAP, 1991, pág. 27, y del mismo autor su trabajo en *RL*, núm. 10, 1994, pág. 12; A. NOGUERÍA LÓPEZ: «La jurisprudencia del TJCE en materia de acceso a empleos en la Administración Pública de ciudadanos comunitarios», *Revista Vasca de Administración Pública*, 39, 1994; D. ORDÓÑEZ SOLÍS: «Administraciones nacionales e integración europea», *Revista Noticias de la Unión Europea*, 136, 1996; M. PULIDO QUECEDO: *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid, 1992; M. SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 1996; F. SCHOCKWEILER en *Bulletin du Cercle François Laurent*, IV, 1987, pág. 20; A. SCIORTINO, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, núm. 2 1994; J. P. TRICART, en *Europe Sociale*, 1, 1989, págs. 106 y sigs.

(10) STJCE de 12 de marzo de 1998, asunto C-187/96, Comisión contra Grecia.

Tratado de la CE, a salvo de los órganos de representación de los Centros de enseñanza.

Siguiendo un orden cronológico de exposición, es preciso citar primeramente la STJCE de 24 de enero de 1985 (11). Puede empezarse el estudio de esta sentencia relatando resumidamente los hechos del presente supuesto: una persona que había obtenido la licenciatura en Filología en la Universidad de Friburgo pretendía ser admitida a la realización del período de prácticas y posterior examen de Estado a fin de poder ser profesor de instituto en Alemania. La Administración del Land de Baden-Württemberg (donde se encuentra Friburgo) había denegado la solicitud (de poder acceder a la realización del período de prácticas y posterior examen de Estado) basándose en que, a estos efectos, la legislación del Land exigía la nacionalidad alemana que es necesaria para poder llegar a ser funcionario (vgr. profesor de Instituto).

Pues bien, el asunto llega al Tribunal Supremo alemán (Sala de lo Contencioso-administrativo), quien eleva cuestión prejudicial al TJCE, preguntando si la situación que pretende ser alcanzada por la recurrente interesada debe considerarse «empleo en una Administración pública en el sentido del apartado 4 del artículo 48», pudiendo por tanto negarse el ingreso solicitado por la recurrente.

El TJCE responde dejando claro que «el acceso a ciertos empleos no puede limitarse por el hecho de que, en un Estado miembro determinado, las personas que los asumen tengan el estatuto de funcionario. Hacer depender la aplicación del artículo 48, apartado 4, de la naturaleza jurídica del vínculo que une al trabajador con la Administración daría, efectivamente, a los Estados miembros, la posibilidad de determinar, a su arbitrio, los empleos cubiertos por esta disposición de excepción». Seguidamente, el TJCE aprovecha para reforzar su doctrina sentando que los empleos excluidos de la aplicación del artículo 48 son únicamente aquellos que supongan 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 y demás colectividades públicas.

Otra sentencia posterior, recaída en este mismo ámbito de la enseñanza, es la STJCE de 20 de noviembre de 1997 (asunto C-90/96 Petrie): una Universidad italiana reservaba los puestos de sustitutos de profesores universitarios a profesores titulares o investigadores reconocidos, excluyendo la posibilidad de

(11) Asunto 66/85, Rec. 1986, pág. 2121, Deborah Lawrie-Blum contra Baden-Württemberg. En el mismo sentido que esta sentencia, es decir confirmando que la enseñanza no se incardina en principio dentro de la excepción del artículo 48.4 del TCE, véase la STJCE de 27 de noviembre de 1991, Bleis contra Ministerio de Educación Nacional; y STJCE de 30 de mayo de 1989, Pilar Allué y Mary Coonan contra Universidad de Venecia.

acceder a dichas suplencias a ciertos sujetos de nacionalidad británica que trabajaban en dicha Universidad desde hacía años como lectores. El TJCE entiende que no se vulnera el artículo 48 del Tratado, ya que la situación de los lectores de lengua extranjera no es comparable con la de los profesores que han accedido a la docencia universitaria mediante concurso público o con la situación de los «investigadores» cuya suficiencia investigadora ha sido reconocida mediante acto administrativo. No obstante, en primer lugar, se podría vulnerar el artículo 48.2 si no pudieran acceder los lectores de lengua extranjera y si en cambio otros sujetos cuya situación fuera equiparable a la de aquéllos. En segundo lugar, el TJCE afirma que a los demandantes puede llegar a corresponder un derecho a reclamar una indemnización por el perjuicio causado *por una normativa (una Ley italiana del año 1994) que en día les impidió participar en los concursos públicos de acceso al profesorado universitario, por ser ésta discriminatoria*.

Otro sector problemático ha sido el de la *seguridad privada*, ya que, y según estudiamos en otro lugar (12), este tipo de agentes o vigilantes pueden llegar a *colaborar* intensamente en el ejercicio de auténticas funciones públicas como son las funciones de policía. Sin embargo, tal como acertadamente pone de manifiesto la STJCE de 29 de octubre de 1998 (asunto 114-97, Comisión de las CCEE contra Reino de España) el apartado 4 del artículo 48 del TCE no es aplicable al presente caso ya que «las empresas de seguridad privada no forman parte de la Administración Pública y, por consiguiente, esta disposición no se aplica. Por otra parte, de los autos se deduce que las empresas y el personal de seguridad privada no participan directa y específicamente en el ejercicio del poder público».

En consecuencia, la sentencia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 48, 52 y 59 del TCE, al mantener en vigor los artículos 7, 8 y 10 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, en la medida en que supeditan la concesión de la autorización para ejercer actividades de seguridad privada, en el caso de las empresas de seguridad, a los requisitos de tener nacionalidad española y de que sus administradores y directores tengan su residencia en España y, en el caso del personal de seguridad, al requisito de tener la nacionalidad española.

Esta sentencia del TJCE ha dado lugar a la reforma de la Ley 23/1992, de

(12) «El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 94 (1997). En este trabajo se pone de manifiesto el fenómeno de creciente «colaboración» de agentes privados (especialmente empresas) en la realización o ejercicio de auténticas funciones públicas al margen de la gestión de servicios públicos.

30 de julio, de Seguridad privada (téngase en cuenta que la ejecución de este tipo de sentencias no se lleva a cabo por el Tribunal, por implicar una actuación positiva por parte del Estado miembro en cuestión: artículo 228, antiguo 171, del TCE).

Por tanto, el Real Decreto-Ley 2/1999, de 29 de enero modifica parcialmente los artículos 7, 8 y 10 de la citada Ley abriendo la posibilidad de que tanto los trabajadores como los empresarios puedan ser tanto españoles como nacionales de otro Estado miembro de la Unión Europea (o de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo).

Este caso de la seguridad privada es un gráfico ejemplo de cómo el Derecho comunitario puede llegar a repercutir sobre los Derechos de los Estados miembros causando la reforma de su legislación (dato ilustrativo desde el punto de vista de la creación de un Derecho administrativo europeo).

3. LA LEGISLACIÓN EN ESPAÑA (LEY 17/1993, DE 23 DE DICIEMBRE, EL REAL DECRETO 800/1995, DE 19 DE MAYO Y LA RECIENTE REFORMA POR LA LEY 55/1999, DE 29 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL)

Interesa conocer, igualmente, la legislación dictada en España con el fin de poner en sintonía nuestro Derecho con el Derecho comunitario, esencialmente con la jurisprudencia del TJCE que acaba de estudiarse.

En este sentido, la Ley de 23 de diciembre de 1993 (Ley 17/1993, Ley de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea) afirma, en su Exposición de Motivos, que aunque el artículo 48.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea excluye de dicha libertad (circulación de trabajadores) a los empleos de la Administración Pública, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha venido realizando una interpretación restrictiva de lo que haya de entenderse por empleos de la Administración pública, constriñéndolo a aquellos empleos que supongan 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 o de las Administraciones Públicas. En desarrollo de dicha interpretación del Tribunal de Justicia, la Comisión ha señalado determinados sectores de actividad incardinados dentro de la función pública, a los que sería aplicable la libertad de circulación de trabajadores. *Por todo ello se hace necesario llevar a cabo las modificaciones normativas precisas que permitan el acceso de los nacionales de los demás Estados miembros de la CE a los citados sectores de la función pública.*

Interesa, entonces, conocer la regulación prevista en los tres artículos de la citada Ley 17/1993 en su versión originaria, así como el artículo 37 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que completa y reforma aquélla.

En virtud de la Ley 17/1993 el artículo 1 empieza concretando qué empleos quedan afectados por la aplicación de la libre circulación de trabajadores: función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial; además: «y los demás sectores de la función pública a los que, según el Derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores».

El párrafo segundo de este artículo 1 se remite al Gobierno nacional, los órganos correspondientes de las CCAA o de las demás Administraciones Públicas, a efectos de determinar o concretar los Cuerpos o Escalas a los que puedan acceder nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad, debiendo quedar reservados a los nacionales españoles aquéllos que impliquen ejercicio de autoridad.

En todo caso, en el párrafo tercero se sienta el principio general de reserva de los puestos que impliquen ejercicio de potestades públicas (...) a los funcionarios de nacionalidad española.

En el artículo 2 de la Ley 17/1993 se establecen los requisitos para ser admitidos a los procedimientos de selección y en el artículo 3 se afirma que la pérdida de nacionalidad o la de cualquier otro Estado miembros de la Comunidad Europea, determina la pérdida de condición de funcionario.

En el ámbito de la Administración del Estado esta regulación remite al Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo, por el que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y por el cual se especifican aquellos Cuerpos, Escalas, plazas o empleos de la función pública estatal de los sectores mencionados en la Ley 17/1993, de 23 de diciembre.

En principio, este Real Decreto menciona expresamente los sectores de «investigación, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial». En el Anexo del Reglamento se especifican claramente los puestos a los que, en concreto, afecta la libre circulación de trabajadores a pesar de estar vinculados a la Administración pública.

Pero además de los sectores recogidos expresamente pueden existir otras categorías de empleo a las que también se permita el acceso ya que, según el Derecho comunitario (y la propia Ley 17/1993, de 13 de diciembre) puede haber otros sectores de la función pública distintos de los expresamente recogidos en la normativa a las que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

Igualmente, el presente Real Decreto establece las pautas a seguir en las pruebas selectivas, los requisitos que deben cumplir los nacionales de los demás Estados miembros, la documentación que ha de presentarse, la reserva de puestos de trabajo para los nacionales (por implicar ejercicio de potestades públicas o la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas) y la exigencia del conocimiento del castellano.

En el ámbito autonómico un desarrollo reglamentario de la Ley de 23 de diciembre de 1993 se ha realizado por las Comunidades Autónomas de Cataluña y Aragón, en esta última Comunidad mediante la aprobación del Decreto 141/1996, de 26 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se regula el acceso de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea a determinados sectores de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, como «normativa en la medida de lo posible homogénea a la estatal» (13).

Por su parte, en Cataluña rige el Decreto 389/1996, de 2 de diciembre, por el que se regula el acceso de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea a la función pública de la Administración de la Generalidad. Si bien el contenido de este Decreto puede asimilarse con el de la Ley estatal, el artículo 6 de dicho Decreto exige el conocimiento adecuado de las *dos lenguas* oficiales de Cataluña «que les permita la comprensión y utilización de ambas lenguas en el ejercicio de sus funciones». Pensando en los nacionales de otros Estados miembros, parece discutible la compatibilidad de esta exigencia con el Derecho comunitario por suponer una traba adicional para el acceso a la función pública en determinadas zonas de un Estado miembro.

Completando estas referencias legislativas podría establecerse cierta relación entre el régimen jurídico comunitario previsto para el acceso a la función pública de otro Estado miembro, que acaba de estudiarse, y el régimen jurídico comunitario previsto respecto del sufragio pasivo en las elecciones de ámbito local, ya que conforme al artículo 19 (antiguo 8.B.1) del TCE «todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y *elegible* en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado» y, por otro lado, la directiva 90/80, del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio

(13) Se mencionan expresamente en este Decreto las Escalas sanitaria y de investigación, como aptas para el acceso de los nacionales de los demás Estados miembros (artículo 1.2), sin perjuicio lógicamente de otras categorías de empleo, ya que en virtud del Derecho comunitario (y la propia Ley 17/1993, de 13 de diciembre) puede haber otros sectores de la función pública distintos de los expresamente recogidos en esta normativa a los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

activo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (14) abre la posibilidad a que los Estados miembros «puedan reservar los puestos que impliquen ejercicio de autoridad pública a sus nacionales» (véase el artículo 5.3 de la directiva).

Finalmente, el artículo 37 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social modifica la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, establece:

Uno. El artículo 1 queda redactado de la siguiente manera:

«1. De acuerdo con el Derecho comunitario, 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, salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguarda de intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

2. Lo establecido en el apartado anterior será asimismo de aplicación al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho, así como a sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.

Igualmente se extenderá a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

3. El Gobierno, o en su caso, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas determinarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, los Cuerpos, Escalas, plazas, empleos o puestos a los que no puedan acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea.»

Dos. Se añade un apartado 3 al artículo 2, con el siguiente contenido:

«3. El Ministro de Administraciones Públicas, en el ámbito de la Administración General del Estado, determinará el sistema de acreditación de los requisitos a los que se refieren los apartados anteriores de este artículo.»

Tres. Se añade un segundo párrafo al artículo 3, con el siguiente contenido:

«Asimismo, la pérdida de cualquiera de los requisitos que, conforme a lo

(14) DOCE L 368/38, de 31 de diciembre de 1994.

dispuesto en el apartado 2 del artículo 1 de la presente Ley, habilitan para el acceso al empleo público en igualdad de condiciones con los españoles, dará lugar a la pérdida de la condición de funcionario de carrera, a no ser que el interesado cumpla cualquier otro de los requisitos previstos en el mencionado apartado.»

Así pues, la novedad, en lo material se esconde en el nuevo artículo 1.2, extendiendo la posibilidad de acceder en igualdad de condiciones que los españoles a todos los empleos públicos, salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público (...) al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea (...) así como a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.

4. LOS PROBLEMAS

Así pues, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las CCEE están consiguiendo de forma significativa la apertura, de ciertos ámbitos del sistema de función pública, en favor de los nacionales de otros Estados miembros.

No obstante los avances realizados y no obstante el mérito del proceso de europeización del sistema de empleo público de los Estados miembros llevado a cabo por el TJCE y la Comisión Europea, se plantean a mi juicio ciertos problemas que no parecen haber llamado aún la atención a las instancias comunitarias.

El problema principal, a efectos de lograr la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la función pública en favor de los nacionales de otros Estados miembros, ha dejado de ser el de la distinción entre empleos que suponen o no suponen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o una salvaguarda de los intereses generales del Estado (15).

El problema más bien se presenta desde el punto de vista del ejercicio efectivo de este derecho. Me refiero pues a ciertas trabas que pueden plantearse y que pueden llevar a dejar a un lado la aplicación real del Derecho comunitario

(15) Por otra parte, puede tenerse en cuenta que el TJCE no considera contrario a Derecho comunitario el sistema de carrera en el ámbito de la función pública (STJCE de 17 de diciembre de 1980 asunto 149/79, Comisión contra Bélgica, Rec. 1980, pág. 3881; STJCE de 16 de junio de 1987, Comisión contra República Italiana). Sobre el tema, también STJCE de 27 de noviembre de 1991, Bleis contra Ministerio de Educación Nacional y T. LARZUL, «Droit communautaire et fonction publique», *L'actualité juridique, droit administratif*, junio 1996.

en el ámbito de la función pública. Puede servir de ejemplo el caso de la enseñanza, al que nos referíamos anteriormente.

Nos consta que el Derecho comunitario afirma que en la enseñanza universitaria los nacionales de otros Estados miembros pueden concursar a las plazas de profesorado en *igualdad de condiciones* con los nacionales del Estado miembro (16). Pero a nadie se oculta que en la generalidad de los Estados de la Unión Europea la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia, mérito y capacidad, puede distar mucho de ser una aplicación efectiva de criterios jurídicos objetivos y de ejercerse un control judicial adecuado en la materia. En algunos de los Estados de la Unión ni siquiera se realizan los principios primeramente mencionados de publicidad y concurrencia (no es el caso de España pero sí de otros Estados miembros); y, en general, junto a la proliferación de ciertos obstáculos de menor entidad (tales como los «perfiles», las «trabas lingüísticas», el «inmovilismo», etc.) no existe necesariamente una aplicación *efectiva* de criterios jurídicos objetivos (v. gr. los principios de mérito y capacidad) a la hora de seleccionar al candidato.

Antes de avanzar en este tipo de reflexiones es conveniente establecer un paralelismo entre la función pública por una parte y las acciones que han llevado a cabo las instituciones comunitarias en un sector especialmente significativo a los efectos que quieren aquí comentarse, que es el de la contratación administrativa, por otra parte. En torno a este caso de la contratación pública o administrativa, las instituciones comunitarias han sido bien conscientes de que los fines comunitarios no se realizarían si no se obligaba a los poderes adjudicadores a contratar siguiendo criterios jurídicos objetivos (esencialmente la regla del precio más bajo o la oferta más ventajosa, transparencia, objetividad, motivación de la «decisión de adjudicación» y control jurisdiccional).

En este sentido, aquellos Derechos, como era el caso del alemán o del austriaco, que acostumbraban a contratar «discrecionalmente» tuvieron que asumir este tipo de criterios jurídicos, abriendo también cauces de protección jurisdiccional en favor de los perjudicados por las adjudicaciones ilegales. No se trata de profundizar en esta materia en este momento sino tan solo de dejar constancia de que el argumento de la discrecionalidad técnica de los poderes adjudicadores, que invocaron entre otros argumentos estos Estados miembros, no venció a efectos de justificar su negativa a incorporar —en sus respectivos

(16) Hasta aquí «llega» el Derecho comunitario, hasta aquí ningún problema. En este sentido, el Anexo del Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo, incluye el Cuerpo de Catedráticos de Universidad y el de Profesor Titular de Universidad como Cuerpo incluido dentro de la libre circulación de trabajadores.

Derechos— las directivas comunitarias y sus criterios jurídicos de carácter objetivo que rigen la fase de adjudicación del contrato.

Concretamente, el Derecho comunitario consigue vincular a dichos criterios objetivos de adjudicación la contratación administrativa que supere ciertos umbrales económicos. Y lo mismo podría en principio concebirse respecto de las plazas de profesorado cuando menos en relación con las que superen un determinado nivel académico. Es cierto que el reto de la sujeción a criterios jurídicos objetivos es un problema que recaería en principio sobre los Derechos de los propios Estados miembros y no sobre el Derecho comunitario. Pero téngase en cuenta que en el tema que nos ocupa existe, asimismo, una parte que goza de una indudable relevancia jurídico-comunitaria. Me refiero a la salvaguarda efectiva del derecho reconocido por el propio Derecho comunitario (artículo 48.4 del TCE) en favor de cualquier nacional de un Estado miembro que quiere acceder a la función pública de cualquiera de los Estados miembros.

La salvaguarda de este derecho a acceder a los puestos de una Administración que no impliquen ejercicio de poder público corresponde al Derecho comunitario y, como en el ámbito de la contratación pública, dicho derecho presupone ciertas garantías básicas *para poder ser efectivo* (17). De no afirmarse

(17) Podría decirse que la sujeción a criterios legales objetivos propios de la contratación administrativa (precio más bajo, oferta más ventajosa) se traduce, en el ámbito del acceso a los empleos que no impliquen ejercicio de poder público, en un sistema que combine adecuadamente un cierto margen de apreciación, por un lado, y el respeto de los derechos subjetivos de los concursantes, por otro lado. Podría concebirse, por tanto, un «sistema de puntuación» definido dentro de márgenes concretos (por ejemplo, de punto a punto y medio) y aplicable a cada uno de los posibles grupos de valoración: investigación, en función de los libros presentados (de punto a punto y medio), artículos científicos (de punto a punto y medio), estancias de investigación (igual margen de puntuación), Becas obtenidas (igual margen de puntuación), docencia considerando los méritos que se aleguen o la posible docencia en el extranjero (igual margen de puntuación); aportaciones que haya hecho a la disciplina el candidato y premios obtenidos; exposición realizada en la prueba de calificación; trabajos presentados a los ejercicios correspondientes (igual puntuación respectivamente). De cara al hipotético control judicial dicha puntuación es un elemento reglado inherente al ejercicio de toda potestad discrecional.

Otra posibilidad, aún más razonable (aludo así al sistema de acceso a puestos de docencia universitaria en Alemania) parte de la idea del derecho subjetivo (y no de la idea de la discrecionalidad del órgano calificador), definiendo normativamente los presupuestos de dicho derecho subjetivo (por ejemplo, un número determinado de libros y publicaciones, una estancia de docencia de ciertos años fuera de la universidad de origen, etc.) de modo que todo aquél que cumpla los requisitos legales exigidos cuenta con la seguridad jurídica de poder acceder a la condición académica de que se trate.

En todo caso, *es mejor profundizar en el concepto de derecho subjetivo (del concursante interesado en el acceso a la función pública) que en la idea del control de la discrecionalidad administrativa* (del órgano encargado de seleccionar los candidatos); puede verse S. GONZÁLEZ-VA-

dichas garantías ¿de qué sirve reconocer la libre circulación de trabajadores en el ámbito de los empleos que no impliquen ejercicio de poder público si en el plano de la eficacia de dicho derecho no existe necesariamente una adecuada sujeción a criterios jurídicos de carácter objetivo por parte del «poder adjudicador»? Consciente o no, la actitud de las instituciones comunitarias en este ámbito afirma un sistema de función pública que puede ser eludido con evidente facilidad en la práctica, propiciando la huida de dicho sistema («by the back door», o lo mismo en la expresión alemana igualmente gráfica: «der öffentliche Auftraggeber kauft am liebsten juste retour vor der Haustür»).

De ahí que, respondiendo a la pregunta que nos hacíamos al comienzo de este trabajo («hasta dónde debería llegarse en la apertura de la función pública en favor de los nacionales de otros Estados miembros») parece necesario, dejando a un lado planteamientos de tipo jurídico-político, llegar cuando menos a una cierta coherencia entre el plano de la afirmación de los derechos reconocidos por el Derecho comunitario y el plano de la efectividad de estos mismos derechos que debe procurar el mismo Derecho comunitario.

RAS IBÁÑEZ: *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. La nueva concepción subjetiva*, Editorial Tecnos, Madrid, junio 1999 *in toto*. Sobre el tema también S. DEL SAZ: «Las oposiciones a cátedras», *Revista de Administración Pública*, 1997, 144.

Igualmente, F. CASTILLO BLANCO: *Acceso a la Función Pública Local: Políticas selectivas y control jurisdiccional*, Granada, 1993; E. COBREROS MENDAZONA: *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera*, Oñati, 1989, págs. 55 y sigs.; M. DEGEN: «La carrera administrativa en la República Federal de Alemania», *Documentación Administrativa*, 1987, 210-211, pág. 437; J. I. ERKOREKA GERVASIO: «Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisito de capacidad en el ejercicio de funciones públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1996, 44-2, pág. 237; del mismo autor, «La movilidad interadministrativa en la función pública vasca: normativa básica, regulación autonómica y soluciones judiciales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1996, 45-2, pág. 183; J. MESEGUER YEBRA: «El derecho fundamental del artículo 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas», *Revista Jurídica de Navarra*, 1999, 27, págs. 261 y sigs.; J. PRATS I CATALÁ: «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público», *Documentación Administrativa*, 1995, 241-242; M. VIVANCOS COMES: «El derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (A propósito de la sentencia constitucional 11/1996, de 29 de enero)», *Revista General del Derecho*, 1997, 631.