

## LIMITACIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: Especial referencia al concepto de función pública

LIMITATIONS ON THE FREE MOVEMENT OF WORKERS:  
Special reference to the concept of public function

**Susana E. Castillo Ramos-Bossini**

*Profesora de Derecho Administrativo*

*Universidad de Granada*

[susanacrbossini@ugr.es](mailto:susanacrbossini@ugr.es) ORCID [0000-0002-2993-8065](https://orcid.org/0000-0002-2993-8065)

Recepción de trabajo: 11-01-2023 - Aceptación: 15-03-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 285-316

- 1. INTRODUCCIÓN: EL PORQUÉ DE LA INCURSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA DEFINICIÓN DE UN CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA. ■ 2. LA NECESARIA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA HACER EFECTIVA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES. ■ 3. LA EXCEPCIÓN “EMPLEOS PÚBLICOS” A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES. 3.1 La posición de las instituciones de la UE. 3.2. La posición del Tribunal de Justicia 3.2.1 Actividades específicas de la Administración Pública. 3.2.2. La noción de prerrogativas del poder público y el ejercicio de potestades públicas. 3.2.3. Las actividades han de ser realizadas en salvaguarda del interés general. 3.2.4. Las actividades realizadas constituyen el núcleo del puesto de trabajo analizado y no se trata de un ejercicio meramente ocasional: ¿colisión con el artículo 51 TFUE? 3.2.5. Discriminaciones indirectas: la lengua y otros requisitos de impedimento en el acceso al empleo público o al desempeño de cargos públicos de nacionales de otros estados miembros. ■ 4. LOS EMPLEOS PRIVADOS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS. ■ 5. CONCLUSIONES. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

## RESUMEN

Tras el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se reconoció en su artículo 39 la libre circulación de trabajadores con prohibición de discriminación por razón de nacionalidad de otro Estado miembro, salvo en el caso de las Administraciones públicas. El presente artículo analiza cómo la jurisprudencia europea ha ido conformando una definición de Administración pública y empleo público para salvar ese obstáculo o límite a la libre circulación de trabajadores en determinados supuestos.

**PALABRAS CLAVE:** libre circulación, trabajadores, administración pública, empleo público.

## ABSTRACT

After the Treaty establishing the European Community, article 39 recognized the free movement of workers with the prohibition of discrimination based on the nationality of another Member State, except in the case of public administrations. This article analyzes how European jurisprudence has followed a definition of public administration and public employment to overcome this obstacle or limit to the free movement of workers in certain cases.

**KEYWORDS:** free movement, workers, public administration, public employment.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL PORQUÉ DE LA INCURSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA DEFINICIÓN DE UN CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA

La realización del mercado interior, y consiguientemente la plena materialización de las libertades comunitarias<sup>1</sup>, fue determinante para que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 39 y, con anterioridad, el artículo 48) proscribiera toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros y garantizase la libre circulación de los trabajadores y la igualdad de trato en el acceso al empleo y con respecto a la retribución y demás condiciones de trabajo. Bien es cierto que no en todos los sectores. Y es que, en efecto, el apartado 4º del artículo 39 establece una exclusión a esa prohibición de discriminación cuando se trate de los empleos en las Administraciones públicas, que constituye como puede imaginarse una excepción en toda regla a dicho principio<sup>2</sup>. Con ello se hizo necesaria la interpretación uniforme en todos los Estados de esta excepción, y consecuentemente, del alcance de la misma con el propósito de hacer plenamente efectiva la libre circulación de trabajadores. Esto se tradujo, ya en forma temprana, a la normativa comunitaria y a la jurisprudencia europea a incursionar los conceptos de “Administración pública” y “empleos públicos”.

1 La libre circulación como atributo de la ciudadanía de la Unión es preciso deslindarla ahora de otras realidades muy próximas entre sí, hasta el punto de que frecuentemente son confundidas unas con otras, como son el derecho a la libre circulación «de los trabajadores» que es la que aquí nos interesa, el derecho al libre establecimiento y el derecho a la libre prestación de servicios (sobre esta distinción, podemos ver la STJCEE de 9 de marzo de 2000). De esta forma, el derecho a circular y residir como atributo de la ciudadanía se regula en la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión (arts. 18 a 25 del Tratado), mientras que el derecho de libre circulación de los trabajadores, el de libre establecimiento y el de libre prestación de servicios se recogen dentro de las «Políticas» de la Unión, en el Título IV de la Parte III (arts. 45 y ss.).

2 Monereo Pérez, J.L., “La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto 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”, *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, tomo 1, 1994, ha reflexionado sobre su significación estableciendo distintas conclusiones:

En la perspectiva jurídico-política la excepción contenida en el art. 48.4 TCEE constituye una reserva de soberanía estatal, en la medida en que esta excepción participa de una serie de características típicas de esta clase de excepciones:

- Supone, en primer lugar, una regla de excepción a las disposiciones generales del Tratado.
- En segundo lugar, a diferencia de otras disposiciones de excepción recogidas en el texto del Tratado, tiene una cierta vocación de permanencia.
- En tercer lugar, su invocación por parte de los Estados miembros no está sometida a autorización previa ni a comunicación inmediata a las instituciones comunitarias, aunque después es posible el control jurisdiccional. Presenta, eso sí, la «especialidad» de que el alcance específico de la reserva no queda atribuido a los Estados nacionales.
- En fin, la excepción no está fundada en razones económicas, sino por motivaciones relacionadas con la soberanía mantenida por los Estados miembros de la Comunidad Europea.

De esta forma, aunque el régimen jurídico del empleo público constituye, en principio y en el ámbito europeo, una materia que es competencia exclusiva de los Estados miembros<sup>3</sup>, el sistema normativo y la doctrina del Tribunal de Justicia, en aras a hacer efectiva la libertad de circulación de los trabajadores, el sistema normativo y la doctrina del Tribunal de Justicia, han venido estableciendo distintas consideraciones para que dicha noción no dejase totalmente vacía de contenido la citada libertad en cualquier ocupación o actividad que se desarrollase en el seno de una Administración.

Y es que, con carácter general y en un primer momento los Estados, a la hora de abordar la definición de qué hubiera de considerarse un empleo público, lo habían realizado tradicionalmente desde una visión institucional del empleo público. Pero, precisamente y en base a dichas consideraciones, diferente ha sido la visión comunitaria de lo que haya de entenderse por empleo público a la vista de las exigencias que la realización efectiva del conjunto de las libertades definidas en el espacio europeo ha comportado. Así lo ha remarcado, de forma reiterada, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia para quien la noción de función pública se habría de determinar, desde un punto de vista funcional, atendiendo “a la naturaleza de las funciones y las responsabilidades que comporta” (STJCE de 3 de julio de 1986, A. 66/85. Asunto Lawrie-Blum).

En este sentido, el ordenamiento europeo ha venido a otorgar carta de naturaleza, como pudiera de relieve Monereo Pérez, a la integración económica comunitaria en la dirección originaria de construir una «dimensión social» de esta libertad<sup>4</sup>. El mismo planteamiento fue recogido por el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (tras el Tratado de Lisboa, por el que se modificaron el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) en su

3 Como ha puesto de relieve Noguera López, A., “La jurisprudencia del TJCE en materia de acceso a empleos en la administración pública de ciudadanos comunitarios”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, 1994, la cuestión del acceso de extranjeros a los empleos públicos ha sido siempre observada, desde el Derecho internacional como una cuestión interna de los Estados. “La exclusión de los no nacionales del empleo público parece ser una consecuencia aceptable, sino necesaria, del principio de nacionalidad que sirve de soporte a las relaciones internacionales. Permitir el acceso de extranjeros al empleo público, al aparato del Estado, pondría, quizás, en cuestión la noción misma de Estado independiente”. De hecho, sigue diciendo la autora, textos de Derecho Internacional como la Convención europea de establecimiento de 1955, la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contemplan la posibilidad de los Estados a limitar el acceso a la Administración Pública a los ciudadanos extranjeros.

La Sentencia TJCE de 7 de julio de 1988, Stanton (143/87, Rec. p. 3877) estableció, no obstante, al respecto que:

«El conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de actividades profesionales de cualquier índole en todo el territorio de la Comunidad y se oponen a toda normativa nacional que pueda perjudicar a dichos nacionales cuando quieran ampliar sus actividades fuera del territorio de un determinado Estado miembro». Y sigue diciendo que «el respeto de dicha norma se imponía, por lo tanto, a los Estados miembros, aun cuando, a falta de una normativa comunitaria [...], aquéllos seguían siendo competentes para legislar en la materia.»

4 Monereo Pérez, J.L., “La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto 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”, *Relaciones laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, tomo 1, 1994, pág. 439.

actual artículo 45<sup>5</sup> incorporando, pues, una libertad fundamental del trabajador susceptible de traducirse en derechos subjetivos y las correlativas normas de tutela de sus intereses<sup>6</sup>. De esta forma, el Tratado de la Unión Europea enmarca la libre circulación de personas en la noción de «ciudadanía de la Unión» y es que tras las importantes reformas de los tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea por el Tratado de Lisboa, la ciudadanía de la Unión ha adquirido una entidad de la que hasta entonces había carecido. Y como emanación de esa misma ciudadanía aparecen, con un brillo no menor, una serie de derechos de los «ciudadanos», entre los cuales se contiene el de libre circulación con una enorme relevancia. Y es que, una de las consecuencias más relevantes de la evolución de la noción de libre circulación de trabajadores en el ámbito europeo, se ha plasmado en la posibilidad de acceso de los ciudadanos europeos al empleo público de otros Estados miembros de la Comunidad Europea<sup>7</sup>. Y esta consecuencia ha exigido un esfuerzo para delimitar qué es la Administración pública a estos efectos y, derivado de lo anterior, qué hay que entenderse por empleo público a fin de que no quede al libre arbitrio de los Estados decidir cuándo un empleo es susceptible o no de ser ocupado por un trabajador comunitario.

El hecho, como ha destacado Fuentetaja Pastor<sup>8</sup>, de que los empleados públicos sean igualmente considerados «trabajadores» supone, en la práctica, la aplicación de una suerte de régimen jurídi-

---

5 Establece dicho artículo, referido a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad que:

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.

6 Puede verse, a este respecto, el trabajo de Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., "La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales", *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 29 de septiembre de 2017.

7 La evolución de la libre circulación ha encontrado una etapa final en su evolución mediante su incorporación al artículo 15.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que «todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro». Sin embargo, aun tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que viene a reconocer a la Carta el valor de derecho originario, la construcción jurisprudencial del TJUE por relación al alcance de la libre circulación sigue teniendo un incuestionable valor hermenéutico puesto que la interpretación del artículo 15.2 de este instrumento normativo vendrá totalmente condicionada -en aplicación de lo previsto en el art. 52.2 de la Carta, que señala que los derechos reconocidos en este instrumento que son mencionados en otras partes del Derecho originario habrán de ejercerse en las condiciones y dentro de los límites definidos por éste- por la consolidada jurisprudencia del Tribunal en esta materia de la que ahora daremos cuenta en la materia que nos afecta.

8 Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación de empleados públicos", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003, pág. 37.

co universal aplicable a los trabajadores con independencia, por un lado, de la naturaleza del vínculo (estatutario, contractual, laboral, etc.) que les une a su empleador y, por otro, del carácter de éste (público o privado)<sup>9</sup> lo que obligó, de forma necesaria, a precisar qué empleos públicos eran objeto de dicha excepción. En este sentido, es preciso advertir que el artículo 45 TFUE, como sus correlativos precedentes, contemplan dos tipos de excepciones esenciales a esta libertad fundamental de circulación de los trabajadores; y, por otra, los empleos en la Administración Pública que es concretamente a la que se dedicará este estudio<sup>10</sup>.

## 2. LA NECESARIA REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA HACER EFECTIVA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES

No fue el Derecho comunitario de los primeros años, ni originario ni derivado, dado el principio de autonomía institucional del que gozan los Estados miembros como puso de manifiesto Calonge Velázquez con cita de la mejor doctrina, el que urdió un concepto de Administración pública a los efectos de aplicación del Derecho Europeo<sup>11</sup>.

---

9 La sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, EU:C:1974:13 Rec. 1974, p. 153), subrayó que la naturaleza del vínculo jurídico que liga al trabajador y a la empresa no es determinante para la aplicación del artículo 48 del Tratado y, en este sentido, afirmó que «Las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado».

En la misma sentencia se explicita que: «[...] como el precepto citado no establece distinción alguna, carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, o incluso si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado; [...] en efecto, tales calificaciones jurídicas varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho comunitario».

10 El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, subrayando el carácter fundamental del artículo 48 en el sistema del Tratado CEE –actual artículo 45 TFUE– y reconociendo su aplicabilidad directa, recuerda la necesidad de una interpretación restrictiva de esta excepción. En distintas sentencias (Sentencias del asunto 149/79 (Comisión c/Bélgica); Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Repertorio TJCE 1980, p. 3881; Sentencia de 26 de mayo de 1982, Repertorio TJCE 1982, p. 1845.) señaló concretamente que los empleos a los que se refiere la disposición son aquellos que están relacionados con actividades específicas de la administración pública, es decir, en los casos en los que esta última aparece investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado, intereses a los que deben quedar asimilados los de colectividades públicas tales como las administraciones municipales.

11 Calonge Velázquez, A., "El concepto de administración pública en la Unión Europea: administración pública nacional y administración pública comunitaria", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010, pág. 14. Y razona más adelante que el Tribunal ofrece así un concepto de Administración pública en sentido propio y funcional, ya que, por un lado, trata de interpretar el término de Administración pública de los Estados miembros para el Derecho comunitario y, de otro, a la hora de determinar esos empleos de la Administración pública en los que no rige el derecho a la libre circulación se refiere a aquellos que comporten una participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público y que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras entidades públicas.

Bien es cierto que, a estos efectos, y en cualquier caso, para entender el concepto europeo de Administración pública se ha de partir de dos premisas: la primera premisa consiste en que el Derecho europeo no parte de que las Administraciones públicas o los sujetos públicos sean o deban ser una categoría unitaria; la segunda premisa se refiere a que el Derecho europeo no conoce un único concepto, sino que, sector por sector (o libertades comunitarias), tiene una específica noción de Administración pública a fin de alcanzar los fines que se persiguen en cada ámbito<sup>12</sup>.

De esta forma, se pueden detectar en varios sectores dicha diversificación del concepto atendiendo a la finalidad de la legislación comunitaria y a la efectiva realización de las libertades protegidas por ésta (contratación pública, empleo público, ayudas de Estado, etc.)<sup>13</sup>. Así, el Derecho europeo que ha versado sobre la materia se ha centrado en unos supuestos en la noción de potestad pública y de responsabilidad en la satisfacción del interés general, mientras que en otros ha preferido centrarse en las características de la actividad desarrollada por los sujetos en cuestión, esto es, ha presentado una noción funcional teniendo presente que su principal finalidad era lograr el efecto útil de las normas dictadas para lograr los objetivos que se pretendían con las mismas.

---

<sup>12</sup> Como detalla acertadamente Arroyo Jiménez, L., "El Derecho Administrativo Europeo como sistema", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020, págs. 175-206, dicho hecho ha influido, asimismo, en la evolución del Derecho administrativo de la Unión. Explica, de esta forma, el autor referido que: "En primer lugar, la administración de las políticas de la Unión Europea tiene lugar a través de una pluralidad de actores, entre los que se cuentan las instituciones, órganos, organismos y agencias de la Unión, las autoridades de los Estados miembros, e incluso otras organizaciones internacionales y autoridades de terceros Estados. El Derecho administrativo de la Unión se abre así, por tanto, a los Derechos internos y aún al Derecho administrativo global. En segundo lugar, la administración europea es una administración compuesta porque incorpora elementos propios de una administración centralizada, descentralizada y transnacional. Aunque no toda ella, buena parte de la actividad de la administración europea se desarrolla a través de procedimientos de cooperación y de redes administrativas que presentan grados variables –en ocasiones muy elevados– de integración. Algunas de estas estructuras para el ejercicio cooperativo o incluso conjunto de competencias administrativas se concretan en la creación de nuevos sujetos –integración subjetiva–, mientras que en otros casos la integración se produce mediante el diseño de procedimientos de toma de decisiones –integración procedimental–. Con frecuencia las dos estrategias se desarrollan simultáneamente. En tercer lugar, en esas estructuras para la administración integrada europea, las relaciones de supraordenación entre gobierno y administración adquieren una relevancia menor que la que han tenido en las administraciones de los Estados europeos, caracterizadas históricamente por los principios de unidad y jerarquía. La mayor autonomía de las estructuras de la administración integrada europea con respecto a las instituciones de la Unión y los Estados miembros plantea importantes dificultades desde el punto de vista de sus fundamentos constitucionales. En cuarto lugar, la administración europea es particularmente inestable, por estar sujeta a un proceso de permanente transformación y por no haber quedado estabilizada normativamente, siquiera en sus aspectos esenciales, en el Derecho originario. En quinto lugar, la regulación de la administración europea de las diversas políticas sectoriales se caracteriza por un marcado pluralismo sectorial. De un lado, son pocas las reglas de aplicación transversal u horizontal a la administración europea. De otro lado, ni la doctrina académica ni la jurisprudencial han contribuido a ordenar de manera significativa esa realidad tan diversa".

<sup>13</sup> En concreto, y en la materia objeto de este trabajo, el principio de libre circulación de personas, que se proyecta en el ámbito laboral y profesional como prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, ha determinado un acercamiento del concepto de lo que sea empleo público a efectos de hacerlo efectivo en el ámbito de la Administración Pública de cada país. De esta forma, el empleo público está abierto a los ciudadanos comunitarios salvo en dos supuestos: en primer lugar, que se excepte por razones de orden público, seguridad y salud pública; en segundo término, cuando el puesto a cubrir participe, directa o indirectamente, en el ejercicio de una potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

La explicación a dicha diversificación del concepto responde a diversas razones: a) la estructura de la Unión Europea no responde a los criterios tradicionales de la división de poderes<sup>14</sup>; b) el principio de autonomía institucional de los Estados miembros; c) la prevalencia de un concepto funcional no unitario de Administración pública a fin de hacer efectivas las libertades comunitarias.

Ciertamente, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el concepto de «Administración pública» en diversos asuntos, tanto en procedimientos prejudiciales como en procedimientos por incumplimiento, sin embargo, varias sentencias del Tribunal de Justicia, en particular, las más antiguas, son más bien sucintas y no arrojan mucha luz sobre cuestiones que, en mi opinión, son determinantes para valorar si un determinado cargo en la Administración Pública de un Estado miembro está comprendido en el ámbito de aplicación o no del artículo 45 TFUE, apartado 4 como más adelante tendré la ocasión de exponer.

En relación, en concreto y a los efectos que aquí interesan, a la libre circulación de trabajadores las primeras declaraciones de los órganos comunitarios a este respecto puede decirse que se conducen con una cierta imprecisión como muestra la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de enero de 1972 que abordaría los conceptos de administración y autoridad pública y en la que, como ha puesto de manifiesto Millán Moro, se plasma una cierta mezcolanza de la concepción institucional y funcional de estos conceptos que no resultaba útil a los efectos pretendidos<sup>15</sup>.

Y es que, en realidad, fue la jurisprudencia comunitaria, en una labor pretoriana digna de todo elogio, la que ha ido tejiendo, fallo tras fallo y en un primer momento a propósito de la libre circulación de trabajadores, un concepto de Administración pública de tipo funcional, y no institucional,

---

14 Entre otros supuestos se expresa ese abandono de los criterios clásicos para diferenciar las actividades derivadas de la división de poderes donde el Derecho europeo utiliza criterios de actividad. Así, y a título de ejemplo, para diferenciar si un organismo en cuestión ejerce funciones de carácter administrativo o jurisdiccionales la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de mayo de 2022 (Asunto C-453/2020) utiliza el hecho de que pueda iniciar procedimientos de oficio (véase, en este sentido, la sentencia de 31 de enero de 2013, *Belov*, C394/11, EU:C:2013:48, apartado 47, y el auto de 14 de noviembre de 2013, MF 7, C49/13, EU:C:2013:767, apartado 18) así como el hecho de que imponga, también de oficio, sanciones en las materias de su competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 2020, *Anesco y otros*, C462/19, EU:C:2020:715, apartado 44).

15 Millán Moro, L., "Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE", *Gaceta Jurídica de la CE*, D-9, 1988, págs. 135 a 188. En opinión de Fernández Lozano, E., "El acceso a las funciones públicas nacionales por los ciudadanos de la Unión Europea", *Autonomías*, núm. 25, 1999, pág. 393, «Nos encontramos, pues, con un pronunciamiento ambiguo, que empieza por admitir que los estados pueden determinar por sí mismos cuáles son los empleos que entran dentro de la excepción del art. 39.4 TCE, independientemente del contenido de las actividades realizadas en el marco de este puesto, pero después dice que esta determinación debería tener en cuenta sólo los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad. Parece que el Parlamento no tenía, en el momento de la adopción de la Resolución que comentamos, una posición demasiado clara sobre el alcance del art. 39.4 TCE: por un parte, no ve la posibilidad de imponer una obligación jurídica a los estados, obligándolos a abrir sus funciones públicas a los no nacionales, pero, por otra, pide su colaboración para que limiten la excepción a los empleos que impliquen ejercicio de autoridad. Deja, pues, en manos de los estados la determinación del alcance de la previsión del Tratado, aunque parte de una interpretación literal de ésta que lo lleva a una concepción institucional u orgánica».

dirigido, en el caso que nos ocupa, a imposibilitar la discriminación por razón de nacionalidad en materia de acceso al empleo público<sup>16</sup>.

En efecto, como ya se ha aludido, la cuestión suscitada se tradujo en un debate entre una concepción institucional de qué había de entenderse por Administración pública que se plasmaría en considerar como tal el aparato del Estado, los entes territoriales y los diferentes organismos de Derecho público definidos como tales en el Derecho interno<sup>17</sup>, y una noción funcional de ésta, independiente de la definición realizada por cada Estado miembro, y según la cual habría de entenderse por tal las entidades y organismos en que concurrían distintas características en atención a las finalidades perseguidas por el Derecho comunitario lo que permitía aprehender una noción común a todos los Estados integrantes de las Comunidades Europeas<sup>18</sup>. Un caso que puede poner de relieve lo que se está manifestando en los párrafos anteriores se produjo con la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2013 (asunto C-279/12 *Fish Legal y Shirley*). Y es que, en la misma y a los efectos de determinar el alcance del acceso a información ambiental, el Tribunal se enfrentó a delimitar qué ha de entenderse por autoridad pública y, no dudó en afirmar que el concepto de autoridad pública incluye las entidades de Derecho público o privado, que están encargadas de prestar

16 Cabe destacar como resoluciones relevantes en la materia y que han sido determinantes para la construcción de los principios aplicados habitualmente por el Tribunal los siguientes; *Sotgiu c. Deutsche Bundespost* (STJCE de 12 de febrero de 1974, asunto 152/73, Rec. 1974, EU:C:1974:13pág. 153 y ss.); Comisión c. Bélgica (STJCE de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, Rec. 1980, pág. 3881 y ss.) y Comisión c. Bélgica (STJCE de 26 de mayo de 1982, asunto 149/79, Rec. 1982, pág. 1845 y ss.), sobre el mismo asunto; Comisión c. Francia (STJCE de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, Rec. 1986, pág. 1725 y ss.); *Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg* (STJCE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, Rec. 1986, pág. 2121 y ss.); Comisión c. Italia (STJCE de 16 de junio de 1987, asunto 225/85, Rec. 1987, pág. 2625 y ss.); *Pilar Allué y Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi di Venezia* (STJCE de 30 de mayo de 1989, asunto 33/88, Rec. 1989, pág. 1591 y ss.); *Annegret Bleis c. Ministère de l'Education nationale* (STJCE de 27 de noviembre de 1991, asunto C-4/91, Rec. 1991, pág. 5627 y ss.); *Maria Chiara Spotti c. Freistaad Bayern* (STJCE de 20 de octubre de 1993, asunto C-272/92, Rec. 1993, pág. 5185 y ss.); *Allué e. a. c. Università degli Studi di Venezia y Università degli Studi di Parma* (STJCE de 2 de agosto de 1993, asuntos C-259/91, C-331/91 y 332/91, Rec. 1993, pág. 4309 y ss.); *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari y Cinzia Porcedda* (STJCE de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, Rec. 1994, pág. 505 y ss.); y sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión c. Grecia, Comisión c. Luxemburgo y Comisión c. Bélgica (asuntos C-290/94, C-473/93 y C-173/94, respectivamente, Rec. 1996, pág. 3207 y ss.), sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C405/01, Rec. p. 110391, etc.

17 Handoll, J.: "Article 48(4) EEC and No-National Access to Public Employment", *European, Law Review*, núm.13, 1988, pág. 228, explica esa visión institucional. «Son, por tanto, empleos en la Administración Pública todos los empleos que dependen de esta institución». Y de esa forma llega a la conclusión de 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».

18 Es por eso que ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de febrero de 1974, en el asunto *Sotgiu*, el Abogado General mantuvo una definición funcional y no institucional de la noción de Administración Pública del art. 48.4. Así, afirmaba que: "todo Estado tiene ciertamente el poder de delimitar el campo de acción de su Administración. En ella hace prevalecer su propia concepción de la intervención del poder público en la vida de la nación. Pero, como miembro de la Comunidad, no puede depender de él la reducción, a causa de esto, del alcance real de la libre circulación de trabajadores". Y razona que, si así no fuese, no podría determinarse lo que era la Administración Pública a la que hacía alusión el artículo 48.4 por lo que era 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».

servicios de interés público<sup>19</sup>, y que a esos efectos disponen de potestades exorbitantes respecto a las reglas aplicables en las relaciones entre personas de Derecho privado. Pero el Tribunal precisa también que, cuando nos encontramos ante personas físicas o jurídicas que asumen responsabilidades o funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente “bajo el control” de unas entidades que ejercen funciones administrativas públicas, nos hallamos en una tercera categoría residual de autoridad pública en la que se integra toda entidad que no determina con autonomía real la forma de ejercer las funciones que se le han atribuido en el ámbito del medio ambiente, puesto que una autoridad pública puede influir de forma decisiva en la acción de dicha entidad en el referido ámbito, pero que también estará obligada a comunicar la información medioambiental que obre en su poder en el contexto de la prestación de esos servicios públicos.

De esta forma, y a propósito de la excepción objeto de estudio, ya los primeros pronunciamientos europeos pusieron de relieve que era precisa una interpretación estricta para que la excepción “no tenga un alcance que sobrepase la finalidad en aras de la cual se incluyó” (Sentencia de 12 de febrero de 1974, Asunto 152/73 Sotgiú). Como expuso el Tribunal en el asunto 149/79 (Comisión/Bélgica) si bien es cierto que esta disposición tiene en cuenta el interés legítimo de los Estados en reservar a sus propios nacionales un conjunto de empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses generales, hay que evitar al mismo tiempo que la eficacia y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros se vean limitados por interpretaciones diferentes, inclusive contradictorias entre sí, del concepto de Administración pública derivadas exclusivamente del Derecho nacional que impedirían la aplicación de las normas comunitarias.

De más está decir, ya que puede intuirse tras lo hasta aquí expuesto, que esta última acabó imponiéndose en la jurisprudencia comunitaria bien es cierto que, también en los primeros momentos, se defendió una concepción sumamente estricta de la noción equiparando la Administración pública exclusivamente a aquellas personificaciones jurídicas con capacidad de imponer obligación a terceros<sup>20</sup>.

En cualquier caso, y a partir de este momento, el concepto de «Administración Pública» a efectos de la libre circulación de trabajadores dejaría de estar definido por los Derechos nacionales de los Es-

19 El concepto de autoridad pública (*puissance publique*) ha sido utilizado por la doctrina francesa y, en concreto por el Prof. Denizeau-Lahaye para caracterizar la intervención del Derecho Administrativo Europeo. Y es que, como indica el citado autor, la idea de autoridad, aunque no está formulada de forma expresa en el Derecho primario, y pese haber sido empleada por el Tribunal de una forma inespecífica, lo cierto es que está sin duda presente en el derecho administrativo europeo pues, se quiera o no, es la condición de su eficacia (pág. 82). Denizeau-Lahaye, VV.AA. (Amilhat, M. Dir.), *Les concepts fondateurs et les principes directeurs du droit administratif européen*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.

20 El Tribunal, a título de ejemplo, acogió la definición que dio el Abogado General en sus conclusiones en el asunto Reyners, según la cual el poder público es «la encarnación de la soberanía del Estado y como tales confieren a quienes los ostentan la facultad de ejercitar prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho común, privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos». Más adelante, en el asunto Comisión c. República de Portugal C-52-08, el Abogado General afirmará que «poder público» es ante todo «poder», esto es, capacidad de imposición de una conducta conforme a una voluntad irresistible.

tados miembros<sup>21</sup> o, por decirlo con mayor rigor, serían los Derechos nacionales quienes delimitarían dicho concepto, pero, eso sí, atendiendo a los criterios emanados del Tribunal de Justicia<sup>22</sup>.

Con posterioridad, ciertamente, tanto por el surgimiento de una incipiente Administración europea<sup>23</sup>, como por la necesaria modulación del principio de autonomía institucional a fin de garantizar una aplicación efectiva y uniforme del Derecho europeo, es que esa noción funcional de Adminis-

21 Explica Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación...op. cit., pág. 39. 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.

22 Siendo necesario, a esos efectos, dictar las disposiciones normativas procedentes en cada Estado ya que, como recuerda el Tribunal (sentencia de 24 de marzo de 1988, Comisión/Italia (104/86, Rec. p. 1799), «[...] la primacía y el efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario no dispensan a los Estados miembros de la obligación de eliminar de su ordenamiento jurídico interno las disposiciones incompatibles con el Derecho comunitario; en efecto, su mantenimiento origina una situación de hecho ambigua, que coloca a los sujetos de derecho afectados en una situación de incertidumbre respecto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario.» Aunque objeto de estudio exhaustivo en otro capítulo del presente volumen es indicativo recordar como, en el caso español, el Informe sobre la aplicación del derecho comunitario en 1998, daba la noticia de la existencia de un procedimiento de infracción instruido por la Comisión Europea contra el Estado español por incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 39.4 TCE, ya que, a juicio de la institución europea, el Estado español no había adoptado las medidas necesarias para asegurar la igualdad de condiciones de los ciudadanos europeos en el acceso al empleo público español. En el marco de este procedimiento, la Comisión envió un dictamen motivado a las autoridades españolas (en noviembre de 1998), a la vista de las diferentes denuncias recibidas en relación con las prácticas administrativas de exclusión de ciudadanos comunitarios de los procesos selectivos ante las administraciones públicas españolas. Como consecuencia de este procedimiento la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1999) modificó la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, de acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás estados miembros de la Unión Europea, eliminando el acceso restringido a los sectores investigador, docente, sanitario asistencial y de correos, y «a los demás sectores a los cuales, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores», y estableciendo, tal y como se propone en el texto de nuestro trabajo, una cláusula general de acceso en igualdad de condiciones de los españoles a todos los empleos públicos, salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado y de las administraciones públicas (artículo 1). Las modificaciones que la Ley 55/1999 introdujo en la Ley 17/1993 suponían que tanto el Gobierno español y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas como las restantes Administraciones públicas adoptaran medidas reglamentarias complementarias a efectos de determinar los cuerpos, escalas, plazas o empleos a los que podrían acceder los nacionales de los demás Estados miembros.

23 La realidad que hoy configura la Administración pública comunitaria se define, según ha explicado la mejor doctrina cómo "un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y europeas que trabajan en común" o, dicho en otros términos –utilizados también por el mismo autor citado– como «una asociación o un conjunto interrelacionado que comprende los dos niveles, y ello en el plano del control, de la acción y de la información". Véase "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del derecho administrativo", en AAVV (Barnés, J. coord.), Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos, *Innovación y reformas en el derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pág. 114. Y es que, junto a la ejecución directa en la que actúa la Administración propia de la UE mediante la Comisión o una de sus numerosas agencias, o la ejecución indirecta, realizada por los aparatos administrativos de los estados miembros, adquiere cada vez mayor importancia la que se realiza entre la Administración europea y las Administraciones de los estados miembros. Como se ha resaltado en la doctrina: "A medida en que se expanden los mecanismos de interacción, se reducen los ámbitos en que la Administración comunitaria y las Administraciones nacionales ejecutan de forma autárquica y sin injerencia ajenas las normas comunitarias, emergiendo con fuerza una zona intermedia, de ejecución conjunta del Derecho comunitario. Es tal la pujanza de esta nueva forma de ejecución, que son muchas ya quienes creen, con razón, que la UE no sólo es una unión constitucional, sino que constituye también una unión administrativa (Europäischer Verwaltungsverbund)". Puede consultarse Mir Puigpelat, O., "La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea", en AAVV (Velasco Caballero, F. y Scheider, J.P. coord.), *La Unión Administrativa Europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, págs. 63-64.

tración aparecida en distintos sectores de acción del Derecho comunitario ha sido determinante para que las administraciones nacionales vayan acercando su propia delimitación de lo que ha de entenderse por ésta a las variables suministradas por el ordenamiento y la jurisprudencia europea (baste citar, entre nosotros, la contratación o el empleo público).

En conclusión, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «Administración pública» a los efectos del artículo 45 TFUE, apartado 4, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Unión y no es posible por tanto dejarlo a la absoluta discreción de los Estados miembros (véanse, en particular, las sentencias *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, EU:C:1974:13, apartado 5, y *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, C405/01, EU:C:2003:515, apartado 38). Esta disposición, por tanto, debe entenderse en un sentido funcional: lo fundamental es que la actividad implique típicamente el ejercicio de prerrogativas de poder público; además, al titular del empleo debe encomendársele la responsabilidad de velar por los intereses generales del Estado (véase la sentencia de 26 de mayo de 1982, *Comisión/Bélgica*, C-149/79 Rec.p.1845, apartado 12).

Pero es que, además, y ha de subrayarse, en concreto el concepto comunitario de Administración pública debe interpretarse de forma restrictiva por tratarse de una excepción a un principio fundamental de Derecho comunitario, y limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses generales que el artículo 39 CE, apartado 4, permite proteger a los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 16 de junio de 1987, *Comisión/ Italia*, 225/85, Rec. p. 2625, apartado 7).

De esta forma, no basta que el titular del empleo ejerza ocasionalmente prerrogativas de poder público: el ejercicio de estas prerrogativas debe constituir el núcleo de dicha actividad (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85, Rec. p. 2121, apartados 26 a 28, y de 27 de noviembre de 1991, *Bleis*, C-4/91, Rec. p. 1-5627, apartado 7).

## 3. LA EXCEPCIÓN “EMPLEOS PÚBLICOS” A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES<sup>24</sup>

### 3.1. La posición de las Instituciones de la UE

Como se desprende de forma natural de lo hasta aquí expuesto la noción funcional estaría basada en las características de la función ejercida, más que en qué entidad o institución se ejercen estos empleos, con lo cual podemos adelantar una primera conclusión: aquellas funciones que se con-

<sup>24</sup> De imprescindible referencia en este punto es Monereo Pérez, J.L. y Vida Soria, J., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

sideran relevantes o inherentes al servicio público no podrían en principio ser desempeñadas por ciudadanos comunitarios<sup>25</sup>.

Es preciso poner de manifiesto que, sin embargo y como consecuencia de la adopción de una definición funcional del concepto de «Administración Pública», la delimitación de las funciones se ha realizado a través de dos vías: los sectores de actividad o los puestos de trabajo. La Comisión ha seguido ambas estrategias.

En un primer momento, y como quiera que la jurisprudencia emanada hasta esa época no tuvo la influencia suficiente como para que los Estados miembros adoptasen medidas normativas adecuadas con arreglo a la misma a fin de hacer posible el acceso a las funciones públicas nacionales de los ciudadanos de otros estados miembros, la Comisión emitió una Comunicación (88/C 72/02), en la que recogiendo la jurisprudencia del TJCE, emprendió una acción sistemática en materia de interpretación de la excepción recogida en el Tratado<sup>26</sup>.

En dicha Comunicación, la Comisión hace una enumeración de las actividades específicas de las funciones públicas nacionales que se excluyen de la libre circulación de trabajadores y sobre las que no se dirigirá su intervención. Se trata de funciones del Estado muy relacionadas con el ejercicio del poder público, a saber: fuerzas armadas, policía y otras fuerzas de orden público, magistratura, administración fiscal, diplomacia, puestos de trabajo en los ministerios del estado, de los gobiernos regionales, en las colectividades territoriales y en otros organismos públicos y bancos centrales, en la medida en que se trate de personal que realice actividades relacionadas con el ejercicio de un poder jurídico público, como la elaboración de actos jurídicos, la ejecución de estos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes.

---

25 Será esencialmente en el asunto 149/79 Comisión contra Bélgica donde el Tribunal se decantará por una noción funcional. En este asunto la Comisión tuvo conocimiento de que la condición de nacionalidad había sido requerida para el acceso a empleos en el seno de Administraciones locales y establecimientos públicos belgas (Ciudad de Bruselas, Ayuntamiento de Auderghem, Ferrocarriles belgas...). Al parecer de la Comisión esta exigencia no estaba justificada por el tipo de funciones a desempeñar: fontaneros, puericultoras, electricistas, vigilantes nocturnos, arquitectos... las cuales no se distinguen en nada de los empleos similares ejercidos en el campo privado. El Tribunal de Justicia manifestó al respecto que son empleos en la Administración Pública, en el sentido del art. 48.4, los que "comportan una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras colectividades públicas. Esos empleos suponen en efecto, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad de cara al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad".

26 Nótese, como ha observado Druésne, G., "La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les "emplois dans l'administration publique" (sur un arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de justice des Communautés européennes)", *Revue trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 1981, pág. 297, que sólo la elaboración de una norma de derecho comunitario – Directiva o Reglamento– haría viable una aplicación uniforme del contenido de la excepción. Sin embargo, hay que hacer notar que una Comunicación tan solo define la posición de la Comisión respecto al alcance de la excepción lo que, como puede imaginarse, tiene un alcance mucho más limitado. Bien es cierto que sirve tanto de base para interponer eventuales recursos de incumplimiento de los Estados, como del establecimiento de una referencia para los Estados a la hora de elaborar su normativa interna. Y, ciertamente, en ambas líneas tuvo su efecto: de un lado, interponiendo recursos de incumplimiento como los resueltos por sentencias de 2 de julio de 1996 (asuntos C-473/93, C-173/94 y C-290/94, cit.), condenando en la mayoría de los casos a los estados miembros por incumplimiento de sus obligaciones en virtud del art. 39 TCE; de otro, la Comunicación de la Comisión tuvo como efecto la adaptación de la mayor parte de las normas internas sobre acceso a las funciones públicas nacionales, de manera que prácticamente todos los estados miembros eliminaron el requisito de la nacionalidad para acceder a los empleos en la Administración pública en los sectores indicados por la Comisión.

Asimismo, dicha Comunicación se refiere a otros sectores que no se pueden incluir estrictamente como actividades específicas de los Estados ya que pueden ser prestadas por el sector privado, donde insta a los Estados miembros a permitir a los nacionales de otros Estados miembros acceder a estos puestos de trabajo. Se trata, en este supuesto, de los organismos responsables de la gestión de servicios comerciales, como transportes públicos, distribución de electricidad o gas, navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, así como en los organismos de radio teledifusión, en los servicios operativos de salud pública, en la enseñanza pública y en la investigación civil en establecimientos públicos. Sectores, todos ellos, en que la Comisión considera que la excepción del apartado 4 no es aplicable, salvo en casos muy excepcionales, a las tareas y responsabilidades características de los puestos de trabajo de dichos sectores<sup>27</sup>.

Es preciso resaltar, sin embargo, y como ha puesto de relieve Fuentetaja Pastor<sup>28</sup>, que en un segundo momento la Comisión pareció cambiar de perspectiva, poniendo el foco de atención más en los puestos de trabajo que en sectores específicos de actividad, y a este respecto señalará esta 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 pro-

---

27 El Tribunal en su sentencia de 2 de julio de 1996 (Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, asunto C-290/94). señaló la vulneración por parte de Grecia del principio de no discriminación por establecer una reserva destinada a la contratación de nacionales «en los sectores públicos de distribución de agua, gas y electricidad, en los servicios operativos de salud pública y en los sectores de la enseñanza pública, los transportes marítimos y aéreos, los ferrocarriles, los transportes públicos urbanos y regionales, la investigación civil y correos, telecomunicaciones y radiotelevisión, así como en la ópera de Atenas y en las orquestas municipales».

28 Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación...op. cit., pág. 41. Bien es cierto que dicha opinión del autor debe ser matizada. En realidad, lo que se propone es establecer con carácter general una determinación por sectores, como hace la Comisión en su comunicación de 1988, y, una vez realizada, analizar los puestos de trabajo excluidos ya que la otra alternativa confiere a esos poderes públicos nacionales el cometido de determinar en un primer momento el ámbito de una excepción, en virtud de su mera decisión de que un sector dependa del Estado o de una entidad pública. Así, en palabras del Abogado General Sr Léger (ASUNTO C-290/94):

-Si la actividad de un sector forma parte de las actividades específicas de la Administración, habrá de admitirse que la mayor parte de los puestos de trabajo de dicho sector se adaptan a los criterios de la definición comunitaria de empleos en la Administración pública; por consiguiente, el sector se considerará incluido a priori en el ámbito del apartado 4 del artículo 48 del Tratado e incumbirá a la Comisión o al ciudadano comunitario demostrar que no se reúnen los requisitos de la excepción;

-En cambio, si la actividad de un sector está alejada de las actividades específicas de la Administración, habrá de admitirse que la mayor parte de los puestos de trabajo de dicho sector no se adaptan a los criterios de la definición comunitaria; en este supuesto, el sector se considerará incluido a priori en el ámbito de los apartados 1 a 3 del artículo 48, es decir, en el de la libre circulación de los trabajadores, e incumbirá a los poderes públicos nacionales demostrar, respecto a puestos de trabajo determinados, que en realidad se reúnen los requisitos del apartado 4 del artículo 48.

La segunda fase, en caso de controversia relativa a un puesto de trabajo determinado, requiere el análisis de las funciones propias de éste: el Juez nacional o el Juez comunitario que conozca del asunto habrá de verificar, con observancia de las normas sobre reparto de la carga de la prueba, si el puesto de trabajo implica una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las demás entidades públicas, en el sentido de la reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia.

teger el interés general del Estado; y, por otra, todos los demás»<sup>29</sup>. Y de esta forma, 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>30</sup>.

Pero, si en un primer momento, las instituciones comunitarias redujeron a una Comunicación su acción para evitar la discriminación por razón de la nacionalidad, con posterioridad tanto el Consejo como el Parlamento adoptaron medidas normativas para hacer viable la libre circulación de los trabajadores que, sin incursionar en la interpretación que haya de darse a la excepción, sí que reiteran la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad y articulan mecanismos para hacerla efectiva<sup>31</sup>.

Así, y junto a las previsiones contenidas en el Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con posterioridad el Reglamento (UE) n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DOUE L 27 Mayo 2011), partiendo de que el principio de no discriminación entre trabajadores de la Unión implica que todos los nacionales de los Estados miembros tengan la misma prioridad en el empleo que la que disfrutaban los trabajadores nacionales, adopta una serie de medidas dirigidas a garantizar la efectividad de ese derecho y crea dos Comités para el seguimiento y pleno cumplimiento del mismo<sup>32</sup>.

29 De sumo interés es el trabajo, de habitual referencia, de Gómez Muñoz, J.M., "La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público", Consejo Económico y Social (España), 1996, que ofrece una relación jurisprudencial de los empleos en que no puede ser aplicada la excepción.

30 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.

31 La libre circulación de trabajadores se recoge actualmente en los artículos 45 a 48 TFUE y 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

32 Entre otras previsiones muy relevantes, a estos efectos, cabe destacar el artículo 3 que establece que:

1. En el marco del presente Reglamento, no serán aplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, ni las prácticas administrativas de un Estado miembro:

a) que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros, o

b) que, aun siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo.

El párrafo primero no se aplicará a las condiciones relativas a los conocimientos lingüísticos exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir.

2. Entre las disposiciones o prácticas mencionadas en el apartado 1, párrafo primero, están comprendidas principalmente las que, en un Estado miembro:

a) hagan obligatorio el recurso a procedimientos especiales de contratación de mano de obra para los extranjeros;

b) limiten o subordinen a condiciones distintas de las que son aplicables a los empresarios que ejercen en el territorio de dicho Estado, la oferta de empleo por medio de la prensa o de cualquier otro modo;

c) subordinen el acceso al empleo a condiciones de inscripción en las oficinas de empleo u obstaculicen la contratación nominativa de trabajadores, cuando se trate de personas que no residan en el territorio de dicho Estado.

No obstante, y habiéndose dado un paso adelante, se ha hecho preciso seguir insistiendo en el camino emprendido y, en este sentido, la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DOUEL 30 abril 2014), haciendo alusión en su Considerando 17 a que:

*La protección contra la discriminación por razón de la nacionalidad propiamente dicha quedaría reforzada por la existencia de organismos eficaces con la experiencia técnica adecuada en cada Estado miembro con competencias para fomentar la igualdad de trato, analizar los problemas a que se enfrentan los trabajadores de la Unión que ejerzan su derecho a la libre circulación y los miembros de sus familias, estudiar posibles soluciones y facilitarles asistencia específica. Entre las competencias de estos organismos debería encontrarse, entre otras, la prestación a los trabajadores de la Unión y a los miembros de sus familias de asistencia independiente, jurídica o de otro tipo, por ejemplo, información jurídica sobre la aplicación de la normativa pertinente, nacional y de la Unión, relativa a la libre circulación de los trabajadores, los procedimientos de reclamación que deban seguirse, y la ayuda para proteger los derechos de los trabajadores y los miembros de sus familias, y podrá incluir asimismo la asistencia en procedimientos judiciales.*

Y, en este sentido, va a establecer como obligación de los Estados miembros, de necesario cumplimiento antes de 21 de mayo de 2016, designar una o más estructuras, u organismos, como responsables del fomento, el análisis, la supervisión y el apoyo en el ámbito de la igualdad de trato de los trabajadores de la Unión y los miembros de sus familias, sin discriminación por razón de la nacionalidad ni restricciones y obstáculos injustificados de su derecho a la libre circulación, y adoptarán las disposiciones necesarias para el funcionamiento de estos organismos (artículo 4º). Bien es cierto que dichos organismos podrán formar parte de organismos existentes a escala nacional que tengan objetivos similares.

---

Por su parte el artículo 7 establece que:

1. En el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo.
2. Se beneficiará de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.
3. Tendrá acceso también a las escuelas de formación profesional y a los centros de readaptación o de reeducación, en base al mismo derecho y en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales.
4. Toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros.

## 3.2. La posición del Tribunal de Justicia

Es preciso referirnos, de forma previa, a que la mencionada excepción tiene en cuenta el legítimo interés de los Estados miembros en reservar a sus propios nacionales un conjunto de empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses generales (véanse, haciendo referencia a este concreto aspecto, las sentencias Comisión/Bélgica, 149/79, EU:C:1980:297, apartado 19, y Vougioukas, C443/93, EU:C:1995:394, apartado 20). Aunque no es menos cierto que el criterio de aplicabilidad del apartado 4 del artículo 45 del Tratado es funcional, como se ha expuesto, y debe tener en cuenta la naturaleza de las tareas y de las responsabilidades propias del puesto de trabajo, a fin de evitar que el efecto útil y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros se vean limitadas por interpretaciones del concepto de Administración Pública derivadas exclusivamente del Derecho nacional, que obstaculizarían la aplicación de la normativa comunitaria.

De esta forma, la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no permite que un Estado miembro pueda establecer, con carácter general, un requisito de nacionalidad para la totalidad de los puestos de trabajo en los sectores que no implican una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público<sup>33</sup>. Las garantías del precepto se aplican, por ello, al acceso de nacionales de otros Estados miembros a aquellas funciones y empleos en la Administración Pública y en los servicios prestados por personas jurídicas públicas dependientes de ella que no son característicos de las actividades específicas de la Administración pública<sup>34</sup>, en cuanto ente al que se ha confiado el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas (Comisión C/ Bélgica, 17 de diciembre de 1980, 149/79; Grahame y Hollanders, 13 de noviembre de

<sup>33</sup> No obstante, el artículo 45 TFUE no sólo prohíbe la discriminación directa por razón de nacionalidad, sino también la indirecta. (Sentencia Graf (C190/98, EU:C:2000:49), apartado 14 y jurisprudencia citada). El Tribunal de Justicia ha calificado como indirectamente discriminatoria toda normativa nacional que sea indistintamente aplicable en función de la nacionalidad, pero que, *por su propia naturaleza*, pueda afectar *más* a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales del Estado cuya legislación resulte controvertida y que implique por consiguiente el riesgo de perjudicar *específicamente* a los primeros. (Sentencias Larcher (C523/13, EU:C:2014:2458), apartado 32 y jurisprudencia citada; Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C514/12, EU:C:2013:799), apartado 26 y jurisprudencia citada; Erny (C172/11, EU:C:2012:399), apartado 41 y jurisprudencia citada, y O'Flynn (C237/94, EU:C:1996:206), apartados 18 a 20). El Tribunal de Justicia también ha declarado que «para que pueda calificarse una medida como indirectamente discriminatoria no es necesario que tenga como efecto favorecer a todos los nacionales del Estado miembro interesado o desfavorecer sólo a los nacionales de los otros Estados miembros, con exclusión de los primeros». (Sentencias Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C514/12, EU:C:2013:799), apartado 27, y Erny (C172/11, EU:C:2012:399), apartado 41 y jurisprudencia citada). Además, no es necesario comprobar si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadores migrantes. Basta con comprobar que dicha disposición puede producir tal efecto. (Sentencia Larcher (C523/13, EU:C:2014:2458), apartado 33 y jurisprudencia citada).

<sup>34</sup> Pero, asimismo, tampoco puede exigirse el requisito de nacionalidad ni siquiera para puestos de trabajo que inicialmente no reúnan los requisitos del apartado 4 del artículo 48, pero cuyos titulares puedan verse abocados, como consecuencia de promoción o de traslado, a ejercer funciones y responsabilidades propias de la Administración pública (Conclusiones de 5 de marzo de 1996 del Abogado General Sr. Philippe Léger en el asunto Comisión/Grecia).

1997, C-248/96; Comisión C/ Luxemburgo, 2 de julio de 1996, C-473/93; Comisión C/ Bélgica, 2 de julio de 1996, C-173/94; Comisión C/ Grecia, 2 de julio de 1996, C-290/94)<sup>35</sup>.

Consecuentemente, lo realmente importante en virtud de dicha disposición no es la designación o el estatuto jurídico del cargo, su vínculo orgánico con las autoridades públicas, (por ejemplo, el hecho de que la persona que ocupe el cargo sea empleada de una persona física o jurídica de Derecho privado no descarta, por sí mismo, la aplicabilidad del artículo 45 TFUE, apartado 4, si se demuestra que, para cumplir determinadas actividades, dicha persona actúa como representante del poder público (sentencia de 30 de septiembre de 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C405/01, Rec. p. 110391), apartado 43.) o su posición en la Administración Pública, (sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, Rec. p. 153, EU:C:1974:13), apartado 5, y Comisión/Francia, antes citada, apartado 11.), sino su auténtica naturaleza, responsabilidades y funciones (sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo (C473/93, Rec. p. 13207), apartado 28, Comisión/Francia, antes citada, apartado 12 y Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, apartado 39).

Como indica Fuentetaja Pastor 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, que actúa cada uno de ellos con carácter acumulativo al anterior<sup>36</sup>, para delimitar, de forma específica en cada caso concreto, lo que debe entenderse por puesto de trabajo en la Administración Pública: 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

---

35 El Tribunal de Justicia europeo se ha referido a la aplicación de la garantía del acceso al empleo, entre otros, en el sector salud (Comisión C/ Francia, 3 de junio de 1986, 307/84) en la investigación civil (Comisión C/ Italia 16 de junio de 1987, 225/85) y en la enseñanza (profesores en período de prácticas en Lawrie Blum, de 3 de julio de 1986, 66/85; lectores de lenguas extranjeras en Allué y Coonan, de 30 de mayo de 1989, 33/88; profesores de enseñanza secundaria en Bleis, [27 de noviembre de 1991, C-4/91](#); profesores de enseñanza primaria en Comisión C/ Luxemburgo, 2 de julio de 1996, C-473/93) etc. En las Conclusiones presentadas por el Abogado General Leger de 15 de marzo de 1996 en el Asunto Comisión/Grecia se realiza una enumeración de los empleos que no se encuentran incluidos en la excepción según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hasta ese momento: Servicios de correos: obrero; Ferrocarriles: agente de clasificación, peón de carga y descarga, maquinista, tendedor de vías, guardagujas, limpiador de oficinas, pintor, auxiliar guarnicionero, encargado de mantenimiento de baterías, montador de secciones, montador de inducidos, vigilante nocturno, limpiador, empleado de cantina, ayudante de talleres; Municipios: carpintero, peón de jardinería, enfermera, puericultura, vigilante, enfermera en guarderías, electricista, fontanero; Hospitales públicos: enfermero, enfermera; Enseñanza pública: profesor en período de prácticas, profesor de enseñanza secundaria, lector de lengua extranjera en las Universidades; Investigación civil: investigador.

36 En efecto, el Tribunal de Justicia siempre hace referencia, además, a la «salvaguardia de los intereses generales del Estado» dado que el Tribunal de Justicia une generalmente mediante la conjunción «y» los criterios de participación en el ejercicio del poder público y de salvaguardia de los intereses generales del Estado y se exige una interpretación restrictiva del concepto de administración pública, se ha señalado además en varias ocasiones ambos requisitos deben cumplirse de forma acumulativa (Sentencia de 3 de junio de 1986, Comisión/Francia (307/84, apartado 12); sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rcc. p. 2121), apartado 27; de 30 de mayo de 1989, Allué y otros (33/88; Rcc. p. 1591), apartado 7. Véanse, asimismo y por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Sr. Léger presentadas el 5 de marzo de 1996 en el asunto Comisión/Grecia punto 23. y las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas el 29 de abril de 1986 en el asunto LawrieBlum.

Estado o de otras entidades públicas<sup>37</sup>. De más está recordar que, precisamente, esos criterios son los que han orientado a la legislación española para definir los puestos de trabajo reservados a funcionarios. En este sentido, el art. 9.2 EBEP, reserva a favor de los funcionarios públicos: “*En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca*”.

Procederemos, realizada dicha salvedad, a analizar dichas condiciones. Si bien añadiremos otro criterio a los anteriores que, en mi opinión y si no se aplica con la necesaria proporcionalidad y visión de conjunto, podría dar como consecuencia una interpretación contraria al artículo 51 TFUE. Y es que, ciertamente, es preciso advertir que las normas contenidas en los artículos 45 TFUE, apartado 4, y 51 TFUE deben interpretarse uniformemente tal y como pusieron de manifiesto tanto los Abogados Generales Mayras (Conclusiones presentadas en el asunto *Reyners*, sentencia de 21 de junio de 1974, 2/74, Rec. p. 631) y Mancini, (Conclusiones presentadas en el asunto *Comisión/Francia* (sentencia de 3 de junio de 1986, 307/84, Rec. p. 1725). El distinto contenido de ambas disposiciones se debe a las distintas situaciones a las que hacen referencia. No obstante, el objetivo que persiguen ambas normas es el mismo: permitir a los Estados miembros establecer excepciones al principio general que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad en el mercado interior, reservando a sus propios nacionales el ejercicio de determinadas actividades desarrolladas en interés general por personas a las que se han atribuido a tal efecto determinadas facultades de autoridad. Por consiguiente, en mi opinión, para interpretar y aplicar el artículo 45 TFUE, apartado 4, no sólo debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre dicha disposición sino también, *mutatis mutandis*, los principios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 51 TFUE, que en gran medida se ha desarrollado de forma similar tal y como ha señalado la mejor doctrina<sup>38</sup>.

### 3.2.1. Actividades específicas de la Administración Pública

En cuanto a la primera condición, ésta se traduce en que la excepción prevista en el artículo 45 TFUE, apartado 4, no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos de Derecho público, no implican, sin embargo, ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha (sentencias *Comisión/Grecia*, EU:C:1996:265, apartado 2, y *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, EU:C:2003:515, apartado 40). Precisamente, por esta razón, ha de comprobarse si las funciones atribuidas al puesto concreto contienen prerrogativas de poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado, que, por consiguiente, justifiquen que estén reservadas a los nacionales como más adelante analizaremos.

37 Fuentetaja Pastor, J.A., “La libre circulación...op. cit., p. 41 y s.

38 Dashwood, A. y otros, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, (6ª ed.), 2011, p. 569.

Por actividades específicas del Estado Fuentetaja Pastor advierte, sin embargo, no ha de entenderse de forma tal 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. El Tribunal de Justicia precisó en el asunto *Reyners* que «se limita a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público», sin que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones unilaterales al respecto que extiendan o reduzcan sus términos. De esta forma, y como se delimitó por la Comisión<sup>39</sup>, se incluyen las actividades que clásicamente hemos considerado propias de la Administración pública, pero 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 del medio ambiente<sup>40</sup>.

El concepto “actividades específicas de las Administraciones públicas” se ha visto completado en la jurisprudencia con un añadido muy relevante: “y que por ello suponen la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado”. Para el Abogado General Wahl, es precisamente este último concepto el que constituye el contexto en el que los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia deben ser interpretados y aplicados (Asunto C-270/2013)<sup>41</sup>, si bien, y dadas las transformaciones que se han producido en el ámbito de la Unión y muy señeramente el concepto de ciudadano de la Unión y de soberanía de los Estados a estos efectos, entiende que debe ser interpretado con arreglo a las circunstancias existentes en cada momento. Y es que, como se indica en las Conclusiones realizadas en dicho asunto, en los correspondientes apartados: “(50) En primer lugar, la percepción del papel del Estado, i) en la sociedad, y ii) en el ámbito internacional, está cambiando de forma radical. En lo que respecta al primero de dichos aspectos, lo que los ciudadanos esperan que el Estado haga por ellos y el modo de hacerlo está cambiando rápidamente dentro de la sociedad. En las últimas décadas ha surgido una tendencia clara hacia la privatización y externalización de cometidos que, en el pasado, estaban estrictamente reservados a las autoridades públicas. En cuanto

39 Criterio, por demás aceptado, por el Abogado General en el asunto *Comisión v. Luxemburgo* de 3 de julio de 1996, Asunto C-471/93.

40 Fuentetaja Pastor, J.A., “La libre circulación...op. cit., p. 42.

41 En palabras de éste “El concepto de relación particular de solidaridad entra en juego en relación con empleos que, conforme a la opinión legítima del Estado, entrañan deberes que por sus características intrínsecas sólo están en condiciones óptimas de desarrollar aquellas personas ligadas al Estado, no sólo por una mera relación laboral, sino también por su nacionalidad. La presunción subyacente es que una persona suele sentir mayor lealtad, confianza y devoción por el país al que ella, su familia y sus raíces pertenecen. De hecho, los principios predominantes para otorgar la nacionalidad de una persona son la sangre («*ius sanguinis*») o el territorio («*ius soli*»). Según dicha teoría, si faltan esos vínculos de *sanguis* y *solum*, una persona puede estar menos dispuesta o simplemente ser menos capaz para desarrollar sus funciones en cualquier circunstancia para cumplir plenamente un cometido en interés público” y sigue explicando que “El concepto de relación particular de solidaridad entra en juego en relación con empleos que, conforme a la opinión legítima del Estado, entrañan deberes que por sus características intrínsecas sólo están en condiciones óptimas de desarrollar aquellas personas ligadas al Estado, no sólo por una mera relación laboral, sino también por su nacionalidad. La presunción subyacente es que una persona suele sentir mayor lealtad, confianza y devoción por el país al que ella, su familia y sus raíces pertenecen”.

al segundo, recientemente la doctrina ha subrayado que, en el actual mundo globalizado, en el que partes significativas de las competencias constitucionales de los Estados soberanos han sido transferidas a organizaciones supranacionales o son ejercidas *de facto* en distintos foros internacionales, el concepto de soberanía no puede entenderse del modo en que dichos conceptos tradicionales se utilizaban en el pasado; (51). En segundo lugar, el concepto de ciudadanía también ha sufrido cambios importantes. A raíz de una mayor movilidad de los trabajadores (y, con carácter general, de las personas) dentro de la Unión, la solidaridad que históricamente los Estados esperaban de sus ciudadanos se ha deteriorado o, al menos, transformado en términos conceptuales dentro de la Unión. Asimismo, desde que se firmó el Tratado de Maastricht, los Tratados de la Unión incluyen la ciudadanía europea como un concepto independiente y colateral al de la ciudadanía de los Estados miembros. Como el Tribunal de Justicia declaró en el asunto ejemplar Grzelczyk, «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico». En otras palabras, parafraseando al Abogado General Jacobs en sus conclusiones presentadas en el asunto Konstantinidis, cualquier ciudadano de la Unión está facultado para afirmar «*civis europaeus sum*» y para invocar dicho estatuto para oponerse a cualquier violación de sus derechos fundamentales y, yo añadiría, a cualquier discriminación injustificada y no razonable basada en la nacionalidad en el seno de la Unión”.

En consecuencia, si bien que se trate de una actividad específica de la Administración pública constituye un indicio relevante para la aplicación de la excepción, no es menos cierto que es preciso, además, que se den otros requisitos que procederemos a analizar. Y es que la excepción prevista en el artículo 45 TFUE, apartado 4, no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos de Derecho público, no implican sin embargo ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha (sentencias Comisión/Grecia, EU:C:1996:265, apartado 2, y Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, apartado 40) y, por ello, ha de comprobarse si las funciones atribuidas al puesto de trabajo contienen prerrogativas de poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado que, por consiguiente, justifiquen que estén reservadas a los nacionales de un Estado miembro.

En definitiva, el concepto de actividades específicas ha de ponerse en relación a los bienes jurídicos que se pretenden proteger mediante el Derecho de la Unión y delimitar si abarcan el conjunto de actividades realizadas como se ha puesto de relieve a propósito de las fuerzas armadas y el derecho a la salud que asiste a los miembros de éstas cuando se trata de servicios de administración, mantenimiento, reparación, sanidad, preservación del orden o persecución de las infracciones que no pueden ser excluidas, plenamente, del ámbito de aplicación de las disposiciones que preservan dichos bienes jurídicos (Conclusiones del Abogado General de 28 de enero de 2021 y STJUE de 15 de julio de 2021, asunto C-742/2019).

## 3.2.2. La noción de prerrogativas del poder público y el ejercicio de potestades públicas

En un primer momento, es preciso señalar, en relación al ejercicio de poderes conferidos por el Derecho público que, si bien el Tribunal de Justicia no ha ofrecido una definición general y clara de dichos conceptos, lo cierto es que cabe extraer varios elementos de la jurisprudencia, entre ellos el elemento referente al desarrollo de actividades relacionadas con el ejercicio del poder público en virtud del artículo 51 TFUE.

Resulta, además, sorprendente, como pusiera de relieve Fuentetaja Pastor, que el Tribunal de Justicia adopte el criterio del ejercicio de potestades públicas para distinguir entre funciones de autoridad —reservadas a los nacionales de los Estados miembros— y, en contraposición, funciones de gestión, pues 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<sup>42</sup>.

De esta forma, no hay duda de que estos términos incluyen el poder de *imperium*, y, por tanto, hay que entender incluidos en los mismos los poderes legislativo, ejecutivo, judicial y militar supremos inherentes al concepto de poderes soberanos que el Estado ejerce a través de determinados órganos o individuo<sup>43</sup>. Asimismo, dichos términos también engloban una potestad que se suele definir con el término *potestas* y que hace referencia a todas las facultades que permiten adoptar medidas legalmente vinculantes con independencia (o a pesar) de la voluntad del destinatario y que se ejecutan mediante coerción o pena<sup>44</sup>.

42 Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación...op. cit., p. 45.

43 En relación con dicha expresión, pueden verse las conclusiones conjuntas del Abogado General Cruz Villalón presentadas en los asuntos Comisión/Bélgica (C47/08, Rec. p. I4105); Comisión/Francia (C50/08, Rec. p. I4195); Comisión/Luxemburgo (C51/08, Rec. p. I4231); Comisión/Austria (C53/08, Rec. p. I4309); Comisión/Alemania (C54/08, Rec. p. I4355), y Comisión/Grecia (C61/08, Rec. p. I4399), punto 97, sentencias de 24 de mayo de 2011.

44 Pueden verse, a estos efectos, las Sentencias Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, apartado 42, y Anker y otros, apartado 61.

No obstante es preciso aclarar que el criterio más tradicionalmente seguido en orden a la identificación del poder público, que como se ha dicho es el que atiende a la capacidad del poder público para imponer su voluntad unilateralmente, es decir, sin necesidad del consentimiento del sujeto obligado (al contrario que un particular que sólo puede hacer aceptable su voluntad a otro particular con el consentimiento de este último), fue matizado en las Conclusiones del abogado general Cruz Villalón en el Asunto C47/08 indicando que:

97. No obstante, las cosas no son tan simples cuando se trata, como es siempre nuestro caso, de un Estado democrático. Pues, en estos supuestos, el consentimiento es siempre, de alguna manera y en último término, necesario. De otro lado, conviene relativizar la afirmación según la cual la voluntad del poder público se impone de manera incontestable. Y es que, desde la perspectiva ahora del Estado de Derecho, consustancial también a la Unión, toda actuación del poder público es susceptible de revisión. En realidad, el poder soberano del Estado democrático es, desde esta perspectiva, antes *auctoritas* que puro *imperium*. Esto es, poder de dominación ejercido por la voluntad misma de los sujetos a obediencia, y asegurada por la legitimidad de origen de la voluntad de dominio, más que por la pura amenaza de la coacción física.

98. Esto supone, desde esta perspectiva, que el concepto en cuestión no es un concepto absoluto, sino relativo, susceptible, por tanto, de graduación. A mayor facilidad para la imposición de una conducta, mayor proximidad a la cualidad del poder público, pero siempre descartada la imposición de plano e incontestable.

Ahora bien, dicho ello, también resulta evidente que no cabe entender automáticamente que el mero ejercicio de cualquier poder de naturaleza administrativa (es decir, de naturaleza distinta a la que es propia de los particulares) afecta a poderes conferidos por el Derecho público. En efecto, los empleos que básicamente suponen la realización de tareas administrativas o el desempeño de funciones técnicas, y que no entrañan el ejercicio de facultades discrecionales

99. Por todos estos motivos, atender al criterio del fin (interés general/interés particular) o al criterio del modo de imposición de la obligación asegurada por la fuerza (unilateral/bilateral) supone andar un camino que fatalmente desemboca en un terreno poco firme. Tropezamos aquí, en efecto, con conceptos extraordinariamente imprecisos, sujetos como están al arbitrio de magnitudes relativas y, por ello, inaccesibles a un grado mínimo de objetividad. Desde luego son criterios operativos cuando se confrontan con supuestos incuestionables de ejercicio de poder público, como es el caso de aquellas actividades más directamente relacionadas con la actuación de las prerrogativas de la soberanía (ejército, fuerza pública, jurisdicción, gobierno). Pero no bastan para dar cuenta de la calificación que merecen otras actividades públicas menos conectadas con el ejercicio de la coacción y, sin embargo, cualitativamente distintas de la actividad privada.

100. Dando un paso más en esta reflexión, conviene atender a la cualidad del Estado moderno, en tanto que forma de ordenación del poder mucho más sofisticada que las previamente conocidas. Éstas últimas quedaban reducidas a la administración de la coacción física mediante procedimientos de definición de las condiciones de su ejercicio extraordinariamente simplificados. De ahí que, a fin de dar cuenta del fenómeno del poder público en toda su complejidad, resulte hoy prácticamente inevitable operar con un concepto de poder público construido a partir de la lógica del orden jurídico en el que dicho poder actúa.

101. En esa línea, el ordenamiento jurídico representa un proceso de ordenación del ejercicio de la fuerza legítima susceptible de concluir, en su caso, con la aplicación de dicha fuerza en un supuesto concreto. Siendo ello así, no debe haber inconveniente en aceptar que los actos con los que el ordenamiento concluye (allí donde el proceso de la fuerza legítima termina con un acto que pone fin a ese proceso, dándole un estado definitivo) aparecen como la expresión más acabada del orden jurídico.

102. Con arreglo a este planteamiento, el criterio determinante para la calificación de un acto como derivado del poder público sería entonces el de la naturaleza de su relación con el ordenamiento del Estado. Concretamente, la cualidad de una actividad habría de verse como expresiva de una participación en el ejercicio del poder público a partir del criterio de su inserción (su grado de *pertenencia*) en dicho orden jurídico. El criterio, por tanto, no sería el de su mera conformidad con dicho orden, sino el de su incorporación como acto del ordenamiento.

103. En este sentido, la jurisdicción puede ser vista como la expresión más caracterizada del poder público. Con sus resoluciones, en efecto, se dice definitivamente el Derecho y, en este sentido, el ordenamiento jurídico viene a confundirse con ellas. Pero, por eso mismo, también podemos decir que es poder público aquel cuyos actos pueden alcanzar esa condición sin necesidad de *iurisdictio*. Para comenzar, la ley es ejecutiva por sí misma, como lo es igualmente la disposición administrativa o la orden de la fuerza pública. Se trata siempre de actos y disposiciones susceptibles de revisión judicial, pero en todo caso no necesitadas de *autorización*, para desplegar inmediatamente sus efectos.

104. A partir de lo anterior, es claro que ningún particular puede producir actos jurídicos capaces de imponerse a un tercero si no es mediante la intervención del poder público. Una vez que queda excluido el uso de la fuerza por los particulares, la realización del propio derecho requiere siempre de una autorización pública. El poder público no se limita en tales casos a *revisar* un acto capaz de desplegar por sí solo algún efecto vinculante para con un tercero, como es el caso con los actos de la Administración, del Gobierno o del poder legislativo. Por el contrario, el poder público, en estos supuestos, interviene siempre como autoridad *constitutiva* respecto de la obligación que el particular pretende hacer valer ante un tercero. Se tratará entonces de obligaciones que pueden haber nacido de un concurso de voluntades (contrato/principio dispositivo), pero la exigencia del cumplimiento de las mismas no está al alcance del particular si no media la intervención pública.

105. Por tanto, y como conclusión de todo lo anterior, cabe sostener, siempre con el grado de abstracción que el caso impone, que entre los caracteres que identifican al poder público en las distintas tradiciones nacionales cabe contar con el que se traduce en su capacidad para imputar un acto, disposición o conducta a la voluntad del Estado formalizada a través del ordenamiento jurídico. Es éste, en efecto, un mínimo denominador común en el que vienen a coincidir todas esas tradiciones, que encuentran en la imputabilidad de una voluntad concreta a la voluntad general del Estado el criterio determinante para el trazado de la divisoria que separa el ámbito de lo público frente al de los particulares.

o de decisión, no necesariamente han de estar comprendidos en dicho concepto<sup>45</sup>. Precisamente, por estas razones, es precisa una apreciación caso por caso que tenga en cuenta todas las características de las prerrogativas y actividades relacionadas con un cargo concreto a fin de determinar si estamos o no en presencia de la excepción<sup>46</sup>.

En cualquier caso, conviene advertir que en su traslación al ordenamiento jurídico interno el concepto potestades públicas ha de entenderse reconducido al de potestades administrativas como poderes exorbitantes otorgados a los órganos administrativos para su actuación.

### 3.2.3. Las actividades han de ser realizadas en salvaguarda del interés general

Una vez que se ha determinado que el puesto en cuestión entraña la participación en el ejercicio de poderes públicos en el sentido del artículo 45 TFUE, apartado 4, aún debe comprobarse en una segunda fase si dichas facultades se confieren para perseguir el interés general. Bien es cierto que dicha característica, cuando se extrapola al ordenamiento interno, no tiene la misma dimensión que en el caso del Derecho europeo a los efectos de garantizar la libertad comunitaria. La razón es bien sencilla y se deriva de nuestro texto constitucional: la Administración y todos los puestos de trabajo en ella contenidos, tienen como finalidad y razón de ser el interés general, de conformidad con lo establecido en el art. 103 CE.

En cualquier caso, y volviendo al ordenamiento europeo, debe valorarse si la persona que ocupa el cargo público debe desempeñar funciones en interés de la comunidad en lugar de tareas que persiguen un interés privado. Y esta condición no se cumplirá cuando el Estado confiera a un parti-

---

45 Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C3/88, Rec. p. 4035), apartado 13; de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C451/03, Rec. p. I2941), apartados 39 y 40, y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal (C438/08, Rec. p. I10219), apartado 40., (Véase la sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (225/85, Rec. p. 2625), apartado 9. Véase, asimismo, por analogía, la sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Francia, apartado 76, y la sentencia Reyners, apartados 51 a 53, antes citadas).

46 En opinión del Abogado General Whal, en el asunto citado, los criterios a tener en cuenta son los siguientes:

i) Cercanía o conexión de las actividades desarrolladas con las facultades de *imperium* o *potestas*.

ii) Que el empleo suponga la realización de actividades que guarden relación con la protección de intereses esenciales de la seguridad de los Estados miembros; (véase el artículo 346 TFUE, apartado 1.)

iii) El grado de responsabilidad (Véase, en ese sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 1991, Bleis (C4/91, Rec. p. I5627), apartado 6.) que el ejercicio de dichos poderes implica en términos de rango o de tareas de gestión o supervisión; (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de mayo de 1982, Comisión/Bélgica, apartados 8 y 11, y de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, apartado 9, antes citadas. Véase asimismo por analogía, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 41.) iv) que en la sociedad moderna se considere que tales facultades, por su propia naturaleza ( Véanse las conclusiones presentadas por la Abogado General Stix-Hackl en el asunto Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, antes citado, punto 83.) o de forma habitual, (Sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo, apartado 27, y de 26 de mayo de 1982, Comisión/Bélgica, apartado 12, antes citadas.) deben ser ejercidas por autoridades estatales;

v) Los efectos de largo alcance o, por el contrario, limitados que las actividades inherentes al puesto pueden tener en otras personas, y

vi) Que las actuaciones o medidas adoptadas por el titular del cargo produzcan consecuencias jurídicas inmediatas y directas frente a otras personas o que únicamente sean auxiliares o preparatorias. (véase, por analogía, la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, apartado 36 y jurisprudencia citada.)"

cular o entidad facultades especiales o prerrogativas, a cambio de una contraprestación económica o, en todo caso, en el marco de una relación sinalagmática, que dicha persona o entidad pueda utilizar en su propio interés o en el de un número limitado de personas. Igualmente, se entendería comprendido en el mismo supuesto, los supuestos relativos a facultades administrativas que deben ejercitarse en aras de un interés meramente económico o industrial del Estado. En otras palabras, lo determinante a efectos del artículo 45 TFUE, apartado 4, es el interés del Estado como comunidad y no cuando actúa como un operador más en el mercado.

### 3.2.4. Las actividades realizadas constituyen el núcleo del puesto de trabajo analizado y no se trata de un ejercicio meramente ocasional: ¿colisión con el artículo 51 TFUE?

Por último, para que el artículo 45 TFUE, apartado 4, sea aplicable es necesario que el ejercicio de los poderes públicos conferidos en aras del interés general no sea únicamente ocasional o no constituya únicamente una parte menor en el conjunto de las actividades que desarrolla la persona que ocupa el cargo objeto de análisis (conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el asunto Lawrie-Blum, antes citado, p. 2136.), o al menos cuando esté previsto que no sea regular (véase la sentencia, antes citada, Comisión/Luxemburgo, apartado 33 y jurisprudencia citada).

El principio de proporcionalidad debe desempeñar una función clave en este contexto y, de esta forma, el Tribunal de Justicia ha considerado que el ejercicio de los poderes públicos previstos en el artículo 45 TFUE, apartado 4, por parte de no nacionales del Estado miembro de que se trate que sea únicamente esporádico o excepcional, no puede socavar los intereses que dicha disposición pretende proteger. Por tanto, y en suma, el alcance de esta excepción debe limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses generales del Estado miembro de que se trate, que no se ven amenazados si las prerrogativas de poder público se ejercen únicamente de forma esporádica o excepcional por nacionales de otros Estados miembros (véanse las sentencias Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, apartado 44, Anker y otros, C 47/02, EU:C:2003:516, apartado 63, y Comisión/Francia, C 89/07, EU:C:2008:154, apartado 14 y las Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Comisión/Bélgica, puntos 140 y ss y sentencia de 24 de mayo de 2011)<sup>47</sup>. La STJUE de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-270/13, Haralambidis), en relación a la provisión del puesto de trabajo Autoridad Portuaria para el puerto de Brindisi, insistirá en que es necesario que dicho titular ejerza efectivamente de forma habitual tales prerrogativas y que éstas no representen una parte muy reducida de sus actividades.

<sup>47</sup> La proporcionalidad, en la jurisprudencia del TJUE, es el análisis de la concordancia entre los objetivos declarados y los medios elegidos. Para cumplir el principio de proporcionalidad, las medidas adoptadas deben ser *apropiadas* para lograr los objetivos legítimos perseguidos, no rebasar los límites de lo *necesario* para alcanzarlos (cuando existan varias alternativas normativas, debe privilegiarse la menos restrictiva) y sus inconvenientes no deben ser desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos (*ponderación interna o proporcionalidad stricto sensu*). Puede verse, a este respecto, las Sentencias Léger (C528/13, EU:C:2015:288), apartado 58 y jurisprudencia citada; Comisión/Chipre (C515/14, EU:C:2016:30), apartado 54; Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C514/12, EU:C:2013:799), apartado 36 y jurisprudencia citada, y Casteels (C379/09, EU:C:2011:131), apartado 30 y jurisprudencia citada. Véanse, asimismo, conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Lidl (C134/15), punto 40 y jurisprudencia citada.

Conclusión del Tribunal que, sin embargo y desde mi punto de vista, ha de cohonestarse adecuadamente con la dicción del artículo 51 que, aunque referida a todo el título, también se aplica a este apartado, y que efectivamente utiliza la locución “ocasional” para excluir de las distintas libertades de circulación a los nacionales de otros Estados miembros. Y es que, la interpretación de esta excepción puede, y debe, hacerse en conexión con lo dispuesto en el artículo 51 TFUE, según el cual, las disposiciones del presente capítulo, en el que está enclavado el artículo 45, no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público<sup>48</sup>.

48 Por lo que se refiere al concepto de «ejercicio del poder público» en el sentido del artículo 45 CE (actual 51 TFUE), párrafo primero, debe señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la apreciación de este concepto debe tener en cuenta el carácter propio que en el Derecho de la Unión tienen los límites fijados por esta disposición a las excepciones permitidas al principio de libertad de establecimiento, con el fin de evitar que la eficacia del Tratado en materia de libertad de establecimiento quede desvirtuada por disposiciones unilaterales adoptadas por los Estados miembros (véanse, en este sentido, las sentencias *Reyners*, antes citada, apartado 50; Comisión/Grecia, antes citada, apartado 8, y de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal, C438/08, Rec. p. I10219, apartado 35).

Es también jurisprudencia reiterada que el artículo 45 CE, párrafo primero, constituye una excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento y que, como tal, esta excepción debe interpretarse de tal modo que quede limitado el alcance de dicho artículo a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición (sentencias Comisión/Grecia, antes citada, apartado 7; Comisión/España, antes citada, apartado 34; de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C451/03, Rec. p. I2941, apartado 45; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, C393/05, Rec. p. I10195, apartado 35, y Comisión/Alemania, C404/05, Rec. p. I10239, apartados 37 y 46, así como Comisión/Portugal, antes citada, apartado 34). Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que la excepción contemplada en el artículo 45 CE, párrafo primero, debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (sentencias, antes citadas, *Reyners*, apartado 45; *Thijssen*, apartado 8; Comisión/España, apartado 35; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, apartado 46; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36).

A este respecto, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de declarar que no se encuentran comprendidas en la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero, determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Thijssen*, apartado 22; Comisión/España, apartado 38; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, apartado 47; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36), o ciertas actividades cuyo ejercicio, aunque implique mantener contactos, incluso regulares y orgánicos, con autoridades administrativas o judiciales y hasta una colaboración obligatoria en su funcionamiento, deja intactas las facultades de apreciación y de decisión de dichas autoridades (véase, en este sentido, la sentencia *Reyners*, antes citada, apartados 51 y 53), o determinadas actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Thijssen*, apartados 21 y 22; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 36 y 42; Comisión/Alemania, apartados 38 y 44, y Comisión/Portugal, apartados 36 y 41), de poderes coercitivos (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 37), o de poderes de compulsión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Anker y otros*, C47/02, Rec. p. I10447, apartado 61, y Comisión/Portugal, antes citada, apartado 44).

### 3.2.5. Discriminaciones indirectas: la lengua y otros requisitos de impedimento en el acceso al empleo público o al desempeño de cargos públicos de nacionales de otros estados miembros

La prohibición por discriminación también alcanza a la exigencia de otros requisitos que, como la lengua<sup>49</sup>, o la experiencia profesional<sup>50</sup>, suponen una barrera de hecho al acceso a un empleo público de un país miembro cuando no sea legítimo ni proporcionado<sup>51</sup>. Y lo mismo puede decirse de la exigencia de nacionalidad para el desempeño de un cargo electivo en una Corporación pública que ejerce potestades públicas dado que la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de septiembre de 2004 (asunto C-465/01) declaró que, en efecto, de las sentencias ASTI I y ASTI II resulta que es contraria al principio fundamental de no discriminación por razón de la nacionalidad, una normativa nacional que niegue a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros el derecho a voto o el de elegibilidad en las elecciones celebradas en organismos como las Cámaras profesionales a los que los interesados estén afiliados obligatoriamente y tengan que cotizar, encargadas de la defensa y representación de los intereses de los trabajadores, a pesar de que dichas Cámaras

49 El derecho a exigir un determinado nivel de conocimiento de una lengua en función de la naturaleza del puesto de trabajo no puede menoscabar la libre circulación de trabajadores. Las exigencias derivadas de las medidas enfocadas a ejercerlo 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 (véase, en este sentido, la sentencia Groener, C379/87, EU:C:1989:599, apartado 19).

La más reciente STJUE de 5 de febrero de 2015 asunto C317/14 aclara respecto de este requisito:

26 En el presente asunto, es preciso reconocer que puede ser legítimo exigir, en un concurso organizado con el fin de proveer un puesto en un servicio local, es decir, en una entidad concesionaria de un servicio público o encargada de una función de interés general en el territorio de un municipio, que los candidatos dispongan de conocimientos de la lengua de la región en la que se encuentra el municipio en cuestión de un nivel adecuado a la naturaleza del puesto que se ha de proveer. Puede considerarse, en efecto, que un puesto en ese tipo de servicios requiere una aptitud para comunicarse con las autoridades administrativas locales y, en su caso, con el público.

27 En tal supuesto, la posesión de un título que acredite la superación de un examen de lengua puede constituir un criterio que permita evaluar los conocimientos lingüísticos exigidos (véase, en este sentido, la sentencia Angonese, EU:C:2000:296, apartado 44).

28 Sin embargo, el hecho de exigir, como se establece en las Leyes coordinadas, que un candidato en un proceso de selección aporte la prueba de sus conocimientos lingüísticos mediante la presentación de un único tipo de certificado, que sólo expide un único organismo belga encargado, a estos efectos, de organizar los exámenes de lengua en el territorio belga, puede considerarse desproporcionado en relación con los objetivos perseguidos, a la vista de los imperativos de la libre circulación de trabajadores

50 La STJUE de 12 de mayo de 2005 (Asunto C-278/03) aclaró que la experiencia profesional adquirida por estos nacionales en actividades docentes, según que tales actividades se hayan ejercido en el territorio nacional o en otros Estados miembros, al no tener en cuenta o, al menos, al no tener en cuenta de manera idéntica, a efectos de la participación de los nacionales comunitarios en los procedimientos de selección resultaba discriminatoria.

51 De esta forma, la STJUE de 6 de octubre de 2015 (asunto C-298/14) declaró que el artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que impide que, en circunstancias tales como las del litigio principal, al examinar la solicitud de inscripción en una oposición para la selección de letrados de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro presentada por un nacional de ese Estado, el tribunal calificador de la oposición supedita la inscripción a la posesión de los títulos exigidos por la legislación de dicho Estado miembro o al reconocimiento de la equivalencia académica de un título de máster expedido por una universidad de otro Estado miembro, sin tomar en consideración todos los diplomas, certificados y otros títulos del interesado, así como su experiencia profesional pertinente, efectuando una comparación entre las cualificaciones profesionales que esos títulos y esa experiencia acreditan y las exigidas por dicha legislación. No siendo, por tanto, aplicable lo dispuesto en el artículo 45 apartado 4.

tengan la naturaleza de corporaciones de Derecho público con arreglo al Derecho nacional y ejerzan una función consultiva en el ámbito legislativo.

## 4. LOS EMPLEOS PRIVADOS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS

Por último, y para concluir, hemos de referirnos a aquellos supuestos en que el titular del puesto de trabajo no es estrictamente un funcionario público ni las funciones que se desarrollan están reservadas, en cuanto a su ejercicio, a la Administración pública pero que sí pueden ser consideradas ejercicio del poder público.

Hasta aquí, y a propósito de los análisis realizados, hemos podido comprobar como, en supuestos como los de ejercicio de responsabilidades en buques o en puertos, el Tribunal no ha dudado en prohibir cualquier discriminación por razón de nacionalidad a pesar de reconocer que se trataba de funciones que, si bien en opinión del Tribunal eran residuales respecto de las funciones básicas y principales, implicaban el ejercicio de potestades públicas. Pues bien, y a la vista de los distintos pronunciamientos emitidos, dicho proceder se ha mantenido de forma constante en la jurisprudencia del Tribunal.

Los supuestos, dadas las características de los mismos, se han producido a propósito de la libertad de establecimiento fundamentalmente, pero sin duda los razonamientos nos son útiles a fin de delimitar el objeto de nuestro estudio<sup>52</sup>. Así ha sucedido al supeditar la concesión de la autorización para ejercer actividades de seguridad privada al requisito de nacionalidad<sup>53</sup>, aunque el caso prototí-

---

52 Es cierto que, en varias sentencias, el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 39 CE, apartado 4, de modo que concuerde con el artículo 45. En la sentencia Comisión/Italia (Sentencia de 16 de junio de 1987 (225/85, Rec. p. 2625), apartado 10; véase también la sentencia de 17 de diciembre de 1980, Comisión/Bélgica (149/79, Rec. p. 3881), apartados 10 y 11) donde, por ejemplo, el Tribunal de Justicia señaló que la excepción se aplicaba a las funciones «que suponen el ejercicio del poder público o la defensa de los intereses generales del Estado». No obstante, lo cierto es que el artículo 39, apartado 4, está expresamente limitado a «los empleos en la administración pública». El Tribunal de Justicia ha interpretado que esta frase no incluye a todos los empleos públicos. Por tanto, a fortiori, no es concebible que abarque el empleo al servicio de una persona física o jurídica privada, cualesquiera que sean las funciones del empleado.

53 Bien es cierto que, ya se ha mencionado, se han dado otros supuestos como el de la seguridad privada. Las sentencias de 29 de octubre de 1998, Comisión/España (C114/97, Rec. p. I-6717), y de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica (C-355/98, Rec. p. I-1221) declararon el incumplimiento de los artículos 39 CE, 43 CE y 49 CE, ya que el Tribunal de Justicia rechazó la tesis de que las empresas de seguridad privada formaran parte de la administración pública y, seguidamente, examinó si su actividad implicaba un ejercicio del poder público. Señaló, a estos efectos, que la excepción referida a las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público debe limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección está permitida a los Estados miembros y que, por su parte, las actividades deben estar relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público. Indicó que las empresas de seguridad privada y su personal llevan a cabo las misiones de vigilancia y protección sobre la base de relaciones jurídico-privadas. Carecen de poderes coercitivos, si bien pueden ser requeridas a contribuir al mantenimiento de la seguridad pública, al igual que cualquier individuo. Al asistir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cumplen únicamente una función auxiliar. Por consiguiente, la excepción no podía aplicarse.

pico ha sido el de los notarios y, en concreto, la respuesta a la pregunta de si la actividad de autenticación forma parte del ámbito negativo de la libertad de establecimiento.

Como reconocía el Abogado General Cruz Villalón en sus conclusiones presentadas el 14 de septiembre de 2010, resulta “obvio que el notario no ejerce coacción, ni impone unilateralmente obligación alguna. Pero no es éste, como se ha visto, el único criterio determinante de la cualidad de poder público. La autenticación confiere carácter público a actos de particulares, en el sentido de que les confiere anticipadamente un valor jurídico que, de no mediar su intervención, los particulares necesariamente habrían de solicitar de (otro) poder público para hacerlos efectivos con arreglo a Derecho. Se trata, si se quiere, de un poder público que se desenvuelve en el terreno ya más próximo al de los particulares, que es por antonomasia el de la autonomía de la voluntad. Pero su dimensión pública es incontestable si se atiende a su capacidad para convertir en público lo meramente privado y dotarlo, así, de la fuerza inherente al poder público”.

Ahora bien, el Tribunal ha especificado que una «actividad» no es sinónimo de una «profesión». Por tanto, el que una actividad constituya una participación en el ejercicio del poder público, no supone *per se* que los artículos 43 y 45.1 CE se proyecten sobre todas las demás actividades que desempeña el profesional en cuestión. Este razonamiento ha llevado al Tribunal de Justicia a afirmar que sólo en los casos en que las actividades de poder público sean inseparables de las restantes, se podrá reducir el alcance y aplicabilidad de los artículos 43 y 45.1 CE respecto de una profesión completa. Tal como declaró en la ya reiteradamente citada sentencia *Reyners*, no se puede admitir un pronunciamiento sobre la totalidad de la profesión «cuando, en el marco de una profesión independiente, las actividades que estén eventualmente relacionadas con el ejercicio del poder público constituyan un elemento separable del conjunto de la actividad profesional de que se trate»<sup>54</sup>.

De esta forma, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 (Asunto C-47/08), atendiendo a dichas consideraciones y tras analizar las distintas funciones que el Notario llevaba a cabo en el ordenamiento jurídico belga, concluyó que las mismas no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero y, en consecuencia, declaró que el requisito de nacionalidad exigido por la normativa belga para acceder a la profesión notarial constituye una discriminación por razón de nacionalidad prohibida por el artículo 43 CE.

A este respecto, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de declarar que no se encuentran comprendidas en la excepción establecida en el artículo 45 CE, párrafo primero, determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público (véanse, en este sentido, las sentencias *Thijssen*, apartado 22; *Comisión/España*, apartado 38; *Servizi Ausiliari Dottori*

---

54 En efecto, la profesión de abogado, la docencia o la dirección de centros privados de enseñanza, la gestión de sistemas informáticos para administraciones públicas, los auditores de seguros, la inspección técnica de vehículos, la venta de apuestas y loterías, la seguridad privada, los servicios públicos de socorro, o los organismos de control de los productos de agricultura ecológica; todas estas actividades, entre otras, han pasado por el escrutinio del Tribunal de Justicia, y en todos los casos se descartó que fueran actividades ligadas al ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45.1 CE.

Commercialisti, apartado 47; Comisión/Alemania, apartado 38, y Comisión/Portugal, apartado 36), o ciertas actividades cuyo ejercicio, aunque implique mantener contactos, incluso regulares y orgánicos, con autoridades administrativas o judiciales y hasta una colaboración obligatoria en su funcionamiento, deja intactas las facultades de apreciación y de decisión de dichas autoridades (véase, en este sentido, la sentencia Reyners, apartados 51 y 53), o determinadas actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Thijssen, apartados 21 y 22; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 36 y 42), de poderes coercitivos (véase, en este sentido, en particular, la sentencia Comisión/España, apartado 37), o de poderes de compulsión (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, Anker y otros, C47/02, Rec. p. I10447, apartado 61).

## 5. CONCLUSIONES

Los dos ámbitos más relevantes del ordenamiento de la Unión Europea para el régimen de los empleados públicos están vinculados a la libre circulación en el mercado único y a la armonización de las legislaciones sociales presididos ambos por el principio de no discriminación como hemos podido apreciar recientemente a propósito de la igualdad de condiciones de trabajo entre los trabajadores en el empleo público.

Y es que, los empleados públicos también son destinatarios de las libertades económicas fundamentales que les permiten condiciones de movilidad en un espacio europeo único lo que se traduce en que ya se trate del acceso al empleo (incluido el público), el reconocimiento de diplomas o las experiencias profesionales de los empleados públicos no pueden limitarse por razón de la nacionalidad o por tratarse de un empleado público de otro Estado miembro. Y mucho menos acudiendo a conceptos que, como la Administración pública, presentan un radio de acción distinto en cada país.

De esta forma, y como acontece en otros sectores de acción comunitaria incluidas en la competencia de las instituciones europeas, para la comprensión del concepto comunitario de Administración Pública, y en consecuencia saber qué supuestos han de ser delimitados como empleos públicos *stricto sensu* a los efectos de aplicación de excepciones a las libertades consagradas en los Tratados, se ha de partir de dos premisas: la primera premisa consiste en que el Derecho comunitario no parte de que las Administraciones Públicas o los sujetos públicos sean o deban ser una categoría unitaria; la segunda premisa se refiere a que el Derecho comunitario no conoce un único concepto, sino que, sector por sector y en atención a los objetivos que persigue, tiene una específica noción de Administración Pública.

La explicación a dicha diversificación del concepto responde a diversas razones: en primer término, que la estructura de la Unión Europea no responde a los criterios tradicionales de la división de poderes; en segundo lugar, por el papel que juega en el ordenamiento europeo el principio de autonomía institucional de los Estados miembros; y, por último, por la prevalencia de un concepto funcional no unitario de Administración Pública a fin de hacer efectivas las libertades comunitarias.

De esta forma, se pueden detectar en varios sectores una diversificación del concepto Administración pública atendiendo a la finalidad y el consiguiente efecto útil de la legislación comunitaria y a la efectiva realización de las libertades protegidas por ésta (contratación pública, empleo público, ayudas de Estado, etc.) que en el caso concreto del que nos hemos ocupado se refiere a la libertad de circulación de trabajadores.

En este sentido, es preciso resaltar, tras el estudio realizado, que la evolución hacia una apertura de las Administraciones internas a los ciudadanos comunitarios no ha sido lineal ni continua e, inclusive como se ha dado cuenta, la doctrina ha significado distintas fases en su evolución. Es más, y atendiendo a lo expuesto, se puede decir que, en gran medida, se ha plasmado al albur de condicionantes políticos y económicos de carácter histórico, con una directa traducción en términos de soberanía, que han sido determinantes para delimitar el ámbito de actuación de las Administraciones públicas y su correlativo papel de estructura representativa de los Estados en su vertiente externa.

Lo cierto es que la efectiva plasmación de las libertades comunitarias, y muy señeramente la libertad de circulación de trabajadores, fue determinante para proceder a delimitar funcionalmente los conceptos de "Administración pública" y "empleos públicos". Una aplicación uniforme del Derecho Europeo, y lo que resulta muy relevante como ya se ha señalado su efecto útil, demandaba necesariamente esa forma de proceder del Tribunal de Justicia y, tras la reiterada posición de la Comisión y de éste en pos de ese objetivo, los Estados miembros se han visto compelidos a adaptar su legislación interna a los criterios emanados de la jurisprudencia comunitaria como será objeto de estudio en un siguiente capítulo. Debemos de añadir, y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este estudio, que no sin cierta resistencia.

Sin embargo, y progresivamente, el Tribunal a través de múltiples sentencias ha delimitado un concepto, de acuerdo con la doctrina consolidada emitida por éste, consistente en considerar como empleo público aquella actividad cuya exteriorización implica la participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y, en forma cumulativa, el desarrollo de las tareas que tengan por objeto la tutela de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que, por ello, suponen, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad.

Pero inclusive, y aún dándose las circunstancias referidas, un empleo únicamente estará comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE, apartado 4, cuando el ejercicio del poder público en aras del interés general constituya la función básica de dicho cargo y, por tanto, no se trate de una función meramente residual o de ejercicio ocasional.

## 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arroyo Jiménez, L., "El Derecho Administrativo Europeo como sistema", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020.

Calonge Velázquez, A., "El concepto de administración pública en la Unión Europea: administración pública nacional y administración pública comunitaria", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010.

## LIMITACIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES: Especial referencia al concepto de función pública

- Dashwood, A. y otros, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, (6ª ed.), 2011.
- Denizeau-Lahaye, VV.AA. (Amilhat, M. Dir.), *Les concepts fondateurs et les principes directeurs du droit administratif européen*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.
- Druesne, G., "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.
- Fernández Lozano, E., "El acceso a las funciones públicas nacionales por los ciudadanos de la Unión Europea", *Autonomías*, núm. 25, 1999.
- Fuentetaja Pastor, J.A., "La libre circulación de empleados públicos", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003.
- Gómez Muñoz, J.M., "La libertad de circulación de trabajadores en el empleo público", Consejo Económico y Social (España), 1996.
- Handoll, J., "Article 48(4) EEC and No-National Access to Public Employment", *European Law Review*, núm.13, 1988.
- Millán Moro, L., "Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE", *Gaceta Jurídica de la CE*, D-9, 1988.
- Mir Puigpelat, O., "La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea", en AAVV (Velasco Caballero, F. y Scheider, J.P. coord.), *La Unión Administrativa Europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008
- Monereo Pérez, J.L., "La libre circulación de trabajadores en las Administraciones Públicas de los países comunitarios. A propósito del Proyecto 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", *Relaciones laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, tomo 1, 1994.
- Monereo Pérez, J.L. y Vida Soria, J., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.
- Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., "La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales", *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 29 de septiembre de 2017.
- Noguera López, A., "La jurisprudencia del TJCE en materia de acceso a empleos en la administración pública de ciudadanos comunitarios", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, 1994.
- Schmidt- Assman, E., "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del derecho administrativo", en AAVV (Barnés, J. coord.), *Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos*, *Innovación y reformas en el derecho administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.