



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 4 / 1 9 9 6

La Laguna, a 2 de octubre de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre la *anulación de la Resolución de la Secretaría General Técnica, de fecha 25 de abril de 1996, por la que se acordó contratar, en el puesto de trabajo nº 110412050, a M.R.B. (EXP. 102/1996 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, preceptivamente solicitado por el Presidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC), es una Propuesta de Resolución culminatoria de un procedimiento de revisión de oficio, con forma de Orden Departamental, por la que se pretende la declaración de nulidad de previa Resolución de la Secretaría General Técnica, de 25 de abril de 1996, del mismo Departamento de la Administración autonómica, la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas, por la que se acordó contratar a M.R.B. para ocupar el puesto de trabajo nº 110412050, reservado a personal laboral, de práctico topográfico. Todo ello, de conformidad con lo previsto en los artículos 11.1 y 10.7 de la Ley del Consejo Consultivo, el segundo de ellos en relación con lo establecido en el artículo 102.1 de la Ley 30/92, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

Al respecto ha de advertirse que en los procedimientos de revisión de oficio por causa de nulidad, como aquí acontece, el Dictamen del Consejo es de carácter preceptivo y ha de ser favorable cuando se pretenda declarar la nulidad del acto

* **PONENTE:** Sr. Petrovelly Curbelo.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Petrovelly Curbelo.

administrativo, como también sucede en este caso. Por tanto, tal declaración de nulidad sólo puede prosperar si el Dictamen es favorable a la misma, por estimar ajustada a Derecho la Resolución propuesta y no obstante, en consecuencia, a que ésta se dicte.

II

1. El asunto que nos ocupa da comienzo cuando, con fecha 12 de abril de 1996, la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas dirigió al INEM oferta genérica de empleo para cubrir con carácter temporal un puesto de trabajo de práctico de topografía de la RPT de aquella, para lo que se exigía, entre otros requisitos, una titulación académica a nivel de COU, Bachiller o F.P.II, pero sin especificar en concreto que tan sólo podían optar a ese empleo ciudadanos de nacionalidad española.

Celebradas las pruebas de selección el Tribunal calificador propuso, por ser el candidato presentado y admitido con mayor puntuación, a M.R.B. para ocupar dicho puesto de trabajo. Por consiguiente, la Secretaría General Técnica de la Consejería, por la Resolución que se pretende anular, acordó su contratación y lo requirió para que presentara la documentación necesaria al efecto, la cual evidenció la nacionalidad sueca del seleccionado.

A la vista de esta circunstancia, la Administración actuante, entendiéndose aplicable al caso el artículo 48.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y preceptos concordantes de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea y de la normativa reglamentaria de desarrollo, aprobada por Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo, inició por decisión del titular de la Consejería competente formalizada por Orden de 6 de mayo de 1996, a propuesta de la propia Secretaría General Técnica, el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución antedicha, sin que el contrato de trabajo llegara a formalizarse.

2. En esta línea argumental la Propuesta de Resolución que nos ocupa (PR) parte del art. 48.4 TCE -que declara la no aplicación de la libertad de circulación de trabajadores a los empleos en la Administración pública- y apoya su decisión, por un lado, en la Comunicación 88/C72/02, de la Comisión de la Comunidad Europea, que

recoge la interpretación que sobre aquel precepto ha realizado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y, por otro, en la Ley 17/1993 y su Reglamento de desarrollo.

En este sentido, procede recordar que la citada Ley dispone que los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea podrán acceder en idénticas condiciones que los españoles a la función investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y a los demás sectores de la función pública a los que, según el Derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores; aunque los puestos de trabajo de esos sectores que impliquen ejercicio de potestades públicas o responsabilidad en salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas quedan reservados a funcionarios con nacionalidad española, correspondiendo a cada una de ellas, en su respectivo ámbito competencial, determinar esos puestos (cfr. artículo 1.1 y 3).

Por su parte, el Real Decreto 800/95, en aplicación de lo prevenido en el artículo 1.2 Ley 17/93, aprobó la relación de los Cuerpos, Escalas y puestos o empleos a los que, según la regulación legal referida, podrían acceder los nacionales de otros Estados de la Comunidad Europea, considerando la PR dictaminada que sólo se incluyen los relacionados con el sector de correos en la correspondiente al Ministerio de Obras Públicas, hoy de Fomento.

En definitiva, en su interpretación de la normativa citada, la PR concluye que el puesto de trabajo cuya cobertura se produjo mediante la Resolución a anular no es de aquellos a los que puedan acceder nacionales de los demás Estados miembros de la actual Unión Europea, pues se requiere ostentar la nacionalidad española para ello. Por consiguiente, la Resolución ha incurrido en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f), Ley 30/92, por lo que cabe su revisión y, por ende, debe ser declarada nula de pleno derecho.

III

1. A la vista de lo hasta aquí expuesto y en orden a determinar la adecuación jurídica de la PR que se analiza, procede partir del hecho que el artículo 48 TCE establece la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; aunque estipulando, su apartado cuarto, que las disposiciones de ese artículo no serán

aplicables a los empleos en la Administración pública; de modo que este apartado constituye una excepción al principio consagrado en la normativa que inmediatamente le precede.

Sin embargo, no es menos cierto que la excepción que supone ha recibido en la jurisprudencia del TJCE una constante interpretación restrictiva, como corresponde a toda regla excepcional que, por demás, afecta a derechos fundamentales reconocidos en el Derecho comunitario y, en fin, interesa a la esencia del funcionamiento de la Comunidad Europea y de la presente Unión Europea. Así, en todas sus sentencias en la materia (12-II-74, 17-XII-80, 26-V-82, 3-VI-86, 3-VII-86, 16-VI-87, 30-V-89, 27-XI-91 o 2-VII-96), el Tribunal ha advertido expresamente en la Sentencia 3/7/86: "Los empleos en la Administración pública en el sentido del artículo 48.4 del Tratado, excluidos del campo de aplicación de los apartados 1 y 3 de este artículo, son aquéllos 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 otras colectividades públicas y que impliquen por ello, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad respecto del Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad. Los empleos excluidos son únicamente aquéllos que, habida cuenta de las tareas y las responsabilidades que les son inherentes, son susceptibles de revestir las características de las actividades de la Administración en los campos mencionados".

Sin duda, esta interpretación se apoya en el hecho de que en los Estados miembros los poderes públicos han asumido responsabilidades de carácter económico y social cada vez más amplias y, por consiguiente, han de realizar tareas que se corresponden cada vez menos a las funciones antes típicas de la Administración Pública, pese a producirse por ésta u organismos dependientes o de carácter administrativo o público. Por eso, si la excepción prevista en el artículo 48 se extendiese a todos los empleos que realizan las señaladas responsabilidades y tareas, el Tratado devendría inaplicable a un gran número de puestos de trabajo, contraviniéndose su finalidad y el espíritu de la excepción indicada y generándose, además, graves diferencias de trato según el grado de intervención de cada Estado en el ámbito socio-económico.

Precisamente, en debido respeto a la interpretación del TJCE y en concordancia con este razonamiento, la Comisión emitió la referida Comunicación 88/C72/02, con la pretensión de garantizar la libre circulación de trabajadores en relación con los empleos que, aunque incorporados o integrados en la Administración Pública, no son susceptibles de incluirse en la excepción prevista en el artículo 48.4 TCE. Así, aplicando casuísticamente la argumentación del TJCE, considera que esta excepción se refiere a las funciones específicas del Estado y los aparatos por los que se las desarrolla, como son las fuerzas armadas, la policía y las otras fuerzas de orden público, la magistratura, la administración fiscal y la diplomacia. Además, estima incluidos en esta excepción los empleos en la medida en que se trate del personal (funcionarios y otros agentes) que realiza las actividades organizadas en torno a un poder jurídico- público del Estado o de otra persona moral de Derecho público; actividades tales como la elaboración de los actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes.

Congruentemente con todo esto, la Comisión entiende que las tareas y responsabilidades características de muchos empleos que forman parte de algunas estructuras nacionales están suficientemente alejadas de las actividades específicas de la Administración Pública tal como han sido definidas por el TJCE; de manera que sólo muy excepcionalmente podrían quedar incluidos en la excepción mencionada, citando determinados ejemplos sectoriales (organismos responsables de la gestión de un servicio comercial, servicios de salud pública, enseñanza en centros públicos y la investigación civil en centros públicos) y aclarando que no podría, en principio, justificarse ninguna discriminación por razones de nacionalidad en el acceso a los empleos subalternos de la Administración pública.

2. Pues bien, el Estado español, a la vista de la jurisprudencia del TJCE y de las consideraciones al respecto de la Comisión, dictó la citada Ley 17/1993, cuyo artículo 1 ya se ha expuesto, y el ya mencionado Real Decreto 800/95, que, según se ha apuntado anteriormente, pretende especificar los puestos o empleos ocupables por nacionales eurocomunitarios, incluyendo los reservados a personal funcionario y a personal laboral, de conformidad igualmente con la jurisprudencia comunitaria. Así, ésta advierte que, a los efectos del artículo 48.4, TCE, es indiferente la naturaleza del vínculo jurídico que liga al trabajador con la Administración (funcionarial o

contractual) o si depende del Derecho público o privado (Sentencias de 12 de febrero de 1974 y de 3 de julio de 1987).

Es incuestionable que el artículo 48, TCE es la norma fundamental en esta materia, por demás calificada de aplicación directa en los Estados miembros por la STJCE de abril de 1974. Naturalmente, en la inteligencia afirmada por dicho Tribunal, teniendo la misma carácter vinculante, de modo que no puede ser contradicha o vulnerada por otras normas o actos de la propia Unión Europea, ni por regulaciones o actuaciones de los Estados miembros; sin que todo ello parezca generar obstáculo o conflicto alguno con el Orden constitucional español a la luz de los preceptos aplicables tanto de la Constitución, como de los Tratados de adhesión a la Comunidad Europea o de formación de la señalada Unión Europea.

Desde luego, en principio la ordenación de la Ley 17/93 ha de reputarse ajustada a la jurisprudencia del TJCE y a las consideraciones al respecto de la Comisión, siéndolo particularmente los apartados 1 y 3 de su artículo 1; debiéndose recordar que lo determinante, a los fines de aplicar la regla excepcional del artículo 48.4 TCE a puestos o empleos de la Administración Pública, es que aquellos supongan el ejercicio de poder público o de defensa de intereses generales.

Esto ha sido sustancialmente tenido presente por el legislador español, de modo que el artículo 1 Ley 30/93 establece correctamente en su apartado 1, sin perjuicio de algunos ejemplos de función pública de acceso de nacionales eurocomunitarios, que ello será también posible en otros sectores de aquélla de acuerdo con el Derecho eurocomunitario; el cual, justamente, prevé la no aplicación del principio de libre circulación en este ámbito en los supuestos enumerados en el apartado 3, limitándose el 2 a señalar que las Administraciones Públicas determinarán los puestos de accesibilidad de tales nacionales de acuerdo con las reglas legales precedentes.

Determinación que realiza el Real Decreto 800/95, que, en lo concerniente a puestos ocupables por nacionales eurocomunitarios a incluir en la RPT de varios Departamentos administrativos, dispone la posibilidad de que aquéllos sean ocupados por técnicos de diverso grado o por otro tipo de personal. No obstante, ha de hacerse notar que esta ordenación resulta sólo aplicable, por obvias razones materiales pero también legales, a la Administración del Estado, al menos en su aspecto sustantivo y no procedimental, independientemente de que, además, se pueda argumentar la discutible adecuación del artículo 1 de este Real Decreto tanto al Derecho

eurocomunitario, y a la jurisprudencia comentada del TJCE, como a la propia Ley 17/93, pues hace de esta normativa un desarrollo parcial y limitativo que, por tanto, podría resultar ilegal e inconstitucional.

3. En nuestro caso es evidente que el puesto a ocupar es de práctico de topografía, vistas las funciones que le son propias según la oferta al respecto remitida al INEM por tratarse de empleo reservado a personal laboral con ciertas características añadidas por demás, no son de relevancia sectorial y profesional, siendo con ello coherente la titulación exigida a los aspirantes y estando tal puesto incluido en el Grupo III del Convenio Colectivo firmado por la CAC sin especificación de reserva a nacionales españoles, como es lo lógico y adecuado con lo expuesto anteriormente.

En efecto, de estos datos no puede inferirse que a ese puesto le estén encomendadas tareas que suponga la asunción de responsabilidades susceptibles de entenderse equiparables o iguales a aquellas que, como se ha expuesto, comportan la aplicabilidad del artículo 48.4 TCE; como ha reconocido la propia CAC al definirlo y al regular el acceso a él. Lo que, cuando menos, podría ciertamente generar alguna responsabilidad por posibles perjuicios, ya o en el futuro en su caso, al afectado.

En otras palabras, tanto a la luz del Derecho eurocomunitario, particularmente del artículo 48 TCE en su inteligencia por el TJCE y las conclusiones al respecto de la Comisión europea, como del propio Derecho español, concretamente del artículo 1.1 y 3 Ley 17/93, ha de concluirse que al puesto en cuestión no cabe aplicarle la excepción al principio de libre circulación de nacionales eurocomunitarios, pese a formar parte de la Administración autonómica. Por eso, es susceptible de ser ocupado por personal laboral de cualquier Estado miembro de la Unión Europea que cumpla los requisitos de titulación y otros recogidos en la RPT del correspondiente Departamento o en la determinación convencional del mismo.

A lo que no puede oponerse como motivo determinante en el ámbito autonómico la ordenación que, para la Administración del Estado, establece el Real Decreto 800/95. No sólo porque, aunque pueda entenderse aplicable procedimentalmente su normativa en esta materia con carácter supletorio, lo cual por cierto no habría respetado la CAC (cfr. artículo 2), de acuerdo con su propia línea argumental, no puede serlo en lo sustantivo (cfr. artículo 1) por razones técnico-jurídicas y legales

(cfr. artículo 1.2 y 3 Ley 17/93 y Preámbulo de este Real Decreto), sino porque, como ya se ha explicitado, el mencionado artículo 1 de aquél no se acomoda, ni en letra ni en espíritu, al artículo 1.1 Ley 17/93 o al artículo 48.4 TCE.

Únicamente resta señalar que la libre circulación de trabajadores resulta obviamente de plena aplicación a los ciudadanos del Reino de Suecia, pues la incorporación de este Estado a la Unión Europea no supuso el establecimiento de períodos transitorios en la materia, con la excepción, que no hace al caso, de lo previsto en el art. 114 del Tratado de Adhesión para las residencias secundarias; máxime cuando el 2 de mayo de 1992 se celebró el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y los Países miembros de la Asociación Europea de Libre Cambio, entre los que estaba Suecia, que estableció la libre circulación de trabajadores entre los países de ambos sectores (cfr. artículo 28.1), entrando en vigor el 1 de enero de 1994.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho por las razones expresadas en el Fundamento III, no cabiendo en consecuencia dictaminar favorablemente la declaración de nulidad que por ella se pretende.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 74/1996, ACERCA DE LA ANULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA DE FECHA 25 DE ABRIL DE 1996, POR LA QUE SE ACORDÓ CONTRATAR, EN EL PUESTO DE TRABAJO Nº 110412050, A M.R.B. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 102/1996 RO.

A) El presente voto particular se formula por el Consejero firmante de conformidad con las previsiones contenidas al efecto en el artículo 52 del Decreto 464/1985 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Consultivo de Canarias.

B) Como quiera que la discrepancia del Consejero que suscribe sobre el contenido del dictamen se constriñe a la interpretación que se hace en el cuerpo del mismo sobre el alcance del Derecho comunitario en la materia constituido esencialmente por el artículo 48.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea así como al desarrollo del mismo efectuado por la Ley 17/1993 de 23 de diciembre,

sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea y su Decreto de desarrollo (Decreto 800/1995 de 19 de mayo, lógicamente el voto particular ha de referirse exclusivamente a la tesis que se sostiene por este Consejero respecto a dicha cuestión y que será explicitada sucintamente, y no sobre el resto del Dictamen.

RAZONAMIENTO DEL VOTO PARTICULAR.

Obviamente, a diferencia del sentido del Dictamen del que se discrepa que considera no conforme a Derecho la propuesta de resolución antes citada, por parte de este Consejero se considera que la misma sí es ajustada a Derecho y que la inteligencia del apartado 4 del artículo 48 del Tratado que se hace por la misma es correcta a la luz del estado actual del Derecho comunitario en la materia.

Artículo 48 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957. Dicho precepto relativo a la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Comunidad Europea, establece en su apartado 4 que:

"Las disposiciones del presente artículo no son aplicables a los empleos en las Administraciones Públicas".

Se trata en este caso de la cláusula de delimitación del ámbito de ampliación material de las normas comunitarias sobre libre circulación de trabajadores. Pero el problema surge a la hora de precisar que debe entenderse por **empleo en la Administración Pública**, extremo sobre el que no dice nada el Tratado.

Esta cuestión fue abordada por el Parlamento Europeo en su resolución de 17 de enero de 1972, conectándola con el artículo 55.1 del Tratado en cuya virtud se excluyen del derecho de establecimiento y de la prestación de servicios las actividades que participan en el ejercicio de la autoridad pública.

Por su parte el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha marcado su posicionamiento al respecto señalando, de una parte, que el concepto de empleo en la Administración Pública ha de ser una noción comunitaria y no debe remitirse a la legislación de los Estados miembros y, por otra parte, que ha de interpretarse restrictivamente. Esta postura del Tribunal se ha reflejado en diferentes sentencias siendo alguna de ellas especialmente significativas como la recaída en el asunto

SOTGIU y la sentencia de 17 de diciembre de 1980 en el asunto Comisión contra el Estado belga. En ambas se contiene la doctrina que el artículo 48.4 hace referencia sólo a aquellas actividades que implican una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades y que no se aplica a aquellos empleos que, aún teniendo un vínculo jurídico con el Estado o con otros organismos de Derecho público, **no implican ninguna participación en las tareas propias de la Administración Pública propiamente dicha.**

En desarrollo de dicha interpretación del Tribunal de Justicia, la Comisión ha señalado determinados sectores de actividad incardinados dentro de la función pública a los que sería aplicable la libertad de circulación de trabajadores. En efecto, la Comisión -a quien el Tratado ha confiado la responsabilidad de garantizar la correcta aplicación de las normas comunitarias y de hacer respetar las sentencias del Tribunal- en su Comunicación 88/C72/02 tras considerar incluidos en la excepción del artículo 48.4 los empleos en los Ministerios del Estado, de los gobiernos regionales, de las colectividades territoriales y de otros organismos asimilados y de los bancos centrales, en la medida en que se trate de personal (funcionarios y otros agentes) que realiza las actividades organizadas en torno a un poder público del Estado o de otra persona de derecho público, actividades tales como la elaboración de los actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes, precisa que la Comisión piensa dirigir su intervención de manera prioritaria a los siguientes sectores, excluidos de dicha excepción:

Organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (por ejemplo transportes públicos, distribución de electricidad o gas, compañías de navegación marítima o aérea, correos y telecomunicaciones, organismos de radiotelevisión).

Los servicios operativos de salud pública.

La enseñanza en los centros de enseñanza públicos.

La investigación civil en los establecimientos públicos.

La citada Comunicación añade "la Comisión piensa comunicar a los Estados miembros afectados las conclusiones de su estudio de los sectores elegidos,

pidiéndoles que abran el acceso a los empleos en dichos sectores a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros".

En adecuada respuesta a dicha comunicación se dicta la Ley 17/1993 de 23 de diciembre sobre el acceso a **determinados sectores de la Administración Pública** de los nacionales de los demás Estados miembros.

Aparte de la **propia denominación de la Ley** que refleja el espíritu claro de posibilitar el acceso a "determinados sectores de la Administración Pública", es suficientemente expresiva de a qué determinados sectores se refiere la **Exposición de Motivos** de la misma que tras señalar que:

"(...) En desarrollo de dicha interpretación del Tribunal de Justicia la Comisión ha señalado determinados sectores de actividad incardinados dentro de la función pública a los que sería aplicable la libertad de circulación de trabajadores, añade que "Por todo ello se hace necesario llevar a cabo las modificaciones normativas precisas que permitan el acceso a los nacionales de los demás Estados miembros **a los citados sectores de la función pública**".

Como lógica consecuencia de todo ello el artículo 1 de la citada Ley, por lo demás declarada bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, precisa que:

1. "Los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea podrán acceder en idénticas condiciones que los españoles a la **función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial**" que son los señalados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por la Comisión de la citada Comunicación.

En su consecuencia y respecto a tales sectores y sin perjuicio de las excepciones que se contienen en el apartado 3 del propio artículo 1, es predicable el acceso de los ciudadanos comunitarios.

2. Dicho esto conviene señalar que la dicción del precepto continúa:

"(...) y a los demás sectores de la función pública **a los que según el derecho comunitario**, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores".

Aquí se contiene una clara cláusula remisoria al Derecho comunitario con una clara finalidad, esto es, anticiparse a futuras actuaciones de las instituciones comunitarias dirigidas a ampliar el espacio de libre circulación en la función pública, evitando así la necesidad de futuras reformas normativas por esta causa, acomodándose así la Ley a la previsible extensión de la libertad de circulación de trabajadores a otros sectores distintos de los determinados en dicho precepto. Este es el alcance interpretativo y no otro el que ha de darse al citado precepto, máxime por las razones que, a mayor abundamiento, se exponen a continuación.

3. Por su parte el apartado 2 del propio precepto individualiza los sujetos públicos competentes (Gobierno, o en su caso, órganos competentes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas para determinar los cuerpos, Escalas, Plazas o empleos a los que podrán acceder los nacionales de los otros Estados miembros de la Comunidad Europea. En efecto dicho apartado señala que:

"El gobierno o, en su caso, los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas determinarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos, a los que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, podrán acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea".

De acuerdo con ello corresponde a cada Administración en el ámbito de sus respectivas competencias, y de acuerdo con su propio modelo de función pública, la determinación concreta de los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos, dentro de los sectores públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley, a los que podrán acceder los nacionales de los demás Estados miembros. No obstante se establece un criterio esencial integrante del régimen jurídico básico que se instaura; en efecto como señala el artículo 1.3:

"En todo caso, los puestos de trabajo de los sectores a que hace referencia el apartado 1 de este artículo, que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas quedan reservados a los funcionarios con nacionalidad española, correspondiendo a cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, la determinación concreta de dichos puestos".

En ejercicio de esta competencia la Administración del Estado procedió a dictar el Real Decreto 800/1995 de 19 de mayo, por el que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, en donde queda patente -por si hubiera alguna duda- que los únicos sectores objeto de la Ley 17/1993 eran los relativos a la función pública docente, investigadora, de correos y sanitaria de carácter asistencial así como los puestos de personal laboral pertenecientes a dichos sectores. En efecto el artículo 1 del citado Decreto preceptúa que:

"Los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, en idénticas condiciones que los españoles, a los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos pertenecientes a la función pública **investigadora, docente, de correos y sanitaria de carácter asistencial**, de la Administración General del Estado, que figuran en el Anexo del presente Real Decreto. También podrán acceder a las plazas o empleos de **personal laboral pertenecientes a los sectores indicados en el párrafo anterior**".

Por lo que hace al caso que nos ocupa, esto es, práctico de topografía, dicho puesto no se corresponde con ninguno de los incluidos en el Anexo correspondiente al Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, por lo que como primera conclusión -y sin entrar de momento en la posible aplicación supletoria de dicha normativa estatal- cabría decir que, de haber pretendido ingresar el afectado por la propuesta de resolución que nos ocupa en la Administración del Estado, no habría podido hacerlo por tratarse de ninguno de los puestos de carácter laboral incluido en los sectores de aplicación del Decreto ni de ninguno de los puestos incluidos en el correspondiente Anexo.

Retomando la cuestión en los términos regulados por la Ley, tal y como se desprende de la simple lectura de su articulado, que la competencia para determinar los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos objeto de la Ley a los que puedan acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea corresponde en el ámbito de la Administración Pública canaria, al Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias, a quien obviamente también corresponde la facultad de determinar dentro de los puestos de trabajo objeto de la ley, cuales quedan reservados en todo caso a los funcionarios de nacionalidad española. Resulta evidente

que ambos mandatos contenidos en dicha Ley, de carácter básico, no han sido hechos efectivos por la Comunidad Autónoma de Canarias, lo cual no puede suponer en modo alguno que, mientras no haga efectivo el mismo, cualquier ciudadano comunitario puede acceder a cualquier puesto o empleo del sector público contraviniendo las previsiones de la propia Ley y del artículo 48.4 del Tratado.

En su consecuencia, como quiera que el empleo de práctico de topografía no se incluye entre los sectores afectados por las distintas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ni, en su consecuencia, entre los señalados por la Comunicación de la Comisión, ni se encuentra inserto en el ámbito de aplicación de la Ley 19/93, ni la Comunidad Autónoma ha hecho uso de las competencias otorgadas al efecto en el artículo 1 de la repetida Ley, el requisito de la nacionalidad era exigible para acceder al puesto de trabajo de práctico de topografía, por lo que no teniendo dicha nacionalidad el candidato propuesto, resulta conforme a Derecho la propuesta de resolución objeto del Dictamen del Consejo en el sentido de revisar de oficio la Resolución de la Secretaría General Técnica de 25 de abril de 1996 de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas, por la que se acordó contratar a M.R.B. para ocupar el puesto de trabajo nº 110412050 de la citada Consejería.

CONCRECIÓN DEL VOTO PARTICULAR.

La tesis mantenida en el presente Voto Particular se concreta en las siguientes conclusiones:

I. El artículo 48.4 del Tratado trata de delimitar el ámbito de aplicación material de las normas comunitarias sobre libre circulación de trabajadores limitándolo en el caso de los empleos en las Administraciones Públicas.

II. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha interpretado el alcance de dicho precepto señalando de una parte que el concepto de empleo en la Administración Pública ha de ser una noción comunitaria y no remitirla a la legislación de los Estados miembros y por otra parte que ha de interpretarse restrictivamente. Se ha de hacer especial hincapié en que ninguna de las Sentencias del TJCE a las que se ha tenido acceso por este Consejero ni en ninguna de las que se

citan en el Dictamen, se contiene pronunciamiento alguno sobre sectores distintos de los cuatro señalados por la Comisión.¹

III. En desarrollo de dicha interpretación del Tribunal de Justicia, la Comisión ha señalado determinados sectores de actividad incardinados dentro de la función pública a los que sería aplicable la libertad de circulación de trabajadores a través de la Comunicación 88/C72/02 concretándolos en los siguientes.

Organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (por ejemplo transportes públicos, distribución de electricidad o gas, compañías de navegación marítima o aérea, correos, telecomunicaciones y organismos de radiotelevisión).

Los servicios operativos de salud pública.

La enseñanza en los centros de enseñanza públicos.

La investigación civil en los establecimientos públicos.

IV. La Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a **determinados sectores de la Administración Pública** de los nacionales de los demás Estados miembros dictada en adecuada respuesta a la Comunicación de la Comisión, no tiene repercusión generalizada ni siquiera en todos los sectores de actividad profesional de los comprendidos en la Función Pública nacional, sino tan sólo, por el momento, en el estado actual de la interpretación del artículo 48.4 del Tratado realizado por las instituciones comunitarias, en los enumerados en el artículo 1 de la Ley y asimismo del Decreto 800/1005, de 19 de mayo, dictado en desarrollo de la misma, esto es, **función pública investigadora y sanitaria de carácter asistencial así como las plazas de personal laboral pertenecientes a tales sectores.**

V. La regla general para el acceso a la función pública de la Administración Pública, seguirá siendo el requisito de nacionalidad y la excepción la no exigencia en

¹Sentencias del TJCE 3/6/86 (enfermero de hospitales); 3/7/86 (profesor en prácticas); 16/6/87 (investigadores); 30/5/89 (lectora de lengua extranjera); 27/11/91 (profesor de enseñanza secundaria); 2/7/96 (investigación, enseñanza, salud, transportes terrestres, correos y telecomunicaciones y servicios de distribución de agua y luz); 2/7/96 (incluye a idénticos sectores que la anterior).

los concretos sectores del empleo público sometidos a la regulación de la Ley 19/1993; y ello sin perjuicio de que en todo caso, los puestos de trabajo de la Administración Pública, sea cual sea el sector de que se trate, que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas **quedan reservados a los funcionarios con nacionalidad española.**

VI. La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencias para determinar los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos a los que podrán acceder los nacionales de los demás Estados miembros y, el eventual retraso en la realización de dicha determinación, no supone ni puede suponer la automática posibilidad de que cualquier ciudadano comunitario pueda acceder a cualquier plaza de su Administración Pública.

VII. La aplicación del Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo al supuesto objeto del Dictamen, en caso de tratarse de empleo dependiente de la Administración del Estado, supondría la imposibilidad de que el afectado pudiera acceder al mismo, por lo que con independencia de su discutible aplicación supletoria al ámbito autonómico, no dejaría de ser una quiebra, en caso contrario del principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario, no ya entre distintos Estados miembros, sino, lo que es más grave, dentro de un mismo Estado miembro.

VIII. Las conclusiones anteriores no empecen la posibilidad de que futuras actuaciones de las instituciones comunitarias vayan dirigidas a ampliar el espacio de la libre circulación en los empleos de la Administración Pública.