

# LA LIBRE CIRCULACIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR \*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los «empleos en la Administración Pública» como excepción a la libre circulación de trabajadores. 1. *Elaboración de un concepto comunitario de «Administración Pública».* 2. *Definición funcional versus definición orgánica.* 3. *Apertura por puestos de trabajo versus apertura por sectores.* 4. *Criterios para sustraer empleos en la Administración Pública a la libre circulación de trabajadores.* 4.1. *Actividades típicas de la Administración Pública.* 4.2. *Participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas.* 4.3. *Participación, directa o indirecta, en las funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.* 5. *El caso de los empleos del sector privado que implican cierto ejercicio del poder público.* III. Acceso a empleos en las Administraciones Públicas. 1. *La eliminación de la condición de nacionalidad.* 2. *Reconocimiento de cualificaciones y títulos.* 3. *Discriminaciones indirectas: los requisitos lingüísticos.* 4. *El caso de las oposiciones utilizadas para seleccionar o contratar personas de cara a una formación específica con vistas a cubrir un puesto en un sector determinado de la Función Pública.* IV. Reconocimiento de la experiencia profesional y de la antigüedad. V. Reconocimiento de derechos de pensión. VI. Hacia una libre circulación de empleados públicos.

## I. INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico de la Función Pública y de la organización de las Administraciones Públicas constituye, en principio, una materia que es competencia exclusiva de los Estados miembros. No obstante, el hecho apriorístico de que los funcionarios y empleados públicos sean igualmente considerados «trabajadores» supone la aplica-

---

\* Profesor Titular de Derecho Administrativo. El presente trabajo se ha realizado gracias a una ayuda concedida por la Secretaría de Estado de Educación y Universidades en el marco del Programa de Movilidad del Profesorado (Convocatoria 2002).

ción de esa suerte de «estatuto» universal aplicable a los trabajadores con independencia de la naturaleza del vínculo (estatutario, contractual, laboral, etc.) que les une a su empleador y del carácter de éste (público o privado) <sup>1</sup>.

No obstante, la aplicación al sector público de la libre circulación de trabajadores, tal y como ha sido configurada en el sector privado <sup>2</sup>, no deja de plantear problemas operativos derivados de los distintos principios que rigen la actuación de los «empleadores», en especial de las Administraciones Públicas (interés público, mérito y capacidad, igualdad, etc.).

## II. LOS «EMPLEOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA» COMO EXCEPCIÓN A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES <sup>3</sup>

El apartado 4 del actual artículo 39 (anterior 48) del Tratado de la Comunidad Europea prevé una excepción a la libre circulación de trabajadores, de manera que ésta no se aplicaría a los «empleos en la Administración Pública». Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha incidido decisivamente en dicha previsión, hasta el punto de que su tenor literal poco tiene ya que ver con su auténtica virtualidad. Incluso en aras de la seguridad jurídica sería más que conveniente su reformulación <sup>4</sup>. Y es que el Tribunal de Justicia comenzó, en los años setenta, con una interpretación estricta de esa excepción. Pero, consciente de lo limitado de esta medida para la operatividad de la libre circulación de trabajadores, procedió en los años ochenta a la elaboración de un concepto comunitario de «Administración Pública» a los solos efectos de dicho artículo, optando por una definición funcional que incluyera en aquel exclusivamente las actividades típicas de la Administración Pública, caracterizadas por una participación, directa o indirecta, bien en el ejercicio de potestades públicas, bien en funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas. A continuación, en la década de los noventa, explicitó la forma de realizar la apertura de las Funciones Públicas de los Estados miembros a los ciudadanos comunitarios, a saber, mediante una aproximación

<sup>1</sup> Vid. FUENTETAJA, J. A.: «Modelos europeos de Función Pública», en *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex/CCOO, Madrid, 2003.

<sup>2</sup> Vid. LINDE, E.: «El mercado interior (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales)», en *Políticas Comunitarias*, Colex/UNED, Madrid, 2001, pp. 126-133.

<sup>3</sup> Vid. GUILLÉN CARAMÉS, J., y FUENTETAJA, J. A.: «El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros», en *Revista de Administración Pública*, n. 146, mayo-agosto 1998, pp. 467-500.

<sup>4</sup> Cfr. GUILLÉN CARAMÉS, J., y FUENTETAJA, J. A., *El acceso de los ciudadanos...*, op. it., p. 498; RIGAUX, F., y DELPEREE, F.: «Nationalité et citoyenneté. Developpements et incidences sur le Droit de la Fonction Publique en Belgique», en *Administration Publique*, 1997(1), p. 22, «no hay un funcionario de una Administración nacional o local que pueda, de buena fe y con la sola lectura del Tratado de Roma, concluir que es beneficiario de un derecho a continuar su carrera administrativa en los servicios de un Estado diferente al suyo».

por sectores de actividad, en detrimento de una perspectiva centrada en los puestos de trabajo específicos a los que aquellos tendrían acceso. Finalmente, la perspectiva cambia recientemente para centrarse precisamente en los puestos de trabajo.

### 1. Elaboración de un concepto comunitario de «Administración Pública»

El Tribunal de Justicia tardó en comprender que, para asegurar la interpretación y aplicación uniformes del artículo 48 TCE, era preciso dar un contenido comunitario a la excepción a la libre circulación de trabajadores que establecía el concepto de «Administración Pública» de su apartado 4. De esta forma, procedió a incluir el concepto de «Administración Pública» en el conjunto de los *conceptos comunitarios* que el Tribunal de Justicia ha ido elaborando en su jurisprudencia «en nombre de los principios de unidad y eficacia del Derecho comunitario, principios que —como recuerda el Abogado General LEGER—, desde el comienzo de esta jurisdicción, no han dejado de guiar la interpretación de dicho Derecho y la construcción del Ordenamiento jurídico comunitario»<sup>5</sup>.

A partir de este momento, el concepto de «Administración Pública» a efectos del artículo 39.4 TCE dejaba de estar definido por los Derechos nacionales de los Estados miembros. Y ello porque, si fuera un concepto de Derecho nacional, «la libre circulación de los trabajadores quedaría excluida de todos los empleos de la Administración Pública en el sentido que dieran a esta última expresión las disposiciones del Ordenamiento jurídico interno. Se reconocería así a cada Estado el derecho, a través de una definición extensiva de la excepción, a restringir el ámbito de aplicación de los principios fundamentales de libre circulación y de igualdad de trato de los trabajadores, formulados en el artículo 48 del Tratado. Estos principios fundamentales se ejercerían en condiciones muy distintas de un Estado miembro a otro, e incluso, dentro de un mismo Estado, de una época a otra, en función de la concepción que tuvieran los poderes públicos del alcance de sus intervenciones. La calificación jurídica de la relación de empleo recobraría una importancia particular»<sup>6</sup>.

No obstante ser un concepto comunitario, la definición ha quedado en manos de las autoridades competentes de los Estados miembros, si bien éstos tienen que seguir los criterios elaborados por el Tribunal de Justicia a la hora de determinar lo que debe entenderse por «empleos en la Administración Pública» en el sentido del artículo 39.4 del TCE.

---

<sup>5</sup> Conclusiones del Abogado General LEGER en el asunto *Comisión v. Luxemburgo*, 2 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, p. I-3223, n. 71.

<sup>6</sup> Conclusiones del Abogado General LEGER en el asunto *Comisión v. Luxemburgo*, 2 julio 1996 (C-473/93), n. 72.

## 2. Definición funcional *versus* definición orgánica

La aproximación funcional se opone a la concepción institucional u orgánica, según la cual la Administración Pública es una entidad, una institución<sup>7</sup>. «Son, por tanto, empleos en la Administración Pública todos los empleos que dependen de esta institución». De ahí que se considere que «la institución, junto con su personal, es un todo indivisible. Uno no puede plantearse, a efectos del acceso de no nacionales en condiciones de igualdad con los nacionales, si un determinado puesto dentro de la institución es o no central para los intereses del Estado: la cuestión es si la *institución* lo es»<sup>8</sup>. La concepción funcional, en cambio, atiende únicamente a la naturaleza de las funciones ejercidas, la cual condiciona la calificación del empleo en la Administración Pública.

La concepción institucional había sido la sostenida por los gobiernos alemán e inglés (*Sotgiu*, 152/73<sup>9</sup>), francés y belga (*Comisión v. Bélgica*, 149/79<sup>10</sup>) e italiano (*Comisión v. Francia*, 307/84<sup>11</sup>), lo cual es comprensible si se tiene en cuenta que, si bien la noción «Administración Pública» sería una noción comunitaria, su contenido equivaldría al conjunto de Administraciones Públicas (central, regional, local e institucional) que los Estados miembros libremente definieran. Además, como dice JAEGER, los gobiernos habrían defendido este criterio institucional «a fin de evitar que se elaborase una noción de Administración Pública vía jurisprudencial más bien que a través de las instancias políticas —nacionales o comunitarias— que aquellos habrían podido influir»<sup>12</sup>.

Ante esta alternativa, el Abogado General MAYRAS entendió que no podía determinarse lo que era la Administración Pública a la que hacía alusión el artículo 48.4 TCE ni por referencia a la cualidad del empleador ni al tipo de vínculo jurídico (estatutario o contractual) existente entre el titular del empleo y la Administración de la que depende, siendo preciso acudir a «criterios materiales derivados de las atribuciones que implica el puesto de trabajo ocupado en la Administración y de las actividades realmente ejercidas por el titular del empleo»<sup>13</sup>. Para el Tribunal de Justicia, por su parte, «el hecho de extender la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 48 a empleos que, si bien dependen del Estado o de otros organismos públicos, no implican, sin embargo, ninguna participación en las actividades que competen a la Administración Pública propiamente dicha, tendría como consecuencia la sustracción de

<sup>7</sup> DUBOIS, L.: «La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 48.4 traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics», en *RFDA*, 6(3), 1987, p. 951.

<sup>8</sup> HANDOLL, J.: «Article 48(4) EEC and No-National Access to Public Employment», en *ELRev.*, 13, 1988, p. 228.

<sup>9</sup> *Sotgiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, p. 153.

<sup>10</sup> *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, p. 3881, n. 11.

<sup>11</sup> *Comisión v. Francia*, 3 junio 1986 (307/84), *Rec.* 1986, p. 1725.

<sup>12</sup> JAEGER, M., *op. cit.*, p. 792.

<sup>13</sup> *Sotgiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, p. 153.

la aplicación de los principios del Tratado a una considerable cantidad de empleos y la creación de desigualdades entre los Estados miembros, en función de las disparidades que caracterizan la organización del Estado y la de ciertos sectores de la vida económica»<sup>14</sup>.

### 3. Apertura por puestos de trabajo *versus* apertura por sectores

Consecuencia de la adopción de una definición funcional del concepto de «Administración Pública», la verificación se realiza en la naturaleza de las funciones. Estas se estudian, en una primera etapa, conforme a una estrategia de apertura por sectores<sup>15</sup> (organismos responsables de la gestión de un servicio comercial, los servicios operativos de salud pública, la enseñanza y la investigación con fines no militares). Actualmente la Comisión ha cambiado de perspectiva y señala que «la libre circulación de trabajadores en la Administración Pública no depende de ningún sector específico; sólo está relacionada con el puesto. Por tanto, sólo se pueden distinguir dos categorías de puestos: por una parte, los que implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de proteger el interés general del Estado; y, por otra, todos los demás»<sup>16</sup>.

### 4. Criterios para sustraer empleos en la Administración Pública a la libre circulación de trabajadores

Tres son los criterios configurados por el Tribunal de Justicia para determinar los empleos o puestos de trabajo que forman parte del concepto de Administración Pública a efectos del artículo 48.4 TCE y que suponen «por parte de sus titulares la existencia de una relación particular de solidaridad respecto al Estado así como la reciprocidad de derechos y obligaciones que son el fundamento del vínculo de nacionalidad»<sup>17</sup>. En primer lugar, y de forma general, deberán tratarse de actividades específicas de la Administración Pública. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia exige la presencia de dos requisitos con carácter acumulativo<sup>18</sup> para delimitar, de

<sup>14</sup> *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, p. 3881, n. 11.

<sup>15</sup> *La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros. La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE*, Comunicación de la Comisión (DO n. C 72, de 18 de marzo de 1988).

<sup>16</sup> *La libre circulación de trabajadores. La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, Comunicación de la Comisión, COM(2002) 694final, Bruselas 11 de diciembre de 2002, p. 20.

<sup>17</sup> *Bleis*, 27 noviembre 1991 (C-4/91), *Rec.* 1991, p. I-5627, n.6.

<sup>18</sup> En la sentencia *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, p. 3887, el Tribunal de Justicia reforzó, por primera vez, el carácter restrictivo de la excepción del artículo 39.4 TCE con la exigencia de dos requisitos acumulativos relacionados con la participación en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas. Sin embargo, en *Comisión v. Italia*, 16 junio 1987 (225/85), *Rec.* 1987, p. 2625, n. 9, substituyó la conjunción «y» por la conjunción «o». «No obstante —como recuerda retrospectivamente el Abogado General LEGER en *Comisión v. Grecia*, 2 julio 1996 (C-290/94), n. 23— las demás decisiones que se adoptaron antes o después

forma específica en cada caso concreto, lo que debe entenderse por puesto de trabajo en la Administración Pública <sup>19</sup>: por un lado, los puestos de trabajo que impliquen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas, y, por otro, aquellos que supongan una participación en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas.

#### 4.1. *Actividades típicas de la Administración Pública*

La determinación del campo de aplicación del apartado 4 del artículo 48 necesitaba, en una primera aproximación, solventar las dificultades derivadas del hecho de que a lo largo de este siglo, en los diferentes Estados miembros la autoridad pública haya asumido responsabilidades de carácter económico y social, o de que participe en actividades que no son asimilables a las funciones típicas de la Administración Pública, pero que dependen, en cambio, por razón de su naturaleza, del ámbito de aplicación del Tratado. En tales condiciones, el hecho de extender la excepción prevista en el artículo 48.4 a empleos que, pese a depender del Estado o de otros organismos de Derecho Público, no implican ninguna participación en tareas que dependan de la Administración Pública propiamente dicha, tendría por consecuencia sustraer la aplicación de los principios del Tratado a un número considerable de empleos y crear desigualdades entre Estados miembros en función de las disparidades que caracterizan la organización del Estado y la de determinados sectores de la vida económica <sup>20</sup>.

La expresión «actividades típicas de la Administración Pública» no debe ser entendida de forma que aquéllas se reduzcan a las tradicionales funciones de protección del Estado gendarme —defensa, policía, justicia y finanzas— ejercidas únicamente por agentes de la autoridad y, por tanto, caracterizadas por el ejercicio de autoridad pública. En efecto, la utilización por el Tribunal de Justicia de la expresión «actividades típicas» no excluye los empleos relacionados con actividades o intereses públicos no clásicos, sino surgidos con el Estado social, como por ejemplo, la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, la protección de los consumidores o la protección

---

de dicha sentencia mantuvieron la exigencia de que se dieran ambos requisitos con carácter acumulativo». Y cita: *Comisión v. Francia*, 3 junio 1986 (307/84), *Rec.* 1986, p. 1725, n. 12; *Lawrie-Blum*, 3 julio 1986 (66/85), *Rec.* 1986, p. 2121, n. 27; *Allué e.a.*, 30 mayo 1989 (33/88), *Rec.* 1989, p. 1591, n. 7, así como el apartado 12 de las Conclusiones del Abogado General LENZ, que hace hincapié en la conjunción «y»; *Bleis*, 27 noviembre 1991 (C-4/91), *Rec.* 1991, p. I-5627, n. 6, que se refiere expresamente, además de a la sentencia *Comisión v. Bélgica*, antes citada, a la sentencia *Comisión v. Italia*, también citada antes, en concepto de precedente que consagra el carácter acumulativo de ambos requisitos.

<sup>19</sup> En las Conclusiones al asunto *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-473/93), el Abogado General LEGER afirmaba que «es preciso analizar si son o no característicos (los puestos de trabajo) de las actividades específicas de la Administración Pública, en cuanto ente al que se ha confiado el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado» (n. 27).

<sup>20</sup> *Comisión v. Bélgica*, 17 diciembre 1980 (149/79), *Rec.* 1980, p. 3887, n. 12.

del medio ambiente<sup>21</sup>. Por ello la Comisión<sup>22</sup> considera incluidas dentro de estas actividades específicas de la Administración Pública ejercidas por el Estado y las entidades públicas aquellas que están relacionadas esencialmente con la defensa nacional, la seguridad interior, la Hacienda pública, la justicia y los asuntos exteriores. Sin embargo, y en consonancia con la nueva aproximación no por sectores sino por puestos de trabajo, señala ahora que «no todos los puestos de dichos ámbitos implican el ejercicio de la autoridad pública y la responsabilidad de proteger los intereses generales del Estado, como es el caso de las tareas administrativas, el asesoramiento técnico o el mantenimiento»<sup>23</sup>.

Más orgánica que funcionalmente, en 1988 la Comisión también aceptó la exclusión de los puestos de trabajo en los Ministerios del Estado, en las entidades regionales o locales, en los demás órganos asimilados y en los Bancos Centrales, en la medida en que se ocupasen de la preparación de actos jurídicos, su puesta en práctica, el control de su aplicación y la supervisión de los organismos subordinados. En estos sectores se considera que la actividad de los servicios se articula específicamente en torno a un poder político o judicial. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia de los años noventa la Comisión advierte ahora «que, si bien los puestos de gestión y de toma de decisiones que implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de proteger el interés general del Estado pueden restringirse a los nacionales del Estado miembro de acogida, no sucede así con todos los puestos de trabajo en ese mismo ámbito. Por ejemplo, no se debería restringir a los nacionales del Estado miembro de acogida un puesto de funcionario cuya función sea colaborar en la preparación de decisiones sobre la concesión de licencias urbanísticas»<sup>24</sup>.

Pero otras actividades, en cambio, no van a ser consideradas como específicas. Es el caso de aquellas actividades de los organismos encargados de gestionar un servicio comercial (transportes públicos terrestres, aéreos o marítimos, distribución de agua, electricidad o gas, correos y telecomunicaciones, radiotelevisión, etc), así como los servicios operativos de salud pública, de enseñanza en establecimientos públicos, de investigación con fines civiles en establecimientos públicos. En todos estos casos se considera que, bien existen también en el sector privado, bien pueden ejercerse en el sector público sin requisito de nacionalidad.

<sup>21</sup> Cfr. CURRALL, J., *op. cit.*, p. 575.

<sup>22</sup> Comunicación de la Comisión 88/C 72/02, clasificación aceptada por el Abogado General LEGER como «elemento de referencia útil a efectos de una distinción según sectores de actividad de los poderes públicos nacionales»: *Comisión v. Grecia*, 3 julio 1996 (C-290/94), *Rec.* 1996, p. I-3309, n. 116, y *Comisión v. Luxemburgo*, 3 julio 1996 (C-471/93), *Rec.* 1996, p. I-3231, n. 123.

<sup>23</sup> *La libre circulación de trabajadores. La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, Comunicación de la Comisión, COM(2002) 694 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2002, p. 21.

<sup>24</sup> *La libre circulación de trabajadores. La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, Comunicación de la Comisión, COM(2002) 694 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2002, p. 22.

Por otra parte, el criterio de ejercicio de funciones públicas es sumamente escudriñado en el marco dinámico del Estado y de la Administración, donde las fronteras entre lo público y lo privado resultan hoy en día evanescentes. Así, el Abogado General LENZ —en un marco diferente<sup>25</sup>— afirmaba que «el criterio basado en el carácter de actividad propia de los poderes públicos resulta sumamente difícil de concretar, al estar sometido a una constante transformación. Lo que hoy se considera estrictamente propio de los poderes públicos puede ser asumido dentro de unos años por una empresa privada con ánimo de lucro. Tampoco cabe excluir que funciones que ahora son desempeñadas por una empresa privada vuelvan a considerarse dentro de algún tiempo funciones más propias de los poderes públicos»<sup>26</sup>.

En definitiva, el criterio de la «actividad típica de la Administración Pública» ha devenido un elemento necesario o indiciario, pero no suficiente, especialmente desde el momento en el que la perspectiva de la apertura de la Administración Pública a la libre circulación de trabajadores tiende a hacerse ahora por puestos de trabajo y no ya por sectores de actividad.

#### 4.2. Participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas

Debe tratarse de puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de *potestades públicas*, y aunque el Tribunal de Justicia no ha definido el concepto de «potestad pública», habrá que entender por tal aquélla que confiere el poder de elaborar actos que se impongan unilateralmente al ciudadano, o de ejecutarlos contra su voluntad, llegado el caso, bajo pena de sanciones<sup>27</sup> (es decir, potestad reglamentaria, potestad disciplinaria, etc.).

No deja de sorprender que el Tribunal de Justicia adopte del criterio del ejercicio de potestades públicas para distinguir entre funciones de autoridad —reservadas a los

---

<sup>25</sup> Se trataba de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Era la primera cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de los nuevos Estados federados alemanes, y en ella el Tribunal de Justicia consideró que la citada Directiva no se aplicaba a una cesión de competencias administrativas de un municipio a una agrupación de municipios: *Henke*, 15 octubre 1996 (C-298/94), *Rec.* 1996, p. I-4989.

<sup>26</sup> Conclusiones del Abogado General LENZ en el asunto *Henke*, 15 octubre 1996 (C-298/94), *Rec.* 1996, p. I-4998, n. 29.

<sup>27</sup> Aunque el Tribunal de Justicia jamás ha explicitado la noción de «potestad pública», los Abogados Generales sí que han propuesto aproximaciones incluyendo, en ellas, las funciones judiciales, de policía, de defensa, así como la determinación y recaudación de impuestos: Conclusiones del Abogado General MAYRAS en el asunto *Sotgiu*, 12 febrero 1974 (152/73), *Rec.* 1974, p. 171. Y el mismo Abogado General en el asunto *Reyners v. Bélgica*, 21 junio 1974 (2/74), *Rec.* 1974, decía que «los poderes públicos son la encarnación de la soberanía del Estado y, como tales, permiten a los sujetos que son investidos de ellos valerse de prerrogativas exorbitantes del Derecho común, de privilegios y poderes coercitivos a los que los sujetos privados deben someterse» (p. 631).

nacionales de los Estados miembros— y, en contraposición, funciones de gestión, pues como dice PARADA, «esa distinción está lo suficientemente desacreditada en el plano teórico (Francia) y en su aplicación práctica (Alemania), como para rechazarla en cuanto principio cardinal de la organización del empleo público. Pues no sólo es evidente que esa división del personal público (...) ha creado innumerables problemas en la República Federal Alemana (...) sino que ya ha fracasado en países con una notable experiencia administrativa, como en Francia, donde a pesar de que durante mucho tiempo una parte de la doctrina distinguía entre los empleados que realizaban funciones de autoridad y funciones de gestión, no ha habido nunca en la práctica ni en la jurisprudencia algo que haya justificado esta distinción»<sup>28</sup>.

#### **4.3. Participación, directa o indirecta, en las funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas**

Finalmente, en los puestos de trabajo excluidos deben estar afectados a *la salvaguarda de los intereses generales* del Estado y de las demás colectividades públicas, lo que incluye claramente la actividad diplomática y determinadas actividades de los Bancos Centrales. En cambio, la salvaguarda de la identidad nacional (objetivo legítimo y respetado por el Ordenamiento jurídico comunitario: art. 6.3 TUE) no ampara la exclusión de los ciudadanos comunitarios del acceso a los empleos en la Administración Pública de un Estado miembro, máxime —como señala el Tribunal de Justicia haciendo suyas las palabras del Abogado General LEGER— cuando «los nacionales de los demás Estados miembros deben cumplir, exactamente igual que los nacionales del país, todos los requisitos exigidos en el procedimiento de selección, y en particular los relativos a la formación, la experiencia y los conocimientos lingüísticos»<sup>29</sup>.

### **5. El caso de los empleos del sector privado que implican cierto ejercicio del poder público**

La normativa italiana exigía la nacionalidad italiana para ejercer actividades de seguridad privada, en concreto, ser «guardia privado para la vigilancia o la custodia de bienes muebles o inmuebles». No obstante, esta actividad y este oficio no abarca «actividades que supongan el ejercicio de funciones públicas o la facultad de restringir la libertad individual» (art. 134 *leggi di pubblica sicurezza*: RD n. 773, de 18 de junio de 1931). En la medida en que estos puestos no suponen el ejercicio de funciones públicas y de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, al menos teóricamente los puestos de trabajo de guardias jurado no están excluidos de la libre circulación de trabajadores por no situarse no ya en el concepto orgánico-institucional de «administra-

<sup>28</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 11.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 438.

<sup>29</sup> *Comisión v. Luxemburgo*, 2 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, p. I-3208.

ción pública» del artículo 39.4 TCE (pues se trata evidentemente de actividades privadas) sino por no tratarse de la acepción funcional de dicho concepto comunitario. Ahora bien, las funciones de los guardias de seguridad privada se mueven en una zona lo suficientemente gris como para permitir considerar que, al menos indirectamente, ejercen ciertas funciones o potestades públicas (detención de personas en flagrante delito, habilitación para levantar actas que tienen valor probatorio, etc.). En cualquier caso, el Tribunal de Justicia deshace el nudo gordiano acogiéndose a la anteriormente citada concepción institucional de «Administración Pública» al señalar que «el concepto de «empleos en la Administración Pública» no abarca los empleos al servicio de un particular o de una persona jurídica privada, cualesquiera que sean las funciones del empleado»<sup>30</sup>.

Sin embargo, ¿qué decir entonces de los guardias jurados de seguridad privada contratados por entidades públicas? El Tribunal de Justicia calla y el Abogado General JACOBS considera la cuestión más cuantitativa que cualitativamente al advertir que «aun cuando las facultades o los deberes de tales guardias en un empleo público pudieran estar comprendidos en el artículo 39 CE, apartado 4, el requisito de nacionalidad discutido no se limita a estos supuestos»<sup>31</sup>. Independientemente de si en este contexto la expresión «empleo público» hace referencia a un puesto de plantilla o no, la afirmación no deja de ser discutible, pues el hecho de que tales facultades o deberes de autoridad o de función pública sean accesorios u ocasionales no desmerece *a priori* dichos puestos a efectos de excepcionarlos de la libre circulación de trabajadores. El argumento orgánico-institucional se revela aquí, una vez más, inconsistente. Si la jurisprudencia optó por una perspectiva funcional según la naturaleza de las funciones, a saber, el ejercicio de funciones o potestades públicas, éste constituye un criterio universal en el seno de la Unión, sin hacer depender así la apertura en tales casos de la formalidad de una opción nacional de organización de una actividad, según que cada Estado haya decidido en tales supuestos fronterizos encomendar dichas funciones al sector público o al sector privado.

Especialmente es así en el caso de puestos de trabajo del sector privado que no sólo implican intrínsecamente un cierto ejercicio del poder público sino a los que además el Estado asigna determinadas funciones de autoridad pública. Actualmente el Tribunal de Justicia está examinando el caso de capitanes o primeros oficiales de buques mercantes y de barcos pesqueros que ejercen funciones de policía. De considerar que tales puestos suponen, en efecto, el ejercicio de funciones públicas, quizás haya llegado el momento de reformar el apartado 4 del artículo 39, eliminando la locución «empleos en la Administración Pública», para sustituirla por «*empleos que im-*

---

<sup>30</sup> *Comisión v. Italia*, 31 mayo 2001 (C-283-99), n. 25.

<sup>31</sup> Conclusiones del Abogado General JACOBS en el asunto *Comisión v. Italia*, 31 mayo 2001 (C-283-99), n. 27.

*pliquen el ejercicio del poder público y la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses generales del Estado».*

### III. ACCESO A EMPLEOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

#### 1. La eliminación de la condición de nacionalidad

El acceso de los ciudadanos de los demás Estados miembros de la Unión Europea se facilitó por la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, que goza de carácter básico. La Ley realiza una apertura por sectores, bien de aquellos sobre los que hay pronunciamiento explícito del Tribunal de Justicia, bien de los que la Comisión entiende que no están comprendidos en la exclusión del art. 39.4. El artículo 1.3 de la Ley 17/1993 prevé una reserva de puestos de trabajo para nacionales españoles cuando dichos puestos de trabajo «impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las demás Administraciones Públicas».

La apertura era, pues, la mínima indispensable, y aunque se incorporó una cláusula que permitía la extensión a futuras concreciones jurisprudenciales («... a los demás sectores de la función pública a los que, según el Derecho Comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores»), ello no impidió que España recibiera una carta de emplazamiento por parte de la Comisión amenazando con una nueva denuncia por incumplimiento.

Finalmente, la Ley de 29 de diciembre de 1999<sup>32</sup>, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, es decir, la Ley de «acompañamiento» de los Presupuestos de ese año modificó, a través de su artículo 37, el artículo 1 de la Ley 17/1993. En esta modificación se va incluso más allá de lo que exigía el Derecho Comunitario, pues se opta por una apertura total, y no por sectores, a los empleos públicos «salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas».

Las novedades están, en cambio, en los beneficiarios. Éstos serán:

- a) en primer lugar, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea;
- b) en segundo lugar, los *cónyuges* de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de hecho o de derecho; con esto la apertura de nacionalidades es mayor que el mero ámbito de la Unión Europea, extendiéndose a cualquier extranjero;
- c) en tercer lugar, los *descendientes* de los nacionales de otros Estados miembros y los descendientes de los cónyuges tanto de los españoles como de los na-

<sup>32</sup> La Ley recoge el mismo contenido que prevía el malogrado Estatuto básico de la Función Pública: Vid. FUENTETAJA, J. A.: «Selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Perspectivas de una reforma» en *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, n.º 16, 2000, pp. 173-200.

cionales de otros Estados miembros (siempre que no estén separados de hecho), pero estos descendientes deben ser menores de 21 años o mayores de edad que vivan a sus expensas;

- d) en cuarto lugar, «*las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores*», es decir, los nacionales de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, a raíz del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo celebrado con la Comunidad Europea en 1993, y cuyo artículo 28 reconoce la libre circulación de trabajadores, con lo cual se incluyen los ciudadanos de Noruega, Islandia y Liechtenstein, pero no de Suiza, que no ratificó el Acuerdo.

## 2. Reconocimiento de cualificaciones y títulos

Normalmente, para acceder a la Función Pública (ya sea a puestos determinados o a sus estructuras de organización interna, como cuerpos, grupos o categorías) se suele exigir la posesión de un determinado «título» de estudios. En tal caso, el título puede ser considerado formal o sustancialmente. Desde el punto de vista formal, el título únicamente acredita un determinado nivel de educación o formación, con independencia de los contenidos de las mismas. En este caso, la Administración Pública de acogida no puede examinar el contenido de dichos estudios cuya acreditación es el objeto del título, limitándose, en cambio, al nivel de educación o formación de aquel. Para la Comisión, «en los casos en que un título de un nivel determinado dé acceso a un puesto en el sector público de ese Estado miembro o a un procedimiento de selección para un puesto en una categoría particular, debería dar acceso asimismo a un procedimiento de selección para un puesto de una categoría equivalente en el sector público del Estado miembro de acogida»<sup>33</sup>. Desde un punto de vista sustantivo, en cambio, cuando el título acredita un nivel de formación que satisface ciertos criterios relativos al contenido, el problema radica en la equiparación de formaciones. Dicha comparación nunca será perfecta, ni en lo que se refiere a contenidos, metodología, etc., razón por la cual habrá que ser lo suficientemente flexible como para no vaciar por esta vía el contenido de la libre circulación de empleados públicos.

## 3. Discriminaciones indirectas: los requisitos lingüísticos

Este requisito está amparado por el propio Derecho Comunitario, que no lo considera una medida o práctica indirectamente discriminatoria<sup>34</sup>, indicando la jurisprudencia que «las disposiciones del Tratado no se oponen a la adopción de una política

<sup>33</sup> *La libre circulación de trabajadores. La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, Comunicación de la Comisión, COM(2002) 694 final, Bruselas, 11 diciembre 2002, p. 26.

<sup>34</sup> Art. 3.1 Reglamento 1612/68.

enfocada hacia la defensa y promoción de la lengua de un Estado miembro... Ahora bien, la puesta en práctica de semejante política no debe menoscabar una libertad fundamental, como es el caso de la libre circulación de trabajadores. Por consiguiente, las exigencias derivadas de las medidas de ejecución de una política de este tipo no deben ser desproporcionadas, en ningún caso, en relación con el fin perseguido, y sus modalidades de aplicación no deben suponer discriminación alguna en detrimento de nacionales de otros Estados miembros»<sup>35</sup>.

Esta sentencia dilucidaba el caso de una convocatoria para proveer una plaza de Profesora de Arte en la Universidad de Dublín, para la que se exigía el conocimiento del gaélico; el pronunciamiento del Tribunal de Justicia se avalora si tenemos en cuenta que la interesada, Anita Groener, de nacionalidad holandesa, llevaba ya un año ocupando esa plaza en calidad de contratada, sin que en el desempeño de la misma durante ese plazo hubiera necesitado el uso del gaélico; sólo después, cuando su plaza fue sacada a concurso para ser provista por personal funcionario, su candidatura no prosperó exclusivamente por su falta de conocimiento del gaélico. Pese a todo ello, el Tribunal de Justicia no consideró discriminatoria ni desproporcionada la exigencia del conocimiento del gaélico.

No obstante, últimamente parece abandonarse un enfoque tan abstracto para considerar que «las exigencias de naturaleza lingüística sólo son admisibles en la medida en que se adaptan rigurosamente a la naturaleza y al nivel de responsabilidad del puesto a proveer»<sup>36</sup>.

#### **4. El caso de las oposiciones utilizadas para seleccionar o contratar personas de cara a una formación específica con vistas a cubrir un puesto en un sector determinado de la Función Pública**

Un caso particular lo constituyen los procedimientos de ingreso que constan de dos fases sucesivas: una primera de oposición y una segunda de formación específica complementaria. Ambas son medios de selección: la oposición lleva a cabo una primera selección de quienes pasan a la segunda fase de formación. Y es en ésta fase sucesiva de formación específica donde se producen los problemas, pues dicha fase de formación culmina con la obtención de un «título» que, por un lado, confiere la titularización (esto es, la condición de funcionario) y, por otro, acredita dicha formación. Y es que, en este contexto, dicho título ¿puede considerarse un título a los efectos de

<sup>35</sup> *Groener v. Ministry of Education*, 28 noviembre 1989 (C-379/87), *Rec.* 1989, p. 3967.

<sup>36</sup> HONORAT, E.: «Les incidences de la libre circulation des personnes sur l'accès aux fonctions publiques nationales», en *Administration Publique*, 1997(1), p. 13. En idéntico sentido el Abogado General LEGER, para quien los poderes públicos deben abstenerse de imponer requisitos lingüísticos que no vengan exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir»: Conclusiones del Abogado General LEGER en el asunto *Comisión v. Luxemburgo*, 2 julio 1996 (C-473/93), *Rec.* 1996, p. I-3244, n. 205.

la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años?

Como puede observarse, el título cuyo reconocimiento es controvertido cronológicamente se produce después de la fase de oposición, lo cual es importante para suscitar el problema<sup>37</sup>. La premisa es saber si ese título que se obtiene a raíz de una formación específica encuadrada en un procedimiento de selección para acceder a la Función Pública entra dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva. La definición que dicha norma hace del «título» es la siguiente: documento «que acredite que el titular posee las cualificaciones profesionales requeridas para acceder a una profesión regulada en dicho Estado miembro o ejercerla». Con lo que se traslada la cuestión a saber qué es una «profesión regulada».

Profesiones reguladas son las que desarrollan «actividades profesionales reguladas», que para la propia Directiva (art. 1) es «una actividad profesional cuyo acceso, ejercicio o alguna de sus modalidades de ejercicio en un Estado miembro estén sometidas directa o indirectamente, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de un título». Por ejemplo, «el ejercicio de una actividad al amparo de un título profesional, en la medida en que sólo se autorice a ostentar dicho título a quienes se encuentren en posesión de un título determinado por las disposiciones legales». Según la jurisprudencia, «el acceso a una profesión o su ejercicio deben considerarse directamente regulados por disposiciones jurídicas cuando existen disposiciones legales, reglamentarias o administrativas del Estado miembro de acogida que crean un régimen cuyo efecto es reservar expresamente esta actividad profesional a las personas que reúnen determinados requisitos y prohibir el acceso a dicha actividad a las que no los reúnen»<sup>38</sup>.

En este contexto, la Abogada General STIX-HACKL concluye que «el hecho de que el título sea al mismo tiempo el documento que contiene el nombramiento de funcionario tiene tan poca incidencia en lo antes afirmado como la circunstancia de que los candidatos ya hayan sido integrados en la función pública durante la formación. Estos dos aspectos ponen únicamente de manifiesto los diversos significados del título y acreditan su doble naturaleza, como prueba de haber cursado con éxito la formación y como documento de nombramiento. En su significado como documento expedido por la Escuela Nacional de Salud Pública, que va más allá de su estricta fun-

<sup>37</sup> Según la Abogada General STIX-HACKL, «lo más transparente sería un mecanismo que no arrancara hasta después de la fase de formación. Podrían entonces presentarse a este “concours”, que estaría separado de los eventuales exámenes realizados en el marco de la formación, los diplomados de la Escuela Nacional de Salud Pública y las personas que poseyeran un título extranjero. Esto permitiría además comparar a todos los candidatos en un concurso»: Conclusiones de la Abogada General STIX-HACKL, de 11 de febrero de 2003, *Burbaud* (C-285/01), n. 14. Téngase en cuenta que, a raíz de la reapertura de la fase oral del procedimiento, éstas son las segundas Conclusiones que sobre el mismo caso tuvo que presentar la Abogada General.

<sup>38</sup> *Arانيتis*, 1 febrero 1996 (C-164/94), *Rec. p.* I-135, n. 19.

ción de certificado de finalización de la formación, se pone únicamente de manifiesto una particularidad del sistema de función pública en Francia. Este efecto adicional se desprende del Derecho interno y no incide en la calificación como título a efectos del artículo 1 de la Directiva. El hecho de que el Derecho interno anude al título efectos adicionales que van más allá de la Directiva carece de pertinencia a los fines de la Directiva»<sup>39</sup>.

Evidentemente, la base de este razonamiento es considerar que esos puestos de la Función Pública para los que se exige un «título» determinado constituye el desempeño de una «profesión regulada». Lo cual es sumamente discutible. El período de formación constituye una fase del proceso de selección. La finalidad de dicho período es «seleccionar» a través de la formación. El «título», en cuanto tal, esto es, en cuanto documento, es meramente accesorio. Singularizar dicho «título» en el proceso de selección y subsumirlo en el ámbito de aplicación de la Directiva resulta, cuando menos, forzado. Y más aún su consecuencia, por la dinámica temporal del proceso y en virtud del juego del reconocimiento de títulos. A saber: considerar que «la autoridad competente no puede supeditar a condiciones el ingreso de funcionarios de otro Estado miembro en la función pública del Estado de acogida, y en particular no puede exigir participar con éxito en un proceso de selección como el del procedimiento principal, si dichos funcionarios están en posesión de un título equivalente»<sup>40</sup>. Ello permitiría evitar las oposiciones a quienes se encuentren en posesión de títulos equiparables, sin tener en cuenta el contexto en el que se produce dicho título: una selección para acceder a la Función Pública, no una acreditación de una formación que, conforme a la Directiva en cuestión, su equiparación no se condiciona a cómo se obtuvo (no es lo mismo una oposición, un procedimiento competitivo, un examen, etc.). Y es que aquí el título no es una general habilitación para ejercer una profesión<sup>41</sup>, sino un elemento accidental en el proceso de selección para acceder a la Función Pública y adquirir, por tanto, la condición funcionarial.

#### **IV. RECONOCIMIENTO DE LA EXPERIENCIA PROFESIONAL Y DE LA ANTIGÜEDAD**

La Comisión considera que «los períodos anteriores de empleo comparable que los trabajadores migrantes hayan adquirido en otro Estado miembro deben ser tenidos en cuenta por las administraciones de los Estados miembros a efectos de acceso a su propio sector público y para determinar las condiciones profesionales (por ejemplo,

---

<sup>39</sup> Conclusiones de la Abogada General STIX-HACKL, de 12 de septiembre de 2002, *Burbaud* (C-285/01), n. 50-51.

<sup>40</sup> Conclusiones de la Abogada General STIX-HACKL, de 12 de septiembre de 2002, *Burbaud* (C-285/01), n. 89.

<sup>41</sup> Por ejemplo, *Comisión v. España*, 16 mayo 2002 (C-232/99).

el sueldo y el grado) de la misma manera que la experiencia adquirida en su propio sistema»<sup>42</sup>.

En el asunto *Schöning*, el Tribunal de Justicia tuvo que examinar el caso de un Convenio Colectivo Federal relativo a los empleados de las Administraciones Públicas alemanas por cuanto no computaba los períodos de actividad laboral que un nacional o no nacional hubiese cubierto en el extranjero. Esta disposición se fundamentaba, principalmente, en las características propias del puesto de trabajo en la Administración Pública. La premisa de todo el sistema es que, al no existir una armonización y, ni siquiera, una coordinación de las normas nacionales de organización y de funcionamiento aplicables a la Función Pública, el reconocimiento de los servicios prestados a una Administración Pública de un Estado miembro trastornaría la aplicación de los distintos regímenes aplicables a los empleos públicos en los demás Estados miembros, especialmente por lo que se refiere a la forma de tener en cuenta la antigüedad en materia de promoción interna y de desarrollo de la carrera.

El Abogado General JACOBS refutó con fuerza este argumento que habría obstaculizado de entrada cualquier posibilidad de reconocimiento de la experiencia profesional y de la antigüedad adquiridos en otros Estados miembros. Según el Abogado General, «a pesar de las diferencias existentes en la estructura de las relaciones laborales en el seno de la Administración Pública, los empleados de la Administración Pública de los diversos Estados miembros ejercen funciones muy similares y participan, sin duda, de tipos de motivación similares. El hecho de que un empleado de la Administración Pública haya estado sujeto a condiciones distintas en la Administración Pública de otro Estado miembro no puede justificar que no se reconozcan los períodos de empleo cubiertos al servicio de ese Estado. Aceptarlo equivaldría a permitir que un Estado miembro sitúe en posición de desventaja permanente a un trabajador migrante con respecto a los nacionales empleados en la Administración Pública simplemente porque en el pasado disfrutó, o pudo disfrutar, de una estructura laboral más flexible. Ello —concluye el Abogado General— contribuiría a compartimentar las Administraciones Públicas nacionales y constituiría un obstáculo significativo a la movilidad dentro del sector público comunitario»<sup>43</sup>.

El Tribunal de Justicia asume el razonamiento y concluye que «los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, cubiertos anteriormente en el sector público de otro Estado miembro»<sup>44</sup> deben tenerse en cuenta a efectos de la determinación de las condiciones laborales de los empleados públicos. La clave reside, pues, en la locución «*períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable*» a la que, por ahora, no se pretende dar un contenido comunitario. No obstante, la Comisión

<sup>42</sup> *La libre circulación de trabajadores. La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, Comunicación de la Comisión, COM(2002)694final, Bruselas 11 diciembre 2002.

<sup>43</sup> Conclusiones del Abogado General JACOBS en el asunto *Schöning*, 15 enero 1998 (C-15/96), n. 25.

<sup>44</sup> *Comisión v. Grecia*, 12 marzo 1998 (C-187/96)

aventura los siguientes criterios que informarán su actuación en el control de la aplicación de este aspecto por los Estados miembros:

- los Estados miembros tienen el deber de comparar la experiencia profesional y la antigüedad; en caso de dificultad en la comparación entre los diferentes regímenes nacionales, cualquier duda sobre la correspondencia entre ellos puede ser fácilmente disipada mediante certificados expedidos por el empleador o por las correspondientes autoridades consulares<sup>45</sup>;
- si se tiene en cuenta la experiencia profesional y la antigüedad en cualquier puesto de trabajo en el sector público, el Estado miembro también debe tener en cuenta la experiencia adquirida por un trabajador migrante en cualquier puesto de trabajo en el sector público de otro Estado miembro; la cuestión de si la experiencia puede considerarse perteneciente al sector público debe decidirse según los criterios del Estado miembro de origen;
- si un Estado miembro tiene en cuenta la experiencia específica (en un trabajo determinado, en una institución determinada o en una tarea específica o en un nivel/grado/categoría datos), debe comparar su sistema con el del otro Estado miembro para cotejar los períodos de empleo anteriores;
- es necesario tener también en cuenta la experiencia profesional comparable adquirida en el sector privado de otro Estado miembro, a pesar de que la experiencia en el sector privado, en principio, no se tenga en cuenta en el Estado miembro de acogida.

## V. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE PENSIÓN

La jurisprudencia considera que una Legislación nacional conforme a la cual, para la adquisición del derecho a pensión, sólo se tienen en cuenta los períodos de servicio cubiertos en las Administraciones Públicas nacionales, sin que puedan ser reconocidos como tales los períodos análogos cubiertos en Administraciones Públicas de otros Estados miembros, ejerce un efecto disuasivo sobre el trabajador comunitario a la hora de plantearse el ejercicio de su derecho a la libre circulación<sup>46</sup>.

## VI. HACIA UNA LIBRE CIRCULACIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS

Inicialmente, la jurisprudencia se limitó a delimitar el concepto comunitario de «empleos en la Administración Pública» con objeto de permitir la aplicación de la libre circulación de trabajadores a todo el ámbito público. Los criterios sustantivos utilizados por el Tribunal de Justicia de las Comunitàes Europeas a tales efectos se han

---

<sup>45</sup> Conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO en el asunto *Comisión v. Grecia*, 12 marzo 1998 (C-187/96), n. 27.

<sup>46</sup> *Vougioukas*, 22 noviembre 1995 (C-443/93), *Rec. p.* I-4033, nn. 39-40.

consolidado, hasta el punto de que las actuales difusas fronteras de conceptos como Administración Pública, ejercicio de potestades públicas, funciones de autoridad <sup>47</sup>, servicio público, servicios de interés general, etc., exigirían la desaparición de elementos formales u orgánicos («administración pública») en la determinación de la excepción, para sustituirla por una locución centrada en aquellos puestos de trabajo que singularmente «impliquen el ejercicio del poder público y la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses generales del Estado».

Una vez delimitada la excepción a la libre circulación de trabajadores, los esfuerzos de la Comisión se dirigieron al momento de acceso a la Administración Pública. Este objetivo puede considerarse razonablemente alcanzado, no obstante los puntuales problemas que surgen debido a la naturaleza pública del empleador. A partir de ahora, la Comisión y, de resultas, la jurisprudencia deberán poner su atención en novedosos aspectos (como el reconocimiento de la experiencia profesional y de la antigüedad o el reconocimiento de los derechos de pensión), si bien la Comisión niega la reivindicación maximalista de que el Derecho Comunitario confiera a los trabajadores del sector público un derecho absoluto a ser destinados en comisión de servicio o a tener acceso directo al sector público de otro Estado miembro <sup>48</sup>, con independencia de las medidas bilaterales entre Estados para fomentar la movilidad internacional. En cualquier caso, la afirmación progresiva de esos elementos anteriormente citados permitirá la configuración de una auténtica libre circulación de empleados públicos.

---

<sup>47</sup> Vid. CANALS, D., *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (Control, inspección y certificación)*, Comares, Granada, 2003.

<sup>48</sup> *La libre circulación de trabajadores. La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, Comunicación de la Comisión, COM(2002) 694 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2002, p. 23.