

# EL ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS NACIONALES POR PARTE DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Elvira Fernández Lozano

Profesora ayudante de derecho administrativo  
de la Universidad Pompeu Fabra<sup>1</sup>

## Sumario

1. Los empleos en la Administración pública como excepción a la libre circulación de trabajadores en el TCE. El punto de vista de las instituciones comunitarias.
    - 1.1. La excepción del art. 39.4 (antiguo art. 48.4).
    - 1.2. Primera aproximación a la interpretación de la excepción: la Resolución del Parlamento europeo de 17 de enero de 1972.
    - 1.3. La jurisprudencia del TJCE sobre el art. 39.4.
    - 1.4. La Comunicación de la Comisión de 18 de marzo de 1988.
  2. El impacto del art. 39.4 TCE en el ordenamiento jurídico español. Referencia a los modelos de otros estados miembros de la Unión Europea.
    - 2.1. El marco constitucional.
    - 2.2. La legislación en materia de función pública antes de la Ley 17/1993.
    - 2.3. Las opciones de reforma existentes para abrir la función pública española a los nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea.
    - 2.4. La Ley 17/1993, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales del resto de estados miembros de la Unión Europea, y su desarrollo.
    - 2.5. Los modelos de apertura de la función pública en el ordenamiento jurídico de otros estados miembros de la Unión Europea.
- Conclusiones  
Addenda  
Bibliografía

La libre circulación de trabajadores contemplada por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) está limitada por la previsión del art. 39.4 TCE (antiguo art. 48.4),<sup>2</sup> según la cual quedan excluidos de esta libertad los empleos en la Administración pública.

Este estudio se centrará en el análisis de este art. 39.4 TCE, en su alcance como excepción a la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea (apartado 1) y en el impacto que esta norma ha tenido en el ordenamiento jurídico español, es decir, qué cambios normativos se han tenido que producir en la legislación de la función pública española para adaptarse a esta previsión (apartado 2).

1. Este artículo está extraído del trabajo del mismo título elaborado con una ayuda a la investigación de la Administración pública de Cataluña otorgada por la Escuela de Administración Pública de Cataluña.

2. A partir de este punto se utilizará la nueva numeración del texto consolidado del TCE después de la entrada en vigor (el 1 de mayo de 1999) de Tratado de Amsterdam.

## 1. Los empleos en la Administración pública como excepción a la libre circulación de trabajadores en el TCE. El punto de vista de las instituciones comunitarias

### 1.1. *La excepción del art. 39.4 TCE (antiguo art. 48.4)*

El art. 39.4 TCE indica que las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores no serán de aplicación a los empleos en la Administración pública. ¿Quiere esto decir que cualquier trabajo en una administración nacional está vetado a un ciudadano comunitario que no tenga la nacionalidad de aquel estado? En otras palabras, ¿son compatibles con las previsiones del TCE las cláusulas de las legislaciones internas que exigen la nacionalidad como requisito para acceder a las funciones públicas nacionales? El sentido literal de la redacción del art. 39.4 podría conducir a dar una respuesta afirmativa a estas cuestiones. Sin embargo, una excepción a la libre circulación de trabajadores tendría que interpretarse de una manera restrictiva; hay que considerar, pues, cuál es el verdadero espíritu de la excepción para poder hacer una interpretación respetuosa con los objetivos del Tratado.

El art. 39.4 no especifica cuál es el significado de la expresión «empleos en la Administración pública», lo que implica la necesidad de determinar el contenido de este concepto para fijar el alcance de la excepción. Esta operación plantea una serie de cuestiones y alternativas que, como veremos en epígrafes posteriores, se han puesto de manifiesto a lo largo de los años a través de los pronunciamientos de las instituciones comunitarias, sobre todo de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

Se plantea con carácter previo el problema de si el concepto de empleos en la Administración pública es un concepto de derecho comunitario o de derecho interno.<sup>3</sup> Es fácil darse cuenta de que la interpretación en uno u otro sentido tiene consecuencias muy importantes. Si se parte del hecho de que se trata de un concepto de derecho interno, cada estado puede dar un alcance muy diferente a la excepción, y puede llegarse a interpretaciones restrictivas que limiten el objetivo de la libre circulación de trabajadores previsto por el Tratado. Parece más adecuado que las excepciones al derecho de libre circulación sean interpretadas de una manera uniforme para todos los estados, es decir, hay que elaborar un concepto de empleos en la Administración pública que se adecue a los objetivos del Tratado y que sea el mismo para todos los estados.

Otra cuestión que se ha planteado es si la interpretación del concepto tiene que ser institucional o funcional. Una interpretación institucional implica identificar los empleos incluidos dentro de la excepción del art. 39.4 como todos aquellos que se dan en el marco de una Administración pública, independientemente de las características del empleo concreto. En cambio, una interpretación funcional delimita

---

3. *Vid.* O'Keeffe, David; «Judicial Interpretation of the Public Service Exception to the Free Movement of Workers», en Curtin, Deirdre y O'Keeffe, David: *Constitutional Adjudications in European Community and National Law. Essays for the Ho. Mr. Justice T. F. O'Higgins*. Butterworth, Dublin, 1992, pág. 91-92.

taría los empleos incluidos en la excepción del art. 39.4 atendiendo a las funciones concretas que implica el puesto en cuestión. Como veremos, la interpretación adoptada por el TJCE ha sido la funcional, ya que restringe la excepción del art. 39.4 a sólo algunos empleos en la Administración pública, los que participan del ejercicio del poder público.

El hecho de que se hayan planteado estas dos opciones interpretativas entronca con la cuestión del propósito último de la excepción. Es decir, ¿cuál fue el motivo por el que se introdujo un precepto como el art. 39.4 dentro del Tratado y qué interpretación se le debe dar para que no desvirtúe el objetivo de consecución del mercado interior? Tanto la doctrina como la jurisprudencia del TJCE se han referido a las razones por las que existe una excepción de estas características. Las explicaciones dadas se encuentran en la línea de reconocer que, en casos específicos, está justificado que los estados miembros quieran reservar a sus propios nacionales determinados puestos de trabajo en la Administración pública. Las razones que pueden motivar decisiones de este tipo son, por ejemplo, la convicción arraigada de que el servicio público es un área en la que el Estado realiza un ejercicio importante de soberanía, sobre todo en determinados sectores como, por ejemplo, la seguridad nacional, o bien cuando se trata de representar al propio Estado (caso de la diplomacia).<sup>4</sup> Otra explicación que se puede dar es que la presencia de extranjeros en el seno de las administraciones puede constituir un cierto «peligro de interferencia extranjera», o bien que no hablen la lengua del país o que, en todo caso, no comprenden la psicología autóctona.<sup>5</sup> Finalmente, otra razón importante para impedir la entrada de extranjeros en las funciones públicas nacionales puede ser proteger el sector público como mercado de trabajo reservado a los nacionales.<sup>6</sup>

De lo anterior se desprende, efectivamente, que pueden darse razones que justifiquen la reserva de los empleos en la Administración pública a los nacionales, al menos en algunos casos. Pero estos intereses internos han de conciliarse con los objetivos del Tratado, es decir, la libre circulación de trabajadores para conseguir el mercado interior, razón por la que se debe hacer una interpretación restrictiva de la excepción del art. 39.4.<sup>7</sup> En este sentido, la interpretación funcional expuesta anteriormente es más restrictiva que la institucional u orgánica, ya que limita los pues-

4. En este sentido, *vid.* O'Keeffe (1992), *op. cit.*, pág. 90-91.

5. *Vid.* Jaeger, Marc, «La notion d'«emploi dans l'administration publique» au sens de l'article 48, paragraphe 4, du Traité CEE, à travers la jurisprudence de la Cour», *Rivista di diritto europeo*, núm. 4, octubre-diciembre, 1990, pág. 786-787.

6. Opinión aportada por el abogado general Mancini en el asunto 307/84, *Comisión c. Francia*, *Rec.* 1986, pág. 1725 y ss.

7. En palabras de Monereo Pérez, José y Vida Soria, José L., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, Madrid, 1991, pág. 21: «[...] cualquier acercamiento riguroso a la correcta interpretación del art. 48.4 TCEE debe tener en cuenta dos puntos de vista interrelacionados:

— La perspectiva política del mantenimiento de la soberanía limitada de los estados miembros y la salvaguardia de las funciones y actividades públicas consideradas según el sistema del vigente TCEE como relevantes para la conservación de la soberanía limitada reconocida en el momento presente a cada uno de los estados.

— La perspectiva económico-social de articular medidas públicas comunitarias que permitan garantizar la efectividad de la libre circulación de trabajadores en el espacio comunitario.»

tos de trabajo en la Administración pública que quedan fuera de la libre circulación de trabajadores prevista con carácter general en el art. 39 del Tratado (antiguo art. 48) a aquellos cuyo contenido comporte el ejercicio de poder público.

### 1.2. *Primera aproximación a la interpretación de la excepción: la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de enero de 1972*

La cláusula del art. 39.4 TCE empezó a suscitar problemas interpretativos a mediados de los años setenta. Concretamente, el primer pronunciamiento del TJCE en la materia fue el asunto *Sotgiu*, en 1974. Pero antes, el Parlamento Europeo ya había emitido una resolución sobre la definición de las nociones de administración pública y de autoridad pública en los estados miembros y sobre las consecuencias de esta definición para la aplicación de los art. 39.4 y 45 (antiguo art. 55) del Tratado.<sup>8</sup> Este pronunciamiento, a pesar de constituir un intento de clarificación de los conceptos indicados, en realidad no fue una gran ayuda para definirlos, dada su ambigüedad.<sup>9</sup>

Así, en el punto 5 califica como empleos en la Administración pública todos aquellos que el estado miembro considerado reconoce como tales respetando el espíritu del Tratado y en el punto 7 dice que el art. 39.4 puede aplicarse a cualquier empleo que el estado miembro considere que forma parte de su Administración pública, independientemente del contenido de las actividades desarrolladas en el marco de este empleo. Estas dos afirmaciones contienen una concepción institucional o formal de lo que hay que entender por puestos de trabajo en la Administración pública en el sentido del art. 39.4. Un criterio de calificación de este tipo podría llevar a una considerable falta de uniformidad entre los estados que, en palabras de Millán,<sup>10</sup> difícilmente podría ser aceptada por la Comisión o por el Tribunal.

Sin embargo, en los puntos 8 al 11 el Parlamento parece mantener una concepción funcional de la excepción, cuando señala que la finalidad del art. 39.4 TCE es, esencialmente, permitir a los estados miembros reservar a sus nacionales el ejercicio efectivo de la autoridad pública, aunque constata que dentro de la Administración pública existen muchos empleos que no comportan ejercicio de esa autoridad, por lo que el Parlamento desea, en la medida de lo posible, que los estados miembros limiten la aplicación de la excepción a los puestos de trabajo que impliquen este ejercicio de autoridad.

8. JOCE núm. C 10, de 5 de febrero de 1972.

9. En efecto, como ha señalado la doctrina, la resolución empieza con una interpretación institucional de la excepción del art. 39.4, pero después da una funcional. Sobre esta Resolución, *vid.* Millán Moro, Lucía, «Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE», *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-9, pág. 135 a 188, pág. 181-182; Druesne, Gérard, «La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les "emplois dans l'administration publique" (sur un arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes)», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 1981, pág. 289-290; Llimona Balcells, Joaquim, «Els llocs de treball en l'administració pública com a excepció a la lliure circulació de treballadors», *Integració Europea. Revista del Patronat Català Pro Europa*, núm. 1, 1988, pág. 56-57.

10. (1988), *op. cit.*, pág. 182.

Nos encontramos, pues, con un pronunciamiento ambiguo, que empieza por admitir que los estados pueden determinar por sí mismos cuáles son los empleos que entran dentro de la excepción del art. 39.4 TCE, independientemente del contenido de las actividades realizadas en el marco de este puesto, pero después dice que esta determinación debería tener en cuenta sólo los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad. Parece que el Parlamento no tenía, en el momento de la adopción de la Resolución que comentamos, una posición demasiado clara sobre el alcance del art. 39.4 TCE: por un parte, no ve la posibilidad de imponer una obligación jurídica a los estados, obligándolos a abrir sus funciones públicas a los no nacionales, pero, por otra, pide su colaboración para que limiten la excepción a los empleos que impliquen ejercicio de autoridad. Deja, pues, en manos de los estados la determinación del alcance de la previsión del Tratado, aunque parte de una interpretación literal de ésta que lo lleva a una concepción institucional u orgánica.

En definitiva, cabe señalar que la Resolución del Parlamento de 1972 no sirvió para aclarar cuál era el alcance del art. 39.4 TCE o, por lo menos, no se trataba de un pronunciamiento suficientemente claro para llevar a los estados a hacer una interpretación restrictiva de la excepción a la libre circulación de trabajadores en la Comunidad. Los condicionamientos de tipo político-económico internos a los que nos hemos referido *supra* tenían —y continúan teniendo— un peso lo bastante importante para que la tendencia interpretativa de los estados miembros sea proteccionista.

### 1.3. La jurisprudencia del TJCE sobre el art. 39.4

Desde 1974, año de su primer pronunciamiento sobre la cuestión que tratamos, y hasta la actualidad, el Tribunal ha dictado numerosas sentencias en relación con la excepción de los empleos en la función pública que han servido para fijar cuál es la interpretación correcta, a la luz del TCE, del art. 39.4.<sup>11</sup> De esta jurisp-

---

11. Los pronunciamientos más importantes son: *Sotgiu c. Deutsche Bundespost* (STJCE de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, *Rec.* 1974, pág. 153 y ss.); *Comisión c. Bélgica* (STJCE de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, *Rec.* 1980, pág. 3881 y ss.) y *Comisión c. Bélgica* (STJCE de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79, *Rec.* 1982, pág. 1845 y ss.), sobre el mismo asunto; *Comisión c. Francia* (STJCE de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, *Rec.* 1986, pág. 1725 y ss.); *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg* (STJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, *Rec.* 1986, pág. 2121 y ss.); *Comisión c. Italia* (STJCE de 16 de junio de 1987, asunto 225/85, *Rec.* 1987, pág. 2625 y ss.); *Pilar Allué y Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi di Venezia* (STJCE de 30 de mayo de 1989, asunto 33/88, *Rec.* 1989, pág. 1591 y ss.); *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale* (STJCE de 27 de noviembre de 1991, asunto C-4/91, *Rec.* 1991, pág. 5627 y ss.); *Maria Chiara Spotti c. Freistaad Bayern* (STJCE de 20 de octubre de 1993, asunto C-272/92, *Rec.* 1993, pág. 5185 y ss.); *Allué e. a. c. Università degli Studi di Venezia y Università degli Studi di Parma* (STJCE de 2 de agosto de 1993, asuntos C-259/91, C-331/91 y 332/91, *Rec.* 1993, pág. 4309 y ss.); *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari y Cinzia Porcedda* (STJCE de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, *Rec.* 1994, pág. 505 y ss.); y sentencias de 2 de julio de 1996, *Comisión c. Grecia*, *Comisión c. Luxemburgo* y *Comisión c. Bélgica* (asuntos C-290/94, C-473/93 y C-173/94, respectivamente, *Rec.* 1996, pág. 3207 y ss.).

dencia podemos extraer diferentes ideas generales sobre el alcance de la excepción de los puestos de trabajo en la Administración pública:<sup>12</sup>

a) Una concepción comunitaria de los «empleos en la Administración pública». La primera cuestión que se plantea en relación con la interpretación del art. 39.4 TCE es si la expresión «empleos en la Administración pública» incluye un concepto comunitario, uniforme para todos los estados miembros, o bien se trata de una noción que cada estado puede interpretar de acuerdo con su legislación interna. En el segundo caso podrían darse diferencias entre las interpretaciones de los estados. En primer lugar, por el hecho de que cada uno de ellos tiene unas estructuras de función pública y unas reglas de acceso a ella diferentes. Esto implica que, en función de los intereses del estado concreto, se escogerían unos criterios u otros para limitar el acceso de los ciudadanos comunitarios no nacionales a la función pública (por ejemplo, la naturaleza del vínculo que une al trabajador con la Administración pública, que puede ser de derecho público o de derecho privado). En segundo lugar, hay que suponer que por razones de políticas internas de empleo, los estados adoptarían una posición proteccionista que impediría, en la medida de lo posible, el acceso de ciudadanos no nacionales a los empleos en la Administración pública. De lo anterior se desprende que es preferible un concepto comunitario de empleos en la Administración pública para conseguir una aplicación uniforme de la excepción del art. 39.4 TCE. Parece lógico que si el Tratado confiere unos derechos de libre circulación amplios, las excepciones a estos derechos hayan de ser uniformes en toda la Comunidad.<sup>13</sup>

El TJCE no hace referencia en su primer pronunciamiento —*Sotgiu* (1974)— a esta cuestión, al menos de forma explícita. En el marco de este asunto, las observaciones de las partes y las conclusiones del abogado general sí se refieren a la naturaleza del precepto comunitario. Así, mientras los estados defienden una interpretación fundamentada en la concepción nacional de la Administración pública y dejan, pues, en manos de los estados la determinación del alcance de la excepción del art. 39.4 TCE, la Comisión y el abogado general sostienen la posición contraria, favorable a una interpretación comunitaria que permita la aplicación uniforme de la excepción prevista por la disposición que comentamos.<sup>14</sup> El abogado general añaa-

12. En relación con la jurisprudencia del TJCE sobre el art. 48.4 TCE *vid.*, principalmente, Druesne (1981), *op. cit.*; Llimona Balcells (1988), *op. cit.*; Jaeger (1990), *op. cit.*; O'Keeffe (1992), *op. cit.*; Dubouis, Louis, «La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 48.4 traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics», *Revue française de Droit administratif*, núm. 3, 1987, pág. 949-962; Currall, Julian, «La Communauté et les fonctions publiques nationales (l'article 48.4 du traité CEE)», *Revue française d'Administration publique*, núm. 48, 1988, pág. 573-582; Handoll, John, «Article 48(4) EEC and Non-National Access to Public Employment», *Euro-pean Law Review*, núm. 4, 1988, pág. 223-241.

13. En este sentido, O'Keeffe (1992), *op. cit.*, pág. 91-92.

14. *Vid.* las conclusiones del abogado general Henry Mayras en el asunto *Sotgiu* (pág. 167-174), que señala: «Sin desconocer el hecho de que cada estado miembro permanece —en principio— libre para organizar su administración o la de sus entes descentralizados, hay que señalar que, en los terrenos en los que se han transferido competencias propias a los órganos comunitarios, la primacía, el efecto directo y la necesidad de una aplicación uniforme de las reglas dictadas por estos órganos no admiten criterios de interpretación que permitan a cada uno de los estados miembros actuar según su conveniencia, es decir, extender o reducir el alcance de estas normas comunitarias» (pág. 169).

de, además, que esta interpretación tendrá que basarse en criterios materiales, como la naturaleza de las atribuciones que comporta el lugar de trabajo en la Administración: por tanto, se está pronunciando en favor de la interpretación funcional del art. 39.4 TCE.

La posición expuesta, favorable al concepto comunitario de los empleos en la Administración pública, la adopta explícitamente el TJCE en la Sentencia *Comisión c. Bélgica* (1980). El Tribunal, partiendo de una concepción funcional de la excepción del art. 39.4 TCE, indica que los poderes públicos de los diferentes estados han asumido responsabilidades económicas y sociales que se alejan de las funciones típicas de la Administración pública. Los puestos de trabajo que se enmarcan dentro de estos ámbitos no implican, en muchos casos, participación en las tareas de la Administración pública propiamente dicha y, por tanto, no tiene sentido incluirlos dentro de la excepción a la libre circulación de trabajadores. Las disparidades que caracterizan la organización de los estados y de determinados sectores económicos llevaría a la creación de desigualdades entre los estados miembros. Por este motivo, la noción de Administración pública del art. 39.4 debe tener una interpretación y una aplicación uniformes (fundamentos jurídicos 11 y 12 de la Sentencia).

b) Interpretación estricta de la excepción al principio de libre circulación de trabajadores. Otro argumento en el que ha insistido el TJCE es la necesidad de que la interpretación de la excepción contenida en el art. 39.4 TCE sea estricta, en el sentido siguiente: «para constituir una excepción a la norma fundamental de la libre circulación y de la no discriminación de los trabajadores comunitarios, ha de darse en el apartado 4 del art. 48 una interpretación que limite su alcance a lo que sea estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que esta disposición permite proteger a los estados miembros».<sup>15</sup>

Esta interpretación del Tribunal es conforme, como ha hecho notar Jaeger, a la doctrina y a la jurisprudencia en derecho internacional según las cuales cuando un tratado internacional (en este caso, el TCE) contiene un artículo que introduce una excepción a una disposición general del mismo tratado, esta excepción ha de interpretarse restrictivamente para no vaciar de contenido el propio tratado.<sup>16</sup> En este sentido, el Tribunal ha rechazado el argumento de los estados miembros basado en sus propias previsiones constitucionales que restringen el acceso a sus funciones públicas a sus propios nacionales. La regla de la primacía del derecho comunitario sobre las disposiciones de derecho interno, incluidas las constitucionales, implica que no se puede admitir el recurso a disposiciones jurídicas internas con el objetivo de limitar el alcance de las disposiciones de derecho comunitario, ya que esto atentaría contra la unidad y la eficacia de este derecho.<sup>17</sup>

---

15. Sentencia *Lawrie Blum c. Land Baden-Württemberg* (1986), fundamento jurídico 26. La cursiva es nuestra.

16. (1990), *op. cit.*, pág. 790.

17. STJCE de 17 de octubre de 1970, *Internationales Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, *Rec.* 1970, pág. 1125 y ss., fundamento jurídico 3. Esta doctrina es recordada por el Tribunal en la Sentencia *Comisión c. Luxemburgo* (1996), en el marco de un recurso por incumplimiento del art. 39 TCE, al mantener la legislación luxemburguesa el requisito de la nacionalidad para acceder a los pues-

c) Rechazo de un criterio institucional para determinar el alcance de la expresión «empleos en la Administración pública». El criterio que permite determinar cuáles son los empleos incluidos dentro de la excepción del art. 39.4 TCE no es, según la opinión del Tribunal, institucional sino funcional. El criterio institucional se basa en la concepción de Administración pública definida por el derecho nacional de los estados miembros, de modo que todos los empleos incluidos dentro de una Administración pública (entes territoriales, no territoriales, institucionales, etcétera, según la estructura específica de cada estado, e incluso en empresas públicas constituidas en régimen de derecho privado)<sup>18</sup> se incluirían en la excepción del art. 39.4 TCE y, por tanto, estarían reservados a los ciudadanos nacionales del estado miembro en cuestión, sin tener en cuenta las funciones que se desarrollan en un puesto de trabajo determinado. Este criterio fue el defendido por los diferentes estados que presentaron observaciones a los asuntos *Sotgiu* (1974), *Comisión c. Bélgica* (1980) y *Comisión c. Francia* (1986), pero fue rechazado por el Tribunal, que rebatió los diferentes argumentos que los estados utilizaban para apoyar su posición.<sup>19</sup>

Así, los estados invocaron el art. 8 del Reglamento 1612/68<sup>20</sup> para argumentar que si un trabajador extranjero puede ser excluido de determinadas actividades relacionadas con la participación en la gestión de organismos de derecho público y con el ejercicio de funciones públicas, también se puede impedir a los nacionales de otros estados miembros, por las mismas razones, el acceso a un empleo en la Administración pública.<sup>21</sup> Pero el TJCE rechaza esta alegación diciendo que el precepto invocado no pretende excluir a los trabajadores de otros estados miembros de determinados puestos de trabajo, sino sólo de algunas actividades.<sup>22</sup>

Otro argumento planteado por los estados a favor de la tesis institucional es que el art. 39.4 TCE hace referencia a «empleos en la Administración pública», mien-

---

tos de trabajo en la Administración pública en determinados sectores. Ante la invocación, por parte del gobierno luxemburgués, del art. 11 de su Constitución, que reserva los puestos de trabajo en la función pública a los nacionales luxemburgueses, el Tribunal reproduce este argumento de la primacía del derecho comunitario (fundamentos jurídicos 37 y 38).

18. *Vid. Druesne* (1981), *op. cit.*, pág. 289, que hace notar cómo en la concepción institucional puede hablarse de una noción comunitaria de «empleos en la Administración pública», aunque su definición supone la referencia a los derechos nacionales.

19. Aparte de los argumentos que exponemos en el texto, los estados muestran su disposición a llegar a un acuerdo sobre cuál es el alcance de la interpretación que se tendría que dar al art. 39.4. Según Jaeger (1990), *op. cit.*, pág. 791-792, no se puede excluir que los estados hubieran defendido tan encarnizadamente el criterio institucional para conseguir que la elaboración de una noción de Administración pública no se hiciera por vía jurisprudencial, sino a través de instancias políticas, nacionales o comunitarias, en las que ellos hubieran podido influir.

20. Según este artículo, «El trabajador nacional de un estado miembro que trabaje en el territorio de otro estado miembro goza de igualdad de trato en materia de afiliación a los organismos sindicales y de ejercicio de los derechos sindicales, comprendido el derecho de voto; puede ser excluido de la participación en la gestión de organismos de derecho público y del ejercicio de una función de derecho público. Goza, además, del derecho de ser elegido en los órganos de representación de los trabajadores de la empresa».

21. Asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), *cit.*, observaciones del Gobierno belga, pág. 3886-3887.

22. Asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), *cit.*, fundamento jurídico 15.



tras que el art. 45 TCE, en la libertad de establecimiento, habla de «actividades relacionadas con el ejercicio del poder público». Esta diferencia en la redacción indicaría que el criterio utilizado por el primero sería el institucional y el utilizado por el segundo el funcional.<sup>23</sup> El Tribunal no tiene en cuenta este razonamiento y, sin entrar en la distinción planteada, indica que en cualquier caso no es posible admitir la interpretación de una noción comunitaria («empleos en la Administración pública») y se remite a los derechos internos de los estados miembros.<sup>24</sup> Quien sí discute la argumentación de los estados en cuanto a la diferencia de redacción de los art. 39.4 y 45 TCE es la Comisión, que en sus observaciones señala que esta divergencia se explicaría por el hecho de que los artículos mencionados se refieren a situaciones diferentes. Así, mientras los trabajadores asalariados sólo pueden participar en el ejercicio de la autoridad pública en el marco de un empleo en la Administración pública, respecto a los profesionales independientes la excepción sólo puede actuar cuando una profesión comporta actividades de participación en el ejercicio de autoridad pública.<sup>25</sup>

Al rechazar las tesis de los estados, favorables a una interpretación institucional del contenido del art. 39.4 TCE, el Tribunal se muestra partidario de la interpretación funcional, con el fin de evitar que el efecto útil y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a los trabajadores se vean limitadas por una interpretación de la noción de Administración pública conforme a los derechos nacionales.<sup>26</sup>

d) Adopción de un criterio funcional para delimitar el concepto «empleos en la Administración pública». El criterio finalmente adoptado por el Tribunal es el funcional, que, a diferencia del institucional, tiene en cuenta las atribuciones propias del puesto de trabajo en cuestión para determinar si este está incluido dentro de la excepción del art. 39.4 TCE o no. El TJCE lo expresa de la siguiente manera: «Esta disposición excluye del ámbito de aplicación de los tres primeros párrafos de este mismo artículo [el 39 TCE] una serie de empleos que comportan 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 otras colectividades públicas. Estos empleos comportan, en efecto, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad en relación con el estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de la nacionalidad.»<sup>27</sup>

Así pues, son dos las notas que permiten incluir un empleo en la Administración pública dentro de la excepción del art. 39.4 TCE: la participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público, por una parte, y la salvaguarda de los intereses generales del estado u otras colectividades públicas, por otra.

Por lo que respecta al primer elemento, la *participación en el ejercicio del poder*

23. Asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), *cit.*, observaciones de los gobiernos belga (pág. 3888), inglés (pág. 3893) y alemán (pág. 3895).

24. Asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), *cit.*, fundamento jurídico 18.

25. Asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), *cit.*, pág. 3890.

26. Asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), *cit.*, fundamento jurídico 19; y asunto 307/84, *Comisión c. Francia* (1986), *cit.*, fundamento jurídico 12.

27. Asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), *cit.*, fundamento jurídico 10.

*público*, hay que decir que el Tribunal no da ninguna definición en abstracto de su significado. La doctrina está de acuerdo en que se podrían incluir los poderes coercitivos hacia los ciudadanos, de forma que entrarían dentro de la excepción del art. 39.4 TCE el ejercicio de autoridad en los ámbitos judicial, policial, de defensa del estado o fiscal, por ejemplo, mientras que funciones de tipo simplemente consultivo quedarían fuera. Además, de una forma más general, también se podrían considerar incluidos los empleos que permitan a su titular adoptar actos públicos que puedan causar agravios a un ciudadano.<sup>28</sup>

La participación en el ejercicio del poder público puede ser, por otra parte, directa o indirecta. Ofrece algún problema delimitar cuáles son los casos de participación indirecta ya que, como dice Handoll, cualquier persona que trabaje en una institución y que esté bajo la dirección de alguien que ejerza directamente el poder público puede considerarse como participante indirecto.<sup>29</sup> Sin embargo, hay que entender, de acuerdo con la tendencia del Tribunal, que se tiene que hacer una interpretación restrictiva de lo que significa «participación indirecta en el poder público».

Por lo que respecta al segundo elemento, la *salvaguarda de los intereses generales del estado o de otras colectividades públicas*, el Tribunal tampoco la ha definido con claridad. Hay que entender, con Jaeger, que este concepto incluiría la definición y elaboración de las grandes opciones políticas de carácter nacional o de otras colectividades, su aplicación y su control a través de los puestos de trabajo de los cuerpos superiores.<sup>30</sup>

No es difícil deducir de lo anterior que la falta de definición del criterio funcional obliga a examinar caso por caso si un puesto de trabajo en la Administración pública figura o no dentro de la excepción del art. 39.4 TCE. Hay casos bastante claros de empleos en la Administración pública que difícilmente pueden relacionarse con el ejercicio del poder público o con la salvaguarda de los intereses generales y que, por tanto, quedarían fuera de la excepción del art. 39.4 TCE. De la jurisprudencia del TJCE pueden extraerse las categorías siguientes en este sentido:<sup>31</sup> empleo con funciones puramente manuales o técnicas,<sup>32</sup> personal docente de la enseñanza pública, en general, así como el personal no docente<sup>33</sup> y los investigadores de centros públicos,<sup>34</sup> el personal técnico que realice funciones sanitarias en

28. En este sentido, *vid.* Jaeger (1990), *op. cit.*, pág. 795; O'Keeffe (1992), *op. cit.*, pág. 94; y Handoll (1988), *op. cit.*, pág. 234-235.

29. (1988) *op. cit.*, pág. 235.

30. (1990), *op. cit.*, pág. 796.

31. *Vid.* la enumeración hecha por Currall (1988), *op. cit.*, pág. 579-580.

32. Así, los empleos que se enumeran en el asunto 149/79 (1982), pág. 1847-1848, que comportan, según la opinión tanto de la Comisión como del Tribunal en su Sentencia, actividades ajenas a las incluidas dentro de la excepción del art. 39.4: se trata de trabajadores manuales o con tareas de tipo técnico de las empresas públicas de ferrocarril y de determinados ayuntamientos. Sólo se consideran incluidos dentro de la excepción puestos de trabajo con una cierta responsabilidad sobre la vigilancia de determinados edificios o que permiten el acceso a secretos de la colectividad pública de que se trate (arquitecto municipal, vigilantes nocturnos, entre otros).

33. *Vid.* asunto 66/85, *Lawrie-Blum* (1986), asunto 33/88, *Allué y Coonan* (1989), asunto C-4/91, *Bleis* (1991), asunto C-473/93, *Comisión c. Luxemburgo* (1996).

34. Asunto 225/85, *Comisión c. Italia* (1987).

hospitales públicos<sup>35</sup> y, en general, lugares de trabajo con actividades que también se den en el campo privado.<sup>36</sup>

Por otra parte, también parece claro que algunas categorías de empleos entran indudablemente en el ámbito de aplicación de la excepción a la libre circulación de trabajadores: policía, fuerzas armadas, magistratura y autoridades fiscales, empleos diplomáticos, puestos con responsabilidad de gestión de bienes o fondos públicos.

Sin embargo, el propio Tribunal reconoce que la aplicación de los criterios de distinción (ejercicio del poder público y salvaguarda del interés general) plantea problemas de apreciación y de delimitación en casos concretos.<sup>37</sup> En estos supuestos se deberá ir caso por caso y tener en cuenta la enumeración que hace la Comisión en su Comunicación de 1988, que a continuación comentaremos. La utilización del criterio funcional es más dificultosa que la del criterio institucional y, por tanto, aunque es aplicable sin problemas a muchos puestos de trabajo, implicará necesariamente la existencia de una zona gris.<sup>38</sup> Como acertadamente indica Jaeger, la formulación utilizada por el Tribunal deja subsistir un margen de incertidumbre cuando se aplica el criterio funcional a un empleo determinado. Esta incertidumbre será mayor o menor en función de la evolución del grado de integración europea.<sup>39 y 40</sup>

#### 1.4. *La Comunicación de la Comisión de 18 de marzo de 1988*

La situación creada por esta jurisprudencia en relación con el art. 39.4 TCE no acababa de provocar los cambios necesarios en las legislaciones internas de los esta-

35. Asunto 307/84, *Comisión c. Francia* (1986).

36. Se deduce, *a sensu contrario*, de la afirmación hecha por el Tribunal en la Sentencia *Comisión c. Bélgica* (1980), fundamento jurídico 12, en el sentido de que sólo se incluyen en la excepción del art. 39.4 TCE los empleos «característicos de las actividades específicas de la Administración pública».

37. Asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), fundamento jurídico 12.

38. *Vid.* observaciones de la Comisión en el asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), pág. 3891. En este sentido, Dubouis, *op. cit.* (1987), pág. 958, indica que la existencia de esta zona gris no permite efectuar una clasificación sin el acuerdo de los estados, dejando dentro de la excepción del art. 39.4 TCE los casos sobre los que exista una duda importante, lo que supone una garantía para los estados.

39. (1990) *op. cit.*, pág. 793. En el mismo sentido, *vid.* observaciones de la Comisión en el asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica* (1980), pág. 3891.

40. Una última cuestión a la que hay que hacer referencia al hablar del criterio funcional es si los dos elementos que lo definen —ejercicio del poder público y salvaguarda de los intereses generales— son alternativos o acumulativos. Sobre este punto hay que señalar que el Tribunal siempre ha utilizado la conjunción «y», excepto en la Sentencia *Comisión c. Italia* (1987), donde dijo que no se podía demostrar «que los investigadores estén encargados del ejercicio de prerrogativas de poder público o sean responsables de la salvaguarda de los intereses generales del Estado». Esto ha dado lugar a que la doctrina se ocupara de esta cuestión, aunque hay unanimidad en aceptar el carácter acumulativo de los dos elementos mencionados, por diferentes motivos. En primer lugar, porque así lo ha presentado el Tribunal en la mayor parte de sus pronunciamientos; en segundo lugar, porque a las conclusiones de los abogados generales Mancini y Lenz en los asuntos *Comisión c. Francia* (1986) y *Lawrie-Blum* (1986), respectivamente, se ha defendido esta posición y, por último, porque es la interpretación más restrictiva de la excepción del art. 39.4 TCE, en la medida en que exige la concurrencia de los dos elementos para excluir un empleo de la libre circulación de trabajadores.

dos miembros para que fuera posible el acceso a las funciones públicas nacionales de los ciudadanos de otros estados miembros en los términos que el Tribunal había indicado. Como acertadamente observa Llimona, «una decisión jurisprudencial no es el sistema más adecuado para resolver los problemas derivados de la aplicación de la excepción prevista en el art. 48.4». <sup>41</sup> Los propios estados, en los asuntos resueltos por el TJCE, habían mostrado en sus observaciones su voluntad de llegar a un acuerdo sobre la cuestión, solución preferible a que fuera el Tribunal quien impusiera un criterio funcional de interpretación de la excepción a la libre circulación de trabajadores. El efecto sería que los estados no aplicarían de forma estricta las decisiones del Tribunal y se plantearían constantemente cuestiones prejudiciales sobre casos concretos. En este contexto, algún autor como Druesne <sup>42</sup> se pronunció en el sentido de que si los estados se habían opuesto al criterio funcional era porque se trataba de una cuestión muy delicada, que afectaba a su soberanía y que requería un acuerdo de los estados que, según opinión de este autor, sólo se podía dar en el seno del Consejo, a través de la adopción de un reglamento o de una directiva. Sólo la elaboración de una norma de derecho comunitario haría viable una aplicación uniforme del contenido del art. 39.4.

Sin embargo, esta norma no ha llegado a adoptarse. En su lugar, la Comisión emitió una comunicación en la que recoge la jurisprudencia del TJCE en relación con el art. 39.4 TCE, emprendiendo con este acto una acción sistemática en materia de aplicación de este precepto del Tratado. <sup>43</sup> Este acto no tiene valor normativo, <sup>44</sup> pero define la posición de la Comisión respecto al alcance de la excepción del art. 39.4 TCE, que los estados tomarán como referencia para adaptar a ella sus legislaciones internas. Por otra parte, sirve a la Comisión como soporte para interponer eventuales recursos de incumplimiento de los estados.

Su valor jurídico es, pues, limitado: sólo por la vía de la cuestión prejudicial (vía indirecta para los ciudadanos, ya que compete plantearla al juez nacional) y del recurso de incumplimiento se podrá controlar la adecuación de los ordenamientos

41. (1988), *op. cit.*, pág. 62.

42. (1981), *op. cit.*, pág. 297.

43. El título de la comunicación, publicada en el DOCE C 72, de 18 de marzo de 1988, es «La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los puestos de trabajo en la Administración pública de los estados miembros - La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del art. 48 del Tratado CEE». Esta acción se justifica, según indica la propia Comisión en la introducción del texto, en la necesidad de eliminar las restricciones por razón de nacionalidad que impiden el acceso de los trabajadores a las funciones públicas de otros estados miembros, y también por la adopción del Acta Única Europea, que fija como objetivo para 1992 alcanzar un verdadero mercado interior. En este contexto, la libre circulación de personas ocupa un lugar fundamental.

44. Habría sido posible que la Comisión propusiera al Consejo una directiva que, partiendo de la jurisprudencia del TJCE, estableciera para todos los estados cuál es el ámbito de aplicación del art. 48.4 TCE. De hecho, como explica Ziller, Jacques: *Egalité et mérite. L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, Instituto Europeo de Administración Pública, Bruylant, Bruselas, 1988, pág. 283-284), incluso se dio un proyecto de proposición de directiva elaborado por la Comisión, que no se materializó; quizá porque, como indica el mismo autor, las negociaciones hubieran sido demasiado largas y complicadas. Además, parece que una iniciativa de estas características fue acogida con reservas por los estados, de modo que la Comisión emitió una comunicación (en este sentido, *vid.* Ferrari-Breur, Christine, *Enseignement supérieur et Communauté Européenne*, tesis doctoral, Universidad Jean Moulin-Lyon III, Lyon, 1993, pág. 38).

internos de los estados miembros en la línea interpretativa del alcance del art. 39.4 dada por la Comisión.

De hecho, en la práctica la Comunicación de la Comisión ha tenido como efecto la adaptación de la mayor parte de las normas internas sobre acceso a las funciones públicas nacionales, de manera que, como veremos en el capítulo 2 de este trabajo, casi todos los estados miembros han eliminado el requisito de la nacionalidad para acceder a los empleos en la Administración pública en los sectores indicados por la Comisión.

Por otra parte, la Comisión ha hecho un seguimiento de este proceso de adaptación normativa de los estados, que se ha traducido, de momento, en la interposición de tres recursos de incumplimiento contra Bélgica, Grecia y Luxemburgo, por exigir el requisito de la nacionalidad en el acceso a puestos de trabajo en sectores de la Administración pública que, según la Comunicación de 1988, estaban fuera de la excepción del art. 39.4 TCE.<sup>45</sup>

La Comunicación constituye, como anteriormente hemos indicado, la expresión de la acción que pretende emprender la Comisión a partir del año 1988 para eliminar las restricciones al acceso a las funciones públicas nacionales de los estados miembros por parte de los trabajadores de otros estados miembros, acción que se enmarca dentro del objetivo de la consecución del mercado interior.<sup>46</sup>

La Comisión recuerda la interpretación que el Tribunal de Justicia ha dado del art. 39.4 TCE, a la que nos hemos referido *supra*, y expone cuál será su intervención en la materia. Consistirá en velar por la aplicación efectiva, por parte de los estados miembros, de las normas sobre libre circulación de los trabajadores e igualdad de trato entre los trabajadores comunitarios en el acceso a los empleos públicos, sin que sea necesaria la adopción de nuevas medidas legales comunitarias. A partir de aquí, y de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, la Comisión hace una enumeración de las actividades específicas de las funciones públicas nacionales que se excluyen de la libre circulación de trabajadores y sobre las que no se dirigirá su intervención. Se trata de una serie de funciones del estado u otras colectividades que puedan

---

45. Estos recursos han sido resueltos por sentencias de 2 de julio de 1996 (asuntos C-473/93, C-173/94 y C-290/94, *cit.*), condenando en todos los casos a los estados miembros por incumplimiento de sus obligaciones en virtud del art. 39 TCE. Esta actitud de la Comisión ya fue anunciada en la Comunicación a la que nos estamos refiriendo, que prevé la eventual apertura de un procedimiento contencioso (*ex art.* 226 TCE —antiguo art. 169 TCE) contra el estado presuntamente infractor, como una posibilidad para que éste demuestre que un puesto de trabajo concreto que en principio se tendría que abrir a los otros nacionales de un estado miembro puede reservarse a sus nacionales en la medida en que esté relacionado con actividades específicas de la Administración pública.

46. El texto vincula la acción a otras políticas de la Comisión. En primer lugar, la movilidad de los investigadores y estudiantes dentro de la Comunidad: su éxito depende en gran medida de la liberalización de los puestos de trabajo en instituciones públicas de investigación, y de los puestos de trabajo en el sector público, en general. También se refiere a la importancia de la acción en relación con la aplicación de las directivas sobre reconocimiento de títulos, que facilitan el acceso a diferentes profesiones, y a la adopción de la —en aquel momento— propuesta de directiva sobre reconocimiento de títulos de enseñanza superior de carreras profesionales de una duración mínima de tres años, en la medida en que supone una mayor oferta de puestos de trabajo para las personas que se beneficien de este reconocimiento (Directiva del Consejo 89/48/CEE, de 21 de diciembre, y directivas sectoriales de reconocimiento de títulos).

ser asimiladas a éste, tales como por ejemplo: fuerzas armadas, policía y otras fuerzas de orden público, magistratura, administración fiscal, diplomacia, puestos de trabajo en los ministerios del estado, de los gobiernos regionales, en las colectividades territoriales y en otros organismos públicos y bancos centrales, en la medida en que se trate de personal que realice actividades relacionadas con el ejercicio de un poder jurídico público, como la elaboración de actos jurídicos, la ejecución de estos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes.

Por otra parte, la Comisión se refiere a otras funciones que se hallan lejos de las actividades específicas de la Administración pública y que no se pueden incluir, en general, en la excepción del art. 39.4 TCE. No es una lista cerrada, sólo se trata de los sectores hacia los que la Comisión dirigirá su intervención de manera prioritaria (actividades que existen, o pueden existir, en el sector privado). Sin embargo, como veremos más adelante, la mayor parte de los estados miembros han limitado la apertura de sus funciones públicas a otros trabajadores comunitarios sólo en estos sectores. Parece claro que los estados están celosos de su propia soberanía y reservan a sus nacionales todos los empleos en la Administración pública que sean posibles.

Estos sectores a los que hace referencia la Comisión son: *a)* los organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (por ejemplo, transportes públicos, distribución de electricidad o gas, compañías de navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, organismos de radiodifusión); *b)* los servicios operativos de la salud pública; *c)* la educación en los centros de enseñanza pública; y *d)* la investigación civil en los establecimientos públicos.

## **2. El impacto del art. 39.4 TCE en el ordenamiento jurídico español.**

### **Referencia a los modelos de otros estados miembros de la Unión Europea**

#### *2.1. El marco constitucional*

La primera cuestión a la que hemos de hacer referencia para ver cómo encaja en nuestro ordenamiento jurídico la excepción del art. 39.4 TCE, tal y como ha sido interpretada por las instituciones comunitarias, es el marco constitucional español. Es decir, hay que analizar las previsiones de la Constitución española de 1978 (CE) relacionadas con la apertura de la función pública española a los ciudadanos de otros estados miembros.

En este sentido, hay que fijarse en dos preceptos que hacen referencia a los derechos de los extranjeros en el Estado español, y concretamente por lo que respecta al acceso a las funciones y cargos públicos. Se trata del art. 13, especialmente en su apartado segundo, y del art. 23, también en su apartado segundo.

El art. 13.1 indica, con carácter general, que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título I de la CE, en los términos que establezcan los tratados y la ley. Este precepto no plantea, en principio, demasiados problemas de interpretación: los derechos de los extranjeros en España se configurarán a través de los tratados internacionales (en el caso de los ciudadanos comuni-

tarios, principalmente, el TCE) y de las leyes. Pero el apartado segundo del mismo artículo restringe esta previsión general al decir que sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. La última parte de este precepto fue modificada como consecuencia de la reforma operada en el TCE por parte del Tratado de la Unión Europea, para introducir el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales.<sup>47</sup> Pero nos interesa la remisión que hace este artículo al art. 23 CE: ¿de qué derechos no gozan los ciudadanos extranjeros por estar reservados a los ciudadanos españoles?

El art. 23 se refiere, en su apartado primero, al derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes elegidos por sufragio universal. Pero en su apartado segundo añade —y esta previsión parece más relevante en el marco de este estudio— el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. ¿Cuál es el alcance de esta última previsión? ¿En qué medida se contradice con la interpretación hecha por el TJCE de la excepción del art. 39.4 TCE por lo que respecta al acceso a puestos de trabajo en la Administración pública de los ciudadanos de otros estados miembros?

En lo referente a la primera cuestión, el Tribunal Constitucional se ha referido a ella en diferentes ocasiones y ha interpretado que el art. 23.2 no recoge el derecho a ocupar cargos o funciones públicas, sino la prohibición de que el legislador pueda regular este acceso en términos discriminatorios, es decir, se concreta el principio de igualdad en las condiciones de acceso.<sup>48</sup> Dicho de otra manera, el art. 23.2 no se refiere al derecho a tomar parte en el procedimiento de selección (éste nace de las normas legales o reglamentarias que regulan el acceso al cargo o función en concreto), sino que otorga a los españoles un «derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y en último término ante este Tribunal [el TC], toda norma o toda aplicación concreta de una norma que rompa la igualdad».<sup>49</sup>

De esta interpretación hecha por el Tribunal Constitucional y respondiendo a la segunda cuestión planteada *supra*, se desprende que el art. 13.2, teniendo en cuenta que remite al 23.2 para excluir su aplicación a los extranjeros, no estaría en conflicto con el alcance que el TJCE ha dado a la excepción del art. 39.4 TCE.<sup>50</sup> Como hemos visto, la jurisprudencia de este tribunal ha reducido la posibilidad de que los estados miembros puedan reservar empleos en la función pública para sus propios nacionales sólo en los casos en que estos impliquen ejercicio de autoridad pública o salvaguarda de intereses generales, de modo que para el resto de puestos de trabajo en la Administración pública, el acceso de los ciudadanos de otros esta-

47. En este sentido, *vid.* la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, a propósito de la incompatibilidad del TUE con el art. 13.2 CE.

48. Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, *cit.*, fundamento jurídico 4.

49. STC 50/1986, de 23 de abril, fundamento jurídico 4.

50. La posible contradicción del TCE con la CE en relación con el tema que estamos tratando vendría dada por el art. 13.2 y no por el 23.2, ya que este último por sí mismo no excluye del disfrute de los derechos que regula a los extranjeros: es el art. 13.2 el precepto que, por remisión, así lo hace (*vid.* STC 50/1986, fundamento jurídico 4, *cit.*).

dos miembros es, en principio, libre. Pues bien, no podemos decir que el art. 13.2 CE, por remisión al 23.2, establezca ninguna reserva *de acceso* a las funciones o cargos públicos en favor de los ciudadanos españoles.

Sin embargo, esta contradicción podría venir dada en la medida en que no deja disfrutar a los ciudadanos comunitarios no españoles del derecho a acceder *en condiciones de igualdad* a los cargos o funciones públicas, ya que, como indica el artículo 39.2 TCE (antiguo art. 48.2), «la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y el resto de condiciones de trabajo». Es decir, la no aplicación del principio de igualdad en las condiciones de acceso a la función pública a los ciudadanos comunitarios puede considerarse contraria al art. 39.2 TCE. Hay que recordar, en este sentido, la Sentencia del TJCE *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari y Cinzia Porcedda* (1994),<sup>51</sup> en la que el Tribunal indica que el art. 39 TCE no permite establecer distinciones entre los ciudadanos comunitarios en el acceso a la función pública de un estado miembro.

Siguiendo esta línea jurisprudencial del TJCE y teniendo en cuenta la posibilidad de acceso de los ciudadanos comunitarios a los cargos y funciones públicas de la Administración española, en los términos en los que se ha interpretado el art. 39.4 TCE, creemos que hay que poner en duda la compatibilidad del art. 13.2 por remisión al art. 23.2 CE con el art. 39 TCE, en la medida en que conduce a la discriminación de los ciudadanos comunitarios no españoles en las condiciones de acceso a la función pública.

Parece posible, a pesar de lo anterior, encontrar una vía para superar esta incompatibilidad entre nuestra Constitución y el art. 39 TCE. Consistiría en interpretar que la expresión del art. 23.2 «funciones y cargos públicos» se refiere a los empleos en la función pública que el TJCE entiende como incluidos en la excepción del art. 39.4 TCE, es decir, aquellos que pueden reservarse a los propios nacionales en la medida en que comportan el ejercicio del poder público o la salvaguarda de intereses generales. Pero esta interpretación no es la que ha hecho el Tribunal Constitucional, que ha entendido que la expresión del art. 23.2 abarca toda la función pública,<sup>52</sup> ya que si no fuera así, no habría un reconocimiento constitucional

---

51. STJCE de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, *Rec.* 1994, pág. 505 y ss. Se trataba del caso de una ciudadana de nacionalidad italiana, de origen alemán, que pretendía que se le tuviera en cuenta, como mérito para acceder a un puesto de trabajo en los servicios de restauración de la Universidad de Cagliari (Italia), su experiencia anterior en la Administración postal alemana. En efecto, la convocatoria del concurso preveía la atribución de puntos a los concursantes por otros servicios en la Administración, sin precisar el tipo de experiencia profesional. Pero a la señora Scholz se le negó la consideración de su experiencia como mérito. En este caso, la interesada tenía nacionalidad italiana, por lo que a primera vista no habría discriminación por razón de nacionalidad en las condiciones de acceso a un puesto de trabajo público. Pero el TJCE recordó en esta sentencia su jurisprudencia conforme a la cual el art. 39 del Tratado no sólo prohíbe las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca al mismo resultado. Así, según el Tribunal, el hecho de no tener en cuenta la experiencia anterior de la interesada en la Administración alemana como mérito para acceder a la Administración italiana era una discriminación indirecta contraria al art. 39.2 TCE.

52. STC 67/1989, de 18 de abril.



del principio de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas, en general, sino sólo en aquellos empleos en la Administración pública que entran dentro del concepto comunitario desarrollado por el TJCE.<sup>53</sup>

Así pues, la literalidad de los preceptos constitucionales citados, y el alcance que les ha dado la jurisprudencia constitucional plantean, en nuestra opinión, un problema de compatibilidad con el art. 39. Si bien no se trata de una contradicción tan patente como la planteada a consecuencia del Tratado de Maastricht en relación con el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos comunitarios, que dio lugar a la reforma del art. 13.2 del texto constitucional, sí se puede calificar como una contradicción que merece una cierta reflexión por parte de la doctrina y, cuando haya ocasión, por parte de la jurisprudencia constitucional. En cualquier caso, no parece fácil encontrar una interpretación coherente de los art. 13.3 y 23.2 CE para superar el problema planteado.

De hecho, y para concluir este apartado, conviene señalar que el problema apuntado se podría haber solucionado en el momento de la reforma del art. 13.2 CE (agosto 1992), si en vez de añadir a la excepción del sufragio activo la del sufragio pasivo, se hubiese eliminado cualquier referencia al sufragio municipal, quedando la redacción del precepto de la siguiente manera: «Sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley».<sup>54</sup> Así se habría salvado el inconveniente del reconocimiento de los derechos del art. 23 sólo a los españoles, ya que las previsiones del TCE lo habrían extendido también a los ciudadanos de los otros estados miembros de la UE.

## 2.2. La legislación en materia de función pública antes de la Ley 17/1993<sup>55</sup>

La situación legislativa en España en relación con la exigencia del requisito de la nacionalidad para acceder a la función pública viene determinada, principalmente, por la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, que en su art. 30.1.a indica

53. El problema de la contradicción entre los preceptos constitucionales que comentamos y el acceso a la función pública española por parte de los ciudadanos comunitarios ha sido tratado por Alonso García, Ricardo, «Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública por los ciudadanos comunitarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 1992, págs. 599-614, que también evidencia los inconvenientes de la interpretación apuntada en el texto. Este autor atribuye el problema a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de los art. 13.2 y 23.2 CE, ya que, según dice, «ningún problema habría planteado el art. 13.2 si se hubiera interpretado no en un sentido negativo, esto es, como un precepto que prohíbe a los extranjeros la titularidad de los derechos del art. 23, sino en un sentido positivo, a saber, como un precepto que reconoce a los españoles la titularidad de los derechos del art. 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 art. 10.2 de la Constitución, permitir el acceso a los nacionales de otros estados miembros a empleos en la Administración pública española» (pág. 612). En nuestra opinión, esta vía interpretativa no es posible, ya que el tenor literal del art. 13.3 CE es muy rotundo: «sólo los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 (...)».

54. Solución también apuntada por Alonso (1992), *op.cit.*, pág. 613, nota 47.

55. *Vid.* Hernández Fernández del Valle, Isabel: «El acceso a la función pública nacional por los nacionales de otros países comunitarios», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, B-73, 1992, págs. 11-18, y *Acceso a la función pública de ciudadanos de la Comunidad Económica Europea (Docu-*

que es necesario ser español para acceder a la condición de funcionario. Esta exigencia de carácter general también se encuentra recogida en leyes autonómicas de función pública, como por ejemplo en la Ley de la función pública de la Administración de la Generalidad, en su art. 33.a.<sup>56</sup> Estas normas de carácter general son las que también se aplican a los funcionarios de la Administración local, por remisión del artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. La situación legislativa con anterioridad a 1993 no deja, pues, demasiadas dudas: la nacionalidad española es un requisito exigido legalmente para poder acceder a la función pública española en todos los niveles territoriales.

Sin embargo, no hay ningún precepto que exija el requisito de la nacionalidad española para acceder a un empleo en la Administración pública a través de un contrato laboral. En efecto, el Estatuto de los trabajadores no exige la nacionalidad para acceder a un empleo, y las normas que regulan el personal laboral al servicio de las administraciones públicas tampoco lo hacen. Este dato es importante si tenemos en cuenta que en los últimos años ha proliferado la contratación laboral en el seno de las administraciones públicas y que, por otro lado, la mayor parte de entes públicos creados por las administraciones territoriales sujetan al personal a su servicio a la legislación laboral, con lo que un número muy significativo de empleados públicos no son funcionarios y, por tanto, no están afectados por la cláusula de exigencia de nacionalidad en el acceso a los puestos de trabajo en la Administración pública.

De los sectores que la Comisión, en su Comunicación de 1988, considera prioritario abrir a los ciudadanos de la UE, una parte importante está integrada por empleos ocupados por no funcionarios, de manera que legalmente no se exige la nacionalidad española para acceder. Nos referimos, en este sentido, a los organismos encargados de administrar servicios comerciales.

### 2. 3. *Las opciones de reforma existentes para abrir la función pública española a los nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea*

Aunque la Ley 17/1993, que comentaremos en el apartado siguiente, tomó una opción determinada para abrir el acceso a la función pública de los nacionales de otros estados miembros de la UE, como es la de enumerar los sectores a los que estos nacionales podrían acceder, lo cierto es que se plantearon otras alternativas, otros sistemas para conseguir el objetivo marcado por el TCE, el TJCE y la Comisión en relación con el aspecto comentado. Estas opciones —algunas de ellas adop-

---

*mentación preparada para la tramitación del Proyecto de ley de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás estados miembros de la Comunidad Económica Europea*), Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación núm. 106, 1992.

56. Ley 17/1985, de 23 de julio (DOGC núm. 569, de 31 de julio de 1985), que ha sido profundamente modificada por la Ley 9/1994, de 29 de junio, de reforma de la legislación relativa a la función pública de la Generalidad de Cataluña (DOGC núm. 1921, de 15 de julio de 1994). Esta reforma, como veremos, ha supuesto la inclusión de una disposición adicional en relación con el acceso a la función pública de los ciudadanos de la UE. Estas normas, junto con otras, fueron refundidas en el texto único aprobado por el Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre (DOGC núm. 2509 Anexo, de 31 de noviembre de 1997).

tadas por las legislaciones internas de otros estados miembros— fueron recogidas en la *Memoria justificativa* del anteproyecto de lo que después fue la Ley 17/1993, elaborada por el Ministerio para las Administraciones Públicas (MAP).<sup>57</sup>

Partiendo de la premisa de que la medida legislativa que convenía adoptar era una ley, dado que el requisito de la nacionalidad en el acceso a la función pública española está determinado, como hemos visto anteriormente, por la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, la *Memoria* tiene en cuenta dos elementos antes de enumerar las alternativas legislativas que pueden darse.

El primer elemento es que hay dos grandes opciones para articular el acceso de los nacionales de otros estados miembros a los empleos públicos en España: *a)* la apertura general de la función pública a los ciudadanos comunitarios y la enumeración de una serie de excepciones, es decir, sectores o puestos de trabajo concretos que estarían reservados a los nacionales españoles,<sup>58</sup> o *b)* la exigencia de la nacionalidad española como regla general y la apertura de determinados sectores a los ciudadanos del resto de estados miembros de la UE.<sup>59</sup>

El segundo elemento hace referencia al alcance de la futura ley teniendo en cuenta la distribución competencial española en materia de función pública. En este sentido, hacía falta una ley de carácter general, que sería concretada reglamentariamente. Por otra parte, se trataría de legislación básica, que las comunidades autónomas podrían desarrollar.

Combinando los dos elementos, la *Memoria* expone las diferentes alternativas reguladoras que hay para abrir la función pública española a los ciudadanos de los otros estados miembros de la UE y analiza los inconvenientes o las ventajas de cada una de ellas:

- Hacer una apertura genérica de los empleos en la Administración pública a los nacionales de otros estados miembros, permitiendo al Gobierno del Estado y a las comunidades autónomas reservar a los españoles el acceso a cuerpos o puestos de trabajo en los que se ejerzan potestades públicas o funciones de salvaguarda de los intereses del Estado. El inconveniente que, según el MAP, parece tener esta opción es que se trata de una fórmula demasiado amplia, que se podría ver desvirtuada si el Estado o las comunidades autónomas planteasen muchas restricciones.
- Hacer una apertura genérica y una reserva, por la propia ley, de determinados sectores de la función pública a los ciudadanos españoles. El inconveniente de esta opción sería la necesidad de efectuar una lista de sectores y puestos de trabajo reservados a los españoles en la misma ley, lo que tiene una gran dificultad técnica, en opinión del MAP.
- Hacer una reserva genérica del acceso a la función pública a los ciudadanos

---

57. Ministerio para las Administraciones Públicas, «Memoria justificativa del Anteproyecto de ley sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás estados miembros de la Comunidad Económica Europea», en *Documentación preparada para la tramitación...* (1992) *op. cit.*, pág. 683-694.

58. Es el modelo adoptado en Italia, como explicaremos más adelante.

59. El documento del MAP ya adelanta que esta segunda opción es más realista, puesto que en la primera las excepciones serían tan numerosas que se convertirían en la regla general.

españoles y abrir a los nacionales de otros estados miembros los puestos de trabajo no conectados con el ejercicio de potestades públicas o la salvaguarda de los intereses del Estado. En este caso, el Gobierno del Estado y las comunidades autónomas tendrían la facultad de concretar los supuestos en los que no se exigiría el requisito de la nacionalidad. Esta opción plantea, según la *Memoria*, el problema de que se podrían dar modelos diferenciados, de acuerdo con lo que cada Administración entendiera por «ejercicio de potestades públicas y salvaguarda del interés general», difícilmente justificables ante la Comisión, y que darían lugar a graves problemas de movilidad de funcionarios entre las diferentes administraciones públicas.

- Identificación de los sectores abiertos al acceso por parte de los ciudadanos de los otros estados miembros de la UE (sanitario, correos, docente, investigador), dejando en manos del Gobierno del Estado y de las comunidades autónomas la determinación de los cuerpos y puestos de trabajo en los que esta apertura se tiene que aplicar. El sistema quedaría cerrado en las relaciones de puestos de trabajo, que concretarían cuáles son los empleos abiertos y, por otra parte, cuáles son los puestos de trabajo, dentro de los sectores abiertos, que quedan reservados a los nacionales españoles por implicar ejercicio de potestades públicas o salvaguarda de los intereses del Estado. La *Memoria* indica —en favor de esta opción— que permitiría cumplir con los mínimos exigidos por la Comisión Europea y actuar de una manera más coordinada entre las diferentes administraciones públicas.

Esta última opción, como se desprende de la defensa que hizo de ella la *Memoria* a la que nos referimos, fue utilizada por la Ley 17/1993, como veremos en el apartado siguiente. Cabe señalar que la elección de esta alternativa no supondría después un proceso de aplicación de la ley demasiado fácil, ya que el desarrollo de ésta fue bastante lento, tanto a nivel estatal como autonómico.

Por otra parte, el hecho de haber optado por mantener como regla general la cláusula de la nacionalidad para acceder a la función pública, indicando los sectores que quedan abiertos a los nacionales del resto de estados miembros de la UE, crea una situación legislativa un tanto rígida, ya que se han identificado unos sectores muy concretos (investigación, docencia, correos, sanidad), más allá de los cuales es muy difícil que la normativa de desarrollo reconozca el derecho de acceso a estos sectores de los no españoles.<sup>60</sup> Y, como hemos visto al analizar la posición de las instituciones comunitarias en esta cuestión, éstos son algunos de los sectores en los que los estados miembros no pueden limitar la libre circulación de los trabajadores, pero no los únicos. En general, todos los empleos en la Administración pública que no impliquen ejercicio de potestades públicas o salvaguarda del interés general tienen que estar abiertos a todos los nacionales de los estados miembros

---

60. Si bien el apartado 1 del art. 1 de la Ley 17/1993 dice: «Los nacionales de los demás estados miembros de la Comunidad Europea podrán acceder en idénticas condiciones que los españoles a la función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y a los demás sectores de la función pública a los que, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores».

de la UE, independientemente de que pertenezcan o no a los sectores que, a modo orientativo, la Comisión incluyó en su Comunicación de 1988. Ya veremos cómo, en las pocas normas de desarrollo de la Ley 17/1993 adoptadas hasta ahora, no se dice nada en relación con otros sectores que no sean los mencionados expresamente por ésta.

Por último, hay que señalar que la *Memoria* indica que, en relación con el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, no sería necesario modificar disposiciones con rango de ley, sino que bastaría con actuar sobre convenios colectivos y sobre convocatorias de acceso.

#### 2. 4. *La Ley 17/1993, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales del resto de estados miembros de la Unión Europea, y su desarrollo*

##### 2.4.1. El contenido de la Ley 17/1993

La Ley 17/1993,<sup>61</sup> en la línea comentada en el apartado anterior, se limita a indicar cuáles son los sectores de la función pública a los que pueden acceder los ciudadanos de la UE, dejando el desarrollo normativo necesario para precisar los puestos de trabajo concretos en manos de las comunidades autónomas o de otras administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias.

Así pues, se trata de una ley muy breve que, según indica en su exposición de motivos, lleva a cabo las modificaciones normativas necesarias que permitan el acceso de los nacionales de los otros estados miembros a determinados sectores de la función pública española, concretamente en los sectores que la Comisión, en desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el art. 39.4 TCE, ha considerado dentro de la libre circulación de trabajadores.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación, la Ley posee un carácter general. Sus previsiones tienen la consideración, tal y como afirma su disposición final, de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos en los términos del art. 149.1.18 de la Constitución. Así pues, estamos ante una norma de rango legal que viene a complementar la regla general de exigencia de la nacionalidad española como requisito para acceder a los puestos de trabajo en la Administración española, recogida en el art. 30 de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964. En la medida en que sólo se aplica a unos sectores determinados, hemos de considerar que se trata de una excepción a la regla general de exigencia de nacionalidad.

El art. 1.1 de la Ley indica cuáles son los sectores de la función pública a los que los nacionales del resto de estados miembros de la UE pueden acceder en las mismas condiciones que los españoles. Son los siguientes: función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y *el resto de sectores de la función pública a los cuales, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.*

61. BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1993.

Teniendo en cuenta el contenido de la Comunicación de la Comisión de 1988 (comentado *supra*), el ámbito de aplicación de la Ley parece bastante restrictivo. Se limita a enumerar los sectores que la Comisión indicó expresamente, porque los consideraba prioritarios a efectos de incluirlos en la libre circulación de trabajadores, y completa esta lista con una cláusula abierta («el resto de sectores a los que, de conformidad con el derecho comunitario, les sea de aplicación la libre circulación de trabajadores») sin ninguna concreción. Esta fórmula es demasiado vaga como para esperar un desarrollo no restrictivo de la Ley. Sobre todo porque el derecho comunitario no ha indicado sectores de la función pública a los que sea aplicable la libre circulación de trabajadores. Lo único que nos ofrece el derecho comunitario es un artículo del TCE (39.4) que introduce una excepción al principio de libre circulación de trabajadores en el ámbito de la función pública, al que el TJCE ha dado una interpretación determinada, que también ha recogido la Comisión. Pero la referencia que estas instituciones —TJCE y Comisión— hayan podido hacer a sectores de la función pública concretos es casi ejemplificativa. Lo importante es el alcance que se ha dado a la excepción a la libre circulación de trabajadores establecida en el artículo 39.4 TCE: sólo se puede limitar el acceso a puestos de trabajo de las funciones públicas nacionales que impliquen participación en el ejercicio del poder público o de funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las demás colectividades territoriales.

Por otra parte, se dejan fuera de la enumeración del art. 1.1 de la Ley sectores a los que hace referencia expresa la Comunicación de la Comisión, como son los integrados por organismos encargados de gestionar servicios comerciales (servicios que se gestionan desde el sector público, pero que podrían ser prestados por entidades privadas), como los transportes, el suministro de agua, gas, electricidad e hidrocarburos, las telecomunicaciones y la radiodifusión. El hecho de no haberse incluido estos sectores en la enumeración de la Ley responde a que este tipo de servicios en España se prestan a través de entes públicos, cuyo personal tiene carácter laboral, no funcionario y, por tanto, no se exige la nacionalidad española para acceder a estos puestos de trabajo.

Nos parece bastante claro que la fórmula que utiliza el art. 1.1 de la Ley 17/1993 no originará un desarrollo de ésta de acuerdo con la interpretación restrictiva del art. 39.4 TCE realizada por las instituciones comunitarias. Más bien dará lugar a una apertura restringida de los sectores enumerados expresamente, tal y como, según veremos en el apartado siguiente, han hecho el Real decreto 800/1995, de 19 de mayo, en relación con la función pública estatal,<sup>62</sup> y el Decreto 386/1996, de 2 de diciembre, en relación con la función pública catalana.<sup>63</sup> El apartado segundo del mismo art. 1 precisa que el Gobierno o los órganos correspondientes de las comunidades autónomas o del resto de administraciones públicas determinarán los cuerpos, escalas y puestos de trabajo a los que, de acuerdo con el apartado primero, podrán acceder los nacionales del resto de estados miembros de la Comunidad Europea.

---

62. Real decreto por el que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales del resto de estados miembros de la Unión Europea (BOE núm. 135, de 7 de junio de 1995).

63. DOGC núm. 2291, de 11 de diciembre de 1996.

Por otro lado, si bien la Ley establece un ámbito de aplicación material limitado a unos sectores de la función pública muy concretos, no se olvida excluir de éstos aquellos puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las administraciones públicas, que quedarán reservados a funcionarios de nacionalidad española. ¿Por qué no utilizar esta misma fórmula para abrir todos los sectores de la función pública a los nacionales del resto de estados miembros de la UE? Si bien estaría más en consonancia con la interpretación hecha por las instituciones comunitarias del art. 39.4 TCE, parece que el legislador español ha optado por una regulación lo más restrictiva posible sobre la cuestión.

Por último, siguiendo con el contenido de la Ley 17/1993, conviene hacer referencia a su disposición derogatoria, que sencillamente establece: «quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente Ley». La vaguedad de este precepto, que renuncia a hacer cualquier tipo de derogación específica, junto con la concreción del ámbito de aplicación material de la Ley (art. 1.1), nos lleva a concluir que, definitivamente, será muy difícil que, en la práctica, se dé una liberalización efectiva del acceso a los puestos de trabajo en la Administración pública.<sup>64 y 65</sup>

Una cuestión importante que conviene analizar en relación con el contenido de la Ley es que, para definir su ámbito de aplicación, se haya utilizado la expresión «función pública» y no «puestos de trabajo en la Administración pública». El primer término, en sentido estricto, abarca sólo los puestos de trabajo ocupados por funcionarios, de manera que los ocupados a través de contratos laborales o administrativos no estarían dentro del ámbito de aplicación de la Ley. El segundo término, más amplio, sí abarcaría a este tipo de contratados. Ya hemos comentado *supra* que no hay una norma de carácter general que exija el requisito de la nacionalidad para acceder a la Administración pública por la vía de la contratación laboral pero, no obstante, a través de reglamentaciones u ordenanzas laborales, y también convenios colectivos, es habitual la exigencia de la nacionalidad española para acceder a los puestos de trabajo en la Administración pública regidos por el derecho laboral, exigencia que obedece a una aplicación extensiva de las condiciones de acceso a la función pública. Teniendo en cuenta esta circunstancia, y dado que el art. 39.4 TCE se refiere a «empleos en la Administración», independientemente de si se trata de un vínculo funcional o laboral, parece que habría sido conveniente especificar en la Ley que su ámbito de aplicación comprende todos los puestos de trabajo en la Administración pública, no sólo los de naturaleza funcional. En el epígrafe siguiente veremos cómo el Real decreto que desarrolla la Ley 17/1993 sí hace alusión expresa al personal laboral.

---

64. Opinión que comparto con Gómez Muñoz, José Manuel, «El acceso de nacionales comunitarios al empleo público en España: insuficiencias del régimen jurídico vigente», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, 1995, pág. 93.

65. El resto de preceptos de la Ley hacen referencia a otros aspectos como la necesidad de acreditación de la nacionalidad y del cumplimiento de los requisitos establecidos para participar en los procesos de selección (art. 2), la pérdida de la condición de funcionario si se pierde la nacionalidad comunitaria (art. 3) y la extensión del ámbito de aplicación de la Ley a los nacionales de estados no comunitarios a los que se les aplique la libre circulación de trabajadores contenida en el TCE (disposición adicional).

## 2. 4. 2. El desarrollo de la Ley 17/1993

La Ley 17/1993 tiene carácter de legislación básica, concretamente de régimen estatutario de los funcionarios públicos. Según su art. 1.2, el Gobierno (del Estado) y los organismos correspondientes de las comunidades autónomas o del resto de administraciones públicas, en el marco de sus competencias, tendrán que identificar los cuerpos, escalas o puestos de trabajo a los que pueden acceder los nacionales del resto de estados miembros de la UE. Así pues, es necesario un desarrollo normativo tanto a escala estatal como autonómica que concrete el contenido de la Ley 17/1993.

### 2.4.2.1. El 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 del resto de estados miembros de la Unión Europea

El primer aspecto que cabe destacar en cuanto al ámbito de aplicación del Real decreto es que su alcance se limita a la Administración general del Estado, en relación con la cual se incluye un anexo que enumera los cuerpos, escalas y plazas de los diferentes ministerios y organismos autónomos que quedan abiertos a la libre circulación de trabajadores. El contenido de este anexo confirma las tesis que exponíamos en el apartado anterior en relación con el alcance restrictivo de la apertura de la función pública española operada por la Ley 17/1993, en el sentido de que la fórmula utilizada por el art. 1.1 (se abren cuatro sectores determinados y el resto de sectores a los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores) se concreta en la apertura sólo de los cuatro sectores mencionados expresamente (función pública investigadora, docente, de correos y sanitaria de carácter asistencial). Cualquier otro puesto de trabajo funcional en un ministerio no relacionado con los sectores mencionados sólo podrá ser, pues, ocupado por un nacional español, independientemente de si implica o no ejercicio de poder público o funciones de salvaguarda de los intereses del Estado. Así, por ejemplo, el acceso a cualquier puesto de trabajo funcional del Ministerio para las Administraciones Públicas requerirá la condición de nacionalidad, al margen del tipo de funciones que implique.

Por otra parte, si bien el ámbito de aplicación de la Ley sólo afectaba a los funcionarios, sin mencionar los puestos de trabajo ocupados por los laborales, el Real decreto va más allá e indica que los ciudadanos de otros estados miembros de la UE también podrán acceder a las plazas o puestos de trabajo de personal laboral de los cuatro sectores liberalizados. Ya se ha comentado que habría sido conveniente que la Ley hiciera referencia al personal laboral, y parece que los redactores del Real decreto también han tenido en cuenta la carencia del texto legislativo. Pero si éste no incluyó al personal laboral en su ámbito de aplicación, su introducción en el Real decreto supone la ampliación, vía reglamento, del alcance de la Ley.<sup>66</sup>

66. Vid. Gómez Muñoz (1995), *op. cit.*, pág. 96, que critica la utilización de una norma de rango reglamentario para ampliar el ámbito de aplicación de la Ley 17/1993.



La limitación del ámbito de aplicación del Real decreto viene dada por la previsión, en su art. 2, de la reserva a los nacionales españoles de puestos de trabajo incluidos en la relación de cuerpos y escalas del anexo que impliquen ejercicio de potestades públicas o responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las administraciones públicas. Esta reserva tendrá que ser realizada por el Ministerio de Economía y Hacienda y por el Ministerio para las Administraciones Públicas, y especificada en las relaciones de puestos de trabajo.<sup>67</sup> Este último será, pues, el instrumento organizativo que determinará, en cada uno de los sectores liberalizados, los puestos de trabajo excluidos de la libre circulación de trabajadores.

Los demás artículos del Real decreto están dedicados a enumerar los requisitos que han de cumplir los aspirantes a ocupar uno de los puestos de trabajo abiertos a los nacionales de otros estados miembros de la UE para poder participar en las pruebas selectivas. Estos requisitos son los mismos que los exigidos a cualquier aspirante a un puesto de trabajo en la Administración pública, además de la acreditación de un conocimiento adecuado de la lengua castellana, para lo que se puede exigir, incluso, la superación de pruebas con esta finalidad. El conocimiento del castellano (o, en el caso de algunas comunidades autónomas, de la lengua propia de éstas) y el cumplimiento de los mismos requisitos que el resto de aspirantes, entre los cuales hay que destacar la titulación necesaria para acceder a un puesto de trabajo determinado, suponen dos obstáculos muy importantes para el acceso a la función pública española de los ciudadanos comunitarios.

#### 2.4.2.2. La normativa autonómica catalana

La Ley 17/1993 tiene carácter de legislación básica; constituye, como ella misma indica, régimen estatutario de los funcionarios públicos. Su desarrollo, en lo referente a las funciones públicas de las comunidades autónomas, corresponde a éstas.

A nuestro entender, la redacción del art. 1.1 de la Ley 17/1993 permite hacer una interpretación amplia del alcance de la apertura de la función pública, en cualquier nivel territorial, a la libre circulación de trabajadores. Aunque enumera cuatro sectores concretos, la referencia al «resto de sectores a los que, según el derecho comunitario, les sea aplicable la libre circulación de trabajadores», a pesar de que según hemos comentado es bastante imprecisa, hace posible que el legislador autonómico liberalice el acceso a la función pública en otros sectores no mencionados expresamente en la Ley 17/1993 o, en general, que permita acceder a los nacionales

---

67. No estoy de acuerdo con Gómez Muñoz (1995), *op. cit.*, pág. 99-100, cuando dice que la competencia otorgada específicamente a estos dos ministerios para hacer reserva de puestos de trabajo a los nacionales españoles incrementa el desconcierto que crea el Real decreto sobre su ámbito de aplicación. Me parece bastante claro que esta norma desarrolla la Ley 17/1993 sólo en relación con la Administración general del Estado y que, por tanto, no es aplicable ni a las comunidades autónomas ni a los entes locales. Si el Real decreto menciona estos dos ministerios como competentes para realizar la reserva de puestos de trabajo a los nacionales españoles es porque son también los competentes para aprobar las relaciones de puestos de trabajo en el ámbito de la Administración general del Estado. Por otra parte, el desarrollo reglamentario de la Ley por parte del Estado tampoco puede ir más allá, ya que son las comunidades autónomas los entes competentes para desarrollar la Ley en relación con sus funciones públicas propias.

de otros estados miembros de la UE a cualquier puesto de trabajo de la función pública autonómica —o local, en el marco de sus competencias y de acuerdo con la normativa básica de derecho local— que no comporte ejercicio de poder público o salvaguarda de intereses generales. Porque este es, como hemos visto, el sentido de la interpretación que el TJCE ha hecho de la excepción del art. 39.4 TCE.

En Cataluña, las previsiones de la Ley 17/1993 fueron introducidas en la Ley de la función pública de la Administración de la Generalidad en la reforma operada por la Ley 9/1994, de 29 de junio, que en su disposición adicional vigésima establece que los ciudadanos de los estados miembros de la UE podrán acceder a la función pública de la Administración de la Generalidad de acuerdo con lo que establezca la normativa específica.<sup>68</sup> Esta normativa a la que se hace referencia incluye la Ley 17/1993 y sus normas reglamentarias de desarrollo adoptadas recientemente el Gobierno de la Generalidad, aunque la ley catalana no hace ninguna previsión expresa en este sentido.

El desarrollo reglamentario ha sido llevado a cabo por 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.<sup>69</sup> La técnica empleada en este decreto es un poco diferente de la utilizada por el Real decreto 800/1995, visto *supra*. En el caso catalán, se indica que estarán abiertos al acceso de los ciudadanos de los otros estados miembros de la UE los cuerpos, escalas, plazas, categorías o especialidades de la función pública de la Administración de la Generalidad con funciones investigadoras, docentes y sanitarias de carácter asistencial (art. 1.1.), pero no se añade ningún anexo en el que figuren de forma detallada cuáles son estos cuerpos, escalas, etcétera. Su concreción ni tan siquiera se remite a las relaciones de puestos de trabajo.

Se abren expresamente, pues, los puestos de trabajo a los sectores que enumera la Ley 17/1993 y se añaden, de la misma manera que hace ésta, aquellos puestos que pertenezcan a otros sectores de la función pública a los que, en virtud del derecho comunitario, sea aplicable la libre circulación de trabajadores, de acuerdo con lo que determinen las relaciones de puestos de trabajo (art. 1.2). Hemos comentado *supra* la inconveniencia de esta fórmula, ya que el derecho comunitario no establece sectores de la Administración pública que tengan que estar abiertos a la libre circulación de trabajadores, sino que restringe el alcance del art. 39.4 TCE a los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de poder público o funciones de salvaguarda de

---

68. La disposición adicional vigésima de la Ley de la función pública de la Administración de la Generalidad indica: «Los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea, a pesar de lo que establece el art. 33.a, pueden acceder a la función pública de la Administración de la Generalidad, de conformidad con los requisitos que sean determinados por la normativa específica. En idénticas condiciones pueden acceder a la función pública de la Administración de la Generalidad los ciudadanos de los estados a los que, en virtud de tratados internacionales suscritos por la Unión Europea y ratificados por España, les sea aplicable la libre circulación de trabajadores, en los términos en que ésta se encuentra definida en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea». Actualmente esta previsión se incluye en el art. 45.a del texto refundido de la legislación catalana en materia de función pública (Decreto legislativo 1/1997), como excepción al requisito de la ciudadanía española para poder acceder a las pruebas de selección de los funcionarios.

69. DOGC núm. 2291, de 11 de diciembre de 1996.

los intereses generales. Estos se reservan, de acuerdo con el art. 2 del Decreto 389/1996, a los ciudadanos españoles, y tendrán que ser especificados en las relaciones de puestos de trabajo.

La aplicación del Decreto alcanza tanto al personal funcionario como al laboral (art. 1), y también a los puestos de trabajo de las universidades (en el marco de su autonomía) y de las administraciones locales situadas en el territorio de Cataluña (de acuerdo con la legislación sobre función pública local).

Se regulan, por otra parte, el procedimiento de acceso (participación en las convocatorias y superación de las pruebas que procedan), los requisitos que deben cumplir los aspirantes (los mismos que para el resto de aspirantes: acreditación de la nacionalidad y no estar sometidos a sanción disciplinaria o condena penal) y la documentación que han de presentar (la necesaria para acreditar los requisitos que se exigen, certificada por las autoridades del país de origen). Por último, el art. 6 se refiere a la necesidad de acreditar el conocimiento de las dos lenguas oficiales de Cataluña.<sup>70</sup>

#### 2.4.3. Una cuestión específica: la función pública local y el acceso de los ciudadanos comunitarios al sufragio activo y pasivo en el ámbito local

Hasta ahora no existe ninguna regulación específica que establezca las posibilidades de acceso a la función pública local por parte de los ciudadanos comunitarios, de manera que hay que entender de aplicación la norma estatal en su parte de legislación básica. En efecto, el ámbito de aplicación de la Ley 17/1993 abarca a todas las administraciones públicas y, por tanto, también a los entes locales. La determinación de los cuerpos, escalas y puestos de trabajo afectados por la Ley tendrán que hacerla, a nivel general, las comunidades autónomas, que tienen competencia en materia de función pública local de acuerdo con las bases establecidas por la legislación básica estatal de régimen local.

Así, el desarrollo reglamentario que hagan las comunidades autónomas de la Ley 17/1993 tendrá que incluir también a la función pública local. La concreción posterior de los puestos de trabajo de libre acceso por los nacionales del resto de estados miembros de la UE y de los reservados a los nacionales españoles porque impliquen ejercicio de poder público o salvaguarda de los intereses de la colectividad local corresponderá al pleno de la corporación, que es el competente para aprobar la relación de puestos de trabajo correspondiente. En Cataluña, el Decreto 389/1996, 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, es de aplicación también al personal al servicio de las corporaciones locales (disposición adicional segunda).

Por otra parte, el caso de los entes locales presenta una peculiaridad muy im-

---

70. Sobre la cuestión del conocimiento de la lengua como requisito para acceder a los puestos de trabajo en las administraciones públicas, *vid.* la Sentencia *Anita Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Education Committee* (STJCE de 28 de noviembre de 1989, asunto C-379/87, *Rec.* 1989, pág. 3967 y ss.).

portante en la medida en que el art. 17 (antiguo art. 8 B, que había sido introducido por TUE) reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión Europea que residen en un estado miembro del que no son nacionales en las elecciones municipales del estado miembro donde residan. El derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales abre, a mi entender, una dimensión nueva en la interpretación del art. 39.4 TCE: si un ciudadano comunitario puede acceder a funciones ejecutivas como las de alcalde o teniente de alcalde en un ayuntamiento, que sin duda comportan participación en el ejercicio del poder público y en la salvaguarda de intereses generales, ¿hasta qué punto es coherente desde una perspectiva de lógica jurídica limitar su acceso a cargos funcionariales que comporten funciones de la misma naturaleza?<sup>71</sup>

Conviene señalar que decir que la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un estado miembro del que no sean nacionales,<sup>72</sup> en su art. 5, establece que los estados miembros *pueden* reservar las funciones de alcalde, teniente de alcalde o miembro de un órgano colegiado a sus propios nacionales, de modo que los no nacionales sólo puedan acceder al cargo de concejal. Esta posibilidad que ofrece la Directiva citada sin duda está más de acuerdo con la interpretación de la excepción del art. 39.4 TCE hecha por las instituciones comunitarias, pero abre la puerta a que el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos comunitarios en un estado miembro del que no son residentes quede extraordinariamente desvirtuado, en la medida en que los estados miembros pueden restringir ese derecho.

El legislador español ha optado por una transposición de la Directiva 90/80/CE favorable a un concepto abierto de ciudadanía europea, es decir, sin restringir en absoluto el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos comunitarios residentes en España en las elecciones municipales. Así, la Ley orgánica 1/1997, de 30 de mayo, que incorpora al ordenamiento español la Directiva mencionada modificando la Ley orgánica de régimen electoral general,<sup>73</sup> da una nueva redacción al art. 177 de esta norma en relación con el sufragio pasivo que implica la apertura a los ciudadanos comunitarios residentes en España de todos los cargos de dirección política local en el ámbito municipal.

Esta nueva regulación electoral supone que los nacionales comunitarios no españoles podrán ejercer funciones de autoridad cuando sean elegidos para un cargo de dirección política (ya que un alcalde, por ejemplo, tiene, sin duda, funciones de esta naturaleza), mientras que esos mismos ciudadanos pueden ver impedido su acceso a puestos de trabajo en la función pública local si éstos implican el ejercicio de funciones de autoridad, en virtud de la excepción del art. 39.4 TCE y su regulación en la legislación sobre la función pública en España. Esta situación normativa no

---

71. Sobre esta cuestión y su tratamiento por parte de la doctrina, *vid.* Jiménez Asensio, Rafael, «Incidencia del derecho comunitario en el ámbito de la función pública», en *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 181-263.

72. DOCE L 368, de 31 de diciembre de 1994.

73. BOE núm. 130, de 31 de junio de 1997.

deja de ser paradójica, dado que se está dando un tratamiento jurídico completamente diferente a situaciones prácticamente idénticas: un ciudadano comunitario no español residente en un municipio español que quiere acceder a un cargo que implica el ejercicio de funciones de autoridad pública. La única diferencia entre los dos supuestos sería que los cargos de dirección política tienen una duración limitada, mientras que los cargos funcionariales tienen, en principio, una duración indefinida. Sin embargo, la distinción deja de tener sentido si atendemos al hecho de que en ambos casos el interesado podrá ejercer funciones de autoridad pública, e incluso tendrá más posibilidades de hacerlo en el marco de un cargo de dirección política que si ocupa un cargo funcional, por importante que éste sea.

Así pues, parece necesario que el legislador reflexione sobre esta situación jurídica desigual que ha creado el reconocimiento de los derechos políticos de los ciudadanos comunitarios en el ámbito local. Parece conveniente, a nuestro entender, que se realice una reforma de la legislación en materia de función pública local que permita el acceso de los ciudadanos comunitarios no españoles a todos los puestos de trabajo de la Administración local, con lo que se establecería una correspondencia lógica entre el ámbito político y el funcional.

## 2.5. *Los modelos de apertura de la función pública en el ordenamiento jurídico de otros estados miembros de la Unión Europea*

### 2.5.1. Italia

La reforma legislativa en el ordenamiento jurídico italiano en relación con el tema que tratamos ha sido introducida por dos normas. Por una parte, un Decreto legislativo de 3 de febrero de 1993, que reguló diferentes aspectos organizativos de las administraciones públicas italianas<sup>74</sup> y, por otra, un reglamento del presidente del Consejo de Ministros que reguló específicamente el acceso de los ciudadanos miembros de la UE a los puestos de trabajo de las administraciones públicas.<sup>75</sup>

El art. 37 del Decreto legislativo citado abrió el acceso de los ciudadanos de los estados miembros de la UE a todos los puestos de trabajo de las administraciones públicas que no impliquen ejercicio directo o indirecto del poder público o no afecten a la tutela del interés nacional. El mismo artículo remite a un decreto del Consejo de Ministros que concretará cuáles son los puestos de trabajo para los que, en todo caso, se requerirá la nacionalidad italiana. La técnica utilizada es, pues, inversa a la de la Ley española: se elimina la exigencia de la nacionalidad italiana para acceder a la función pública como regla general, con la excepción de los puestos de tra-

---

74. Decreto legislativo de 3 de febrero de 1993, núm. 29, Racionalización de la organización de las administraciones públicas y revisión de la disciplina en materia de empleo público, en desarrollo del art. 2 de la Ley de 23 de octubre de 1992, núm. 421 (*Gazzetta Ufficiale*, de 6 de febrero de 1993, núm. 30, supl. ord.).

75. Decreto del presidente del Consejo de Ministros de 7 de febrero de 1994, núm. 174. Reglamento sobre las normas de acceso de los ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea a puestos de trabajo en las administraciones públicas (*Gazzetta Ufficiale*, de 15 de marzo de 1994, núm. 61).

bajo que impliquen ejercicio del poder público o salvaguarda de intereses generales, que serán concretados posteriormente a nivel reglamentario. Se trata, así, de una apertura mucho más amplia que no se centra, como en el caso de la Ley española, en los cuatro sectores de la función pública que la Comisión considera prioritarios en su Comunicación de 1988, sino que se extiende a cualquier sector de la función pública, haciendo hincapié en la naturaleza de las funciones de los puestos de trabajo para establecer las excepciones a la regla general de no exigencia de la nacionalidad italiana.

Los puestos de trabajo en las administraciones públicas italianas excluidos de la libre circulación de trabajadores están especificados en el citado reglamento del Consejo de Ministros. Esta reserva de puestos para ciudadanos italianos se realiza por dos vías: *a)* Enumeración de puestos de trabajo concretos reservados, y *b)* Tipo de funciones reservadas.

En los primeros se encuentran: *a)* Los puestos de trabajo de nivel directivo; *b)* Los puestos de trabajo con función de alta administración de los servicios periféricos de las administraciones; *c)* Magistrados ordinarios administrativos, militares y contables, y *avvocati y procuratori* del Estado, y *d)* Agentes civiles y militares de la Presidencia del Consejo de Ministros, del Ministerio de Asuntos Exteriores, del Ministerio de Justicia, del Ministerio del Interior, del Ministerio de Defensa y del Ministerio de Economía.

Al margen de estos puestos de trabajo reservados expresamente a los ciudadanos italianos, el Decreto también enumera las funciones de las administraciones públicas que, aunque pertenecen a puestos de trabajo en principio abiertos a todos los nacionales de otros estados miembros de la UE, están reservadas a los ciudadanos italianos, ya que están relacionadas con el ejercicio del poder público o la salvaguarda de intereses generales. Estas funciones son las siguientes: *a)* Funciones que comportan la elaboración, decisión y ejecución de procedimientos permisivos y coercitivos y, *b)* Funciones de control de legitimidad y de mérito. Para reservar a los ciudadanos italianos el acceso a los puestos de trabajo concretos o a la atribución de competencias que supongan el ejercicio de las funciones citadas, el Consejo de Ministros tendrá que emitir una resolución que deniegue el acceso ante la solicitud del interesado.

El ordenamiento jurídico italiano, con anterioridad a la reforma legislativa comentada,<sup>76</sup> no recogía con carácter general la exigencia de la ciudadanía italiana para acceder a la función pública. Pero la carencia de una previsión de este tipo respondía a la ausencia tanto de un modelo unitario de organización administrativa como de un texto legislativo general en materia de función pública. Sin embargo, la mayor parte de normas que regulaban el acceso a los puestos de trabajo de los diferentes entes públicos exigían la nacionalidad italiana. La situación era, pues, muy parecida a la del ordenamiento español.

Así, el italiano es un modelo de apertura general a los ciudadanos de la UE del acceso a la función pública con algunas excepciones en lo referente a determinados

---

76. Sobre esta cuestión *vid.* Traina, Duccio M., «Libertà de circolazione nella Comunità Economica Europea e pubblico impiego in Italia», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 2, 1991, pág. 347 y ss.

puestos de trabajo y a determinadas funciones. Se trata de excepciones importantes, que pueden afectar a bastantes puestos de trabajo, que permanecen reservados a los ciudadanos italianos. Pero, en cualquier caso, no hay duda de que los puestos de trabajo en la función pública italiana abiertos a la libre circulación de trabajadores serán mucho más numerosos que los reservados a los italianos. De la misma manera, una reforma legislativa en este sentido en España habría dado, a nuestro entender, resultados muy parecidos y mucho más de acuerdo con la interpretación hecha por las instituciones comunitarias del alcance de la excepción del art. 39.4 TCE.<sup>77</sup>

### 2.5.2. Francia

La situación normativa en Francia por lo que respecta a los requisitos de acceso a la función pública con anterioridad a la reforma introducida en 1991, que comentaremos seguidamente, era parecida a la de España.

Por una parte, no había —ni hay— ningún precepto constitucional que reservara los puestos de trabajo en la Administración pública a los ciudadanos franceses. La única disposición de este rango que, indirectamente, hace referencia a esta cuestión es el art. 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 según la cual: «La ley es la expresión de la voluntad general [...]. Todos los ciudadanos son iguales ante ella y son admisibles a todos los cargos, plazas y puestos de trabajo públicos, de acuerdo con su capacidad y sin ninguna otra distinción que sus virtudes y talentos». Este precepto fue invocado en un recurso que se interpuso contra la Ley francesa de 26 de julio de 1991, que abre la función pública a los ciudadanos de la UE, ante el Consejo Constitucional, pero tanto este órgano en su resolución<sup>78</sup> como la doctrina<sup>79</sup> rechazaron que la mencionada Ley infringiera el art. 6 del texto constitucional francés, ya que éste, aun refiriéndose a la igualdad en el acceso a los puestos de trabajo públicos en relación con los ciudadanos franceses (*citoyens*), no establece ninguna reserva en favor de éstos para acceder a los mismos.

En cuanto a la legislación francesa en materia de función pública, el estatuto de los funcionarios está regulado por la Ley núm. 83-634, de 13 de julio de 1983, relativa a los derechos y obligaciones de los funcionarios, cuyo art. 5 establecía, en su redacción anterior a 1991, que «nadie puede tener la cualidad de funcionario: 1º. Si no posee la nacionalidad francesa [...]». Así pues, como en el caso de España, existía

---

77. No era de la misma opinión el ejecutivo español en el momento de elaborar la propuesta de ley correspondiente. Como hemos comentado *supra*, la opción adoptada por el ordenamiento italiano fue descartada en la *Memoria* del MAP con el argumento de que las excepciones serían tantas que desvirtuarían la regla general de no exigencia de nacionalidad española para acceder a la función pública en España.

78. Decisión del Consejo Constitucional núm. 91-293, DC de 23 de julio de 1991 (*vid. Acceso a la función pública*. Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación núm. 106, 1992, pág. 973 y ss.).

79. *Vid.* Baclét-Hainque, Rosy, «L'Europe des emplois dans l'administration publique», *L'actualité juridique - Droit administratif*, 1990, núm. 4, pág. 228-232, y Dubouis, Louis, «L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants des autres états membres de la Communauté Européenne. Le législateur entre juge communautaire et juge constitutionnel», *Revue française de Droit administratif*, núm. 6, 1991, pág. 907-908.

una reserva de los puestos de trabajo funcionariales (no los ocupados por contratados) en favor de los ciudadanos franceses.

La Ley núm. 91-715, de 26 de julio de 1991, sobre diferentes disposiciones relativas a la función pública,<sup>80</sup> modifica el citado art. 5 del Estatuto funcional y añade una remisión a un nuevo art. 5 *bis*, según el cual los nacionales de otros estados miembros de la Comunidad Económica Europea tienen acceso, en las condiciones previstas en el Estatuto general, a los cuerpos, grupos y puestos de trabajo cuyas atribuciones o bien son separables del ejercicio de soberanía, o bien no comportan participación directa o indirecta en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado o de otras colectividades públicas.

Se trata, así, de una apertura general del acceso a la función pública, cuya aplicación se articula a través de la previsión por parte del estatuto particular de cada cuerpo de la posibilidad de acceso de los ciudadanos comunitarios no franceses. Estos estatutos particulares también tendrán que prever las condiciones en las que estos ciudadanos no franceses pueden formar parte de órganos consultivos que emitan dictámenes vinculantes por las autoridades con poderes de decisión.

El modelo francés es, a nivel legislativo, muy abierto, pero su aplicación pasa por la modificación de los estatutos de los diferentes cuerpos o grupos de la función pública. En este sentido se diferencia del italiano en el hecho de que éste concreta, mediante un reglamento y eventuales resoluciones del presidente del Consejo de Ministros, cuáles son los puestos de trabajo reservados a los nacionales italianos, mientras que en el caso francés la aplicación de la Ley implica la concreción de los cuerpos y puestos de trabajo abiertos a través de sus respectivos estatutos. En cualquier caso, se trata de un modelo que, a diferencia del español, está más de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, ya que la Ley no se refiere a sectores de la función pública concretos que tengan que estar abiertos a los ciudadanos de otros estados miembros, sino que hace una formulación más amplia: «puestos de trabajo cuyas atribuciones o bien son separables del ejercicio de soberanía, o bien no comportan participación directa o indirecta en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado o de otras colectividades públicas».<sup>81</sup>

## Conclusiones

La jurisprudencia del TJCE y la acción de la Comisión han supuesto, efectivamente, la apertura de los empleos en las administraciones públicas a los nacionales

---

80. *Loi n° 91-715 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique* (vid. Acceso a la función pública (1992), *cit.*, pág. 963-973).

81. Por lo que respecta al resto de estados miembros, *vid.* Bodiguel, Jean-Luc, *Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, LGDJ, París, 1994. El hecho de que algunos estados miembros no adaptaran sus ordenamientos jurídicos a las directrices dadas por la Comisión dio lugar a la apertura de diferentes procedimientos de infracción del derecho comunitario. Es el caso de Bélgica, Luxemburgo y Grecia, en relación con los cuales el TJCE ha dictado diferentes sentencias condenatorias: *vid.* sentencias de 2 de julio de 1996, *Comisión c. Bélgica*, asunto C-173/94, *Rec.* 1996, *Comisión c. Luxemburgo*, asunto C-473/93, *Rec.* 1996, y *Comisión c. Grecia*, asunto C-290/94, *Rec.* 1996.



de otros estados miembros de la UE. Si bien en algunos estados como Francia, Italia o Alemania esta apertura se generaliza a prácticamente todos los puestos de trabajo en la Administración pública, excepto aquellos que comportan ejercicio de autoridad o salvaguarda de los intereses generales del Estado (policía, fuerzas armadas, diplomacia, etcétera), en otros la apertura ha sido más restrictiva. Así, en el caso de España, la Ley 17/1993 liberaliza expresamente los cuatro sectores señalados por la Comisión y añade una cláusula que incluye también «el resto de sectores a los que, según el derecho comunitario, es aplicable la libre circulación de trabajadores». Esta fórmula es vaga e imprecisa, ya que el derecho comunitario no incluye expresamente ningún sector de la Administración pública en la libre circulación sino que ofrece unos parámetros interpretativos del alcance del art. 39.4 TCE, que se restringe sólo a puestos de trabajo en la Administración que comporten el ejercicio de determinadas funciones. La reforma del estatuto funcionarial en España es, pues, bastante limitada, lo que afecta a todos los niveles territoriales de la Administración pública.

Hay que plantearse hasta qué punto estas reticencias que parece tener el legislador español para abrir los puestos de trabajo de la Administración pública española a todos los ciudadanos de la Unión Europea pueden conjugarse con la tendencia política española favorable a la ciudadanía europea, que ha propiciado en los últimos años la posibilidad de acceso de los ciudadanos comunitarios a los cargos políticos de la Administración local a través de su participación activa y pasiva en las elecciones municipales. No parece muy coherente que se reserven a los nacionales españoles la mayor parte de puestos de trabajo en la Administración pública local, en la medida en que puedan implicar ejercicio de autoridad pública o salvaguarda de los intereses generales, mientras que no se reservan cargos políticos como el de alcalde o teniente de alcalde que, sin duda, suponen el ejercicio de este tipo de facultades. Hemos visto que la Directiva que regula el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de los ciudadanos comunitarios que residen en un municipio de un estado miembro del que no son nacionales da la opción al legislador nacional de reservar los cargos mencionados a sus propios nacionales, precisamente porque pueden suponer la participación en el ejercicio de la autoridad pública y en la salvaguarda de los intereses generales. Sin embargo, el legislador español no ha tomado esta opción, sino la de la apertura de todos los cargos locales a los ciudadanos comunitarios, lo que muestra la vocación proeuropea de nuestro Estado. Pero no deja de ser contradictorio que pocos años antes, y en todo caso después de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, el mismo legislador reforme la legislación de la función pública para dar acceso a todos los ciudadanos comunitarios a sólo cuatro sectores de la Administración pública.

Si el proceso de evolución de la Unión Europea tiende hacia el refuerzo de la idea de ciudadanía europea y por tanto de igualdad de derechos de los ciudadanos comunitarios en todo el territorio de la Unión, los estados miembros deben tomar conciencia de que no es coherente aprovechar las excepciones del derecho comunitario que, como el art. 39.4 TCE, dan la posibilidad al legislador nacional de establecer obstáculos a la libre circulación de trabajadores.

## Addenda

El Informe sobre la aplicación del derecho comunitario en 1998, aparecido cuando ya se había concluido la redacción de este artículo (COM (1999) 301 final, de 9 de julio de 1999), da noticia de la existencia de un procedimiento de infracción instruido por la Comisión Europea contra el Estado español por incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 39.4 TCE, ya que, a juicio de la institución europea, el Estado español no ha adoptado las medidas necesarias para asegurar la igualdad de condiciones de los ciudadanos europeos en el acceso al empleo público español. En el marco de este procedimiento, la Comisión envió un dictamen motivado a las autoridades españolas (en noviembre de 1998), a la vista de las diferentes denuncias recibidas en relación con las prácticas administrativas de exclusión de ciudadanos comunitarios de los procesos selectivos ante las administraciones públicas españolas.

Como consecuencia de este procedimiento, y en la línea de las críticas realizadas en el presente trabajo, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1999) ha modificado 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, eliminando el acceso restringido a los sectores investigador, docente, sanitario asistencial y de correos, y «a los demás sectores a los cuales, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores», y estableciendo, tal y como se propone en el texto de nuestro trabajo, una cláusula general de acceso en igualdad de condiciones de 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 salvaguardia de los intereses del Estado y de las administraciones públicas (artículo 1).

Esta reforma, a nuestro juicio absolutamente necesaria, adapta plenamente nuestra legislación básica en materia de función pública a la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la excepción a la libre circulación de trabajadores establecida por el artículo 39.4 TCE. Solamente cabe objetar, a la espera de las normas de desarrollo y aplicación, el desafortunado mantenimiento del título de la Ley («acceso a *determinados sectores* de la función pública»), cuando en realidad se establece la regla de acceso generalizado a todos los empleos públicos.

Lamentablemente, la recentísima aprobación de la reforma citada no nos ha permitido incluir su contenido en el presente trabajo.

## Bibliografía

- Acceso a la función pública de ciudadanos de la Comunidad Europea* (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de ley de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás estados miembros de la Comunidad Económica Europea), Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación núm. 106, 1992.
- Alonso García, Ricardo, «¿Inconstitucionalidad sobrevenida del Tratado CEE? Sobre el acceso a la función pública por los ciudadanos comunitarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 76, 1992, pág. 599-614.
- Baclet-Hainque, Rosy, «L'Europe des emplois dans l'administration publique», *L'actualité juridique - Droit administratif*, 1990, núm. 4, pág. 224-232.
- Baena, Mariano, y Piquemal, Marcel, «Las administraciones nacionales ante la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 90, 1996, pág. 197-212.
- Blasguasp, Javier, «El acceso a determinados sectores de la función pública española de los ciudadanos nacionales de la Unión Europea», *Gaceta jurídica de la CEE y de la competencia*, B-97, septiembre 1994, pág. 13-19.
- Bodiguel, Jean-Luc, *Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, LGDJ, París, 1994.
- Borrás Rodríguez, Alegría, «Participación de nacionales de los estados miembros en la Comunidad Europea en los concursos para la provisión de plazas del profesorado universitario», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1992, pág. 859-873.
- Currall, Julian, «La Communauté et les fonctions publiques nationales (l'article 48.4 du traité CEE)», *Revue française d'Administration publique*, núm. 48, 1988, pág. 573-582.
- Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel, y Nevado Moreno, Pedro T., «La libre circulación de servidores públicos. Un estudio sobre el acceso de ciudadanos comunitarios a la función pública de los estados miembros», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 145, febrero 1997, pág. 9-20.
- Druesne, Gérard, «La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les "emplois dans l'administration publique" (sur un arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes)», *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 1981, pág. 289-290.
- Dubouis, Louis, «La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 48.4 traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics», *Revue française de Droit administratif*, núm. 3, 1987, pág. 949-962.
- «L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants des autres états membres de la Communauté Européenne. Le législateur entre juge communautaire et juge constitutionnel», *Revue française de Droit administratif*, núm. 6, 1991, pág. 907-908.
- Ferrari-Breeur, Christine, *Enseignement supérieur et Communauté Européenne*, tesis de doctorado, Universidad Jean Moulin — Lyon III, Lyon, 1993.
- Gómez Muñoz, José Manuel, «El acceso de nacionales comunitarios al empleo público en España: insuficiencias del régimen jurídico vigente», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, 1995, pág. 91-117.

- Gratal Pérez, Dionisio, y Mondragón Ruiz de Lezana, Jaione, «El empleo público y la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 11, 1994, pág. 55-69.
- Handoll, John, «Article 48(4) EEC and non-national access to public employment», *European Law Review*, núm. 4, 1988, pág. 223-241.
- Hernández Fernández del Valle, Isabel, «El acceso a la función pública nacional por los nacionales de otros países comunitarios», *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia*, B-73, 1992, pág. 11-18.
- Jaeger, Marc, «La notion d'«emploi dans l'administration publique» au sens de l'article 48, paragraphe 4, du Traité CEE, à travers la jurisprudence de la Cour», *Rivista di diritto europeo*, núm. 4, octubre-diciembre, 1990, pág. 786-787.
- Jiménez Asensio, Rafael, «Incidencia del derecho comunitario en el ámbito de la función pública», en *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 181-263.
- Jiménez de Parga Maseda, Patricia, *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria. Desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Landa Zapirain, Juan Pablo, «La noción de empleo público en el derecho comunitario europeo: las excepciones a la libre circulación de personas contenidas en los art. 48.4 y 55.1 TCE», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 147, 1997, pág. 75-87.
- Llimona Balcells, Joaquim, «Els llocs de treball en l'Administració pública com a excepció a la lliure circulació de treballadors», *Integració Europea. Revista del Patronat Català Pro Europa*, núm. 1, 1988, pág. 56-57.
- López Garrido, Diego, «El acceso a la función pública en la Europa de los doce», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 35, 1993, pág. 137-166.
- Mancini, G. Federico, *La circulación de los trabajadores por cuenta ajena en la jurisprudencia comunitaria*, Colección Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos, Universidad de Granada, Granada, 1990.
- Millán Moro, Lucía, «Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE», *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-9, pág. 135-188.
- Monereo Pérez, José, y Vida Soria, José L., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, Madrid, 1991.
- O'Keeffe, David, «Judicial interpretation of the public service exception to the free movement of workers», en Curtin, Deirdre, y O'Keeffe, David, *Constitutional adjudications in European Community and national law. Essays for the Ho. Mr. Justice T. F. O'Higgins*. Butterworth, Dublín, 1992, pág. 89-106.
- Olesti Rayo, Andreu, *La libre circulación de los profesionales liberales en la CEE*, PPU, Barcelona, 1992.
- Palomar Olmeda, Alberto, «La noción comunitaria de empleo público y sus consecuencias en el ordenamiento interno», *Noticias/CEE*, núm. 95, 1992, pág. 101-106.
- Pertek, Jacques, «Reconnaissance des diplômes et ouverture des emplois publics aux ressortissants communautaires», *L'Actualité juridique - Droit administratif*, núm. 10, 1991, pág. 680-689.
- Sánchez Morón, Miguel, *Derecho de la función pública*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.

- Sciortino, Antonella, «Qualche osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nel ordinamento comunitario (art. 48, par. 4 Trattato CEE)», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 2, 1994, pág. 389-407.
- Traina, Duccio M., «Libertà di circolazione nella Comunità Economica Europea e pubblico impiego in Italia», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 2, 1991, pág. 327-377.
- Ziller, Jacques, *Egalité et mérite. L'accès à la fonction publique dans les états de la Communauté Européenne*, Instituto Europeo de Administración Pública, Bruylant, Bruselas, 1988.

### *Sentencias del TJCE*

- STJCE de 17 de octubre de 1970, asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Recopilación* 1970, pág. 1125 y ss.
- STJCE de 12 de octubre de 1974, asunto 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, *Recopilación* 1974, pág. 153 y ss.
- STJCE de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica*, *Recopilación* 1980, pág. 3881 y ss.
- STJCE de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79, *Comisión c. Bélgica*, *Recopilación* 1982, pág. 1845 y ss.
- STJCE de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, *Comisión c. Francia*, *Recopilación* 1986, pág. 1725 y ss.
- STJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, *Recopilación* 1986, pág. 2121 y ss.
- STJCE de 16 de junio de 1987, asunto 225/85, *Comisión c. Italia*, *Recopilación* 1987, pág. 2625 y ss.
- STJCE de 30 de mayo de 1989, asunto 33/88, *Pilar Allué y Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi di Venezia*, *Recopilación* 1989, pág. 1591 y ss.
- STJCE de 27 de noviembre de 1991, asunto C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale*, *Recopilación* 1991, pág. 5627 y ss.
- STJCE de 28 de noviembre de 1989, asunto C-379/87, *Anita Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Education Committee*, *Recopilación* 1989, pág. 3967 y ss.
- STJCE de 20 de octubre de 1993, asunto C-272/92, *Maria Chiara Spotti c. Freistaad Bayern*, *Recopilación* 1993, pág. 5185 y ss.
- STJCE de 2 de agosto de 1993, asuntos C-259/91, C-331/91 y 332/91, *Allué e. a. c. Università degli Studi di Venezia y Università degli Studi di Parma*, *Recopilación* 1993, pág. 4309 y ss.
- STJCE de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari y Cinzia Porcedda*, *Recopilación* 1994, pág. 505 y ss.
- STJCE de 2 de julio de 1996, asunto C-473/93, *Comisión c. Luxemburgo*, *Recopilación* 1996, pág. 3207 y ss.
- STJCE de 2 de julio de 1996, asunto C-173/94, *Comisión c. Bélgica*, *Recopilación* 1996, pág. 3265 y ss.
- STJCE de 2 de julio de 1996, asunto C-290/94, *Comisión c. Grecia*, *Recopilación* 1996, pág. 3285 y ss.

