

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD Y EL ACCESO A LOS EMPLEOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Dña. M^a Eugenia Cuesta Casado

SUMARIO: [I.- PLANTEAMIENTO INICIAL](#); [II.-EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD](#); [2.1.- La determinación de la condición de nacional de un Estado miembro](#); [2.2.- Formulación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en el Derecho comunitario](#); [2.3.- La labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas](#); [III.-EL ACCESO A LOS EMPLEOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD](#); [3.1.- La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y el principio de la libre circulación de los trabajadores](#); [3.2.- La excepción a la libre circulación del artículo 39.4 del TCE](#); [3.3.- Interpretación jurisprudencial de la excepción](#); [3.3.1.- Consideraciones previas](#); [3.3.2.- El concepto de empleo público de acuerdo con el TJCE](#); [3.3.3.- Algunos ejemplos concretos de empleos que no pueden acogerse a la excepción del artículo 39.4 del TCE](#); [IV.-CONSIDERACIONES FINALES. – BIBLIOGRAFÍA; - JURISPRUDENCIA DEL TJCE.](#)

I.- PLANTEAMIENTO INICIAL

La prohibición de cualquier discriminación que traiga su causa en la nacionalidad es uno de los puntos de referencia fundamentales dentro del Derecho Comunitario. En efecto, la propia existencia de las Comunidades Europeas tal y como hoy las percibimos no sería posible si los Tratados no hubiesen previsto la garantía de unas mismas condiciones en el ejercicio de los derechos y libertades que los mismos reconocen, o si el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) no se hubiese encargado de asegurar su observancia a través de su labor interpretativa.

Debemos tener presente que este principio sobre el que recientemente se ha constituido la *ciudadanía de la Unión* como un nuevo estatus o categoría jurídica, no es sino expresión de un principio más general, el principio de no discriminación, el cual a la vez constituye una expresión directa del principio de igualdad de trato y de oportunidades. En el ámbito comunitario, ha sido el TJCE quien partiendo de la base del antiguo artículo 7 del Tratado de la

Comunidad Económica Europea¹, que sólo proscribió la discriminación por razón de nacionalidad, ha acuñado este principio general de no discriminación. De este modo, el Tribunal comunitario ha sobrepasado esta sencilla formulación, ampliando jurisprudencialmente la relación de las posibles razones de trato desigual a otras como la opinión, raza o religión². Así, en esta materia el juez ha adelantado al legislador comunitario, quien finalmente ha reconocido la necesidad de introducir un nueva provisión artículo 13 (ex 6 A) en la que autoriza al Consejo a adoptar las acciones que estime adecuadas para luchar contra la discriminación “por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Pero, volviendo al principio de no discriminación fundada en la nacionalidad, no es éste un principio de carácter absoluto, como posteriormente se tendrá ocasión de comprobar. Así, el propio Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) de 25 de marzo de 1957 ya prevé, como límites al mismo, razones justificadas de orden público, seguridad o salud públicas que, inevitablemente, siempre habrán de ser interpretadas de forma restrictiva. Por otra parte, en cuanto a la libre circulación de los trabajadores, el propio Tratado excluye del ámbito de aplicación del principio el acceso a los empleos en la Administración pública.

Todo lo anterior conduce a lo que será el objeto del presente estudio, es decir el acceso a los empleos en la Administración pública nacional como excepción al principio de no discriminación por razón de nacionalidad. En este punto, es necesario precisar que con la expresión Administración pública nacional queremos incluir a todas y cada una de las Administraciones públicas existentes en un país, no sólo a la estatal.

El estudio comenzará con un análisis del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, para lo cual se deberá delimitar la propia noción de nacional de un Estado miembro, pasando a continuación a abordar las principales manifestaciones del principio tanto en el Derecho comunitario como en la interpretación del TJCE. Seguidamente, se examinará la libre circulación de los trabajadores, puesto que es el ámbito en el que se insertan los empleos en la Administración pública en cuanto excepción o límite a esta libertad comunitaria fundamental. Servirá además como paso previo al análisis de estos empleos en los que la nacionalidad del Estado miembro constituye un requisito de acceso, análisis que se efectuará

¹ Tratado de la Comunidad Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, recientemente reformado por el Tratado de Amsterdam, en vigor desde el 1 de mayo de 1999 (Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, publicado en el BOE nº 109 de 7 de mayo de 1999, p. 17146 – 17202). A partir del Tratado de Maastricht el antiguo artículo 7 se transforma en el artículo 6 y con la reforma operada por el Tratado de Amsterdam se convierte en el nuevo artículo 12. En lo sucesivo, utilizaremos la nueva numeración indicando la antigua entre paréntesis.

² Vid. ROBLES MORCHÓN, G., Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea, Madrid, Ceura, 1988, p. 139.

tanto desde el punto de vista de su escueta regulación legal como, sobre todo, de la valiosísima jurisprudencia del Tribunal comunitario en esta materia.

II.-EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

2.1.- La determinación de la condición de nacional de un Estado miembro.

El Tratado de la Unión Europea (TUE) de 7 de febrero de 1992 introduce en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) un nuevo artículo 17 (ex 8) que en su apartado primero declara "Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro". No obstante, lo que no señala el artículo 17 (ex 8) ni ningún otro a lo largo del Tratado, es a quiénes debemos entender incluidos dentro de la categoría *nacional de un Estado miembro*.

A este respecto, la situación parece clarificarse mediante la *Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro*, adoptada por los Estados miembros en la Conferencia Intergubernamental de 1992, según la cual, cuando en el TCE se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Asimismo, se prevé que los Estados miembros puedan declarar, tan sólo a efectos informativos, quiénes deberán considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración que puede modificarse posteriormente en caso necesario.

Lo que es indiscutible es que, en la medida en que la nacionalidad se convierte en condición para el ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados, esta competencia de los Estados miembros no puede ser totalmente discrecional sino que deberá ejercerse respetando el Derecho comunitario, de lo cual se asegurará el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tal es así que, concretamente en el asunto conocido como *Micheletti*³, ante un supuesto de doble nacionalidad en que el demandante es nacional de un Estado miembro y de un Estado tercero, el Tribunal ha determinado que no corresponde a la legislación de un Estado miembro limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad de otro Estado miembro, exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales previstas en el Tratado.

2.2.- Formulación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en el Derecho comunitario.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea establece hoy en su **artículo 12** (ex 6) que, en el ámbito de aplicación de este Tratado y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, "se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad". Además, se autoriza al Consejo para que, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 (ex

189C), es decir, a través del procedimiento de cooperación con el Parlamento Europeo, pueda establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.

Pero no es esta la única alusión que realiza el Tratado de Roma al principio que ahora analizamos. Así, es posible encontrar numerosas referencias al mismo sobre todo en relación con las libertades comunitarias fundamentales, tales como la libre circulación de trabajadores del **artículo 39** (ex 48) o el derecho de establecimiento del **artículo 43** (ex 52), en las que no nos detenemos ahora porque serán examinadas posteriormente con mayor detalle.

Otras manifestaciones son las contenidas en el párrafo tercero del **artículo 50** (ex 60) del TCE, que en materia de libre prestación de servicios indica que el prestador podrá ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación “en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales”. Igualmente, en relación con la Política Común de Transportes (PCT) los **artículos 72 y 75** (ex 76 y 79 respectivamente) prohíben a los Estados miembros que las disposiciones reguladoras de este sector produzcan efectos que, “directa o indirectamente desfavorezcan” a los transportistas de los demás Estados miembros con respecto a los nacionales.

Para finalizar este breve recorrido por los preceptos más significativos del TCE relativos a la no discriminación basada en la nacionalidad, cabría mencionar las disposiciones del Tratado en materia de fiscalidad. En concreto, en el **artículo 90** (ex 95) prohíbe la imposición de tributos internos directos o indirectos a los productos procedentes de otros Estados miembros, en la medida en que sean superiores a los que graven los productos nacionales similares. Sin duda, en esta regulación el objetivo pretendido es el de asegurar la libre circulación de mercancías en el espacio comunitario en condiciones normales de competencia.

Pero no solamente en el Derecho originario encontramos disposiciones relativas a este principio. Por el contrario, en el Derecho derivado, esto es, el emanado de las Instituciones comunitarias y que encuentra su fundamento, alcance y límites en el Derecho originario, es posible hallar multitud de alusiones al mismo. Así, baste citar ahora a modo de ejemplo entre la normativa que ha recogido este principio las **Directivas 90/364, 90/365 y 93/96** del Consejo, sobre residencia de personas no activas, jubilados y estudiantes, respectivamente⁴. Pero sin duda, de estas disposiciones de Derecho derivado, las que más nos van a interesar son las relativas a la libre circulación de los trabajadores, cuyo examen abordaremos posteriormente junto al análisis de esta libertad fundamental.

2.3.- La labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

³ Vid. TJCE, sentencia de 7 de julio de 1992, Mario Vicente Micheletti y otros c. Delegación del Gobierno en Cantabria, as. 369/90, rec. 1992, p. 4239 y ss.

⁴ Vid. Directivas nº 90/364/CE y 90/365/CE del Consejo de 28 de junio de 1990, publicadas en el DOCE L 180 de 13 de julio de 1990 y Directiva nº 93/96/CE de 29 de octubre de 1993, publicada en el DOCE L 317 de 18 de diciembre de 1993.

La tarea interpretativa del TJCE entorno al tema de la no discriminación por razón de nacionalidad ha sido inmensa y continúa siéndolo en nuestros días. Así, ha sido este Tribunal quien ha determinado cuál es el alcance de su contenido, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 12 (ex 6) del TCE que, como antes se señaló, constituye la declaración general de este principio. Según su interpretación, este precepto prohíbe todas las formas de discriminación directas o indirectas entre los nacionales de los Estados miembros⁵.

Es decir, quedan prohibidas no sólo las discriminaciones ostensibles fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas que conduzcan de hecho al mismo resultado a través de la utilización de otros criterios de distinción, como ocurría en el asunto denominado *Sotgiu* en el que una regulación nacional alemana otorgaba unos efectos diferentes según se tuviese el domicilio fijado sobre el territorio nacional o en el de otro Estado miembro, siendo en este último caso menos favorables⁶. De forma indirecta se estaba discriminando a los trabajadores no alemanes a través del criterio del domicilio extranjero.

El principio de no discriminación queda entendido como una regla de trato igual a los iguales y desigual a los desiguales que quedaría vulnerada tanto por actuar de forma diferente ante dos situaciones idénticas como por tratar dos supuestos diferentes de igual manera. En definitiva, el propio Tribunal afirma que las disposiciones del Tratado que consagran específicamente prohibiciones de discriminación no son sino el reflejo de un principio general que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario, que exige que situaciones semejantes no sean tratadas de modo diferente, a menos que la diferencia esté objetivamente justificada.

Del mismo modo, ha declarado que estas disposiciones ostentan efecto directo vertical y horizontal, pudiendo ser invocadas tanto frente a las Instituciones comunitarias y los propios Estados miembros, como contra los particulares -personas físicas y jurídicas-, prohibiéndoles aplicar en el ámbito de la ejecución de sus obligaciones comunitarias, criterios de distinción determinados con el propósito de someter a los nacionales de otros Estados miembros a un trato diferente.

De todo lo anterior se deduce que la protección que otorga este principio sólo es efectiva cuando la discriminación guarde alguna relación con el Derecho comunitario. En consecuencia, un particular no podrá invocar el artículo 12 (ex 6) del TCE frente a su propio Estado ante una situación de trato desigual puramente interna. Así lo ha manifestado el TJCE en diversas ocasiones, como cuando en el caso *Marshall*⁷ afirmó que una ley británica que establecía una discriminación entre los pescadores que faenaban con base en puertos escoceses y los demás

⁵ Vid TJCE, sentencia de 16 de febrero de 1978, Comisión c. Irlanda, as. 61/77, rec. 1978, p. 417 y ss.

⁶ Vid TJCE, sentencia de 12 de febrero de 1974, Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost, as. 152/73, rec. 1974, p. 153 y ss.

⁷ Vid. TJCE, sentencia de 13 de noviembre de 1990, Procurator Fiscal c. Andrew Marshall, as. 370/88, rec. 1990, p. 4071 y ss.

pescadores británicos no podía considerarse contraria al Tratado. El Tribunal argumentó que, en este caso, no queda vulnerado el principio de no discriminación por razón de nacionalidad porque éste no obliga a los Estados miembros a tratar a sus propios nacionales de manera idéntica.

Como antes se apuntó, el principio de no discriminación despliega sus efectos según el artículo 12 (ex 6) del TCE “en el ámbito de aplicación del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo”. Mediante esta expresión, el artículo 12 (ex 6) remite a las demás disposiciones del Tratado en las que este principio general se concreta en situaciones específicas como la libre circulación de los trabajadores, el derecho de establecimiento o la libre prestación de servicios, entre otros.

Brevemente, se podrían enunciar dos supuestos en los que, en ámbitos completamente diferentes, el TJCE ha interpretado el principio partiendo de la misma premisa: no se puede admitir la exigencia de requisitos desiguales ante dos situaciones idénticas sólo por la diferente nacionalidad de los sujetos que las protagonizan.

Así, resulta muy interesante el pronunciamiento del Tribunal en materia de libre prestación de servicios en el caso *Cowan*⁸, en el que un turista británico atacado en el metro de París solicita a la Administración francesa una indemnización prevista en la ley penal de este país, pero se la deniegan al no reunir los requisitos de nacionalidad, permiso de residencia o acuerdo de reciprocidad con Gran Bretaña que exigía la normativa francesa.

El Tribunal declaró que la libre prestación de servicios incluye la libertad de desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse en él de un servicio y que los turistas deben ser considerados como destinatarios de servicios. Por lo tanto, si el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de viajar a otro Estado miembro, la protección de esa persona debe garantizarse en pie de igualdad con la otorgada a los nacionales de este Estado. Por otra parte, el Tribunal declara que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad se opone a que un Estado miembro subordine la concesión de un derecho a un nacional de otro Estado miembro, al requisito de residir en dicho territorio cuando dicho requisito no se impone a los nacionales.

Del mismo modo, en materia procesal viene siendo bastante frecuente por parte de los Estados miembros la exigencia de una *cautio iudicatum solvi*, o garantía para litigar, a los nacionales extranjeros que intervienen en un proceso. En el caso *Saldanha*⁹ el demandante, a la vez nacional británico y estadounidense, tenía su domicilio en Florida y había entablado un juicio en Austria. La legislación de este país le obligaba a prestar caución al no tener bienes ni domicilio

⁸ Vid. TJCE, sentencia de 2 de febrero de 1989, *Ian William Cowan c. Trésor Public*, as. 186/87, rec. 1989, p. 195 y ss.

en este Estado. Pues bien, el Tribunal finalmente resuelve que la disposición que establece tal obligación constituye manifiestamente una discriminación directa al no imponer la misma exigencia a los propios nacionales austriacos que carecen en Austria de patrimonio y domicilio.

⁹ Vid. TJCE, sentencia de 2 de octubre de 1997, Stephen Austin Saldanha y MTS Securities Corporation c. Hiross Holding AG, as. 122/96, rec. 1997.

III.-EL ACCESO A LOS EMPLEOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

3.1.- La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y el principio de la libre circulación de los trabajadores.

El **artículo 39** (ex 48) del TCE establece en su apartado segundo que “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 las demás condiciones de trabajo”.

La generalidad con la que el legislador comunitario ha establecido estos ámbitos en los que no se permite la discriminación, es decir “el empleo, la retribución” y, sobre todo, “las demás condiciones de trabajo”, ha permitido al TJCE interpretar de una manera muy amplia este artículo, lo que en definitiva no ha hecho sino beneficiar a los trabajadores que se desplazan a otro Estado miembro para desempeñar en él un empleo por cuenta ajena. Así, la igualdad de trato va a venir referida no sólo al acceso al empleo y a su posterior ejercicio, sino también en cuanto al derecho a ser beneficiario de becas, ayudas al estudio, indemnizaciones por destino en un lugar de trabajo diferente del de residencia, ayudas para la adquisición de vivienda, entre otros muchos supuestos que la casuística del Tribunal ha ido perfilando con el tiempo.

Como anteriormente avanzábamos, también el Derecho derivado se ha ocupado con asiduidad de este tema. Así, sin ánimo exhaustivo, se puede citar el **Reglamento 1251/70** de la Comisión, que viene a establecer que las personas a quienes se aplica el derecho de permanecer en el territorio de un Estado miembro tras haber desempeñado un trabajo en él, tienen que beneficiarse de la igualdad de trato con los trabajadores nacionales que han finalizado su actividad profesional¹⁰.

La norma más importante en este ámbito ha sido el **Reglamento 1612/68** del Consejo, sobre libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad¹¹, que establece que los trabajadores nacionales de los Estados miembros no podrán ser tratados de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las

¹⁰ Vid. Reglamento (CEE) n° 1251/70 de la Comisión de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, publicado en el DOCE L 142 de 30 de junio de 1970.

¹¹ Vid. Reglamento (CEE) n°1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, publicado en el DOCE L 257 de 19 de octubre de 1968.

condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o reemplazo y que, además, se beneficiarán de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales, así como del derecho de afiliación sindical y del ejercicio de los derechos sindicales.

Pero este principio de no discriminación por razón de nacionalidad no sólo va a beneficiar al propio trabajador comunitario, sino que también afecta a su familia. Como ejemplo, se podría citar el caso *Casagrande*¹², en el que un italiano, hijo de un trabajador emigrante en Alemania, solicita en este país unas becas previstas por la ley bávara para los estudiantes que acreditasen determinados requisitos económicos, resultando su solicitud desestimada por no ser alemán, apátrida o extranjero que gozase de asilo político. El Tribunal declaró en este caso la existencia de una discriminación en materia de beneficios sociales basada en la nacionalidad, afirmando que los hijos de un nacional de un Estado miembro que es o ha sido empleado en otro Estado miembro debe ser admitido en los cursos de enseñanza en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida.

Es preciso señalar que, pese a todo, existen ciertos límites a la libre circulación de los trabajadores que el propio **artículo 39** (ex 48) del TCE establece en su apartado tercero. Estos son el orden público, la seguridad y la salud públicas. Lo que debe quedar claro es que a la luz de la jurisprudencia del TJCE, que en esta materia ha experimentado una considerable evolución, estas limitaciones que los Estados miembros pueden imponer deben ser interpretadas en todo caso restrictivamente, justo al contrario que el principio de no discriminación. De esta forma, el Tribunal ha venido afirmando que el recurso por una autoridad nacional a la noción de orden público supone la existencia de una amenaza real y suficientemente grave, que afecte a un interés fundamental de la sociedad¹³. Se excluye así la posibilidad de adoptar medidas que tengan

¹² Vid. TJCE, sentencia de 3 de julio de 1974, Donato Casagrande c. Landeshauptstadt München, as. 9/74, rec. 1974, p. 773 y ss.

¹³ Vid. TJCE, sentencia de 27 de octubre de 1977, Regina c. Pierre Bouchereau, as. 30/77, rec. 1977, p. 1999 y ss.

como finalidad exclusiva la de disuadir o prevenir riesgos futuros, sin olvidar que no se podrá apreciar que el comportamiento de un ciudadano de otro Estado miembro le hace susceptible de este tipo de medidas, cuando los mismos actos realizados por un nacional no den lugar a la adopción de medidas reales y efectivas para combatirlos¹⁴.

3.2.- La excepción a la libre circulación del artículo 39.4.

Como hemos tenido ocasión de comprobar, el principio de la libre circulación de los trabajadores se sustenta necesariamente sobre el principio de la no discriminación por razón de nacionalidad. También se ha puesto de manifiesto que existen ciertos límites, fundamentalmente el orden público, que permiten a los Estados miembros restringir aquella libertad, pero sin que de ello se pueda derivar un trato discriminatorio para los trabajadores de otros Estados miembros.

El párrafo cuarto del **artículo 39** (ex 48) del TCE que venimos analizando, establece que las disposiciones contenidas en el mismo relativas a la libre circulación de los trabajadores “no serán aplicables a los empleos de la Administración pública”. Quizá lo que encontramos en este precepto, pueda entenderse igualmente como una excepción o como una cláusula de delimitación del ámbito de aplicación material de las normas comunitarias sobre la circulación de los trabajadores.

Una cláusula semejante es la contenida en el **artículo 45** (ex 55) del TCE, que excluye, en este caso, de la libertad de establecimiento, las actividades que estén relacionadas, aunque sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. En los dos supuestos lo que se ha pretendido es reservar a los propios nacionales de cada Estado miembro el desempeño de actividades que se consideran ligadas a las funciones de soberanía del Estado.

En todo caso, los problemas más importantes que suscitan estas disposiciones se encuentran en su escueta formulación así como en su indeterminación. En especial, el

¹⁴ En este sentido, resulta de sumo interés la evolución de la doctrina del Tribunal desde el caso *Van Duyn*, en el que entendió que el hecho de que a los nacionales británicos se les permitiese ejercer una actividad en una secta, mientras dicha actividad se le prohibía a una nacional holandesa por contravenir el orden público británico, era conforme al Derecho comunitario. Vid. TJCE, sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, as. 41/74, rec. 1974, p. 1337 y ss.

artículo 39 (ex 48) no delimita el concepto de empleo en la Administración pública, lo que ha hecho indispensable una interpretación jurisprudencial que aclarase este punto.

3.3.- Interpretación jurisprudencial de la excepción.

3.3.1.- Consideraciones previas.

Lo primero que se debe tener en cuenta en este ámbito es que la excepción o limitación prevista en el párrafo cuarto del artículo 39 (ex 48), no puede ser utilizada por las Administraciones públicas -en cualquiera de sus niveles, local, provincial, regional, estatal o institucional-, para excluir del personal a su servicio a todos los nacionales comunitarios. Es decir, una Administración no puede determinar que todos los empleos ofrecidos por ella quedan automáticamente reservados a los nacionales de ese Estado miembro.

Evidentemente, las Administraciones públicas han venido asumiendo responsabilidades de naturaleza económico-social que no se corresponden con las típicas funciones de las autoridades públicas. En consecuencia, si se extendiese la excepción del artículo 39.4 (ex 48.4) a todas las ocupaciones sometidas a un órgano de naturaleza pública, se sustraerían un número considerable de puestos de trabajo a la aplicación de los principios fundamentales del Tratado. Esta es la posición de la que ha partido el Tribunal comunitario para construir una amplísima jurisprudencia en esta materia.

3.3.2.- El concepto de empleo público de acuerdo con el TJCE.

De acuerdo con el planteamiento anterior, el Tribunal Comunitario ha señalado que la delimitación del *concepto de empleo público* del artículo 39.4 (ex 48.4) no puede dejarse a la discreción de los Estados miembros, haciéndose necesaria, en todo caso, una interpretación estricta para que la excepción “no tenga un alcance que sobrepase la finalidad en aras de la cual se incluyó”.

Es importante subrayar que carecerá de interés a efectos de su consideración como empleo público, el hecho de que el trabajador preste sus servicios como obrero, empleado o funcionario, o incluso si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado, ya que tales calificaciones jurídicas varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho comunitario¹⁵. Como ha señalado el Tribunal en otra ocasión, el acceso a ciertos empleos no puede limitarse por el hecho de que, en un Estado miembro determinado, las personas que los asumen tengan estatuto de

¹⁵ Pronunciamiento recogido en la sentencia dada en el caso Sotgiu, citado en la nota nº 6.

funcionarios¹⁶. Resulta lógico, puesto que hacer depender la aplicación del artículo 39.4 (ex 48.4) de la naturaleza jurídica del vínculo que une al trabajador con la Administración, daría efectivamente a los Estados miembros la posibilidad de determinar a su antojo los empleos cubiertos por la excepción.

El TJCE argumenta en este sentido que, si bien es cierto que el artículo 39.4 (ex 48.4) tiene en cuenta el interés legítimo de los Estados para reservar a sus propios nacionales un conjunto de empleos que guardan una relación directa con el ejercicio del poder público y la salvaguarda de los intereses generales, conviene evitar al mismo tiempo que el efecto útil y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros, sean limitados por interpretaciones de las nociones de Administración y empleo públicos extraídos de un solo Derecho nacional y que consigan eludir la aplicación de las reglas comunitarias¹⁷. Por el contrario, ha de conseguirse una interpretación y aplicación conformes en toda la Comunidad.

En definitiva, según una reiterada jurisprudencia del Tribunal, el ámbito de la excepción debe limitarse a los puestos que “implican una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas”.

La razón que sustenta esta excepción reside en que tales empleos suponen la existencia por parte de sus titulares de una relación particular de solidaridad respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y obligaciones que son el fundamento del vínculo de nacionalidad. Conforme a esta definición de carácter funcional aportada por el TJCE, no puede exigirse el requisito de nacionalidad para acceder a los trabajos ofrecidos por las Administraciones públicas que no cumplan estos presupuestos, aplicándose en plenitud en estos casos el principio de la libre circulación de trabajadores.

Pero es que ni siquiera podría exigirse la nacionalidad de un Estado miembro para puestos que inicialmente no reúnan los requisitos del artículo 39.4 (ex 48.4), es decir, que no participen del ejercicio del poder público, pero cuyos titulares puedan verse abocados, como consecuencia de promoción o traslado a ejercer funciones y responsabilidades propias de la Administración pública. Es decir, la posibilidad de que en un futuro, el trabajador ascienda a un puesto que sí suponga una participación en el ejercicio del poder público, no puede servir para no admitirle hoy en un puesto de

¹⁶ Vid. TJCE, sentencia de 3 de junio de 1986, Comisión c. Francia, as. 307/84, rec. 1986, p. 1725 y ss.

¹⁷ Vid. TJCE, sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión c. Bélgica, as. 149/79, rec. 1980, p. 3881 y ss.

grado inferior que no comporta dicha participación, porque en ese caso sí estaríamos ante un supuesto de discriminación por razón de nacionalidad.

Finalmente por lo que respecta a la delimitación de lo que es o no un empleo incluido en la excepción del artículo 39.4 (ex 48.4) del TCE, resultan muy útiles las conclusiones del Abogado General Sr. LÉGER¹⁸ que sugiere al TJCE que lleve a cabo el razonamiento siguiente: le propone analizar la actividad general del sector considerado y sus consecuencias en términos de carga de la prueba, de modo que si la actividad del sector examinado forma parte de las actividades específicas de la Administración, habrá que admitir a priori que la mayor parte de los puestos de trabajo de dicho sector se adaptan al concepto de empleo en la Administración pública y se incluyen en el ámbito del artículo 39.4 (ex 48.4). En consecuencia, incumbirá a la Comisión o al ciudadano comunitario demostrar que no se reúnen los requisitos de la excepción.

Por el contrario, si la actividad del sector se encuentra alejada de las actividades específicas de la Administración, habrá que admitir que la mayor parte de los puestos de trabajo de dicho sector no se incluyen en los criterios de la definición comunitaria y por tanto se les aplicarán los apartados 1 a 3 del artículo 39 (ex 48), incumbiendo a los poderes públicos nacionales demostrar que, respecto a puestos de trabajo determinados, se reúnen efectivamente los requisitos de la excepción.

3.3.3.- Algunos ejemplos concretos de empleos que no pueden acogerse a la excepción del artículo 39.4 del TCE.

El Tribunal Comunitario ha ido delimitando caso por caso a través de sus sentencias, las ocasiones en que un puesto de trabajo podía considerarse como comprensivo de alguna forma de participación en el ejercicio del poder público.

Así, han sido frecuentes los casos en que el Tribunal se ha pronunciado en relación con los empleos en la enseñanza. En el asunto conocido como Allué¹⁹, declaró que la actividad consistente en dispensar cursos de lenguas no podía clasificarse entre las actividades específicas de la soberanía que pueden justificar una limitación a la libre circulación y, en concreto respecto del caso Allué, determinó que el empleo de lector de lengua extranjera en una Universidad no es un empleo en una Administración pública.

¹⁸ Vid. Conclusiones del Abogado General Sr. Léger recogidas junto a la sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión c. Luxemburgo, as. 473/93, rec. 1996, p. 3207 y ss, esp. 3229 y ss.

¹⁹ Vid. TJCE, sentencia de 30 de mayo de 1989, Pilar Allué y Carmel Coonan c. Università degli studi di Venezia, as. 33/88, rec. 1989, p. 1591 y ss. Asimismo en la sentencia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg, as. 66/85, rec. 1986, p. 2121 y ss.

Asimismo, ha sido fundamental la intervención de la Comisión que, sobre todo a partir del año 1988, ha emprendido una acción sistemática en este ámbito²⁰ al comprobar que en varios Estados miembros, gran número de puestos de trabajo que se consideraban integrados en la función pública, no tenían en realidad ninguna relación con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses del Estado. La actuación de la Comisión ha seguido generalmente los siguientes pasos tras constatar estos hechos: comunica al Gobierno de dichos Estados miembros que la exigencia del requisito de nacionalidad en esos empleos vulnera el artículo 39 (ex 48) del TCE y, ante la respuesta evasiva, insuficiente o poco convincente de aquéllos, introduce un recurso por incumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado ante el TJCE. Es entonces cuando el Tribunal comunitario tiene ocasión de pronunciarse sobre dichos puestos de trabajo.

El 2 de julio de 1996 dictó tres sentencias muy interesantes en esta materia en las que vino a dar la razón a la Comisión en los recursos que ésta había presentado frente a Luxemburgo, Bélgica y Grecia. En el caso de *Luxemburgo*²¹, el TJCE declaró que este Estado incumplía el Derecho comunitario al exigir la nacionalidad luxemburguesa para el acceso a la mayoría de los puestos en los sectores públicos de la enseñanza pública, investigación, salud, transportes terrestres y correos y telecomunicaciones y en los servicios de distribución de agua, gas y electricidad, mientras estos puestos no cumplían los requisitos de la definición de empleo en la Administración pública. Luxemburgo alegaba razones demográficas y la necesidad de salvaguardar su identidad nacional, pero el Tribunal no las consideró razones suficientes para reservar esos empleos a los nacionales luxemburgueses en detrimento del resto de los comunitarios.

En términos semejantes, en la sentencia de *Grecia*²² declararían el incumplimiento de este Estado referido en este caso a puestos en las actividades de distribución de agua, gas y electricidad, en los servicios operativos de salud pública, los transportes marítimos y aéreos, ferrocarriles, transportes públicos urbanos y regionales, investigación civil y correos, telecomunicaciones y radiotelevisión, así como en las orquestas municipales y en la ópera de Atenas Ethniki Lyriki Skini.

²⁰ La Comisión toma como base para el desarrollo de esta acción la Comunicación 88/C72/02 titulada "La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros: la acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE", publicado en el DOCE C 72 de 1988.

²¹ Sentencia citada en nota nº 18.

²² Vid. TJCE, sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión c. Grecia, as. 290/94, rec. 1996, p. 3285 y ss.

Finalmente, por lo que respecta al caso de *Bélgica*²³, la controversia se limitó a los empleos en los servicios de distribución de agua, gas y electricidad reservados por la ley de este país a los ciudadanos belgas y como en los supuestos anteriores se condena a este Estado a abrir los sectores litigiosos a los ciudadanos del resto de los países miembros.

IV.- CONSIDERACIONES FINALES

El principio de no discriminación por razón de nacionalidad ha sido el germen de la existencia en el Derecho comunitario europeo de un verdadero principio de igualdad de trato de aplicación general. Como hemos tenido ocasión de comprobar, ha sido la jurisprudencia del TJCE la que ha ido aplicando e interpretando el principio de forma extensiva a todos los ámbitos posibles.

Así, como resultado, se puede apreciar una interesante evolución que comenzaría en 1957 con la plasmación del principio en el TCE, hasta 1992 en que el Tratado de la Unión Europea introduce el *Estatuto de la ciudadanía de la Unión*, fundamentado sobre el reconocimiento de unos derechos y deberes comunes a los ciudadanos europeos. Es por esta razón por lo que, en opinión de muchos, la idea de nacional de un Estado miembro ha quedado superada por la noción de *nacional comunitario*.

Sin embargo, en todos los Estados miembros siguen existiendo ámbitos vedados a los ciudadanos del resto de la Comunidad y el ejemplo de los empleos en la Administración pública es uno de los más significativos. Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este estudio, la libertad de circulación de los trabajadores se sustenta necesariamente en la abolición de todas las discriminaciones basadas en la nacionalidad, tanto porque así lo dice la norma escrita, como porque la jurisprudencia del TJCE lo ha interpretado de esta manera.

Pero tanto una como otra admiten que los Estados miembros reserven a sus propios nacionales determinados empleos en la Administración pública, en cuanto impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas. La interpretación de la cláusula de exclusión del artículo 39.4 (ex 48.4) debe ser muy restrictiva por constituir una excepción a la libre circulación de trabajadores y al principio de igualdad de trato entre los nacionales comunitarios.

Lo que está claro es que no todos los empleos en la Administración pública participan del ejercicio del poder público y de dichas funciones. No obstante, los Estados vienen exigiendo el requisito de la nacionalidad de forma general en todos ellos y no están

²³ Vid. TJCE, sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión c. Bélgica, as. 173/94, rec. 1996.

cambiando sus legislaciones voluntariamente, sino únicamente como consecuencia de las sentencias dictadas por el Tribunal comunitario en las que declara su incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 39 (ex 48), lo cual no deja de ser paradójico en una Unión Europea que ha llegado ya a la creación de una ciudadanía comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA:

- Derecho Comunitario Europeo. Tratados y otros textos anotados. Jurisprudencia básica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- CRAIG, P. y DE BÚRCA, G., EU Law. Text, Cases and Materials, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- DÍEZ-MORENO, F., Manual de Derecho de la Unión Europea, Madrid, Cívitas, 1996.
- LÓPEZ GARRIDO, D., Derecho Comunitario Europeo. Libertades económicas y Derechos Fundamentales, Madrid, Tecnos, 1986.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- O'KEEFFE, D., "Judicial Interpretation of the Public Service Exception to the Free Movement of Workers" en CURTIN, D. y O'KEEFFE, D. (ed.), Constitutional Adjudication in European Community and National Law, Butterworths, Ireland, 1992.
- ORTÚZAR ANDÉCHAGA, L., Aplicación judicial del Derecho comunitario, Madrid, Trivium, 1992.
- RASMUSSEN, H., La Constitución de la Comunidad Económica Europea, Madrid, Trivium, 1990.
- ROBLES MORCHÓN, G., Elementos de Derecho Comunitario, Madrid, MAPFRE, 1996.
- ROBLES MORCHÓN, G., Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea, Madrid, Ceura, 1988.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (Coords.), El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial, Madrid, Cívitas, 1993.
- SCHERMERS, H.G. y WAELBROEK, D., Judicial protection in the European Communities, Deventer, Kluwer, 1992.

JURISPRUDENCIA DEL TJCE:

- TJCE, sentencia de 12 de febrero de 1974, Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost, as. 152/73, rec. 1974, p. 153 y ss.

- TJCE, sentencia de 3 de julio de 1974, Donato Casagrande c. Landeshauptstadt München, as. 9/74, rec. 1974, p. 773 y ss.
- TJCE, sentencia de 4 de diciembre de 1974, Yvonne van Duyn c. Home Office, as. 41/74, rec. 1974, p. 1337 y ss.
- TJCE, sentencia de 27 de octubre de 1977, Regina c. Pierre Bouchereau, as. 30/77, rec. 1977, p. 1999 y ss.
- TJCE, sentencia de 16 de febrero de 1978, Comisión c. Irlanda, as. 61/77, rec. 1978, p. 417 y ss.
- TJCE, sentencia de 7 de febrero de 1979, J. Knoors c. Secretario de Estado para Asuntos Económicos, as. 115/78, rec. 1979, p. 399 y ss.
- TJCE, sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión c. Bélgica, as. 149/79, rec. 1980, p. 3881 y ss.
- TJCE, sentencia de 3 de junio de 1986, Comisión c. Francia, as. 307/84, rec. 1986, p. 1725 y ss.
- TJCE, sentencia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg, as. 66/85, rec. 1986, p. 2121 y ss.
- TJCE, sentencia de 2 de febrero de 1989, Ian William Cowan c. Trésor Public, as. 186/87, rec. 1989, p. 195 y ss.
- TJCE, sentencia de 30 de mayo de 1989, Pilar Allué y Carmel Coonan c. Università degli studi di Venezia, as. 33/88, rec. 1989, p. 1591 y ss.
- TJCE, sentencia de 13 de noviembre de 1990, Procurator Fiscal c. Andrew Marshall, as. 370/88, rec. 1990, p. 4071 y ss.
- TJCE, sentencia de 7 de julio de 1992, Mario Vicente Micheletti y otros c. Delegación del Gobierno en Cantabria, as. 369/90, rec. 1992, p. 4239 y ss.
- TJCE, sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión c. Bélgica, as. 173/94, rec. 1996.
- TJCE, sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión c. Luxemburgo, as. 473/93, rec. 1996, p. 3207 y ss, esp. 3229 y ss.
- TJCE, sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión c. Grecia, as. 290/94, rec. 1996, p. 3285 y ss.
- TJCE, sentencia de 2 de octubre de 1997, Stephen Austin Saldanha y MTS Securities Corporation c. Hiross Holding AG, as. 122/96, rec. 1997.