

L'ACCÉS A LES FUNCIONS PÚBLIQUES NACIONALS PER PART DELS CIUTADANS DE LA UNIÓ EUROPEA

Elvira Fernández Lozano

Professora ajudant de dret administratiu
de la Universitat Pompeu Fabra¹

Sumari:

1. Els llocs de treball a l'Administració pública com a excepció a la lliure circulació de treballadors en el TCE. El punt de vista de les institucions comunitàries.
 - 1.1. L'excepció de l'article 39.4 (antic article 48.4).
 - 1.2. Primera aproximació a la interpretació de l'excepció: la Resolució del Parlament Europeu de 17 de gener de 1972.
 - 1.3. La jurisprudència del TJCE sobre l'article 39.4.
 - 1.4. La Comunicació de la Comissió de 18 de març de 1988.
 2. L'impacte de l'article 39.4 TCE en l'ordenament jurídic espanyol. Referència als models d'altres estats membres de la Unió Europea.
 - 2.1. El marc constitucional.
 - 2.2. La legislació en matèria de funció pública abans de la Llei 17/1993.
 - 2.3. Les opcions de reforma existents per obrir la funció pública espanyola als nacionals d'altres estats membres de la Unió Europea.
 - 2.4. La Llei 17/1993, sobre l'accés a determinats sectors de la funció pública dels nacionals de la resta d'estats membres de la Unió Europea, i el seu desplegament.
 - 2.5. Els models d'obertura de la funció pública en l'ordenament jurídic d'altres estats membres de la Unió Europea.
- Conclusions.
Addenda.
Bibliografia.

La lliure circulació de treballadors prevista pel Tractat de la Comunitat Europea (TCE) es veu limitada per la previsió de l'article 39.4 TCE (antic article 48.4),² segons la qual queden exclosos d'aquesta llibertat els llocs de treball a l'Administració pública. Aquest estudi se centrarà en l'anàlisi d'aquest article 39.4 TCE, en el seu abast com a excepció a la lliure circulació de treballadors a la Unió Europea (apartat 1), i en l'impacte que aquesta norma ha tingut en l'ordenament jurídic espanyol, és a dir, quins canvis normatius s'han hagut de produir en la legislació de la funció pública espanyola per tal d'adaptar-se a aquesta previsió (apartat 2).

1. Aquest article està extret del treball del mateix títol elaborat amb un ajut a la investigació en matèria d'Administració pública de Catalunya atorgat per l'Escola d'Administració Pública de Catalunya.

2. A partir d'aquest punt s'utilitzarà la nova numeració del text consolidat del TCE després de l'entrada en vigor (l'1 de maig de 1999) del Tractat d'Amsterdam.

1. Els llocs de treball a l'Administració pública com a excepció a la lliure circulació de treballadors en el TCE. El punt de vista de les institucions comunitàries

1.1. *L'excepció de l'article 39.4 TCE (antic article 48.4)*

L'article 39.4 TCE assenyala que les disposicions relatives a la lliure circulació de treballadors no seran d'aplicació als llocs de treball a l'Administració pública. Vol dir això que qualsevol treball en una administració nacional està vetat a un ciutadà comunitari que no tingui la nacionalitat d'aquell estat? En altres paraules, són compatibles amb les previsions del TCE les clàusules de les legislacions internes que exigeixen la nacionalitat com a requisit per accedir a les funcions públiques nacionals? El sentit literal de la redacció de l'article 39.4 podria conduir a donar una resposta afirmativa a aquestes qüestions. Tanmateix, una excepció a la lliure circulació de treballadors s'hauria d'interpretar d'una forma restrictiva; cal considerar, doncs, quin és el veritable esperit de l'excepció per tal de fer una interpretació respectuosa amb els objectius del Tractat.

L'art. 39.4 no especifica quin és el significat de l'expressió «llocs de treball a l'Administració pública», la qual cosa implica la necessitat de determinar el contingut d'aquest concepte per tal de fixar l'abast de l'excepció. Aquesta operació planteja tot un seguit de qüestions i d'alternatives que, com veurem en epígrafs posteriors, s'han posat de manifest al llarg dels anys a través dels pronunciaments de les institucions comunitàries, sobretot de les sentències del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE).

Es planteja amb caràcter previ el problema de si el concepte de llocs de treball a l'Administració pública és un concepte de dret comunitari o de dret intern.³ És fàcil adonar-se que la interpretació en un o altre sentit té conseqüències molt importants. Si es parteix del fet que es tracta d'un concepte de dret intern, cada estat pot donar un abast molt diferent a l'excepció, i es pot arribar a interpretacions restrictives que limitin l'objectiu de la lliure circulació de treballadors previst pel Tractat. Sembla més adequat que les excepcions al dret de lliure circulació siguin interpretades d'una manera uniforme per a tots els estats, és a dir, cal elaborar un concepte de llocs de treball a l'Administració pública que s'adeqüi als objectius del Tractat i que sigui el mateix per a tots els estats.

Una altra qüestió que s'ha plantejat és si la interpretació del concepte ha de ser institucional o funcional. Una interpretació institucional implica identificar els llocs de treball inclosos dins l'excepció de l'art. 39.4 com tots aquells que es donen en el marc d'una Administració pública, independentment de les característiques del lloc de treball concret. En canvi, una interpretació funcional delimitaria els llocs de treball inclosos en l'excepció de l'art 39.4 atenent a les funcions concretes que implica el lloc en qüestió. Com veurem, la interpretació adoptada pel TJCE

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

ha estat la funcional, ja que restringeix l'excepció de l'art. 39.4 a només alguns llocs de treball en l'Administració pública, els que participen de l'exercici del poder públic.

El fet que s'hagin plantejat aquestes dues opcions interpretatives entronca amb la qüestió del propòsit últim de l'excepció. És a dir, quin va ser el motiu pel qual es va introduir un precepte com el 39.4 dins el Tractat i quina interpretació se li ha de donar per tal que no desvirtuï l'objectiu de consecució del mercat interior? Tant la doctrina com la jurisprudència del TJCE s'han referit a les raons per les quals existeix una excepció d'aquestes característiques. Les explicacions donades es troben en la línia de reconèixer que, en determinats casos, està justificat que els estats membres vulguin reservar als seus propis nacionals determinats llocs de treball a l'Administració pública. Les raons que poden motivar decisions d'aquest tipus són, per exemple, la convicció arrelada que el servei públic és una àrea en la qual l'estat fa un exercici important de sobirania, sobretot en determinats sectors, com per exemple la seguretat nacional, o bé quan es tracta de representar el propi estat (cas de la diplomàcia).⁴ Una altra explicació que es pot donar és que la presència d'estrangers al si de les administracions públiques pot constituir un cert «perill d'interferència estrangera», o bé que no parlen la llengua del país, o que, en qualsevol cas, no comprenen la psicologia autòctona.⁵ Finalment, un altra raó important per impedir l'entrada d'estrangers a les funcions públiques nacionals pot ser protegir el sector públic com a mercat de treball reservat als nacionals.⁶

De l'anterior es desprèn, efectivament, que poden donar-se raons que justifiquin la reserva dels llocs de treball a l'Administració pública als nacionals, almenys en alguns casos. Però aquests interessos interns han de conciliar-se amb els objectius del Tractat, és a dir, la lliure circulació de treballadors per aconseguir el mercat interior, raó per la qual s'ha de fer una interpretació restrictiva de l'excepció de l'article 39.4.⁷ En aquest sentit, la interpretació funcional exposada anteriorment és més restrictiva que la institucional o orgànica, ja que limita els llocs de treball a l'Administració pública que queden fora de la lliure circulació de treballadors prevista amb caràcter general a l'art. 39 del Tractat (antic article 48) a aquells el contingut dels quals comporti l'exercici de poder públic.

4. En aquest sentit, *vid.* O'Keeffe (1992), *op. cit.* pàg. 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-desembre, 1990, pàg. 786-787.

6. Opinió donada per l'advocat general Mancini a l'afer 307/84, *Comissió c. França*, *Rec.* 1986, pàg. 1725 i ss.

7. En paraules de Monereo Pérez, José; Vida Soria, José L.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, Madrid, 1991, pàg. 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.»*

1.2. *Primera aproximació a la interpretació de l'excepció: la Resolució del Parlament Europeu de 17 de gener de 1972*

La clàusula de l'article 39.4 TCE va començar a suscitar problemes interpretatius a mitjan dels anys setenta. Concretament, el primer pronunciament del TJCE en la matèria va ser en l'afer *Sotgiu*, el 1974. Però, abans, el Parlament Europeu ja havia emès una Resolució sobre la definició de les nocions d'Administració pública i d'autoritat pública als estats membres i sobre les conseqüències d'aquesta definició per a l'aplicació dels articles 39.4 i 45 (antic article 55) del Tractat.⁸ Aquest pronunciament, malgrat constituir un intent de clarificació dels conceptes assenyalats, en realitat no va ser un gran ajut per definir-los, atesa la seva ambigüïtat.⁹

Així, al punt 5 qualifica com a llocs de treball a l'Administració pública tots aquells que l'estat membre considerat reconeix com a tals respectant l'esperit del Tractat, i al punt 7 diu que l'art. 39.4 pot ser aplicat a qualsevol lloc de treball que l'estat membre consideri que forma part de la seva Administració pública, independentment del contingut de les activitats desenvolupades en el marc d'aquest lloc de treball. Aquestes dues afirmacions contenen una concepció institucional o formal del que cal entendre per llocs de treball a l'Administració pública en el sentit de l'art. 39.4. Un criteri de qualificació d'aquest tipus podria portar a una considerable falta d'uniformitat entre els estats que, en paraules de Millán,¹⁰ difícilment podria ser acceptada per la Comissió o pel Tribunal.

Tanmateix, als punts 8 a 11 el Parlament sembla mantenir una concepció funcional de l'excepció, ja que diu que la finalitat de l'article 39.4 TCE és, essencialment, de permetre als estats membres reservar als seus nacionals l'exercici efectiu de l'autoritat pública, però constata que dins l'Administració pública existeixen molts llocs de treball que no comporten exercici d'aquesta autoritat, per la qual cosa el Parlament desitja, en la mesura que sigui possible, que els estats membres limitin l'aplicació de l'excepció als llocs de treball que impliquin aquest exercici d'autoritat.

Ens trobem, doncs, amb un pronunciament ambigu, que comença per admetre que els estats poden determinar per ells mateixos quins són els llocs de treball que entren dins l'excepció de l'art. 39.4 TCE, independentment del contingut de les activitats realitzades en el marc d'aquest lloc, però després diu que aquesta determinació hauria de tenir en compte només els llocs de treball que impliquin exercici d'autoritat. Sembla que el Parlament no tenia, en el moment de l'adopció de la Resolució que comentem, una posició gaire clara sobre l'abast de l'art. 39.4 TCE:

8. JOCE núm. C 10, de 5.02.1972.

9. En efecte, com ha assenyalat la doctrina, la Resolució comença donant una interpretació institucional de l'excepció de l'art. 39.4, però després en dona una de funcional. Sobre aquesta Resolució *vid.* Millán Moro, Lucía: «Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE», *Gaceta Jurídica de la CEE*, D-9, pàg. 135 a 188, pàg. 181-182.; Druésne, 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, pàg. 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, pàg. 56-57.

10. (1988), *op. cit.*, pàg. 182.

per una banda no veu la possibilitat d'imposar una obligació jurídica als estats, obligant-los a obrir les seves funcions públiques als no nacionals, però, per altra banda, demana la seva col·laboració perquè limitin l'excepció als llocs de treball que impliquin exercici d'autoritat. Deixa, doncs, en mans dels estats la determinació de l'abast de la revisió del Tractat, però partint d'una interpretació literal d'aquesta que el porta a una concepció institucional o orgànica.

En definitiva, cal dir que la Resolució del Parlament del 1972 no va servir per aclarir quin era l'abast de l'article 39.4 TCE o, si més no, no es tractava d'un pronunciament prou clar com per portar als estats a fer una interpretació restrictiva de l'excepció a la lliure circulació de treballadors a la Comunitat. Els condicionants de tipus polític i econòmic interns als quals ens hem referit *supra* tenien —i continuen tenint— un pes prou important com perquè la tendència interpretativa dels estats membres sigui proteccionista.

1.3. *La jurisprudència del TJCE sobre l'article 39.4 TCE*

Des del 1974, any del seu primer pronunciament sobre la qüestió que tractem, i fins l'actualitat, el Tribunal ha dictat nombroses sentències en relació amb l'excepció dels llocs de treball a la funció pública que han servit per fixar quina és la interpretació correcta, a la llum del TCE, de l'article 39.4.¹¹ D'aquesta jurisprudència podem extreure diferents idees generals sobre l'abast de l'excepció dels llocs de treball a l'Administració pública:¹²

a) Una concepció comunitària dels «llocs de treball a l'Administració pública». La primera qüestió que es planteja en relació amb la interpretació de l'article 39.4 TCE és si l'expressió «llocs de treball a l'Administració pública» inclou un concepte

11. Els pronunciaments més importants són: *Sotgiu c. Deutsche Bundespost* (STJCE de 12.2.1974, afer 152/73, *Rec.* 1974, pàg. 153 i ss.); *Comissió c. Bèlgica* (STJCE de 17.12.1980, afer 149/79, *Rec.* 1980, pàg. 3881 i ss.), i *Comissió c. Bèlgica* (STJCE de 26.5.1982, afer 149/79, *Rec.* 1982, pàg. 1845 i ss.), sobre el mateix afer; *Comissió c. França* (STJCE de 3.6.1986, afer 307/84, *Rec.* 1986, pàg. 1725 i ss.); *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg* (STJCE de 3.7.1986, afer 66/85, *Rec.* 1986, pàg. 2121 i ss.); *Comissió c. Itàlia* (STJCE de 16.6.1987, afer 225/85, *Rec.* 1987, pàg. 2625 i ss.); *Pilar Allué i Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi de Venezia* (STJCE de 30.5.1989, afer 33/88, *Rec.* 1989, pàg. 1591 i ss.); *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale* (STJCE de 27.11.1991, afer C-4/91, *Rec.* 1991, pàg. 5627 i ss.); *Maria Chiara Spotti c. Freistaad Bayern* (STJCE de 20.10.1993, afer C-272/92, *Rec.* 1993, pàg. 5185 i ss.); *Allué e. a. c. Università degli Studi di Venezia i Università degli Studi di Parma* (STJCE de 2.8.1993, afers C-259/91, C-331/91 i 332/91, *Rec.* 1993, pàg. 4309 i ss.); *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari i Cinzia Porcedda* (STJCE de 23.2.1994, afer C-419/92, *Rec.* 1994, pàg. 505 i ss.); i sentències de 2 de juliol del 1996, *Comissió c. Grècia*; *Comissió c. Luxemburg*, i *Comissió c. Bèlgica* (afers C-290/94, C-473/93 i C-173/94, respectivament, *Rec.* 1996, pàg. 3207 i ss.).

12. En relació amb la jurisprudència del TJCE sobre l'article 48.4 TCE *vid.*, principalment, 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, pàg. 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, pàg. 573-582. Handoll, John: «Article 48(4) EEC and Non-National Access to Public Employment», *European Law Review*, núm. 4, 1988, pàg. 223-241.

comunitari, uniforme per a tots els estats membres, o bé es tracta d'una noció que cada estat pot interpretar d'acord amb la seva legislació interna. En el segon cas podrien donar-se diferències entre les interpretacions dels estats. En primer lloc, pel fet que cada un d'ells té unes estructures de funció pública i unes regles d'accés a aquesta diferents. Això implica que, en funció dels interessos de l'estat concret, es triarien uns criteris o altres per limitar l'accés dels ciutadans comunitaris no nacionals a la funció pública (per exemple, la naturalesa del vincle que uneix el treballador amb l'Administració pública, que pot ser de dret públic o de dret privat). En segon lloc, cal suposar que per raons de polítiques internes d'ocupació els estats adoptarien una posició proteccionista que impedís, en la mesura del possible, l'accés de ciutadans no nacionals als llocs de treball a l'Administració pública. De l'anterior es desprèn que és preferible un concepte comunitari per tal d'assolir una aplicació uniforme de l'excepció de l'article 39.4 TCE. Sembla lògic que si el Tractat confereix uns drets de lliure circulació amplis, les excepcions a aquests drets hagin de ser uniformes en tota la Comunitat.¹³

El TJCE no fa referència en el seu primer pronunciament —*Sotgiu* (1974)— a aquesta qüestió, almenys de forma explícita. En el marc d'aquest afer, les observacions de les parts i les conclusions de l'advocat general sí que es refereixen a la naturalesa del precepte comunitari. Així, mentre que els estats defensen una interpretació fonamentada en la concepció nacional de l'Administració pública, deixant, doncs, en mans dels estats la determinació de l'abast de l'excepció de l'art. 39.4 TCE, la Comissió i l'advocat general sostenen la posició contrària, favorable a una interpretació comunitària que permeti l'aplicació uniforme de l'excepció prevista per la disposició que comentem.¹⁴ L'advocat general afegeix, a més, que aquesta interpretació haurà de basar-se en criteris materials, com la naturalesa de les atribucions que comporta el lloc de treball en l'administració: s'està pronunciant, per tant, en favor de la interpretació funcional de l'art. 39.4 TCE.

La posició exposada, favorable al concepte comunitari dels llocs de treball a l'Administració pública és adoptada explícitament pel TJCE a la Sentència *Comissió c. Bèlgica* (1980). El Tribunal, partint d'una concepció funcional de l'excepció de l'article 39.4 TCE, assenyalava que els poders públics dels diferents estats han assumit responsabilitats econòmiques i socials que s'allunyen de les funcions típiques de l'Administració pública. Els llocs de treball que s'emmarquen dins aquests àmbits no impliquen, en molts casos, participació en les tasques de l'Administració pública pròpiament dita i, per tant, no té sentit incloure'ls dins l'excepció a la lliure circulació de treballadors. Les disparitats que caracteritzen l'organització dels estats i de determinats sectors econòmics portaria a la creació de desigualtats entre els estats membres. Per aquest motiu, la noció d'Administració pública de l'article 39.4 ha de

13. En aquest sentit, O'Keeffe (1992), *op. cit.*, pàg. 91-92.

14. *Vid.* les conclusions de l'advocat general Henry Mayras a l'afer *Sotgiu* (pàg. 167-174), qui assenyalava: «Sense desconèixer el fet que cada estat membre roman —en principi— lliure per organitzar la seva administració o la dels seus ens descentralitzats, cal assenyalar que, en els terrenys en els quals s'han transferit competències pròpies als òrgans comunitaris, la primàcia, l'efecte directe i la necessitat d'una aplicació uniforme de les regles dictades per aquests òrgans no admeten criteris d'interpretació que permetin a cadascun dels estats membres actuar segons la seva conveniència, és a dir, estendre o reduir l'abast d'aquestes normes comunitàries» (pàg. 169).

tenir una interpretació i una aplicació uniformes (fonaments jurídics 11 i 12 de la sentència).

b) Interpretació estricta de l'excepció al principi de lliure circulació de treballadors. Un altre argument en el qual ha insistit el TJCE és la necessitat que la interpretació de l'excepció continguda a l'article 39.4 TCE sigui estricta, en el sentit següent: «per constituir una excepció a la norma fonamental de la lliure circulació i de la no-discriminació dels treballadors comunitaris, ha de donar-se a l'apartat 4 de l'article 39 una interpretació que limiti el seu abast al que sigui estrictament necessari per tal de salvaguardar els interessos que aquesta disposició permet protegir als estats membres».¹⁵

Aquesta interpretació del Tribunal és conforme, com ha fet notar Jaeger, a la doctrina i a la jurisprudència en dret internacional segons les quals quan un tractat internacional (en aquest cas, el TCE) conté un article que introdueix una excepció a una disposició general del mateix tractat, aquesta excepció ha d'interpretar-se restrictivament, per tal de no buidar de contingut el tractat mateix.¹⁶ En aquest sentit, el Tribunal ha rebutjat l'argument dels estats membres basat en les seves pròpies previsions constitucionals que restringeixen l'accés a les seves funcions públiques als seus propis nacionals. La regla de la primacia del dret comunitari sobre les disposicions de dret intern, incloses les constitucionals, implica que no es pot admetre el recurs a disposicions jurídiques internes amb l'objectiu de limitar l'abast de les disposicions de dret comunitari, ja que això atemptaria contra la unitat i l'eficàcia d'aquest dret.¹⁷

c) Rebuig d'un criteri institucional per determinar l'abast de l'expressió «llocs de treball a l'Administració pública». El criteri que permet determinar quins són els llocs de treball inclosos dins l'excepció de l'article 39.4 TCE no és, al parer del Tribunal, institucional, sinó funcional. El criteri institucional es basa en la concepció d'Administració pública definida pel dret nacional dels estats membres, de manera que tots els llocs de treball inclosos dins una Administració pública (ens territorials, no territorials, institucionals, etc., segons l'estructura específica de cada estat, i fins i tot empreses públiques constituïdes en règim de dret privat)¹⁸ s'inclourien en l'excepció de l'article 39.4 TCE i, per tant, estarien reservats als ciutadans nacionals de l'estat membre en qüestió, sense tenir en compte les funcions que es desen-

15. Sentència *Lawrie Blum c. Land Baden-Württemberg* (1986), fonament jurídic 26. El subratllat és nostre.

16. (1990), *op. cit.*, pàg. 790.

17. STJCE de 17 d'octubre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, afer 11/70, *Rec.* 1970, pàg. 1125 i ss., fonament jurídic 3. Aquesta doctrina és recordada pel Tribunal a la Sentència *Comissió c. Luxemburg* (1996), en el marc d'un recurs per incompliment de l'article 39 TCE, en mantenir la legislació luxemburguesa el requisit de la nacionalitat per accedir als llocs de treball a l'Administració pública en determinats sectors. Davant la invocació, per part del govern luxemburguès, de l'article 11 de la seva Constitució, que reserva els llocs de treball a la funció pública als nacionals luxemburguesos, el Tribunal reproduïx aquest argument de la primacia del dret comunitari (fonaments jurídics 37 i 38).

18. *Vid.* Druesne (1981), *op. cit.* pàg. 289, que fa notar com en la concepció institucional es pot parlar d'una noció comunitària de «llocs de treball a l'Administració pública», tot i que la seva definició suposa la referència als drets nacionals.

volupen en un lloc de treball determinat. Aquest criteri va ser el defensat pels diferents estats que van presentar observacions als afers *Sotgiu* (1974), *Comissió c. Bèlgica* (1980) i *Comissió c. França* (1986), però va ser rebutjat pel Tribunal, que va rebatre els diferents arguments que els estats utilitzaven per donar suport a la seva posició.¹⁹

Així, els estats van invocar l'article 8 del Reglament 1612/68,²⁰ per argumentar que si un treballador estranger pot ser exclòs de determinades activitats relacionades amb la participació a la gestió d'organismes de dret públic i amb l'exercici de funcions públiques, també es pot impedir als nacionals d'altres estats membres, per les mateixes raons, l'accés a un lloc de treball a l'Administració pública.²¹ Però el TJCE rebutja aquesta al·legació dient que el precepte invocat no pretén excloure els treballadors d'altres estats membres de determinats llocs de treball, sinó només d'algunes activitats.²²

Un altre argument plantejat pels estats en favor de la tesi institucional és que l'article 39.4 TCE fa referència a «llocs de treball a l'Administració pública», mentre que l'article 45 TCE, en seu de llibertat d'establiment, parla d'«activitats relacionades amb l'exercici del poder públic». Aquesta diferència en la redacció indicaria que el criteri utilitzat pel primer seria l'institucional i l'utilitzat pel segon el funcional.²³ El Tribunal no té en compte aquest raonament i, sense entrar en la distinció plantejada, assenyalava que en qualsevol cas no és possible admetre la interpretació d'una noció comunitària («llocs de treball a l'Administració pública») remetent-se als drets interns dels estats membres.²⁴ Qui sí discuteix l'argumentació dels estats quant a la diferència de redacció dels articles 39.4 i 45 TCE és la Comissió, que a les seves observacions assenyalava que aquesta divergència s'explicaria pel fet que els articles mencionats es refereixen a situacions diferents. Així, mentre que els treballadors assalariats només poden participar a l'exercici de l'autoritat pública en el marc d'un lloc de treball a l'Administració pública, respecte als professionals independents l'excepció només pot jugar quan una professió comporta activitats de participació en l'exercici d'autoritat pública.²⁵

En rebutjar les tesis dels estats, favorables a una interpretació institucional del

19. A banda dels arguments que exposem al text, els estats mostren la seva disposició a arribar a un acord sobre quin és l'abast de la interpretació que s'hauria de donar a l'article 39.4. Al parer de Jaeger (1990), *op. cit.*, pàg. 791-792, no es pot excloure que els estats haguessin defensat tan aferrissadament el criteri institucional per tal d'aconseguir que l'elaboració d'una noció d'administració pública no es fes per via jurisprudencial, sinó a través d'instàncies polítiques, nacionals o comunitàries, en les quals ells haguessin pogut influir.

20. Segons aquest article «El treballador nacional d'un estat membre que treballi al territori d'un altre estat membre gaudeix d'igualtat de tractament en matèria d'afiliació als organismes sindicals i d'exercici dels drets sindicals, comprès el dret de vot; pot ser exclòs de la participació a la gestió d'organismes de dret públic i de l'exercici d'una funció de dret públic. Gaudeix, a més, del dret a ser elegit als òrgans de representació dels treballadors a l'empresa».

21. Afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), *cit.*, observacions del govern belga, pàg. 3886-3887.

22. Afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), *cit.*, fonament jurídic 15.

23. Afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), *cit.*, observacions dels governs belga (pàg. 3888), anglès (pàg. 3893) i alemany (pàg. 3895).

24. Afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), *cit.*, fonament jurídic 7.

25. Afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), *cit.*, pàg. 3890.

contingut de l'article 39.4 TCE, el Tribunal es mostra partidari de la interpretació funcional, per tal d'evitar que l'efecte útil i l'abast de les disposicions del Tractat relatives als treballadors es vegin limitades per una interpretació de la noció d'Administració pública conforme als drets nacionals.²⁶

d) Adopció d'un criteri funcional per delimitar el concepte «llocs de treball a l'Administració pública». El criteri adoptat finalment pel Tribunal és el funcional, el qual, a diferència de l'institucional, té en compte les atribucions pròpies del lloc de treball en qüestió per determinar si aquest està inclòs dins l'excepció de l'article 39.4 TCE o no. El TJCE ho expressa de la manera següent: «Aquesta disposició exclou de l'àmbit d'aplicació dels tres primers paràgrafs d'aquest mateix article [el 39 TCE] un seguit de llocs de treball que comporten una participació, directa o indirecta, en l'exercici del poder públic o en les funcions que tenen per objecte la salvaguarda dels interessos generals de l'estat o d'altres col·lectivitats públiques. Aquests llocs de treball comporten, en efecte, per part dels seus titulars, l'existència d'una relació particular de solidaritat en relació amb l'estat, així com la reciprocitat de drets i deures que són el fonament del lligam de la nacionalitat».²⁷

Així doncs, són dues les notes que permeten incloure un lloc de treball a l'Administració pública dins l'excepció de l'article 39.4 TCE: la participació, directa o indirecta, en l'exercici del poder públic, d'una banda, i la salvaguarda dels interessos generals de l'estat o altres col·lectivitats públiques, d'una altra.

Quant al primer element, la *participació en l'exercici del poder públic*, cal dir que el Tribunal no dona cap definició en abstracte del seu significat. La doctrina està d'acord que s'hi podrien incloure els poders coercitius envers els ciutadans, de forma que entrarien dins l'excepció de l'article 39.4 TCE l'exercici d'autoritat en els àmbits judicial, policial, de defensa de l'estat o fiscal, per exemple, mentre que funcions de tipus simplement consultiu en restarien fora. A més, d'una forma més general, també es podrien considerar inclosos els llocs de treball que permetin al seu titular adoptar actes públics que puguin causar greuges a un ciutadà.²⁸

La participació en l'exercici del poder públic pot ser, d'altra banda, directa o indirecta. Ofereix algun problema delimitar quins són els casos de participació indirecta ja que, com diu Handoll, qualsevol persona que treballi en una institució i que estigui sota la direcció d'algú que exerceixi directament el poder públic pot ser considerat com a participant indirecte.²⁹ Tanmateix, cal entendre, d'acord amb la tendència del Tribunal, que s'ha de fer una interpretació restrictiva del que significa «participació indirecta en el poder públic».

Pel que fa al segon element, la *salvaguarda dels interessos generals de l'estat o d'altres col·lectivitats públiques*, el Tribunal tampoc no l'ha definit amb claredat. Cal entendre, amb Jaeger, que aquest concepte inclouria la definició i l'elaboració de les

26. Afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), *cit.*, fonament jurídic 19, i afer 307/84, *Comissió c. França* (1986), *cit.*, fonament jurídic 12.

27. Afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), *cit.*, fonament jurídic 10.

28. En aquest sentit, *vid.* Jaeger (1990), *op. cit.*, pàg. 795, O'Keeffe (1992), *op. cit.*, pàg. 94, Handoll (1988), *op. cit.*, pàg. 234-235.

29. (1988) *op. cit.*, pàg. 235.

grans opcions polítiques de caràcter nacional o d'altres col·lectivitats, la seva aplicació i el seu control a través dels llocs de treball dels cossos superiors.³⁰

No és difícil deduir de l'anterior que la manca de definició del criteri funcional fa que s'hagi de veure cas per cas si un lloc de treball a l'Administració pública s'inclou o no dins l'excepció de l'article 39.4 TCE. Hi ha casos bastant clars de llocs de treball a l'Administració pública que difícilment poden relacionar-se amb l'exercici del poder públic o amb la salvaguarda dels interessos generals i que, per tant, restarien fora de l'excepció de l'article 39.4 TCE. De la jurisprudència del TJCE es poden extreure les categories següents en aquest sentit:³¹ llocs de treball amb funcions purament manuals o tècniques,³² personal docent de l'ensenyament públic, en general, així com el personal no docent³³ i els investigadors de centres públics,³⁴ el personal tècnic que realitzi funcions sanitàries en hospitals públics³⁵ i, en general, llocs de treball públics que suposin el desenvolupament d'activitats que també es donin en el camp privat.³⁶

D'altra banda, també sembla clar que hi ha algunes categories de llocs de treball que entren indubtablement en l'àmbit d'aplicació de l'excepció a la lliure circulació de treballadors: policia, forces armades, magistratura i autoritats fiscals, llocs diplomàtics, llocs amb responsabilitat de gestió de béns o fons públics.

Tanmateix, el Tribunal reconeix que l'aplicació dels criteris de distinció (exercici del poder públic i salvaguarda de l'interès general) planteja problemes d'apreciació i de delimitació en casos concrets.³⁷ En aquests supòsits s'haurà d'anar cas per cas i tenir en compte l'enumeració que fa la Comissió en la seva Comunicació de 1988, que comentarem a continuació. La utilització del criteri funcional és més difícil que la del criteri institucional i, per tant, tot i que és aplicable sense problemes a molts llocs de treball, implicarà necessàriament l'existència d'una zona grisa.³⁸ Com assenyala encertadament Jaeger, la formulació utilitzada pel Tribunal deixa subsistir un marge d'incertesa quan s'aplica el criteri funcional a un lloc de

30. (1990) *op. cit.* pàg. 796.

31. *Vid.* l'enumeració feta per Currell (1988), *op. cit.*, pàg. 579-580.

32. Així, els llocs de treball que s'enumeren a l'afer 149/79 (1982), pàg. 1847-1848, que comporten, al parer tant de la Comissió com del Tribunal en la seva sentència, activitats alienes a les incloses dins l'excepció de l'article 39.4: es tracta de treballadors manuals o amb tasques de caire tècnic de les empreses públiques de ferrocarril i de determinats ajuntaments. Només es consideren inclosos dins l'excepció llocs de treball amb una certa responsabilitat sobre la vigilància de determinats edificis o que permeten l'accés a secrets de la col·lectivitat pública de què es tracti (arquitecte municipal, vigilants nocturns, entre d'altres).

33. *Vid.* afer 66/85, *Laurie-Blum* (1986), afer 33/88, *Allué i Coonan* (1989), afer C-4/91, *Bleis* (1991), afer C-473/93, *Comissió c. Luxemburg* (1996).

34. Afer 225/85, *Comissió c. Itàlia* (1987).

35. Afer 307/84, *Comissió c. França* (1986).

36. Es dedueix, *a sensu contrario*, de l'afirmació feta pel Tribunal en la Sentència *Comissió c. Bèlgica* (1980), fonament jurídic 12, en el sentit que només s'inclouen en l'excepció de l'article 39.4 TCE els llocs de treball «característics de les activitats específiques de l'Administració pública».

37. Afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), fonament jurídic 12.

38. *Vid.* observacions de la Comissió en l'afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), pàg. 3891. En aquest sentit, Dubouis, *op. cit.* (1987), pàg. 958, assenyala que l'existència d'aquesta zona grisa fa que no es pugui fer una classificació sense l'acord dels estats, i deixant dins de l'excepció de l'article 39.4 TCE els casos sobre els quals hi hagi un dubte seriós, la qual cosa suposa una garantia per als estats.

treball determinat. Aquesta incertesa serà més o menys gran en funció de l'evolució del grau d'integració europea.^{39, 40}

1.4. *La Comunicació de la Comissió de 18 de març de 1988*

La situació creada per la jurisprudència del TJCE en relació amb l'article 39.4 TCE no acabava de provocar els canvis necessaris en les legislacions internes dels estats membres per tal que fos possible l'accés a les funcions públiques nacionals dels ciutadans d'altres estats membres en els termes que el Tribunal havia assenyalat. Com observa encertadament Llimona, «una decisió jurisprudencial no és el sistema més adequat per resoldre els problemes derivats de l'aplicació de l'excepció prevista en l'article 48.4».⁴¹ Els mateixos estats, en els afers resolts pel TJCE, havien mostrat en les seves observacions la seva voluntat d'arribar a un acord sobre la qüestió, solució preferible a que fos el Tribunal qui imposés un criteri funcional d'interpretació de l'excepció a la lliure circulació de treballadors. L'efecte seria que els estats no aplicarien de forma estricta les decisions del Tribunal, i es plantejarien constantment qüestions prejudicials sobre casos concrets. En aquest context, algun autor com Druésne⁴² es va pronunciar en el sentit que si els estats s'havien oposat al criteri funcional era perquè es tractava d'una qüestió molt delicada, que afectava la seva sobirania, i que requeria un acord dels estats que, al parer d'aquest autor, només es podia donar en el si del Consell, a través de l'adopció d'un reglament o d'una directiva. Només l'elaboració d'una norma de dret comunitari faria viable una aplicació uniforme del contingut de l'article 39.4.

Tanmateix, aquesta norma no ha arribat a adoptar-se. En lloc d'això, la Comissió va emetre una comunicació en la qual recull la jurisprudència del TJCE en relació amb l'article 39.4 TCE, emprenent amb aquest acte una acció sistemàtica en matèria d'aplicació d'aquest precepte del Tractat.⁴³ Aquest acte no té valor

39. (1990) *op. cit.*, pàg. 793. En el mateix sentit, *vid.* observacions de la Comissió en l'afet 149/79, *Comissió c. Bèlgica* (1980), pàg. 3891.

40. Una darrera qüestió a la qual cal referir-se en parlar del criteri funcional és si els dos elements que el defineixen —exercici del poder públic i salvaguarda dels interessos generals— són alternatius o acumulatius. Sobre aquest punt cal dir que el Tribunal sempre ha utilitzat la conjunció «i», excepte en la Sentència *Comissió c. Itàlia* (1987), on va dir que no es podia demostrar «que els investigadors estiguin encarregats de l'exercici de prerrogatives de poder públic o siguin responsables de la salvaguarda dels interessos generals de l'estat». Això ha donat lloc al fet que la doctrina s'ocupés d'aquesta qüestió, tot i que hi ha unanimitat a acceptar el caràcter acumulatiu dels dos elements esmentats, per diferents motius. En primer lloc, perquè així ho ha presentat el Tribunal en la major part dels seus pronunciaments; en segon lloc perquè a les conclusions dels advocats generals Mancini i Lenz en els afers *Comissió c. França* (1986) i *Lawrie-Blum* (1986), respectivament, s'ha defensat aquesta posició i, per últim, perquè és la interpretació més restrictiva de l'excepció de l'article 39.4 TCE, en la mesura que exigeix la concurrència dels dos elements per excloure un lloc de treball de la lliure circulació de treballadors.

41. (1988), *op. cit.*, pàg. 62.

42. (1981), *op. cit.*, pàg. 297.

43. El títol de la comunicació, publicada al DOCE C 72, de 18.3.1988, és *La lliure circulació dels treballadors i l'accés als llocs de treball en l'Administració pública dels estats membres - L'acció de la Comissió en matèria d'aplicació de l'apartat 4 de l'article 48 del Tractat CEE*. Aquesta acció es justifica, segons indica la Comissió a la introducció del text, en la necessitat d'eliminar les restriccions per raó de nacionalitat que impedeixen l'accés dels treballadors a les funcions públiques d'altres estats membres, i també per l'adopció de l'Acta Única Europea, que fixa com a objectiu per al 1992 assolir un veritable mercat interior. En aquest context, la lliure circulació de persones ocupa un lloc fonamental.

normatiu,⁴⁴ però defineix la posició de la Comissió respecte a l'abast de l'excepció de l'article 39.4 TCE, que els estats prendran com a referència per adaptar-hi les seves legislacions internes. D'altra banda, serveix a la Comissió com a suport per interposar eventuais recursos d'incompliment dels estats.

El seu valor jurídic és, doncs, limitat: només per la via de la qüestió prejudicial (via indirecta per als ciutadans, ja que competeix plantejar-la al jutge nacional) i del recurs d'incompliment es podrà controlar l'adequació dels ordenaments interns dels estats membres a la línia interpretativa de l'abast de l'article 39.4 donada per la Comissió.

De fet, a la pràctica la Comunicació de la Comissió ha tingut per efecte l'adaptació de la major part de les normes internes sobre accés a les funcions públiques nacionals, de manera que gairebé tots els estats membres han eliminat el requisit de la nacionalitat per accedir als llocs de treball en l'Administració pública en els sectors assenyalats per la Comissió.

D'altra banda, la Comissió ha fet un seguiment d'aquest procés d'adaptació normativa dels estats, que s'ha traduït, de moment, en la interposició de tres recursos d'incompliment contra Bèlgica, Grècia i Luxemburg, per exigir el requisit de la nacionalitat en l'accés a llocs de treball en sectors de l'Administració pública que, segons la Comunicació del 1988, estaven fora de l'excepció de l'article 39.4 TCE.⁴⁵

La Comunicació constitueix, com hem indicat anteriorment, l'expressió de l'acció que pretén emprendre la Comissió a partir de l'any 1988 per eliminar les restriccions a l'accés a les funcions públiques nacionals dels estats membres per part dels treballadors d'altres estats membres, acció que s'emmarca dins l'objectiu de la consecució del mercat interior.⁴⁶

La Comissió recorda la interpretació que el Tribunal de Justícia ha donat de l'article 39.4 TCE, a la qual ens hem referit *supra* i exposa quina serà la seva inter-

44. Hauria estat possible que la Comissió proposés al Consell una directiva que, partint de la jurisprudència del TJCE, establís per a tots els estats quin és l'àmbit d'aplicació de l'article 48.4 TCE. De fet, com explica Ziller, Jacques: *Egalité et mérite. L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, Institut Européen d'Administration Publique, Bruylant, Brussel·les, 1988, pàg. 283-284, fins i tot es va donar un projecte de proposició de directiva elaborat per la Comissió, que no va prosperar. Potser perquè, com assenyalava el mateix autor, les negociacions haurien estat massa llargues i complicades. A més, sembla que una iniciativa d'aquestes característiques va ser acollida amb reserves pels estats, de manera que la Comissió va emetre una comunicació (en aquest sentit, *vid. Ferrari-Breuer, Christine: Enseignement supérieur et Communauté Européenne*, tesi doctoral, Universitat Jean Moulin - Lyon III, Lió, 1993, pàg. 38.).

45. Aquests recursos han estat resoltos per sentències de 2 de juliol del 1996 (afers C-473/93, C-173/94, i C-290/94, *cit.*), condemnant en tots els casos els estats membres per incompliment de les seves obligacions en virtut de l'article 39 TCE. Aquesta actitud de la Comissió ja va ser anunciada en la Comunicació a què ens estem referint, que preveu l'eventual obertura d'un procediment contenciós (*ex* article 226 TCE —antic article 169) contra l'estat presumptament infractor, com una possibilitat perquè aquest demostrï que un lloc de treball concret que en principi s'hauria de poder obrir als altres nacionals d'un estat membre pot ser reservat als seus nacionals en la mesura que estigui relacionat amb activitats específiques de l'Administració pública.

46. El text vincula l'acció amb altres polítiques de la Comissió. En primer lloc, la mobilitat dels investigadors i els estudiants dins la Comunitat: el seu èxit depèn en gran mesura de la liberalització dels llocs de treball en institucions públiques d'investigació, i dels llocs de treball en el sector públic, en general. També es refereix a la importància de l'acció amb relació a l'aplicació de les directives sobre reco-

venció en la matèria. Consistirà a vetllar per l'aplicació efectiva, per part dels estats membres, de les normes sobre lliure circulació dels treballadors i igualtat de tracte entre els treballadors comunitaris en l'accés als llocs de treball, sense que sigui necessària l'adopció de noves mesures legals comunitàries. A partir d'aquí, i d'acord amb la jurisprudència del TJCE, la Comissió fa una enumeració de les activitats específiques de les funcions públiques nacionals que s'exclouen de la lliure circulació de treballadors, i sobre les quals no es dirigirà la seva intervenció. Es tracta d'un seguit de funcions de l'estat o altres col·lectivitats que puguin ser-ne assimilades, com ara: forces armades, policia i altres forces d'ordre públic, magistratura, administració fiscal, diplomàcia, llocs de treball en els ministeris de l'estat, dels governs regionals, en les col·lectivitats territorials i en d'altres organismes públics i bancs centrals, en la mesura que es tracti de personal que realitzi activitats relacionades amb l'exercici d'un poder jurídic públic, com ara l'elaboració d'actes jurídics, l'execució d'aquests actes, el control de la seva aplicació i la tutela dels organismes dependents.

D'altra banda, la Comissió es refereix a altres funcions que es troben allunyades de les activitats específiques de l'Administració pública i que no es poden incloure, en general, en l'excepció de l'article 39.4 TCE. No és una llista tancada, només es tracta dels sectors envers els quals la Comissió dirigirà la seva intervenció de forma prioritària (activitats que existeixen, o poden existir, en el sector privat). Tanmateix, alguns dels estats membres han limitat l'obertura de les seves funcions públiques a altres treballadors comunitaris només en aquests sectors. Sembla clar que els estats resten gelosos de la seva pròpia sobirania, i reserven als seus nacionals tots els llocs de treball en l'Administració pública que siguin possibles.

Aquests sectors als quals fa referència la Comissió són: *a)* els organismes responsables de la gestió d'un servei comercial (per exemple, transports públics, distribució d'electricitat o gas, companyies de navegació aèria o marítima, correus i telecomunicacions, organismes de radiodifusió), *b)* els serveis operatius de la salut pública, *c)* l'ensenyament en els centres d'ensenyament públic, i *d)* la investigació civil en els establiments públics.

2. L'impacte de l'article 39.4 TCE en l'ordenament jurídic espanyol. Referència als models d'altres estats membres de la Unió Europea

2.1. El marc constitucional

La primera qüestió a la qual hem de fer referència per tal de veure com encaixa en el nostre ordenament jurídic l'excepció de l'article 39.4 TCE, tal com ha estat interpretada per les institucions comunitàries, és el marc constitucional espanyol. És a dir, cal analitzar les previsions de la Constitució espanyola del 1978 (CE) relacio-

neixement de títols, que faciliten l'accés a diferents professions, i a l'adopció de la —en aquell moment— proposta de directiva sobre reconeixement de títols d'ensenyament superior de carreres professionals d'una durada mínima de tres anys, en la mesura que suposa una major oferta de llocs de treball per a les persones que es beneficiïn d'aquest reconeixement (Directiva del Consell 89/48/CEE, de 21 de desembre, i directives sectorials de reconeixement de títols).

nades amb l'obertura de la funció pública espanyola als ciutadans d'altres estats membres. En aquest sentit, cal fixar-se en dos preceptes que fan referència als drets dels estrangers en l'estat espanyol i, concretament, a l'accés a les funcions i càrrecs públics. Es tracta de l'article 13, especialment en el seu apartat segon, i de l'article 23, també en el seu apartat segon.

L'article 13.1 assenyala, amb caràcter general, que els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el títol I de la CE, en els termes que estableixin els tractats i la llei. Aquest precepte no planteja, en principi, gaires problemes d'interpretació: els drets dels estrangers a Espanya seran configurats a través dels tractats internacionals (en el cas dels ciutadans comunitaris, principalment, el TCE) i de les lleis. Però l'apartat segon del mateix article restringeix aquesta previsió general en dir que només els espanyols seran titulars dels drets reconeguts en l'article 23, llevat d'allò que, d'acord amb criteris de reciprocitat, pugui establir-se per tractat o per llei per al dret de sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals. La darrera part d'aquest precepte va ser modificada com a conseqüència de la reforma operada al TCE per part del Tractat de la Unió Europea (TUE), per introduir el dret de sufragi passiu dels ciutadans comunitaris en les eleccions municipals.⁴⁷ Però ens interessa la remissió que fa aquest article a l'article 23 CE: de quins drets no gaudeixen els ciutadans estrangers, perquè estan reservats als ciutadans espanyols?

L'article 23 es refereix, en l'apartat primer, al dret a participar en els afers públics, directament o per mitjà de representants elegits per sufragi universal. Però en l'apartat segon afegeix —i aquesta previsió sembla més rellevant en el marc d'aquest estudi— el dret d'accedir en condicions d'igualtat a les funcions i els càrrecs públics. Quin és l'abast d'aquesta darrera previsió? En quina mesura es contradia amb la interpretació feta pel TJCE de l'excepció de l'article 39.4 TCE, pel que fa a l'accés als llocs de treball a l'Administració pública dels ciutadans d'altres estats membres?

Quant a la primera qüestió, el Tribunal Constitucional s'hi ha referit en diferents ocasions, i ha interpretat que l'article 23.2 no recull el dret a ocupar càrrecs o funcions públiques, sinó la prohibició que el legislador pugui regular aquest accés en termes discriminatoris, és a dir, es concreta el principi d'igualtat en les condicions d'accés.⁴⁸ Dit d'una altra manera, l'article 23.2 no es refereix al dret a prendre part en el procediment de selecció (aquest neix de les normes legals o reglamentàries que regulen l'accés al càrrec o funció en concret), sinó que atorga als espanyols un «dret de caràcter purament reaccional per impugnar davant de la jurisdicció ordinària, i en últim terme davant aquest Tribunal [el Tribunal Constitucional], tota norma o tota aplicació concreta d'una norma que trenqui la igualtat».⁴⁹

D'aquesta interpretació feta pel Tribunal Constitucional, i responent a la segona qüestió plantejada *supra*, es desprèn que l'article 13.2, tenint en compte que es remet al 23.2 per excloure la seva aplicació als estrangers, no estaria en conflicte

47. En aquest sentit, *vid.* la Declaració del Tribunal Constitucional d'1 de juliol de 1992, a propòsit de la incompatibilitat del TUE amb l'article 13.2 CE.

48. Declaració del Tribunal Constitucional d'1 de juliol de 1992, *cit.*, fonament jurídic 4.

49. STC 50/1986, de 23 d'abril, fonament jurídic 4.

amb l'abast que el TJCE ha donat a l'excepció de l'article 39.4 TCE.⁵⁰ Com hem vist, la jurisprudència d'aquest Tribunal ha reduït la possibilitat que els estats membres puguin reservar llocs de treball a la funció pública per als seus propis nacionals només en els casos que aquests impliquin exercici d'autoritat pública o salvaguarda d'interessos generals, de manera que per a la resta de llocs de treball a l'Administració pública l'accés dels ciutadans d'altres estats membres és, en principi, lliure. Doncs bé, no podem dir que l'article 13.2 CE, per remissió al 23.2, estableixi cap reserva d'accés a les funcions o càrrecs públics en favor dels ciutadans espanyols.

Tanmateix, aquesta contradicció podria venir donada en la mesura que no deixa gaudir els ciutadans comunitaris no espanyols del dret d'accedir *en condicions d'igualtat* als càrrecs o funcions públiques, ja que, com indica l'article 39.2 TCE (antic article 48.2), «la lliure circulació suposarà l'abolició de tota discriminació per raó de nacionalitat entre els treballadors dels estats membres, respecte al lloc de treball, la retribució i la resta de condicions de treball». És a dir que la no-aplicació del principi d'igualtat en les condicions d'accés a la funció pública als ciutadans comunitaris podria considerar-se contrària a l'article 39.2 TCE. Cal recordar, en aquest sentit, la Sentència del TJCE *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari i Cinzia Porcedda* (1994),⁵¹ en la qual el Tribunal assenyalava que l'article 39 TCE no permet establir distincions entre els ciutadans comunitaris en l'accés a la funció pública d'un estat membre.

Seguint aquesta línia jurisprudencial del TJCE, i tenint en compte la possibilitat d'accés dels ciutadans comunitaris als càrrecs i funcions públiques de l'Administració espanyola, en els termes en què s'ha interpretat l'article 39.4 TCE, creiem que cal posar en dubte la compatibilitat de l'article 13.2 per remissió a l'article 23.2 CE amb l'article 39 TCE, en la mesura que condueix a la discriminació dels ciutadans comunitaris no espanyols en les condicions d'accés a la funció pública.

Sembla possible, malgrat l'anterior, trobar una via per superar aquesta incompatibilitat entre la nostra Constitució i l'article 39 TCE. Consistiria a interpretar que l'expressió de l'article 23.2 «funcions i càrrecs públics» es refereix als llocs de treball a la funció pública que el TJCE entén com a inclosos en l'excepció de l'arti-

50. La possible contradicció del TCE amb la CE en relació amb el tema que estem tractant vindria donada per l'article 13.2 i no pel 23.2, ja que aquest darrer per ell mateix no exclou del gaudiment dels drets que regula els estrangers: és l'article 13.2 el precepte que, per remissió, ho fa (*vid.* STC 50/1986, fonament jurídic 4, *cit.*).

51. STJCE de 23 de febrer de 1994, afer C-419/92, *Rec.* 1994, pàg. 505 i ss. Es tractava del cas d'una ciutadana de nacionalitat italiana, d'origen alemany, que pretenia que li fos tinguda en compte, com a mèrit per accedir a un lloc de treball en els serveis de restauració de la Universitat de Càller (Itàlia), la seva experiència anterior a l'Administració postal alemanya. La convocatòria del concurs preveia, en efecte, l'atribució de punts als concursants per altres serveis a l'Administració, sense precisar el tipus d'experiència professional. Però a la senyora Scholtz se li va negar la consideració de la seva experiència com a mèrit. En aquest cas, la interessada tenia nacionalitat italiana, per la qual cosa a primera vista no hi hauria discriminació per raó de nacionalitat en les condicions d'accés a un lloc de treball públic. Però el TJCE va recordar en aquesta sentència la seva jurisprudència conforme a la qual l'article 39 del Tractat no només prohibeix les discriminacions manifestes basades en la nacionalitat, sinó també qualsevol forma de discriminació encoberta que, aplicant altres criteris de diferenciació, condueixi al mateix resultat. Així, al parer del Tribunal, el fet de no tenir en compte l'experiència anterior de la interessada en l'Administració alemanya com a mèrit per accedir a l'Administració italiana era una discriminació indirecta contrària a l'article 39.2 TCE.

cle 39.4 TCE, és a dir, aquells que poden reservar-se als propis nacionals en la mesura que comporten l'exercici del poder públic o la salvaguarda d'interessos generals. Però aquesta interpretació no és la que ha fet el Tribunal Constitucional, el qual ha entès que l'expressió de l'article 23.2 abasta tota la funció pública,⁵² ja que si no, no hi hauria un reconeixement constitucional del principi d'igualtat en l'accés als càrrecs i funcions públiques, en general, sinó només en aquells llocs de treball a l'Administració pública que entren dins el concepte comunitari desenvolupat pel TJCE.⁵³

Així doncs, la literalitat dels preceptes constitucionals citats, i l'abast que els ha donat la jurisprudència constitucional plantegen, al nostre parer, un problema de compatibilitat amb l'article 39. Si bé no es tracta d'una contradicció tan patent com la plantejada a conseqüència del Tractat de Maastricht en relació amb el dret de sufragi passiu dels ciutadans comunitaris, que va donar lloc a la reforma de l'article 13.2 del text constitucional, sí que es pot qualificar com una contradicció que mereix una certa reflexió per part de la doctrina i, quan hi hagi ocasió, per part de la jurisprudència constitucional. No sembla fàcil, en qualsevol cas, trobar una interpretació coherent dels articles 13.3 i 23.2 CE per tal de superar el problema plantejat.

De fet, i per concloure aquest apartat, cal dir que el problema a puntat es podria haver solucionat en el moment de la reforma de l'article 13.2 CE (agost 1992), si en comptes d'afegir a l'excepció del sufragi actiu la del sufragi passiu, s'hagués eliminat qualsevol referència al sufragi municipal, quedant la redacció del precepte de la manera següent: «Només els espanyols seran titulars dels drets reconeguts en l'article 23, llevat d'allò que, d'acord amb criteris de reciprocitat, pugui establir-se per tractat o per llei».⁵⁴ Així s'hauria salvat l'inconvenient del reconeixement dels drets de l'article 23 només als espanyols, ja que les previsions del TCE ho haurien estès també als ciutadans dels altres estats membres de la UE.

2.2. La legislació en matèria de funció pública abans de la Llei 17/1993⁵⁵

La situació legislativa a Espanya en relació amb l'exigència del requisit de la na-

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

53. El problema de la contradicció entre els preceptes constitucionals que comentem i l'accés a la funció pública espanyola per part dels ciutadans comunitaris ha estat tractat per 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, pàg. 599-614, que també evidencia els inconvenients de la interpretació apuntada al text. Aquest autor atribueix el problema a la interpretació que el Tribunal Constitucional ha fet dels articles 13.2 i 23.2 CE, ja que, segons diu «ningún problema habría planteado el artículo 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 artículo 23, sino en un sentido positivo, a saber, como un precepto que reconoce a los españoles la titularidad de los derechos del artículo 23, que en ningún caso podría verse restringida, pero que no prohíbe su ampliación a los no españoles: en este caso, nada impediría, máxime si se tiene en cuenta el mandato del artículo 10.2 de la Constitución, permitir el acceso a los nacionales de otros Estados miembros a empleos en la Administración pública española» (pàg. 612). Al nostre parer, aquesta via interpretativa no és possible, ja que el tenor literal de l'article 13.3 CE és molt rotund: «només els espanyols seran titulars dels drets reconeguts en l'article 23 (...)».

54. Solució també apuntada per Alonso (1992), *op. cit.*, pàg. 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,

cionalitat per accedir a la funció pública ve determinada, principalment, per la Llei de Funcionaris Civils de l'estat del 1964, que a l'article 30.1.a assenyalava que cal ser espanyol per accedir a la condició de funcionari. Aquesta exigència de caràcter general també es troba recollida en lleis autonòmiques de funció pública, com per exemple a la Llei de la funció pública de l'Administració de la Generalitat, en el seu article 33.a.⁵⁶ Aquestes normes de caràcter general són les que també s'apliquen als funcionaris de l'Administració local, per remissió de l'article 92 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local. La situació legislativa amb anterioritat al 1993 no deixa, doncs, gaire dubtes: la nacionalitat espanyola és un requisit exigít legalment per poder accedir a la funció pública espanyola, a tots els nivells territorials.

Tanmateix, no hi ha cap precepte que exigeixi el requisit de la nacionalitat espanyola per accedir a un lloc de treball a l'Administració pública a través d'un contracte laboral. En efecte, l'Estatut dels treballadors no exigeix la nacionalitat per accedir a un lloc de treball, i les normes que regulen el personal laboral al servei de les administracions públiques tampoc no ho fan. Aquesta dada és important tenint en compte que en els darrers anys ha proliferat la contractació laboral en el si de les administracions públiques i que, d'altra banda, la major part d'ens públics creats per les administracions territorials subjecten el personal al seu servei a la legislació laboral, amb la qual cosa un nombre molt significatiu d'empleats públics no són funcionaris, i per tant no estan afectats per la clàusula d'exigència de nacionalitat en l'accés als llocs de treball a l'Administració pública.

Dels sectors que la Comissió, en la seva comunicació del 1988, considera prioritari obrir als ciutadans de la UE, una part important està integrada per llocs de treball ocupats per no funcionaris, de manera que legalment no s'exigeix la nacionalitat espanyola per accedir-hi. Ens referim, en aquest sentit, als organismes encarregats d'administrar uns serveis comercials.

2.3. *Les opcions de reforma existents per obrir la funció pública espanyola als nacionals d'altres estats membres de la Unió Europea*

Tot i que la Llei 17/1993, que comentarem en l'apartat següent, va prendre una opció determinada per obrir l'accés a la funció pública dels nacionals d'altres estats membres de la UE, com és la d'enumerar els sectors als quals aquests nacionals podrien accedir, el cert és que es van plantejar altres alternatives, altres sistemes per assolir l'objectiu marcat pel TCE, el TJCE i la Comissió en relació amb l'aspecte comentat. Aquestes opcions —algunes d'elles adoptades per les legislacions internes

pàg. 11-18, i *Acceso a la función pública de ciudadanos de la Comunidad Económica 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.

56. Llei 17/1985, de 23 de juliol (DOGC núm. 569, de 31 de juliol de 1985), que ha estat profundament modificada per la Llei 9/1994, de 29 de juny, de reforma de la legislació relativa a la funció pública de la Generalitat de Catalunya (DOGC núm. 1921, de 15 de juliol de 1994). Aquesta reforma, com veurem, va suposar la inclusió d'una disposició addicional en relació amb l'accés a la funció pública dels ciutadans de la UE. Aquestes normes, juntament amb d'altres, van ser refoses en el text únic aprovat pel Decret legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre (DOGC núm. 2509 annex, de 31 de novembre de 1997).

d'altres estats membres— van ser recollides a la *Memòria justificativa* de l'avantprojecte del que després va ser la Llei 17/1993, elaborada pel Ministeri per a les Administracions Públiques (MAP).⁵⁷

Partint de la premissa que la mesura legislativa que calia adoptar era una llei, atès que el requisit de la nacionalitat en l'accés a la funció pública espanyola és determinat, com hem vist anteriorment, per la Llei de funcionaris civils de l'estat del 1964, la *Memòria* té en compte dos elements abans d'enumerar les alternatives legislatives que poden donar-se.

El primer element és que hi ha dues grans opcions per articular l'accés dels nacionals d'altres estats membres als llocs de treball públics a Espanya: a) l'obertura general de la funció pública als ciutadans comunitaris i l'enumeració d'un seguit d'excepcions, és a dir, sectors o llocs de treball concrets que estarien reservats als nacionals espanyols,⁵⁸ o b) l'exigència de la nacionalitat espanyola com a regla general i obertura de determinats sectors als ciutadans de la resta d'estats membres de la UE.⁵⁹

El segon element fa referència a l'abast de la futura llei tenint en compte la distribució competencial espanyola en matèria de funció pública. En aquest sentit, calia una llei de caràcter general, que seria concretada reglamentàriament. D'altra banda, es tractaria de legislació bàsica, que les comunitats autònomes podrien desenvolupar.

Combinant els dos elements, la *Memòria* exposa les diferents alternatives reguladores que hi ha per obrir la funció pública espanyola als ciutadans dels altres estats membres de la UE i analitza els inconvenients o avantatges de cadascuna d'elles:

- Fer una obertura genèrica dels llocs de treball a l'Administració pública als nacionals d'altres estats membres, permetent al Govern de l'estat i a les comunitats autònomes reservar als espanyols l'accés a cossos o llocs de treball en els quals s'exerceixin potestats públiques o funcions de salvaguarda dels interessos de l'estat. L'inconvenient que, segons el MAP, sembla tenir aquesta opció és que es tracta d'una fórmula massa àmplia, que es podria veure desvirtuada si l'estat o les comunitats autònomes plantejessin moltes restriccions.
- Fer una obertura genèrica i una reserva, per la mateixa llei, de determinats sectors de la funció pública als ciutadans espanyols. L'inconvenient d'aquesta opció seria la necessitat de fer una llista de sectors i llocs de treball reservats als espanyols en la mateixa llei, la qual cosa té una gran dificultat tècnica, al parer del MAP.
- Fer una reserva genèrica de l'accés a la funció pública als ciutadans espanyols, i obrir als nacionals dels altres estats membres els llocs de treball no connectats amb l'exercici de potestats públiques o la salvaguarda dels interessos de l'estat. En aquest cas el Govern de l'estat i les comunitats autòno-

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», a *Documentación preparada para la tramitación...* (1992), *op. cit.*, pàg. 683-694.

58. És el model adoptat a Itàlia, com explicarem més endavant.

59. El document del MAP avança que aquesta segona opció és més realista, ja que a la primera les excepcions serien tan nombroses que es convertirien en la regla general.

mes tindrien la facultat de concretar els supòsits en els quals no s'exigiria el requisit de la nacionalitat. Aquesta opció planteja, segons la *Memòria*, el problema que es podrien donar models diferenciats, segons el que cada administració entengués per «exercici de potestats públiques i salvaguarda de l'interès general», difícilment justificables davant la Comissió, i que donarien lloc a greus problemes de mobilitat de funcionaris entre les diferents administracions públiques.

- Identificació dels sectors oberts a l'accés per part dels ciutadans dels altres estats membres de la UE (sanitari, correus, docent, investigador), deixant en mans del Govern de l'estat i de les comunitats autònomes la determinació dels cossos i llocs de treball en els quals s'ha d'aplicar aquesta obertura. El sistema quedaria tancat en les relacions de llocs de treball, que concretarien quins són els llocs oberts i, d'altra banda, quins són els llocs de treball, dins els sectors oberts, que queden reservats als nacionals espanyols per implicar exercici de potestats públiques o salvaguarda dels interessos de l'estat. La *Memòria* assenyalava, en favor d'aquesta opció, que permetria complir els mínims exigits per la Comissió Europea i actuar de manera més coordinada entre les diferents administracions públiques.

Aquesta darrera opció, com es desprèn de la defensa que en va fer la *Memòria* a la qual ens referim, va ser la utilitzada per la Llei 17/1993, com veurem en l'apartat següent. Cal dir que l'elecció d'aquesta alternativa no suposaria després un procés d'aplicació de la llei gaire fàcil, ja que el desplegament d'aquesta ha estat força lent, tant a nivell estatal com autonòmic.

D'altra banda, el fet d'haver optat per mantenir com a regla general la clàusula de la nacionalitat per accedir a la funció pública, identificant els sectors concrets que queden oberts als nacionals de la resta d'estats membres de la UE, crea una situació legislativa una mica rígida, ja que s'han identificat uns sectors molt concrets (investigació, docència, correus, sanitari), més enllà dels quals és molt difícil que la normativa de desenvolupament reconegui el dret d'accés a aquests sectors dels no espanyols.⁶⁰ I, com hem vist en analitzar la posició de les institucions comunitàries en aquesta qüestió, aquests són alguns dels sectors en els quals els estats membres no poden limitar la lliure circulació dels treballadors, però no els únics. En general, tots els llocs de treball a l'Administració pública que no impliquin exercici de potestats públiques o salvaguarda de l'interès general han d'estar oberts a tots els nacionals dels estats membres de la UE, independentment del fet que pertanyin o no als sectors que, orientativament, la Comissió va incloure en la seva Comunicació del 1988. Ja veurem com, en les poques normes de desenvolupament de la Llei 17/1993 adoptades fins ara, no es diu res en relació amb altres sectors que no siguin el assenyalats expressament per aquesta.

60. Tot i que l'apartat 1 de l'article 1 de la Llei 17/1993 diu: «*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*».

Per últim, cal assenyalar que la *Memòria* indica que, en relació amb el personal laboral al servei de les administracions públiques, no caldria modificar disposicions amb rang de llei, sino que n'hi hauria prou amb actuar sobre convenis col·lectius i sobre convocatòries d'accés.

2.4. *La Llei 17/1993, sobre l'accés a determinats sectors de la funció pública dels nacionals de la resta d'estats membres de la Unió Europea, i el seu desplegament*

2.4.1. El contingut de la Llei 17/1993

La Llei 17/1993,⁶¹ en la línia comentada en l'apartat anterior, es limita a assenyalar quins són els sectors de la funció pública als quals poden accedir els ciutadans de la UE, deixant el desenvolupament normatiu que calgui per tal de precisar els llocs de treball concrets a les comunitats autònomes o a altres administracions públiques, en l'àmbit de les seves competències.

Es tracta, doncs, d'un llei molt breu que, segons assenyala en la seva exposició de motius, s'adreça a portar a terme les modificacions normatives necessàries que permetin l'accés dels nacionals dels altres estats membres a determinats sectors de la funció pública espanyola, concretament als sectors que la Comissió, en desenvolupament de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees sobre l'article 39.4 TCE, ha considerat dins la lliure circulació de treballadors.

Quant al seu àmbit d'aplicació, cal dir que la Llei té un caràcter general. Les seves previsions tenen la consideració, tal com diu la seva disposició final, de bases del règim estatutari dels funcionaris públics en els termes de l'article 149.1.18 de la Constitució. Així doncs, estem davant d'una norma de rang legal que ve a complementar la regla general d'exigència de la nacionalitat espanyola com a requisit per accedir als llocs de treball en l'Administració espanyola, recollida a l'article 30 de la Llei de funcionaris civils de l'estat del 1964. En la mesura que només s'aplica a uns sectors determinats, hem de considerar que es tracta d'una excepció a la regla general d'exigència de nacionalitat.

L'article 1.1 de la Llei assenyala quins són els sectors de la funció pública als quals els nacionals de la resta d'estats membres de la UE poden accedir en les mateixes condicions que els espanyols. Són els següents: funció pública investigadora, docent, de correus, sanitària de caràcter assistencial i *la resta de sectors de la funció pública als quals, segons el dret comunitari, sigui d'aplicació la lliure circulació de treballadors*.

Tenint en compte el contingut de la Comunicació de la Comissió del 1988 (comentat *supra*), l'àmbit d'aplicació de la Llei sembla bastant restrictiu. Es limita a enumerar els sectors que la Comissió va assenyalar expressament, perquè considerava prioritari a l'efecte d'incloure'ls en la lliure circulació de treballadors, i completa aquesta llista amb una clàusula oberta («la resta de sectors als quals, segons el dret comunitari, els sigui d'aplicació la lliure circulació de treballadors») sense cap con-

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

creció. Aquesta fórmula és massa vaga com per esperar un desenvolupament no restrictiu de la Llei. Sobretot perquè el dret comunitari no ha assenyalat sectors de la funció pública als quals sigui aplicable la lliure circulació de treballadors. L'únic que ens ofereix el dret comunitari és un article del TCE (39.4) que introdueix una excepció al principi de lliure circulació de treballadors en l'àmbit de la funció pública, al qual el TJCE ha donat una interpretació determinada, que també ha recollit la Comissió. Però la referència que aquestes institucions —TJCE i Comissió— hagin pogut fer a sectors de la funció pública concrets és gairebé exemplificativa. L'important és l'abast que s'ha donat a l'excepció a la lliure circulació de treballadors establerta a l'article 39.4 TCE: només es pot limitar l'accés als llocs de treball de les funcions públiques nacionals que impliquin participació en l'exercici del poder públic o de funcions que tenen per objecte la salvaguarda dels interessos de l'estat o de les altres col·lectivitats territorials.

D'altra banda, es deixen fora de l'enumeració de l'article 1.1 de la Llei sectors als quals fa referència expressa la Comunicació de la Comissió, com són els integrats per organismes encarregats de gestionar serveis comercials (serveis que es gestionen des del sector públic, però que podrien ser prestats per entitats privades), com els transports, el subministrament d'aigua, gas, electricitat i hidrocarburs, les telecomunicacions i la radiotelevisió. El fet de no haver inclòs aquests sectors en l'enumeració de la Llei respon al fet que aquest tipus de serveis a Espanya es presten a través d'ens públics el personal al servei dels quals té caràcter laboral, no funcionari i, per tant, no s'exigeix la nacionalitat espanyola per accedir a aquests llocs de treball.

Ens sembla prou clar que la fórmula utilitzada per l'article 1.1 de la Llei 17/1993 no originarà un desenvolupament de la llei d'acord amb la interpretació restrictiva de l'article 39.4 TCE fet per les institucions comunitàries. Més aviat donarà lloc a una obertura restringida dels sectors enumerats expressament, tal com, segons veurem en l'apartat següent, ha fet el Reial decret 800/1995, de 19 de maig, amb relació amb la funció pública estatal,⁶² i el Decret 386/1996, de 2 de desembre, en relació amb la funció pública catalana.⁶³ L'apartat segon del mateix article 1 precisa que el Govern o els òrgans corresponents de les comunitats autònomes o de la resta d'administracions públiques determinaran els cossos, escales i llocs de treball als quals, d'acord amb l'apartat primer, podran accedir els nacionals de la resta d'estats membres de la Comunitat Europea.

D'altra banda, si bé la Llei estableix un àmbit d'aplicació material limitat a uns sectors de la funció pública molt concrets, no s'oblida d'excloure'n aquells llocs de treball que impliquin l'exercici de potestats públiques o la responsabilitat en la salvaguarda dels interessos de l'estat o de les administracions públiques, que quedaran reservats a funcionaris de nacionalitat espanyola. Per què no utilitzar aquesta mateixa fórmula per obrir tots els sectors de la funció pública als nacionals de la resta d'estats membres de la UE? Tot i que estaria més en consonància amb la interpretació feta per les institucions comunitàries de l'article 39.4 TCE,

62. Reial decret pel qual es regula l'accés a determinats sectors de la funció pública dels nacionals de la resta d'estats membres de la Unió Europea (BOE núm. 135, de 7 de juny de 1995).

63. DOGC núm. 2291, d'11 de desembre de 1996.

sembla que el legislador espanyol ha optat per una regulació al més restrictiva possible de la qüestió.

Per últim, seguint amb el contingut de la Llei 17/1993, cal fer referència a la seva disposició derogatòria, que senzillament estableix: «queden derogades totes les disposicions que s'oposin a la present Llei». La vaguetat d'aquest precepte, que renuncia a fer qualsevol tipus de derogació específica, juntament amb la inconcreció de l'àmbit d'aplicació material de la Llei (article 1.1), ens porta a concloure que, definitivament, serà molt difícil que, a la pràctica, es doni una liberalització efectiva de l'accés als llocs de treball a l'Administració pública.^{64 i 65}

Una qüestió important a analitzar amb relació al contingut de la Llei és el fet que, per definir el seu àmbit d'aplicació, s'hagi utilitzat l'expressió «funció pública» i no «llocs de treball a l'Administració pública». El primer terme, en sentit estricte, abasta només els llocs de treball ocupats per funcionaris, de manera que els ocupats a través de contractes laborals o administratius no estarien dins l'àmbit d'aplicació de la Llei. El segon terme, més ampli, sí que abastaria aquest tipus de contractats. Ja hem comentat *supra* que no hi ha una norma de caràcter general que exigeixi el requisit de la nacionalitat per accedir a l'Administració pública per la via de la contractació laboral però, no obstant això, a través de reglamentacions o ordenances laborals, i també convenis col·lectius, és habitual l'exigència de la nacionalitat espanyola per accedir a llocs de treball a l'Administració pública regits pel dret laboral, exigència que obeeix a una aplicació extensiva de les condicions d'accés a la funció pública. Ténint en compte aquesta circumstància, i atès que l'article 39.4 TCE es refereix a «llocs de treball a l'Administració», independentment de si es tracta d'un vincle funcional o laboral, sembla que hauria estat convenient especificar a la Llei que el seu àmbit d'aplicació comprèn tots els llocs de treball a l'Administració pública, no només els de naturalesa funcional. En l'epígraf següent veurem com el reial decret que desplega la Llei 17/1993 sí que fa al·lusió expressa al personal laboral.

2.4.2. El desplegament de la Llei 17/1993

La Llei 17/1993 té caràcter de legislació bàsica, concretament de règim estatutari dels funcionaris públics. Segons l'article 1.2, el Govern de l'Estat i els organismes corresponents de les comunitats autònomes o de la resta d'administracions públiques, en el marc de les seves competències, hauran d'identificar els cossos, les escales o els llocs de treball als quals poden accedir els nacionals de la resta d'estats membres de la UE. Així doncs, cal un desplegament normatiu tant a nivell estatal com autonòmic, que concreti el contingut de la Llei 17/1993.

64. Opinió que comparteixo amb 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, pàg. 93.

65. La resta de preceptes de la Llei fan referència a altres aspectes com la necessitat d'acreditació de la nacionalitat i del compliment dels requisits establerts per participar en els processos de selecció (article 2), la pèrdua de la condició de funcionari si es perd la nacionalitat comunitària (article 3) i l'extensió de l'àmbit d'aplicació de la Llei als nacionals d'estats no comunitaris als quals s'apliqui la lliure circulació de treballadors continguda al TCE (disposició addicional).

2.4.2.1. El Reial decret 800/1995, de 19 de maig, pel qual es regula l'accés a determinats sectors de la funció pública dels nacionals de la resta d'estats membres de la Unió Europea

El primer aspecte a destacar quant a l'àmbit d'aplicació del Reial decret és que el seu abast es limita a l'Administració general de l'Estat, en relació amb la qual s'inclou un annex que enumera els cossos, escales i places dels diferents ministeris i organismes autònoms que queden oberts a la lliure circulació de treballadors. El contingut d'aquest annex confirma les tesis que exposàvem en l'apartat anterior en relació amb l'abast restrictiu de l'obertura de la funció pública espanyola operada per la Llei 17/1993, en el sentit que la fórmula utilitzada per l'article 1.1 (s'obren quatre sectors determinats, i la resta de sectors als quals sigui d'aplicació la lliure circulació de treballadors) es concreta en l'obertura només dels quatre sectors mencionats expressament (funció pública investigadora, docent, de correus i sanitària de caràcter assistencial). Qualsevol altre lloc de treball funcional en un ministeri no relacionat amb els sectors esmentats només podrà ser, doncs, ocupat per una nacional espanyola, independentment de si implica o no exercici de poder públic o funcions de salvaguarda dels interessos de l'Estat. Així, per exemple, l'accés a qualsevol lloc de treball funcional del Ministeri per a les Administracions Públiques requerirà la condició de nacionalitat, al marge del tipus de funcions que impliqui.

D'altra banda, si bé l'àmbit d'aplicació de la Llei només inclou els funcionaris, sense mencionar els llocs de treball ocupats pels laborals, el Reial decret va més enllà i assenjala que els ciutadans d'altres estats membres de la UE també podran accedir a les places o llocs de treball de personal laboral dels quatre sectors liberalitzats. Ja s'ha comentat que hauria estat convenient que la Llei fes referència al personal laboral, i sembla que els redactors del Reial decret també han tingut en compte la manca del text legislatiu. Però si aquest no va incloure el personal laboral en el seu àmbit d'aplicació, la seva introducció en el Reial decret suposa l'ampliació, via reglament, de l'abast de la Llei.⁶⁶

La limitació de l'àmbit d'aplicació del Reial decret ve donada per la previsió, a l'article 2, de la reserva als nacionals espanyols de llocs de treball inclosos en la relació de cossos i escales de l'annex que impliquin exercici de potestats públiques o responsabilitat en la salvaguarda dels interessos de l'estat o de les administracions públiques. Aquesta reserva haurà de ser feta pel Ministeri d'Economia i Hisenda i pel Ministeri per a les Administracions Públiques, i especificada en les relacions de llocs de treball.⁶⁷ Aquest darrer serà, doncs, l'instrument organitzatiu que determinarà,

66. *Vid.* Gómez Muñoz (1995), *op. cit.*, pàg. 96, que critica la utilització d'una norma de rang reglamentari per ampliar l'àmbit d'aplicació de la Llei 17/1993.

67. No estic d'acord amb Gómez Muñoz (1995), *op. cit.*, pàg. 99-100, quan diu que la competència atorgada específicament a aquests dos ministeris per fer reserva de llocs de treball als nacionals espanyols incrementa el desconcert que crea el Reial decret sobre el seu àmbit d'aplicació. Em sembla prou clar que aquesta norma desenvolupa la Llei 17/1993 només en relació amb l'Administració general de l'Estat, i que per tant no és aplicable ni a les comunitats autònomes ni als ens locals. Si el Reial decret menciona aquest dos ministeris com a competents per fer la reserva de llocs de treball als nacionals espanyols és perquè són també els competents per fer aprovar les relacions de llocs de treball

en cadascun dels sectors liberalitzats, els llocs de treball exclosos de la lliure circulació de treballadors.

La resta d'articles del Reial decret està dedicada a enumerar els requisits que han de complir els aspirants a ocupar un dels llocs de treball oberts als nacionals d'altres estats membres de la UE per poder participar a les proves selectives. Aquests requisits són els mateixos que els exigits a qualsevol aspirant a ocupar un lloc de treball a l'Administració pública, a més de l'acreditació d'un coneixement adequat de la llengua castellana, per la qual cosa es pot exigir, fins i tot, la superació de proves amb aquesta finalitat. El coneixement del castellà (o, en el cas d'algunes comunitats autònomes, la llengua pròpia de la comunitat) i el compliment dels mateixos requisits que la resta d'aspirants, entre els quals cal destacar la titulació necessària per accedir a un lloc de treball determinat, suposen dos obstacles molt importants per a l'accés a la funció pública espanyola del ciutadans comunitaris.

2.4.2.2. La normativa autònoma catalana

La Llei 17/1993 té caràcter de legislació bàsica; constitueix, com ella mateixa indica, règim estatutari dels funcionaris públics. El seu desenvolupament, pel que fa a les funcions públiques de les comunitats autònomes, correspon a aquestes comunitats.

Al nostre entendre, la redacció de l'article 1.1 de la Llei 17/1993 permet fer una interpretació àmplia de l'abast de l'obertura de la funció pública, a qualsevol nivell territorial, a la lliure circulació de treballadors. Malgrat enumerar quatre sectors concrets, la referència a «la resta de sectors als quals, segons el dret comunitari, els sigui aplicable la lliure circulació de treballadors», tot i que segons hem comentat és bastant imprecisa, fa possible que el legislador autonòmic liberalitzi l'accés a la funció pública en altres sectors no mencionats expressament a la Llei 17/1993 o, en general, que permeti accedir als nacionals d'altres estats membres de la UE a qualsevol lloc de treball de la funció pública autonòmica —o local, en el marc de les seves competències i d'acord amb la normativa bàsica de dret local— que no comporti exercici de poder públic o salvaguarda d'interessos generals. Perquè aquest és, com hem vist, el sentit de la interpretació que el TJCE ha fet de l'excepció de l'article 39.4 TCE.

A Catalunya, les previsions de la Llei 17/1993 van ser introduïdes a la Llei de la funció pública de l'Administració de la Generalitat en la reforma operada per la Llei 9/1994, de 29 de juny, que a la seva disposició addicional vintena estableix que els ciutadans dels estats membres de la UE podran accedir a la funció pública de l'Administració de la Generalitat, d'acord amb el que estableixi la normativa específica.⁶⁸

en l'àmbit de l'Administració general de l'Estat. D'altra banda, el desenvolupament reglamentari de la Llei per part de l'Estat tampoc no pot anar més enllà, ja que són les comunitats autònomes els ens competents per desplegar la Llei en relació amb les seves funcions públiques pròpies.

68. La disposició addicional vintena de la Llei de la funció pública de l'Administració de la Generalitat assenyalava: «Els ciutadans dels estats membres de la Unió Europea, no obstant el que estableix l'article 33.a, poden accedir a la funció pública de l'Administració de la Generalitat, d'acord amb els requisits que siguin determinats per la normativa específica. En idèntiques condicions poden accedir a la funció pública de l'Administració de la Generalitat els ciutadans dels estats als quals, en virtut de tractats internacionals subscriets per la Unió Europea i ratificats per Espanya, els sigui aplicable la lliure

Aquesta normativa específica a la qual es fa referència inclou la Llei 17/1993 i les normes reglamentàries de desplegament d'aquesta que ha adoptat el Govern de la Generalitat, tot i que la llei catalana no fa cap previsió expressa en aquest sentit.

El desenvolupament reglamentari ha estat portat a terme pel Decret 389/1996, de 2 de desembre, pel qual es regula l'accés dels ciutadans dels estats membres de la Unió Europea a la funció pública de l'Administració de la Generalitat.⁶⁹ La tècnica utilitzada en aquest Decret és una mica diferent de la utilitzada pel Reial decret 800/1995, vist *supra*. En el cas català, s'assenyala que estaran oberts a l'accés dels ciutadans dels altres estats membres de la UE els cossos, escales, places, categories o especialitats de la funció pública de l'Administració de la Generalitat amb funcions investigadores, docents i sanitàries de caràcter assistencial (article 1.1), però no s'afegeix cap annex en el qual figurin de forma detallada quins són aquests cossos, escales, etc. La seva concreció ni tan sols es remet a les relacions de llocs de treball.

S'obren expressament, doncs, els llocs de treball dels sectors que enumera la Llei 17/1993 i s'afegeixen, de la mateixa manera que fa aquesta, aquells llocs que pertanyen a altres sectors de la funció pública als quals, en virtut dels dret comunitari, sigui aplicable la lliure circulació de treballadors, d'acord amb el que determinin les relacions de llocs de treball (article 1.2). Hem comentat *supra* la inconveniència d'aquesta fórmula, ja que el dret comunitari no estableix sectors de l'Administració pública que hagin d'estar oberts a la lliure circulació de treballadors, sinó que restringeix l'abast de l'article 39.4 TCE als llocs de treball que impliquin exercici de poder públic o funcions de salvaguarda dels interessos generals. Aquests es reserven, d'acord amb l'article 2 del Decret 389/1996, als ciutadans espanyols, i hauran de ser especificats en les relacions de llocs de treball.

L'aplicació del Decret abasta tant el personal funcionari com el laboral (article 1), i també els llocs de treball de les universitats (en el marc de la seva autonomia) i de les administracions locals situades al territori de Catalunya (d'acord amb la legislació sobre funció pública local).

Es regulen, d'altra banda, el procediment d'accés (participació en les convocatòries i superació de les proves que escaiguin), els requisits que han de complir els aspirants (els mateixos que per a la resta d'aspirants, acreditació de la nacionalitat i de no estar sotmès a sanció disciplinària o condemna penal) i la documentació que han de presentar (la necessària per acreditar els requisits que s'exigeixin, certificada per les autoritats del país d'origen). Per últim, l'article 6 es refereix a la necessitat d'acreditar el coneixement de les dues llengües oficials de Catalunya.⁷⁰

circulació de treballadors, en els termes en què aquesta es troba definida en el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea». Aquesta previsió està inclosa actualment a l'article 45.a del text refós de la legislació catalana en matèria de funció pública (Decret legislatiu 1/1997), com a excepció al requisit de la ciutadania espanyola per poder accedir a les proves de selecció dels funcionaris.

69. DOGC núm. 2291, d'11 de desembre de 1996.

70. Sobre la qüestió del coneixement de la llengua com a requisit per a accedir als llocs de treball a les administracions públiques, *vid.* la Sentència *Anita Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Education Committee* (STJCE de 28 de novembre de 1989, afer C-379/87, *Rec.* 1989, pàg. 3967 i ss.).

2.4.3. Una qüestió específica: la funció pública local i l'accés dels ciutadans comunitaris al sufragi actiu i passiu en l'àmbit local

Fins ara no existeix cap regulació específica que reguli les possibilitats d'accés a la funció pública local per part dels ciutadans comunitaris, de manera que cal entendre d'aplicació la norma estatal en la seva part de legislació bàsica. En efecte, l'àmbit d'aplicació de la Llei 17/1993 abasta totes les administracions públiques i, per tant, també els ens locals. La determinació dels cossos, escales i llocs de treball afectats per la Llei l'hauran de fer, a nivell general, les comunitats autònomes, que tenen competència en matèria de funció pública local d'acord amb les bases establertes per la legislació bàsica estatal de règim local.

Així, el desenvolupament reglamentari que facin les comunitats autònomes de la Llei 17/1993 haurà d'incloure també la funció pública local. La concreció posterior dels llocs de treball de lliure accés per als nacionals de la resta d'estats membres de la UE i dels reservats als nacionals espanyols perquè impliquin exercici de poder públic o salvaguarda dels interessos de la col·lectivitat local correspondrà al ple de la corporació, que és el competent per aprovar la relació de llocs de treball corresponent. A Catalunya, el Decret 389/1996, que regula l'accés dels ciutadans dels estats membres de la Unió Europea a la funció pública de l'Administració de la Generalitat, és d'aplicació també al personal al servei de les corporacions locals (disposició addicional segona).

El cas dels ens locals presenta, d'altra banda, una peculiaritat molt important en la mesura que l'article 17 TCE (antic article 8 B, que havia estat introduït pel TUE) reconeix el dret de sufragi actiu i passiu dels ciutadans de la Unió Europea que resideixin en un estat membre del qual no són nacionals en les eleccions municipals de l'estat membre on resideixin. El dret de sufragi passiu en les eleccions municipals obre, al meu entendre, una dimensió nova en la interpretació de l'article 39.4 TCE: si un ciutadà comunitari pot accedir a funcions executives com les d'alcalde o tinent d'alcalde en un ajuntament, que sens dubte comporten participació en l'exercici del poder públic i en la salvaguarda d'interessos generals, fins a quin punt és coherent des d'una perspectiva de lògica jurídica limitar el seu accés a càrrecs funcionaris que comportin funcions de la mateixa naturalesa?⁷¹

Cal dir que la Directiva 94/80/CE del Consell, de 19 de desembre de 1994, per la qual es fixen les modalitats d'exercici del dret de sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals per part dels ciutadans de la Unió Europea residents en un estat membre del qual no siguin nacionals,⁷² en l'article 5, estableix que els estats membres *poden* reservar les funcions d'alcalde, tinent d'alcalde o membre d'un òrgan col·legiat als seus propis nacionals, de manera que els no nacionals només puguin accedir al càrrec de regidor. Aquesta possibilitat que ofereix la Directiva citada sens dubte està més d'acord amb la interpretació de l'excepció de l'article 39.4 TCE feta per les institucions comunitàries, però obre la porta al fet que el dret de sufragi pas-

71. Sobre aquesta qüestió i el seu tractament per part de la doctrina, *vid.* Jiménez Asensio, Rafael: «Incidencia del derecho comunitario en el ámbito de la función pública», a *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pàg. 181-263.

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

siu dels ciutadans comunitaris en un estat membre del qual no són residents quedí extraordinàriament desvirtuat, en la mesura que els estats membres poden restringir aquest dret.

El legislador espanyol ha optat per una transposició de la Directiva 90/80/CE favorable a un concepte obert de ciutadania europea, és a dir, sense restringir en absolut el dret de sufragi passiu dels ciutadans comunitaris residents a Espanya en les eleccions municipals. Així, la Llei orgànica 1/1997, de 30 de maig, que incorpora a l'ordenament espanyol la Directiva esmentada tot modificant la Llei orgànica de règim electoral general,⁷³ dona una nova redacció a l'article 177 d'aquesta norma en relació amb el sufragi passiu que implica l'obertura als ciutadans comunitaris residents a Espanya de tots els càrrecs de direcció política local en l'àmbit municipal.

Aquesta nova regulació electoral suposa que els nacionals comunitaris no espanyols podran exercir funcions d'autoritat quan siguin elegits per a un càrrec de direcció política (ja que un alcalde, per exemple, té, sens dubte, funcions d'aquesta naturalesa), mentre que aquests mateixos ciutadans poden veure impedit el seu accés a llocs de treball en la funció pública local si aquests impliquen l'exercici de funcions d'autoritat, en virtut de l'excepció de l'article 39.4 TCE i la seva regulació en la legislació sobre la funció pública a Espanya. Aquesta situació normativa no deixa de ser paradoxal, ja que s'està donant un tractament jurídic completament diferent a situacions pràcticament idèntiques: un ciutadà comunitari no espanyol resident a un municipi espanyol que vol accedir a un càrrec que implica l'exercici de funcions d'autoritat pública. L'única diferència entre els dos supòsits seria que els càrrecs de direcció política tenen una durada limitada, mentre que els càrrecs funcionaris tenen, en principi, una durada indefinida. Tanmateix, la distinció deixa de tenir sentit si atenem al fet que en ambdós casos l'interessat podrà exercir funcions d'autoritat pública, i fins i tot tindrà més possibilitats de fer-ho en el marc d'un càrrec de direcció política que si ocupa un càrrec funcional, per important que aquest sigui.

Així doncs, sembla necessari que el legislador reflexioni sobre aquesta situació jurídica desigual que ha creat el reconeixement dels drets polítics dels ciutadans comunitaris en l'àmbit local. Sembla convenient, al nostre entendre, que es realitzi una reforma de la legislació en matèria de funció pública local que permeti l'accés dels ciutadans comunitaris no espanyols a tots els llocs de treball de l'Administració local, per establir així una correspondència lògica entre l'àmbit polític i l'àmbit funcional.

2.5. *Els models d'obertura de la funció pública en l'ordenament jurídic d'altres estats membres de la Unió Europea*

2.5.1. Itàlia

La reforma legislativa en l'ordenament jurídic italià en relació amb el tema que tractem ha estat introduïda per dues normes. D'una banda, un Decret legislatiu de 3 de febrer de 1993, que va regular diferents aspectes organitzatius de les adminis-

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

tracions públiques italianes⁷⁴ i, d'una altra, un reglament del president del Consell de Ministres que va regular específicament l'accés dels ciutadans membres de la UE als llocs de treball de les administracions públiques.⁷⁵

L'article 37 del Decret legislatiu citat va obrir l'accés dels ciutadans dels estats membres de la UE a tots els llocs de treball de les administracions públiques que no impliquin exercici directe o indirecte del poder públic o no afectin la tutela de l'interès nacional. El mateix article es remet a un decret del Consell de Ministres que concretarà quins són els llocs de treball pel quals, en tot cas, es requerirà la nacionalitat italiana. La tècnica utilitzada és, doncs, inversa a la de la llei espanyola: no s'exigeix la nacionalitat italiana per accedir a la funció pública com a regla general, amb l'excepció dels llocs de treball que impliquin exercici del poder públic o salvaguarda d'interessos generals, que seran concretats posteriorment a nivell reglamentari. Es tracta, doncs, d'una obertura molt més àmplia que no se centra, com en el cas de la llei espanyola, en els quatre sectors de la funció pública que la Comissió considera prioritaris en la seva Comunicació del 1988, sinó que arriba a qualsevol sector de la funció pública, posant l'accent en la naturalesa de les funcions dels llocs de treball per establir les excepcions a la regla general de no-exigència de la nacionalitat italiana.

Els llocs de treball a les administracions públiques italianes exclosos de la lliure circulació de treballadors estan especificats al reglament citat del Consell de Ministres. Aquesta reserva de llocs per a ciutadans italians es fa per dues vies: 1) enumeració de llocs de treball concrets reservats, i 2) tipus de funcions reservades.

Entre els primers es troben: *a)* els llocs de treball de nivell directiu; *b)* els llocs de treball amb funcions d'alta administració dels serveis perifèrics de les administracions; *c)* magistrats ordinaris administratius, militars i comptables, i *avvocati* i *procuratori* de l'estat, i *d)* agents civils i militars de la Presidència del Consell de Ministres, del Ministeri d'Afers Exteriors, del Ministeri de Justícia, del Ministeri de l'Interior, del Ministeri de Defensa i del Ministeri d'Economia.

Al marge d'aquests llocs de treball reservats expressament als ciutadans italians, el Decret també enumera les funcions de les administracions públiques que, tot i pertànyer a llocs de treball en principi oberts a tots els nacionals d'altres estats membres de la UE, estan reservades als ciutadans italians, ja que estan relacionades amb l'exercici del poder públic o la salvaguarda d'interessos generals. Aquestes funcions són les següents: *a)* funcions que comporten l'elaboració, la decisió, l'execució de procediments autoritzatoris i coercitius i *b)* funcions de control de legitimitat i de mèrit. Per tal de reservar als ciutadans italians l'accés als llocs de treball concrets o a l'atribució de competències que comportin exercici de les funcions citades, el Consell de Ministres haurà d'emetre una resolució que denegui l'accés davant la sol·licitud de l'interessat.

74. Decret legislatiu de 3 de febrer de 1993, núm. 29. Racionalització de l'organització de les administracions públiques i revisió de la disciplina en matèria d'ocupació pública, segons l'art. 2 de la Llei de 23 d'octubre de 1992, núm. 421 (Gazzetta Ufficiale, 6 de febrer de 1993, núm. 30, supl. ord.).

75. Decret del president del Consell de Ministres de 7 de febrer de 1994, núm. 174. Reglament sobre les normes respecte a l'accés dels ciutadans dels estats membres de la Unió Europea als llocs de treball de les administracions públiques (Gazzetta Ufficiale, 15 de març de 1994, núm. 61).

L'ordenament jurídic italià, amb anterioritat a la reforma legislativa comentada,⁷⁶ no recollia amb caràcter general l'exigència de la ciutadania italiana per accedir a la funció pública. Però la manca d'una previsió d'aquest tipus responia a l'absència tant d'un model unitari d'organització administrativa com d'un text legislatiu general en matèria de funció pública. Tanmateix, la major part de normes que regulaven l'accés als llocs de treball dels diferents ens públics exigien la nacionalitat italiana. La situació era, doncs, molt semblant a la de l'ordenament espanyol.

Així doncs, l'italià és un model d'obertura general als ciutadans de la UE de l'accés a la funció pública amb algunes excepcions pel que fa a determinats llocs de treball i a determinades funcions. Es tracta d'excepcions importants, que poden afectar bastants llocs de treball, que resten reservats als ciutadans italians. Però, en qualsevol cas, no hi ha dubte que els llocs de treball a la funció pública italiana oberts a la lliure circulació de treballadors seran molt més nombrosos que els reservats als italians. De la mateixa manera, una reforma legislativa en aquest sentit a Espanya hauria donat, al nostre entendre, resultats molt semblants i molt més d'acord amb la interpretació feta per les institucions comunitàries de l'abast de l'excepció de l'article 39.4 TCE.⁷⁷

2.5.2. França

La situació normativa a França pel que fa als requisits d'accés a la funció pública amb anterioritat a la reforma introduïda el 1991, que comentarem seguidament, era semblant a la d'Espanya.

Per una banda, no hi havia —ni hi ha— cap precepte constitucional que reservés els llocs de treball a l'Administració pública als ciutadans francesos. L'única disposició d'aquest rang que, indirectament, fa referència a aquesta qüestió és l'article 6 de la Declaració dels drets de l'home i del ciutadà de 1789 segons la qual: «la llei és l'expressió de la voluntat general [...]. Tots els ciutadans són iguals davant d'ella i són admissibles a tots els càrrecs, places i llocs de treball públics, d'acord amb la seva capacitat, i sense cap altra distinció que les seves virtuts i talents». Aquest precepte va ser invocat en un recurs que es va interposar contra la Llei francesa de 26 de juliol del 1991, que obre la funció pública als ciutadans de la UE, davant del Consell Constitucional, però tant aquest òrgan en la seva resolució⁷⁸ com la doctrina⁷⁹ van rebutjar

76. Sobre aquesta qüestió *vid.* Traina, Duccio M.: «Libertà de circolazione nella Comunità Economica Europea e pubblico impiego in Italia», a *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 2, 1991, pàg. 347 i ss.

77. No era del mateix parer l'executiu espanyol en el moment d'elaborar la proposta de llei corresponent. Com hem comentat *supra*, l'opció adoptada per l'ordenament italià va ser descartada a la Memòria del MAP amb l'argument que les excepcions serien tantes que desvirtuarien la regla general de no-exigència de nacionalitat espanyola per accedir a la funció pública a Espanya.

78. Decisió del Consell Constitucional núm. 91-293 DC, de 23 de juliol de 1991 (*vid.* *Acceso a la función pública...*, Secretaria General del Congreso de los Diputados, Documentación núm. 106, 1992, pàg. 973 i ss).

79. *Vid.* Bacler-Hainque, Rosy: «L'Europe des emplois dans l'administration publique», *L'actualité juridique - Droit administratif*, 1990, núm. 4, pàg. 228-232, i 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, pàg. 907-908.

que la mencionada Llei infringís l'article 6 del text constitucional francès, ja que aquest, tot i referir-se a la igualtat en l'accés als llocs de treball públics amb relació als ciutadans francesos (*citoyens*), no estableix cap reserva en favor d'aquests per accedir-hi.

Quant a la legislació francesa en matèria de funció pública, l'estatut dels funcionaris està regulat per la Llei núm. 83-634 de 13 de juliol de 1983, relativa als drets i les obligacions dels funcionaris, l'article 5 de la qual establia, en la seva redacció anterior al 1991, que «ningú pot tenir la qualitat de funcionari: 1r. si no posseïx la nacionalitat francesa...». Així doncs, com en el cas d'Espanya, existia una reserva dels llocs de treball funcionaris (no els ocupats per contractats) en favor dels ciutadans francesos.

La Llei núm. 91-715, de 26 de juliol de 1991, de diferents disposicions relatives a la funció pública,⁸⁰ modifica el citat article 5 de l'estatut funcional i afegeix una remissió a un nou article 5 *bis*, segons el qual els nacionals dels altres estats membres de la Comunitat Econòmica Europea tenen accés, en les condicions previstes a l'estatut general, als cossos, grups i llocs de treball les atribucions dels quals bé són separables de l'exercici de sobirania, bé no comporten participació directa o indirecta en l'exercici de prerrogatives del poder públic de l'estat o d'altres col·lectivitats públiques.

Es tracta, doncs, d'una obertura general de l'accés a la funció pública, l'aplicació de la qual s'articula a través de la previsió per part de l'estatut particular de cada cos de la possibilitat d'accés dels ciutadans comunitaris no francesos. Aquests estatuts particulars també hauran de preveure les condicions en les quals aquests ciutadans no francesos poden formar part d'òrgans consultius que emetin dictàmens vinculants per les autoritats amb poders de decisió.

El model francès és, a nivell legislatiu, molt obert, però la seva aplicació passa per la modificació dels estatus dels diferents cossos o grups de la funció pública. En aquest sentit es diferencia de l'italià en el fet que aquest concreta, mitjançant un reglament i eventuais resolucions del president del Consell de Ministres, quins són els llocs de treball reservats als nacionals italians, mentre que en el cas francès l'aplicació de la llei implica la concreció dels cossos i llocs de treball oberts a través dels seus estatuts respectius. En qualsevol cas, es tracta d'un model que, a diferència de l'espanyol, està més d'acord amb la jurisprudència comunitària, ja que la llei no es refereix a sectors de la funció pública concrets que hagin d'estar oberts als ciutadans d'altres estats membres, sinó que fa una formulació més àmplia: «llocs de treball les atribucions dels quals bé són separables de l'exercici de sobirania, bé no comporten participació directa o indirecta en l'exercici de prerrogatives del poder públic de l'estat o d'altres col·lectivitats públiques».⁸¹

80. Llei núm. 91-715 sobre diverses disposicions relatives a la funció pública (*vid. Acceso a la función pública...* (1992), *cit.*, pàg. 963-973).

81. Pel que fa a la resta d'estats membres, *vid. Bodiguel, Jean-Luc: Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, LGDJ, París, 1994. El fet que alguns estats membres no adaptessin els seus ordenaments jurídics a les directrius donades per la Comissió va donar lloc a l'obertura de diferents procediments d'infracció del dret comunitari. És el cas de Bèlgica, Luxemburg i Grècia, en relació amb els quals el TJCE ha dictat diferents sentències condemnatòries: *vid. sentències de 2 de juliol de 1996, Comissió c. Bèlgica*, afer C-173/94, *Rec.* 1996, *Comissió c. Luxemburg*, afer C-473/93, *Rec.* 1996, i *Comissió c. Grècia*, afer C-290/94, *Rec.* 1996.

Conclusions

La jurisprudència del TJCE i l'acció de la Comissió han suposat l'obertura dels llocs de treball de les administracions públiques als nacionals d'altres estats membres de la UE. Si bé en alguns estats com França, Itàlia o Alemanya aquesta obertura ha estat generalitzada a pràcticament tots els llocs de treball a l'Administració pública, tret d'aquells que comporten exercici d'autoritat o salvaguarda dels interessos generals de l'estat (policia, forces armades, diplomàcia, etc.), en d'altres l'obertura ha estat més restrictiva. Així, en el cas d'Espanya, la Llei 17/1993 liberalitza expressament els quatre sectors assenyalats per la Comissió (correus, serveis operatius de la salut pública, ensenyament i investigació civil en centres públics) i afegeix una clàusula que inclou també «la resta de sectors als quals, segons el dret comunitari, sigui aplicable la lliure circulació de treballadors». Aquesta fórmula és vaga i imprecisa, ja que el dret comunitari no inclou expressament cap sector de l'Administració pública en la lliure circulació sinó que dona uns paràmetres interpretatius de l'abast de l'article 39.4 TCE, que es restringeix només a llocs de treball en l'administració que comportin l'exercici de determinades funcions. La reforma de l'estatut funcionarial a Espanya és, doncs, bastant limitada, la qual cosa afecta tots els nivells territorials d'Administració pública.

Cal plantejar-se fins a quin punt aquestes reticències que sembla tenir el legislador espanyol per tal d'obrir els llocs de treball a l'Administració pública espanyola a tots els ciutadans de la Unió Europea poden conjuminar-se amb la tendència política espanyola favorable a la ciutadania europea, que ha propiciat en els darrers anys la possibilitat d'accés dels ciutadans comunitaris als càrrecs polítics de l'Administració local, a través de la seva participació activa i passiva en les eleccions municipals. No sembla gaire coherent que es reservin als nacionals espanyols la major part de llocs de treball a l'Administració pública local, en la mesura que puguin comportar exercici d'autoritat pública o salvaguarda dels interessos generals, mentre que no es reserven càrrecs polítics com el d'alcalde o tinent d'alcalde que, sens dubte, suposen l'exercici d'aquest tipus de facultats. Hem vist que la Directiva que regula el dret de sufragi actiu i passiu a les eleccions municipals dels ciutadans comunitaris que resideixen en un municipi d'un estat membre del qual no són nacionals dona l'opció al legislador nacional de reservar els càrrecs mencionats als seus propis nacionals, precisament perquè aquests poden suposar la participació en l'exercici de l'autoritat pública i en la salvaguarda dels interessos generals. Tanmateix, el legislador espanyol no ha pres aquesta opció, sinó la de l'obertura de tots els càrrecs locals als ciutadans comunitaris, la qual cosa mostra la vocació pro europea del nostre estat. Però no deixa de ser contradictori que pocs anys abans, i en tot cas després de l'entrada en vigor del Tractat de Maastricht, el mateix legislador reformi la legislació de la funció pública per donar accés a tots els ciutadans comunitaris només en quatre sectors de l'Administració pública.

Si el procés d'evolució de la Unió Europea tendeix cap al reforçament de la idea de ciutadania europea i, per tant, de la igualtat de drets dels ciutadans comunitaris en tot el territori de la Unió, els estats membres han de prendre consciència que no és coherent aprofitar les excepcions del dret comunitari que, com l'article 39.4

TCE, donen la possibilitat al legislador nacional d'establir obstacles a la lliure circulació de treballadors.

Addenda

L'Informe sobre l'aplicació del dret comunitari el 1998, aparegut quan ja s'havia conclòs la redacció d'aquest article (COM (1999) 301 final, de 9 de juliol de 1999), dona notícia de l'existència d'un procediment d'infracció instruït per la Comissió Europea contra l'Estat espanyol, per incompliment de les obligacions derivades de l'article 39.4 TCE, ja que, a judici de la institució europea, l'Estat espanyol no ha adoptat les mesures necessàries per assegurar la igualtat de condicions dels ciutadans europeus en l'accés a l'ocupació pública espanyola. En el marc d'aquest procediment, la Comissió va enviar un dictamen motivat a les autoritats espanyoles (el novembre de 1998), a la vista de la presentació de diverses denúncies rebudes en relació amb les pràctiques administratives d'exclusió de ciutadans comunitaris dels processos selectius davant les administracions públiques espanyoles.

Com a conseqüència d'aquest procediment, i en la línia de les crítiques realitzades en aquest treball, la Llei 55/1999, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social (BOE núm. 312, de 30 de desembre de 1999) ha modificat la Llei 17/1993, de 23 de desembre, d'accés a determinats sectors de la funció pública dels nacionals de la resta d'estats membres de la Unió Europea, ha eliminat l'accés restringit als sectors investigador, docent, sanitari assistencial i de correus, i «a la resta de sectors als quals, d'acord amb el dret comunitari, els sigui d'aplicació la lliure circulació de treballadors», i ha establert, tal i com es proposa en el text del nostre treball, una clàusula general d'accés en igualtat de condicions amb els espanyols *a tots els llocs de treball públics*, llevat que impliquin una participació directa o indirecta en l'exercici del poder públic i es tracti de funcions que tinguin per objecte la salvaguarda dels interessos de l'Estat i de les administracions públiques (article 1).

Aquesta reforma, al nostre entendre absolutament necessària, adapta plenament la nostra legislació bàsica en matèria de funció pública a la interpretació donada pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees a l'excepció a la lliure circulació de treballadors establerta per l'article 39.4 TCE. Finalment, és necessari objectar, a l'espera de les normes de desplegament i d'aplicació, el manteniment desafortunat del títol de la Llei («accés a *determinats sectors* de la funció pública»), ja que en realitat s'estableix la regla d'accés generalitzat a tots els llocs de treball públics.

Lamentablement, l'aprovació tan recent de la reforma citada no ens ha permès incloure'n el contingut en aquest treball.

Bibliografía

- Acceso a la función pública de ciudadanos de la Comunidad Económica 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, pàg. 599-614.
- Bacler-Hainque, Rosy: «L'Europe des emplois dans l'administration publique», *L'actualité juridique — Droit administratif*, 1990, núm. 4, pàg. 224-232.
- Baena, Mariano; Piquemal, Marcel: «Las Administraciones nacionales ante la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 90, 1996, pàg. 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, setembre 1994, pàg. 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, pàg. 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, pàg. 573-582.
- Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel; 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, febrer 1997, pàg. 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, pàg. 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, pàg. 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, pàg. 907-908.
- Ferrari-Breuer, Christine: *Enseignement supérieur et Communauté Européenne*, tesi doctoral, Universitat Jean Moulin — Lyon III, Lió, 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, pàg. 91-117.

- Gratal Pérez, Dionisio; 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, pàg. 55-69.
- Handoll, John: «Article 48(4) EEC and Non-National Access to Public Employment», *European Law Review*, núm. 4, 1988, pàg. 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, pàg. 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, 1990, pàg. 786-787.
- Jiménez Asensio, Rafael: «Incidencia del derecho comunitario en el ámbito de la función pública», a *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pàg. 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 artículos 48.4 y 55.1 TCE», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 147, 1997, pàg. 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, pàg. 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, pàg. 137-166.
- Mancini, G. Federico: *La circulación de los trabajadores por cuenta ajena en la Jurisprudencia comunitaria*, Colección Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos, Universitat 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, pàg. 135 a 188.
- Monereo Pérez, José; Vida Soria, José L.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, Madrid, 1991.
- O'Keefe, David: «Judicial Interpretation of the Public Service Exception to the Free Movement of Workers», a Curtin, Deirdre; O'Keefe, David: *Constitutional Adjudications in European Community and National Law. Essays for the Hon. Mr. Justice T. F. O'Higgins*. Butterworth, Dublín, 1992, pàg. 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, pàg. 101-106.
- Pertek, Jacques: «Reconnaissance des diplômes et ouverture des emplois publics aux ressortissants communautaires», *L'Actualité juridique — Droit administratif*, núm. 10, 1991, pàg. 680-689.
- Sánchez Morón, Miguel: *Derecho de la función pública*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1996.

- Sciortino, Antonella: «Qualque osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nel ordinamento comunitario (art. 48, par. 4 Trattato CEE)», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm 2, 1994, pàg. 389-407.
- Traina, Duccio M.: «Libertà di circolazione nella Comunità Economica Europea e pubblico impiego in Italia», a *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 2, 1991, pàg. 327-377.
- Ziller, Jacques: *Egalité et mérite. L'accès à la fonction publique dans les Etats de la Communauté européenne*, Institut Européen d'Administration Publique, Bruylant, Brussel-les, 1988.

Sentències del TJCE

- STJCE de 17.10.1970, afer 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Recueil* 1970, pàg. 1125 i ss.
- STJCE de 12.10.1974, afer 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, *Recueil* 1974, pàg. 153 i ss.
- STJCE de 17.12.1980, afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica*, *Recueil* 1980, pàg. 3881 i ss.
- STJCE de 26.5.1982, afer 149/79, *Comissió c. Bèlgica*, *Recueil* 1982, pàg. 1845 i ss.
- STJCE de 3.6.1986, afer 307/84, *Comissió c. França*, *Recopilación* 1986, pàg. 1725 i ss. .
- STJCE de 3.7.1986, afer 66/85, *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, *Recopilación* 1986, pàg. 2121 i ss. .
- STJCE 16.6.1987, afer 225/85, *Comissió c. Itàlia*, *Recopilación* 1987, pàg. 2625 i ss.
- STJCE de 30.5.1989, afer 33/88, *Pilar Allué i Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi de Venezia*, *Recopilación* 1989, pàg. 1591 i ss.
- STJCE de 27.11.1991, afer C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale* *Recopilación* 1991, pàg. 5627 i ss.
- STJCE de 28.11.1989, afer C-379/87, *Anita Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Education Committee*, *Recopilación* 1989, pàg. 3967 i ss.
- STJCE de 20.10.1993, afer C-272/92, *Maria Chiara Spotti c. Freistaad Bayern*, *Recopilación* 1993, pàg. 5185 i ss.
- STJCE de 2.8.1993, afers C-259/91, C-331/91 i 332/91, *Allué e. a. c. Università degli Studi di Venezia y Università degli Studi di Parma*, *Recopilación* 1993, pàg. 4309 i ss.
- STJCE de 23.2.1994, afer C-419/92, *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari i Cinzia Porcedda*, *Recopilación* 1994, pàg. 505 i ss.
- STJCE de 2.7.1996, afer C-473/93, *Comissió c. Luxemburg*, *Recopilación* 1996, pàg. 3207 i ss.
- STJCE de 2.7.1996, afer C-173/94, *Comissió c. Bèlgica*, *Recopilación* 1996, pàg. 3265 i ss.
- STJCE de 2.7.1996, afer C-290/94, *Comissió c. Grècia*, *Recopilación* 1996, pàg. 3285 i ss.

