

El acceso a la función pública española de ciudadanos comunitarios

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD COMO CONDICIÓN PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA.—1.1. La extensión de la libre circulación de trabajadores al ámbito de la Administración Pública.—1.2. La normativa española sobre acceso de ciudadanos comunitarios a la función pública: de la determinación de los concretos sectores en los que rige la libre circulación de trabajadores al reconocimiento general del principio.—II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ALCANCE DE LA EXIGENCIA DE NACIONALIDAD COMO REQUISITO PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA.—2.1. Los puestos de capitán y primer oficial de buque.—2.2. Puestos en el ámbito de la protección civil y atención de emergencias.—III. EL RECONOCIMIENTO DE DIPLOMAS Y EL RECONOCIMIENTO DE LA EXPERIENCIA PROFESIONAL Y DE LA ANTIGÜEDAD ADQUIRIDAS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA.—3.1. Reconocimiento y homologación de títulos obtenidos en otros Estados miembros.—3.1.1. El Caso Burbaud.—3.1.2. La Jurisprudencia nacional sobre reconocimiento y homologación de títulos.—3.2. Reconocimiento en los procesos selectivos de la experiencia profesional y de la antigüedad adquirida en la Administración pública de otros Estados miembros. Especial referencia al ámbito sanitario.—IV. LA REGULACIÓN DEL ACCESO DE CIUDADANOS COMUNITARIOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

I. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD COMO CONDICIÓN PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA

1.1. La extensión de la libre circulación de trabajadores al ámbito de la Administración pública

La condición de nacional español para acceder a la función pública, establecida en la legislación general¹, constituye un requisito asumido pacífica-

★ Profesora Propia Adjunta de Derecho administrativo. Universidad Pontificia Comillas.

¹ El artículo 30.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Texto articulado aprobado por

mente con inusual naturalidad, quizá por los relativamente escasos supuestos en los que plantea problemas en la práctica. Sin embargo, la interrelación y movilidad crecientes de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea, tanto porque numéricamente aumentan como por el impulso que en distintos órdenes vienen ejerciendo las instituciones europeas para facilitar y aumentar la libre circulación de personas (también de trabajadores y también en la función pública), inducen a pensar que esta calma es más aparente que real, a la vista de la evolución que en los últimos años ha experimentado esta cuestión en la legislación nacional y comunitaria, así como en la respectiva Jurisprudencia.

La libre circulación de trabajadores constituye uno de los pilares de la Unión Europea y de su Derecho. Inicial y principalmente se pensaba en los trabajadores que integran el mercado laboral, pero también se han venido acometiendo distintas acciones a nivel comunitario en relación con la extensión de dicha libertad al ámbito de la función pública, traslación no exenta de dificultades dado el sistema esencialmente dispar de acceso a la función pública (sea como funcionario o como personal laboral al servicio de la misma), respecto del acceso al mercado de trabajo, sobre la base de las funciones teóricamente distintas que asumirán unos y otros.

Efectivamente, los textos de los Tratados no dejan lugar a dudas al excluir de la aplicación de esta libertad a los empleos en la Administración pública ²:

«1. La libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del período transitorio.

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 a 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.

Decreto 315/1964, de 7 de febrero) dispone que «para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración, será necesario: a) ser español». Hoy la exigencia del requisito de nacionalidad se recoge en el apartado 1 del artículo 56 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007), como se indica más adelante en este trabajo.

² Artículo 48 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (25 de marzo de 1957).

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

De manera coherente con lo dispuesto en el precepto transcrito, se promulgó el Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores³, en el que se especifica el alcance de este «derecho fundamental para los trabajadores y su familia», cuya realización supone «la abolición, entre los trabajadores de los Estados miembros, de toda discriminación por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo, así como el derecho de estos trabajadores a desplazarse libremente dentro de la Comunidad para ejercer una actividad asalariada, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas»⁴. Sin embargo, esta norma no se refiere en ningún momento a los empleados de la Administración pública, a los que, por tanto, no se extiende esta libertad.

El evolutivo y cambiante Derecho comunitario, sin embargo, introdujo algunos avances esenciales en esta cuestión, quizá una vez concretada algo más la libre circulación de trabajadores, al reconsiderar en su documento sobre *La libre circulación de trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros* (1988)⁵ la posibilidad de extender ésta, siquiera limitada-mente, a algunos sectores concretos y, en todo caso, como complemento para otras políticas impulsadas por la Comunidad Europea (por ejemplo, en materia de movilidad de los investigadores europeos, movilidad de los estudiantes, liberalización de transportes e instituciones financieras, reconocimiento de títulos de enseñanza superior). Todos estos esfuerzos iban encaminados a permitir que se aplicara la libre circulación de trabajadores a los empleos que forman parte de la Administración pública de los Estados miembros y no se benefician de la excepción contenida en el artículo 48.4 del Tratado⁶.

En línea con la interpretación restrictiva o material que propugnó el Tribunal de Justicia⁷, la Comisión, en este mismo documento, apunta varios sectores tradicionalmente vinculados a la actividad pública que, sin embargo, no

³ Reglamento (CEE) núm. 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOCE L, núm. 257, de 19 de octubre de 1968).

⁴ Considerando primero del Reglamento 1612/68.

⁵ «La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros. La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del tratado CEE» (DOCE C, núm. 72, de 18 de marzo de 1988).

⁶ Como en muchas otras ocasiones, la Comisión comienza por poner de manifiesto el obstáculo que supondría para lograr este objetivo que fueran los Estados miembros los que tuvieran libertad para imponer el requisito de la nacionalidad, y, por tanto, la oportunidad de que se adopten medidas a nivel comunitario («La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros», *op. cit.*, Introducción, octavo párrafo).

⁷ Por ejemplo, al comienzo, en el caso *Sotgiu* (TJCE de 12 de febrero de 1974, G. M. Sotgiu contra la Deutsche Bundespost). Demanda de decisión prejudicial formulada por el Bundesarbeitsgericht, 172-73, Rec. 1974, pp. 153-174. A este pronunciamiento han seguido otros muchos intensificando el criterio de restringir estrictamente la noción de empleo en la función pública a *aquellos que impliquen participación en el ejercicio del poder público y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado*: TJCE, 17 de diciembre de 1980, 149/79, rec. 1980, pp. 3881-3919; TJCE, 26 de mayo de 1982, 149/79, Rec. 1982,

considera actividades *específicas* de la Administración pública⁸, pues no se diferencian material u objetivamente de las mismas actividades cuando tienen lugar en el seno de una organización privada⁹: gestión de algunos servicios comerciales, salud pública, centros de enseñanza públicos e investigación civil en las instituciones públicas, sectores en la órbita de lo público en los que va a comenzar la aplicación de la libre circulación de trabajadores, tarea que pasa a corresponder a los Estados miembros¹⁰, al margen, pues, de la definición de Administración pública que cada uno de ellos tenga; y también de la de trabajador, concepto que a juicio del Tribunal de Justicia es (debe ser) de alcance comunitario y no estatal¹¹.

1.2. La normativa española sobre acceso de ciudadanos comunitarios a la función pública: de la determinación de los concretos sectores en los que rige la libre circulación de trabajadores al reconocimiento general del principio

Fruto de la acción comunitaria emprendida (tanto por el Tribunal como por la Comisión) y dado que la libre circulación de trabajadores era plenamente aplicable en España a partir de 1 de enero de 1993, resultaba ineludible adoptar las modificaciones normativas encaminadas a acoger dicha línea de intervención¹².

pp. 1845-1854; TJCE, 3 de junio de 1986, 307/84, Rec. 1986, pp. 1725-1740; TJCE 3 julio de 1986, 66/85, Rec. 1986, pp. 2121-2148; TJCE, 16 de junio de 1987, 225/85, rec. 1987, pp. 2625-2641; TJCE, 30 de mayo de 1989, 33/88, Rec. 1989, pp. 1591-1613, etc. Sobre esta evolución, véanse M. Pulido Quecedo, *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Madrid, 1992, pp. 391 y ss.; D. Gratal Pérez y J. Mondragón Ruiz de Lezana, «El empleo público y la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos Deusto*, 1994; J. Bengoetxea, «Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50, 1998, pp. 13 y ss.; M. F. Masso Garrote, «Excursus conceptual de función pública en el derecho comunitario: sobre la necesidad de manejar un concepto material y funcional de función pública», *Noticias de la Unión Europea*, 1999, pp. 33 y ss., y J. B. Lorenzo de Membiela, *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. Manual práctico de la Función Pública*, Pamplona, 2005.

⁸ Se consideran tales los casos en los que la Administración aparece investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado. Así, se señalan las fuerzas armadas, policía y otras fuerzas de orden público; la magistratura, la administración fiscal y la diplomacia; empleos de los ministerios, de los gobiernos regionales y locales, de otros organismos asimilados, de los bancos centrales, en la medida en que realicen las actividades organizadas en torno a un poder jurídico público. Todo ello queda, en ese momento, fuera del ámbito en el que la Comisión pretende intervenir.

⁹ TJCE, 17 de diciembre de 1980, 149/79, rec. 1980, párrafo 4. *Vid.* S. González-Varas Ibáñez, «El derecho a acceder a la función pública de otro Estado miembro de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, año 20, enero-abril de 2000, pp. 139 y ss.

¹⁰ Con la explícita advertencia de que, de no hacerlo, la Comisión iniciaría los correspondientes procedimientos contenciosos al amparo del artículo 169 del Tratado CEE. Y además de la posibilidad de que los ciudadanos ejercitaran este derecho directamente ante los tribunales.

¹¹ TJCE 3 julio de 1986, 66/85, Rec. 1986, pp. 2121-2148, Fundamentos de Derecho 16 y 17.

¹² En este sentido, A. Palomar Olmeda, «La noción comunitaria de empleo público y sus consecuencias en el ordenamiento interno», *Noticias de la Unión Europea*, 1992, pp. 101 y ss.

Efectivamente, la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, por la que se regula el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea¹³ declaró la supresión de toda discriminación por razón de nacionalidad respecto de los ciudadanos de los demás Estados miembros en el acceso a «la función pública investigadora, docente, de correos, sanitaria de carácter asistencial y a los demás sectores de la función pública a los que, según el Derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores» (art. 1.1, en su redacción original).

Los sectores a los que se aplicaría en España venían a coincidir, pues, con los apuntados por la Comisión en el documento *La libre circulación de trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración pública de los Estados miembros* (1988) y en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Ahora bien, de forma prudente, dichos sectores no se recogen con carácter de *numerus clausus*, sino que, teniendo en cuenta la tendencia declarada por el Tribunal de Justicia a estrechar cada vez más el alcance de la excepción del artículo 48.4 del Tratado de la CEE, el legislador español contempló de manera explícita la posibilidad de ir incorporando nuevos sectores excluidos de dicha excepción conforme lo fuera marcando el Derecho comunitario, o lo que es lo mismo, de ir extendiendo la aplicación de la libre circulación de trabajadores de manera progresiva a nuevos ámbitos de la función pública.

No obstante, la exclusión de la excepción no era total, puesto que cuando en esos sectores existieran puestos de trabajo concretos «que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas» éstos podrían quedar reservados a los nacionales españoles, es decir, que a estos concretos puestos sí les era aplicable la excepción del 48.4 del Tratado CEE (hoy 39.4, tras la redacción dada en Ámsterdam).

Posiblemente una evolución del Derecho comunitario más profunda y acelerada de lo que inicialmente se pudo pensar determinó que en 1999 se llevara a cabo una reforma de la Ley 17/1993 para ampliar tanto el ámbito objetivo como subjetivo de la misma¹⁴.

Así, en primer lugar, se sustituye la mención a sectores concretos por una cláusula general de sentido inverso al seguido hasta entonces en cuanto a la aplicación de la libre circulación de trabajadores¹⁵, pues se declara con carácter general la posibilidad de que cualquier nacional de otro Estado miembro acceda a un puesto en la función pública, quedando excluidos únicamente (y siguiendo el criterio mantenido desde el comienzo por el Tribunal de Justicia)

¹³ BOE, núm. 307, de 24 de diciembre de 1993.

¹⁴ Artículo 37 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre).

¹⁵ Resultó, pues, insuficiente la cláusula contenida en la redacción originaria de la ley, ya que no se trataba tanto de seguir ampliando la lista de sectores de la función pública sujetos a la libre circulación de trabajadores como de sentar el criterio opuesto: la regla general es la no discriminación por razón de la nacionalidad en el acceso a la función pública y la excepción los sectores o incluso los puestos que, singularmente, podrían justificadamente permanecer fuera de la misma.

aquellos empleos «que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas»¹⁶.

En el aspecto subjetivo, la previsión anterior se hace extensiva al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, así como a sus descendientes¹⁷, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas, puesto que de no hacerlo se podría ver comprometida la propia realización de esta libertad comunitaria.

En ese sentido, dada la consideración de las disposiciones de la Ley 17/1993 como bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos¹⁸, se prevé que el Gobierno¹⁹ o los órganos equivalentes de las demás Administraciones territoriales determinen, por un lado, los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos a los que pueden acceder los nacionales comunitarios²⁰ y, por otro, los puestos concretos a los que no podrán hacerlo, siempre bajo el criterio general de la presencia del ejercicio del poder público y la salvaguarda de los intereses generales²¹.

En el ámbito estatal, estas previsiones han sido desarrolladas por el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo²², en cuyo Anexo se contiene la relación de Cuerpos y Escalas para acceder a los cuales se exige la nacionalidad española, quedando en todo caso reservados a los empleados públicos de nacionalidad española los puestos de trabajo que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las demás Administraciones públicas, las cuales podrán disponer en similares términos dentro de sus competencias. Así, el ámbito objetivo de aplicación de esta norma se extiende a la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, la Administración de Instituciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, excluyéndose las Fuerzas Armadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Órganos constitucionales, el Consejo de Estado y el Banco de España y el Centro Superior de Información de la Defensa²³.

¹⁶ Nueva redacción del artículo 1.1.

¹⁷ Nuevo artículo 1.2.

¹⁸ Al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución (Disposición Final Única de la Ley).

¹⁹ Actualmente, tras la reforma de 1999, «corresponde al Ministro para las Administraciones Públicas, en el ámbito de la Administración General del Estado, determinar el sistema de acreditación de los requisitos exigidos en el apartado 2».

²⁰ Éstos deberán acreditar únicamente su nacionalidad (así como no estar sometidos a sanción disciplinaria o condena penal que impida el acceso a la función pública de su Estado) y cumplir los requisitos exigidos en idénticos términos que los aspirantes españoles. La pérdida de la nacionalidad implicaría la pérdida de la condición de funcionario, salvo que adquiriese la de otro Estado miembro (art. 2).

²¹ Apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 17/1993.

²² Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, del MAP, que regula el acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores (BOE, núm. 130, de 31 de mayo).

²³ Artículo 1 del Real Decreto 543/2001.

Serán los órganos competentes de cada Administración pública los que determinen en las relaciones de puestos de trabajo aquellos en los que se exija la nacionalidad española²⁴. Es decir, que los sectores contemplados genéricamente no quedan excluidos de manera absoluta, pues dentro de los mismos podrán encontrarse puestos que no aparezcan tan intensamente vinculados al ejercicio de potestades públicas o a la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas.

Dicha determinación exige una correcta interpretación del alcance de la libre circulación de trabajadores en relación con el acceso a la función pública, interpretación que ha de ser necesariamente restrictiva, como corresponde a toda excepción y, en todo caso, conforme a la línea marcada desde las instituciones comunitarias, que continúan haciendo esfuerzos por ampliar el ámbito de aplicación de este principio.

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ALCANCE DE LA EXIGENCIA DE NACIONALIDAD COMO REQUISITO PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Pese a que, de manera gradual, se ha ido avanzando a nivel normativo en relación con la reducción y clarificación de los puestos que, dentro de los que podríamos llamar sectores excluidos, se reservan a los nacionales españoles, la determinación concreta de algunos de ellos han generado algún conflicto que finalmente ha quedado resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.1. Los puestos de capitán y primer oficial de buque

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2003²⁵ es un claro exponente de esta evolución, en este caso en relación con algunos puestos de la Marina Mercante. El objeto de aquélla es la impugnación presentada por el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española con la pretensión de que se declare la nulidad de determinados preceptos del Real Decreto 2062/1999, de 30 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de formación de algunas profesiones marítimas²⁶, y, en lo que singularmente interesa a nuestros efectos, los artículos 7 y 8 del mismo.

²⁴ Artículo 5.2 del Real Decreto 543/2001.

²⁵ STS 4 de diciembre de 2003, recurso contencioso-administrativo núm. 424/2000 (**todas las referencias de la jurisprudencia nacional citadas son de la Base de Westlaw*).

²⁶ Este Real Decreto responde a la necesidad de incorporar a nuestro derecho las normas aprobadas en 1995 por la Organización Marítima Internacional como enmiendas al anexo del Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar, de 7 de julio de 1978 (conocido como Convenio STCW) y las contenidas en la Directiva 98/35 del Consejo, de 25 de mayo, por la que se modifica la Directiva 94/58/CE, relativa al nivel mínimo de formación en profesiones marítimas, las cuales, a su vez, tienen su fundamento en las citadas enmiendas al Convenio STCW.

El artículo 7 del Real Decreto 2062/1999, que lleva por enunciado «normas generales sobre reconocimiento de títulos profesionales expedidos por otros Estados», dispone que «se podrán reconocer títulos profesionales de capitán, patrón, oficial o radio-operador expedidos por otros Estados siempre y cuando sean parte del Convenio de puente STCW» (apartado 1). Y, además, «el reconocimiento de títulos profesionales que proporcionen habilitaciones para ejercer de capitán o de primer oficial exigirá la superación de una prueba sobre conocimiento de la legislación marítima española, relativa al ejercicio de funciones como capitán o primer oficial de puente». Pues bien, el Colegio Oficial recurrente entiende que esta previsión es contraria a lo dispuesto en el artículo 77.2 de la Ley de 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que, a su juicio, reserva a los ciudadanos españoles aquellos empleos en las dotaciones de buques que impliquen el ejercicio, aunque sólo sea ocasional, de funciones públicas²⁷, como es el caso de los capitanes y primeros oficiales. En consecuencia, la norma reglamentaria vulneraría de este modo lo dispuesto en la propia Ley de 1992.

El Tribunal Supremo, sin embargo, discrepa de esta interpretación en atención a dos razones. En primer lugar, porque nada impide que los títulos «reconocibles» expedidos en el extranjero lo hayan sido a favor de ciudadanos españoles que hayan adquirido la formación y las demás condiciones profesionales en otros países. Y, en segundo lugar, porque el reconocimiento y referendo del título extranjero no excluye la reserva a favor de nacionales españoles de determinados puestos que impliquen el ejercicio de funciones públicas. Es decir, que el hecho de obtener uno y otro no implica que quien no sea español pueda ejercer de inmediato aquellos puestos, aunque, eso sí, permiten a su beneficiario desempeñar otros que no lleven aparejadas las funciones públicas reservadas a los ciudadanos españoles²⁸.

Algo más complejo resulta el análisis de la impugnación del artículo 8 del mismo Real Decreto, que lleva por rúbrica «Normas específicas sobre reconocimiento de títulos profesionales de ciudadanos de la Unión Europea con titulaciones expedidas por uno de estos Estados»²⁹.

El artículo 8 mantiene el principio de reserva a favor de los nacionales de las funciones de capitán y primer oficial de los buques de la marina mercante al establecer en su apartado 2 que el reconocimiento a los ciudadanos de la Unión Europea de los títulos profesionales o certificados de especialidad expe-

²⁷ Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. El artículo 77 dispone lo siguiente: «1. El número de miembros de la dotación de los buques y sus condiciones de capacitación profesional deben ser las adecuadas para garantizar en todo momento la seguridad de la navegación y del buque, teniendo en cuenta sus características técnicas y de explotación, en los términos que reglamentariamente se establezcan. 2. Asimismo, *se determinarán reglamentariamente las condiciones de nacionalidad de las dotaciones de los buques, si bien los ciudadanos de Estados miembros de la Comunidad Económica Europea podrán acceder a partir del momento de entrada en vigor de esta Ley a los empleos en las dotaciones de los buques que no impliquen el ejercicio, aunque sólo sea de manera ocasional, de funciones públicas, que quedará reservado a funcionarios españoles*».

²⁸ Fundamento de Derecho Tercero.

²⁹ Fundamento de Derecho Séptimo.

didos por uno de los Estados miembros, conforme a las disposiciones nacionales de aplicación, formalizados a través de la expedición de una tarjeta profesional de Marina Mercante, se precisará para acceder directamente a los empleos de las dotaciones de los buques mercantes españoles, excepto en el ejercicio de puestos que impliquen o puedan implicar ejercicio de actividades públicas atribuidas legalmente a españoles, como el de capitán, patrón o primer oficial de puente, que quedarán reservados a ciudadanos españoles. Sin embargo, el apartado 3 del mismo artículo contempla la siguiente excepción: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los ciudadanos de la Unión Europea que posean un título expedido por un Estado miembro, podrán ejercer el mando de buques mercantes de arqueo bruto inferior a 100 GT, que transporten carga o menos de 100 pasajeros, que operen exclusivamente entre puertos o puntos situados en zonas en que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción y cuando se acredite por el interesado la existencia del derecho de reciprocidad del Estado de su nacionalidad respecto a ciudadanos españoles».

Para alcanzar la correcta delimitación de la solución a esta cuestión, el Tribunal Supremo planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁰, resuelta por Sentencia de 30 de septiembre de 2003³¹, cuya parte dispositiva señala que:

«1) El artículo 39.4 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que únicamente autoriza a un Estado miembro a reservar a sus nacionales los empleos de capitán y primer oficial de los buques mercantes que enarbolan su pabellón *si las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes y a los primeros oficiales se ejercen efectivamente de forma habitual y no representan una parte muy reducida de sus actividades.*

2) El artículo debe interpretarse en el sentido de que *se opone a que un Estado miembro someta a una condición de reciprocidad el acceso de nacionales de los otros Estados miembros a los empleos de capitán y primer oficial de buques mercantes que enarbolan su pabellón, como los contemplados en el artículo 8.3 del citado Real Decreto*».

Para evitar calificar la Ley de 1992 contraria al Derecho comunitario —y, por tanto, inaplicable—, el Tribunal Supremo opta por interpretar la exigen-

³⁰ Se plantea a la vista de los fallos jurisprudenciales comunitarios europeos. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de abril de 1974 (asunto 167/1974) declaró la aplicabilidad de las normas del Tratado a los transportes marítimos y que la reserva a los nacionales de un Estado de *todos* los puestos de trabajo de las dotaciones de buques era contraria al artículo. En varias ocasiones posteriores se planteó si dicha reserva era extensible también a los puestos de Capitán y primer oficial de a bordo, sin que en las reiteradas sentencias en que se planteó quedara definitivamente resuelta la cuestión (los fallos del TJCE se relacionan en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003).

³¹ Da cuenta de la relevancia de esta sentencia O. Fotinoupolou Basurko, «La ocasionalidad en el ejercicio de la función pública como criterio para descartar la excepción a la libertad de circulación de trabajadores del art. 39.4 TUE. La centralización en el nivel comunitario de las políticas en materia de contratación de trabajadores del mar», *Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004, pp. 165 y ss.

cia tradicional de nacionalidad para estos cargos de manera que se evite el conflicto con el Derecho comunitario, «entendiendo que aquella reserva, pese a su tenor literal, no es plena y permite determinadas excepciones. Una de las cuales sería la que configura el artículo 8, apartado 3, del Real Decreto».

Este fallo jurisprudencial, de acuerdo con la interpretación de las instituciones comunitarias, consolida así una primera reducción de la reserva a nacionales españoles de determinados puestos o, correlativamente si se quiere, una ampliación de aquellos puestos que, pese a integrarse en sectores tradicionalmente herméticos para los no nacionales de los Estados miembros pueden ser, siquiera parcialmente, abiertos ellos. Como se ve, dicha «apertura» no es absoluta, sino que se limita a «reconocer que en determinados supuestos de navegación caracterizados por la escasa entidad del buque y su menor alejamiento de la costa (y, por consiguiente, del ámbito territorial de ejercicio efectivo de las funciones asignadas a las autoridades públicas ordinarias) las prerrogativas del capitán quedan, en cierto modo, relativizadas y no son frecuentes las ocasiones de ejercer las funciones públicas que, por delegación, le están comúnmente asignadas».

En este sentido interpreta el Tribunal Supremo el apartado 3 del artículo 8 del Real Decreto impugnado. A su juicio, el Estado limita la reserva del puesto de capitán a favor de nacionales españoles y permite su desempeño por ciudadanos comunitarios», pero amplía las posibilidades de que nacionales comunitarios desempeñen puestos de trabajo en España en paridad con los españoles en casos en los que difícilmente se ejercitarán con habitualidad las prerrogativas de poder público atribuidas a los capitanes y a los primeros oficiales, prerrogativas que, por lo demás, representan en estos casos una parte muy reducida de sus actividades³².

2.2. Puestos en el ámbito de la protección civil y atención de emergencias

El otro ámbito en el que se ha detectado una tendencia similar a la comentada anteriormente en relación con determinados puestos en la Marina Mercante es el de la protección civil y la atención de emergencias, (y, más concretamente, con determinados puestos de bomberos), ámbitos que constituyen objeto de competencias autonómicas. Así, la legislación de Islas Baleares³³, la de Andalucía³⁴ y también la de Navarra³⁵, por citar las de más

³² De manera congruente con la opción interpretativa escogida por el Tribunal Supremo en este fallo, aconseja expresamente al legislador a modificar el tenor literal del artículo 77 de la Ley 27/1992 para atemperar su contenido al Derecho comunitario. Y, por otro lado, anula el último inciso del apartado 3 del artículo 8 por la inequívoca imposibilidad de someter a reciprocidad la apertura de dichos puestos a nacionales comunitarios.

³³ Ley de las Islas Baleares 3/2006, de 30 de marzo, de Gestión de Emergencias de Illes Balears (BOIB, núm. 50, de 6 de abril de 2006).

³⁴ Decreto de la Junta de Andalucía 160/2006, de 29 de agosto, por el que se regulan los procedimientos selectivos extraordinarios de acceso a la condición de personal funcionario de carrera de los Servicios de prevención y extinción de Incendios y Salvamento (BOJA, núm. 179, de 14 de septiembre).

reciente fecha de publicación, han establecido la reserva de los puestos integrados en esos ámbitos a favor de nacionales españoles, sobre la consideración de sus titulares de *agentes de la autoridad*, con la consiguiente exclusión de los nacionales comunitarios en el acceso a dichos puestos³⁶.

Como ocurría en el caso analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo esta calificación genérica de los servidores que accedan a dichos puestos como agentes de autoridad y la consiguiente exigencia de nacionalidad española puede, sin embargo, resultar excesiva teniendo en cuenta la Jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como la del Tribunal Supremo, que propugnan una interpretación restrictiva de dicha reserva, para lo cual es preciso atender a las funciones públicas que en cada caso se van a ejercer —o no— para comprobar si la exclusión de los nacionales comunitarios queda, en consecuencia, justificada válidamente conforme al Derecho comunitario.

A nuestro juicio, el ámbito de la protección civil, vinculado estrechamente al ejercicio de funciones públicas, es susceptible de experimentar una reducción en el mismo sentido antes señalado para los capitanes de buque, es decir, permitiendo el acceso a determinados puestos a ciudadanos comunitarios, so pena de incurrir en un injustificado trato discriminatorio. Y es que si parece lógico que las tareas de responsabilidad o dirección se exija la nacionalidad española, no parece tan clara la justificación de dicha exigencia cuando se trata de un bombero, al que conforme, por ejemplo, a la Ley Foral de Navarra de 1985 «le corresponden funciones de intervención operativa y ejecución bajo la dirección de los mandos superiores» (art. 53).

Así parece haberlo entendido el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sentencia de 31 de enero de 2006³⁷, que tiene por objeto la impugnación de las bases que han de regir las convocatorias para la provisión de 35 plazas de bomberos, entre otras. En concreto, el Comité Ejecutivo del Consorcio de prevención y extinción de incendios de la Isla de Tenerife, que actúa como recurrente, objeta que en dichas plazas se permite el acceso a otros nacionales miembros pertenecientes a la Unión Europea, con lo que se conculca el artículo 1.3 de la Ley 17/1993 de acceso de nacionales comunitarios a determinados sectores de la función pública.

El TSJ sin embargo, no comparte dicha afirmación, pues «el desempeño de la labor de bomberos puede conllevar una actividad de responsabilidad o de potestad pero siempre de tipo auxiliar y vinculada estrechamente a la labor de salvamento de un evento concreto, pero que nunca va a interferir en la salvaguarda de los intereses de la Administración pública española»³⁸, por lo

³⁵ Decreto Foral de Navarra 82/2006, de 20 de noviembre (BON, núm. 145, de 4 de diciembre), de desarrollo de la Ley Foral 8/1985, de 1 de julio, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Navarra (BON, núm. 81, de 8 de julio de 2005).

³⁶ El artículo 43.2 de la Ley 3/2006 de Islas Baleares, artículo 4.1.a) del Decreto andaluz 160/2006, antes citado, y artículo 50 de la Ley Foral 8/1985.

³⁷ Sentencia del TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 66/2006, de 31 de enero de 2006.

³⁸ Fundamento Jurídico Tercero de la STSJ de Canarias de 31 de enero de 2006.

que es perfectamente legal que dichos puestos puedan ser ocupados por nacionales comunitarios en idénticas condiciones que las exigidas por los nacionales.

Nos parece que este pronunciamiento va encaminado en la misma línea de entendimiento correcto del Derecho comunitario en relación con la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores a la función pública (estatal o autonómica), lo que quizá debiera llevar a una reconsideración de los requisitos sobre nacionalidad establecidos en la legislación autonómica citada (y en las que contienen prescripciones en el mismo sentido).

III. EL RECONOCIMIENTO DE DIPLOMAS Y EL RECONOCIMIENTO DE LA EXPERIENCIA PROFESIONAL Y DE LA ANTIGÜEDAD ADQUIRIDAS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Dos cuestiones que derivan directamente de la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores al ámbito de la función pública se refieren a la necesidad de reconocer los títulos obtenidos en otros Estados miembros, así como la experiencia profesional adquirida en el desempeño de puestos en la Administración Pública de dichos Estados.

3.1. Reconocimiento y homologación de títulos obtenidos en otros Estados miembros

Para que la libre circulación de trabajadores sea realmente efectiva es imprescindible que no quede en manos exclusivamente de los distintos Estados miembros la voluntad de reconocer y valorar los títulos profesionales obtenidos por los ciudadanos comunitarios en otros países, sino que debe facilitarse, en la medida de lo posible, el reconocimiento de los estudios y formación adquiridos en otros Estados miembros con el fin de ejercer una profesión en otro, también en el seno de una Administración Pública. En cualquier caso, éste puede ser uno de los requisitos que, junto con el de la nacionalidad, se exijan para acceder a un determinado puesto o para concurrir en algún proceso. De ahí que la Comisión y el Tribunal de Justicia hayan tenido que resolver numerosos conflictos acerca de esta cuestión, dada la heterogeneidad de los títulos a nivel europeo en cuanto a denominación, duración, contenidos y modalidades de evaluación de los mismos. Y, a la vista de la posición de éstos, también nuestros tribunales internos.

3.1.1. El Caso *Burbaud*

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003 ³⁹, conocida como *Caso Burbaud*, sentó un importante criterio acerca de los efectos del reconocimiento de títulos obtenidos en otros Estados miembros en relación con el concepto de profesión regulada, fallo conforme al cual también la Jurisprudencia nacional habrá de interpretar la normativa comunitaria y nacional en esta materia.

Se trataba, en síntesis, de resolver dos cuestiones prejudiciales planteadas por la *Cour d'appel de Douai* en relación con el recurso presentado y desestimado previamente por el Ministro de Sanidad francés para que aquélla se incorporase al cuerpo de directores de hospital de la función pública francesa, fundamentalmente porque la incorporación a dicho cuerpo exigía haber superado previamente las pruebas de acceso a la *École Nationale de la Santé Publique*, mientras que la recurrente, de nacionalidad originariamente portuguesa, licenciada en Derecho por la Universidad de Lisboa, obtuvo el título de técnico en la *Escola Nacional de Saúde Pública* de Lisboa, ejerciendo las funciones de técnico en hospitales en la Administración pública portuguesa durante varios años. Posteriormente se doctoró en Francia y obtuvo nacionalidad francesa.

Pues bien, las cuestiones que la corte francesa plantea son las dos siguientes.

- a) Si un ciclo de formación impartido en una escuela de formación de funcionarios como la ENSP, que culmina con el nombramiento definitivo del funcionario, puede equipararse a un título en el sentido de lo dispuesto en la Directiva 98/48/CE del Consejo ⁴⁰. En caso afirmativo, ¿cómo debe apreciarse si el título de la ENSP de Lisboa y el de la francesa son equiparables?
- b) En caso de respuesta afirmativa, ¿puede la autoridad competente supeditar el ingreso en la función pública de funcionarios de otro Estado miembro que acrediten estar en posesión de un título equivalente a determinados requisitos, en particular, a que superen las pruebas de acceso a la *École* si dichos funcionarios ya han superado un procedimiento similar en su país de origen?

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal de Justicia comienza por afirmar que el empleo de director de un hospital, solicitado por la Sra. *Burbaud*, no implica participación directa ni indirecta en el ejercicio de poder público ni en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas ⁴¹, criterio, como diji-

³⁹ Asunto C-285/01, I. *Burbaud* vs. *Ministère de l'Emploi et de la Solidarité de Francia*.

⁴⁰ Directiva 89/48/CE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (*DO L*, núm. 19, 1989, p. 16).

⁴¹ No sólo se incluyen los empleos en las administraciones públicas de base territorial sino también

mos, que justificaba la no aplicación de la excepción del artículo 39.4 del Tratado, es decir, que le era aplicable la libre circulación de trabajadores. A juicio del Tribunal de Justicia, corresponde al Tribunal nacional comprobar si un diploma obtenido en otro Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro que aspira a ejercer una profesión regulada en el Estado de acogida, como es el caso, puede calificarse de título, en el sentido de la Directiva citada, y, en su caso, examinar en qué medida las formaciones sancionadas por dichos títulos son equiparables por lo que se refiere tanto a su duración como a las materias que abordan. Si se aprecian equiparables, entonces el Estado de acogida no podría supeditar el acceso de la Sra. *Burbaud* a la profesión de director de un hospital público al requisito de que curse la formación impartida en la ENSP y se someta al examen final de dicha formación ⁴².

En consecuencia, y en respuesta ya a la segunda cuestión, el reconocimiento de la equiparación del título de la Sra. *Burbaud* implica que debe ser dispensada de la formación en la ENSP y del examen final de la formación, aunque no puede justificar que se le exima de la realización de las pruebas de acceso a dicha escuela, en tanto las mismas desempeñan un papel esencial en el procedimiento de selección y de incorporación a los hospitales públicos. Se trata de un obstáculo a la libre circulación de trabajadores que ha de aparecer justificado y que no puede ir más allá de lo necesario para conseguir el objetivo que se persigue (selección de los mejores candidatos). Lo cual, a juicio del TJ, no ocurre, pues los candidatos como la recurrente ya han adquirido dicha capacitación en otro Estado miembro, por lo que dicha exigencia no es una medida adecuada para lograr el objetivo que se persigue ⁴³.

Por tanto, «cuando un nacional de un Estado miembro está en posesión de un título, obtenido en un Estado miembro, equiparable al exigido en otro Estado miembro para acceder a un empleo en un hospital público, el Derecho comunitario se opone a que las autoridades del último Estado miembro supediten la incorporación de dicho nacional al citado empleo a la superación de un procedimiento de selección como las pruebas de acceso a la ENSP» ⁴⁴.

3.1.2. *Jurisprudencia nacional sobre homologación y reconocimiento de títulos*

El reconocimiento de la equivalencia de títulos reconocido en la Directiva 89/48/CE fue incorporado a nuestro Derecho interno en virtud del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre ⁴⁵, a propósito de cuya aplicación

en los organismos públicos de ellas dependientes, y tampoco se tiene en cuenta a estos efectos si el empleo tiene naturaleza funcionarial o se trata de una vinculación de carácter laboral.

⁴² Considerandos 19 a 58 de la Sentencia *Burbaud*.

⁴³ Habría de buscarse, pues, otro cauce para que los candidatos procedentes de otros Estados miembros acrediten su capacitación (concurso de méritos, oposición, pero no uno tan restrictivo como el consistente en dichas pruebas de acceso).

⁴⁴ Considerando 112 de la Sentencia *Burbaud*.

⁴⁵ BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 1991, sobre reconocimiento de títulos de enseñanza superior de nacionales de Estados miembros que exijan una formación superior mínima de tres años.

se han dictado numerosos fallos jurisprudenciales. Del análisis de los mismos cabe hacer las siguientes consideraciones relativas a la necesaria precisión conceptual y a la apreciación de la equivalencia entre titulaciones diversas, respectivamente.

En primer lugar, resulta imprescindible establecer la distinción conceptual entre homologación, convalidación y reconocimiento de los títulos.

La *homologación* otorga al título extranjero los mismos efectos del título o grado académico español con el cual se homologa, en todo el territorio nacional, de acuerdo con la normativa vigente, y corresponde al Ministro de Educación. La habilitación para el ejercicio de la actividad profesional otorgada al amparo del Real Decreto 1665/1991 no supone una homologación académica del título ⁴⁶.

El Tribunal Supremo ha reiterado que «al homologar un título extranjero el Estado, en principio, ha de contrastar sus características y compararlo con el oficial nacional en cuanto a contenido cuantitativo y cualitativo para decidir, finalmente, si lo equipara al título existente en España. Se trata, pues, de decidir si la formación acreditada a través de la posesión del título extranjero guarda equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente. En cambio, en el reconocimiento profesional de los títulos, a diferencia de la homologación académica, no se comparan ya programas de formación, sino actividades profesionales. Se trata ahora de reconocer un título extranjero a efectos de ejercer, en el país de acogida, una actividad profesional concreta. Por ello, lo determinante es la comprobación de la identidad entre la actividad profesional que el interesado está facultado a ejercer en el país que ha expedido el título y aquella que desea ejercer en el Estado de acogida. Puede entonces la Administración, sobre la base del análisis del contenido de la formación adquirida en otro país —al margen, por tanto, de la homologación académica del título en sí mismo— resolver, sin más, que el interesado está ya cualificado para ejercer en España una determinada profesión o puede, en otros casos, imponer condiciones adicionales a modo de mecanismos correctores o de compensación (como, por ejemplo, pruebas de aptitud) para apreciar aquella cualificación profesional».

«Esta distinción opera también para marcar un régimen diferente entre la homologación y el reconocimiento en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo. Cuando se trata de títulos académicos obtenidos en un país de la Unión Europea las atribuciones estatales en orden a su homologación en el país de acogida se rigen por el derecho interno de este último. Los ciudadanos comunitarios también están sujetos a dicho procedimiento, de suerte tal que no tienen, en virtud del Derecho comunitario, un derecho objetivo a

Su Exposición de Motivos da cuenta de los objetivos que se persiguen con esta disposición general, que no son sino «suprimir los obstáculos que existían para la libre circulación en el ámbito comunitario de los ciudadanos de los países que estén en posesión de títulos y favorecer su movilidad, de acuerdo con lo previsto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea».

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006 (RJ 2142/2006), Fundamento Jurídico Segundo.

obtener la homologación de su título. En cambio, el reconocimiento profesional de los títulos expedidos en la Unión Europea tiene un régimen diferente, derivado del derecho que las disposiciones del Tratado CE relativas a la libertad de establecimiento, a la libre prestación de servicios y a la libre circulación de trabajadores confieren a los ciudadanos comunitarios para ejercer su profesión en otro Estado... La actuación administrativa a este respecto va encaminada a verificar no ya que la titulación obtenida en otro Estado miembro corresponda con los títulos que en España permiten el acceso a las profesiones reguladas, sino a examinar cada solicitud individualmente, según las condiciones establecidas en la Directiva —89/48/CE— y en función de la actividad profesional concreta que el interesado desee ejercer»⁴⁷.

Por último, la *convalidación* tiene los efectos que correspondan a la superación de los estudios parciales por los que se conceda en el sistema educativo español y corresponde a la Universidad española en la que el interesado desee proseguir los estudios. En este sentido, es importante tener en cuenta que la estructura de las enseñanzas universitarias han cambiado sustancialmente y viene determinada por el Real Decreto 55/2005 y comprenden las de Grado y Postgrado (éstas últimas comprenden: segundo ciclo —máster— y tercer ciclo —doctorado—)⁴⁸.

Incluso se ha llegado a sostener que el hecho de que mecanismo de obtención de una determinada especialización por la vía de la convalidación fuese solamente aplicable a las titulaciones de extranjeros albergaba en realidad un trato discriminatorio en perjuicio de los españoles. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no hay tal discriminación por tratarse de soluciones distintas para situaciones también distintas. Así, «a quienes hayan cursado su formación en España —sean o no de nacionalidad española— se les posibilita el acceso directo a la especialización, mientras que si la formación fuera cursada en el extranjero no operarían las vías de acceso directo a la especialización, sino la convalidación. Estos últimos están sujetos, de un lado, a la normativa del país en el que cursaron sus estudios y, de otro, a la convalidación y demás requerimientos establecidos por la normativa del país de destino, exigencias que obviamente no rigen para quienes han cursado su formación en nuestro país»⁴⁹.

En segundo lugar, «en aquellos supuestos en los que el título expedido por la autoridad competente del país de origen comprenda *materias sustancial-*

⁴⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2000 y 14 de diciembre de 2000, citadas por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2006, Fundamento Jurídico Segundo (198114/2006) y reiteradas en abundante Jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006 (2142/2006), Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2006 (2436/2006), Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2006 (256909/2006).

⁴⁸ El problema es que la homologación al grado académico correspondiente a los nuevos estudios de Grado y Máster no entrará en vigor hasta la fecha en que se haya completado el proceso de renovación del catálogo de títulos universitarios oficiales, proceso que deberá completarse antes del 1 de octubre de 2007, por lo que hasta esa fecha la referencia la constituyen los grados académicos de Diplomado y Licenciado. Así lo ha firmado la Audiencia Nacional en Sentencia de 8 de noviembre de 2006 (277518/2006).

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2006, Fundamento Jurídico Tercero (2161/2006).

mente diferentes de las cubiertas por el título español o cuando la correspondiente profesión abarque en España una o varias actividades que no existan en esa misma profesión en el país de origen y esa diferencia se caracterice por una formación específica exigida en las disposiciones españolas aplicables y se refiera a materias sustancialmente diferentes, en tal caso, para el reconocimiento de dichos títulos se puede exigir el sometimiento a una prueba de aptitud o la realización de un período de prácticas». Y es que no se trata tanto de comparar la duración en años de cada título o de ver el número de asignaturas que comprenden respectivamente, como de comprobar si coinciden sustancialmente las materias sobre las que han recibido formación y las actividades que con el título correspondiente podrían realizarse en cada uno de los países⁵⁰.

Tampoco la diferencia en cuanto a las modalidades de evaluación debe llevar a no considerar el carácter equiparable de los estudios cursados en Estados distintos⁵¹.

Sin embargo, en relación con este tipo de titulaciones, en 2006, se produjo un cambio importante de criterio⁵². Varias Sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas de 3 de octubre de 2006⁵³ introducen un cambio de criterio jurisprudencial a partir de la resolución al planteamiento de una cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal Supremo⁵⁴ y resuelta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 19 de enero de 2006 (C-330/03).

La sentencia que es objeto del recurso de casación fue dictada por la Audiencia Nacional el 1 de abril de 1998, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio de Ingenieros de

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de marzo de 2004 (2004/190668) sobre equivalencia, en su caso, del título de *Gradué Geometre-expert immobilier*, expedido por el *Institut Reine Astrid* de Bélgica con el de Ingeniero Técnico en Topografía, aquél de cuatro años de duración y habiendo realizado el recurrente prácticas en topografía. El problema adquiere caracteres singulares en relación con los traductores e intérpretes, al no existir una regulación unitaria del ejercicio profesional titulado de las funciones atribuidas a éstos, ni existir reciprocidad en las titulaciones y profesiones en otros Estados miembros. *Vid.* al respecto y en extenso, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 (3948/2004).

⁵¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 2 de octubre de 2006 (257248/2006): ocurre que, por más que las bases de una convocatoria intenten abarcar todas las formas posibles de acreditar la nota media, dada la amplitud de posibilidades de estudios que se ofrecen a los ciudadanos de la Unión Europea es muy fácil que el sistema de valoración de alguna Universidad no se acomode a las denominaciones empleadas por la Orden para calificar el expediente académico. Sin embargo, «la no equivalencia perfecta entre un título obtenido en una Universidad Europea —en este caso la de *Aberdeen*— y el contenido de una concreta convocatoria no puede llevar a excluir sin más la valoración de aquel como mérito», sino que, como hace el propio tribunal, se intenta establecer dicha equivalencia y deja fijado el dato para su valoración como mérito en la convocatoria pública (Fundamento Jurídico Tercero).

⁵² Anteriormente se han dictado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005 (8151/2005) sobre impugnación de los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, en relación con el Real Decreto 1425/1991, de 30 de agosto, por el que se establece el Título Universitario de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

⁵³ Referencias 7586, 7589 y 7596, respectivamente.

⁵⁴ Auto de 21 de julio de 2003.

Caminos, Canales y Puertos contra la resolución administrativa que reconoció a un nacional español para el ejercicio en España de la profesión de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos el título de «*Laurea in Ingegneria Civile*» obtenido en Italia. El Tribunal Supremo declara que el recurso de casación debe ser estimado.

A su juicio, la Audiencia Nacional no procede a analizar, como debiera, las disposiciones reglamentarias aplicables para comprobar el alcance de las diferencias entre ambas titulaciones. De dicho análisis se concluye que, por un lado, hay diferencias sustanciales entre las materias cubiertas por el título italiano y las exigidas de modo necesario en España para acceder al título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos y, de otro lado, que las atribuciones de estos ingenieros en España abarcan sectores para los que el título de ingeniería Hidráulica en Italia no proporciona la previa «formación específica» que las normas españolas imponen de modo obligatorio al efecto. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia ha admitido que «el contenido de la formación que corresponde, respectivamente, a la profesión de ingeniero civil hidráulico en Italia y la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos en España adolece de diferencias hasta tal punto fundamentales que la aplicación de una medida compensatoria o de adaptación equivaldría, en la práctica, a obligar al interesado a adquirir una nueva formación profesional»⁵⁵.

Es decir, que las medidas compensatorias sólo procederán cuando, ante diferencias apreciadas, no haya otra alternativa que la denegación del reconocimiento integral solicitado.

Pues bien, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora citamos, «es en este punto, una vez estimado el recurso de casación, donde se produce la inflexión resultante de la sentencia del Tribunal de Justicia. Pues si se interpreta la norma nacional de transposición (el art. 5 del Real Decreto 1665/1991) a la luz de la norma comunitaria transpuesta (la Directiva 89/48/CE) según la interpretación que de esta última ha hecho aquél Tribunal, será preciso concluir que *la Administración española debió acceder sólo de modo parcial al reconocimiento* solicitado por el ingeniero con título italiano. El TJCE reconoce que las medidas compensatorias han de ser proporcionadas a la finalidad perseguida, por un lado, y que pueden tener un efecto disuasorio contrario a la finalidad de la Directiva, por otro. Si, además, la actividad que se pretende ejercer en el Estado de acogida es objetivamente dissociable del conjunto de las actividades que abarca la correspondiente profesión en dicho Estado, dicho factor puede ser uno de los criterios decisivos para obtener el reconocimiento parcial sin sujeción a las medidas compensatorias».

Como consecuencia directa de todo ello (dejando al margen la previsible necesaria reforma de la normativa española que en buena lógica habrá que realizar, según el Tribunal Supremo, para su adaptación a la nueva interpretación de la Directiva 89/48/CE), el Tribunal Supremo, en el caso concreto que

⁵⁵ Apartado 36 de la Sentencia del TJCE de 19 de febrero de 2006.

le ocupa, no ve inconveniente en considerar «objetivamente disociable» la actividad de ingeniero tan sólo en el sector correspondiente (hidráulico) del resto de las que integran la profesión, más general, de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos regulada en España. Ello permitirá acceder al reconocimiento parcial sin someter al solicitante a las exigencias adicionales previstas en la letra *b)* del artículo 4, apartado uno, de la Directiva 89/48/CE, esto es, a las requeridas por el artículo 5.*b)* del Real Decreto 1665/1991, exigencias que no dudamos en calificar, en este caso, de desproporcionadamente restrictivas u obstaculizadoras de las libertades de circulación de las personas y de establecimiento cuando, como aquí ocurre, el reconocimiento parcial se revela más adecuado para garantizar éstas»⁵⁶.

Este importantísimo fallo jurisprudencial basado en la STJCE de 19 de febrero de 2006 ha sido íntegramente acogido en dos fallos de igual fecha y del mismo órgano, que concluyeron: uno, con el reconocimiento del derecho del nacional italiano que había obtenido el título de «*Laurea in Ingegneria Civile Sezione Trasporti*» expedido por la Universidad de los Estudios de Génova (Italia) a ejercer la profesión de ingeniero tan solo en el sector transportes de la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, sin someterle a las exigencias adicionales previstas en la letra *b)* del artículo 5 del Real Decreto 1665/1991⁵⁷; y otro, con el mismo reconocimiento parcial del título de «*Laurea in Ingegneria Civile, Sez. Edile*» expedido por la Universidad de los Estudios de Bari (Italia) a una española tan solo en el sector correspondiente («*Edile*», «construcción»), sin someterla a las anteriormente referidas exigencias adicionales⁵⁸.

3.2. Reconocimiento en los procesos selectivos de la experiencia profesional y de la antigüedad adquirida en la Administración pública de otros Estados miembros. Especial referencia al ámbito sanitario

Tal como dispone la normativa general⁵⁹, los requisitos que deben cumplir los candidatos o aspirantes a los distintos puestos son los que establezcan las bases de la convocatoria, en cada caso. En el momento de presentar la solicitud de participación en los procesos selectivos deberá acreditarse la nacionalidad de acuerdo con lo que establezca al respecto el órgano competente⁶⁰.

Ocurre que, en algunos de esos procesos, es importante acreditar una experiencia profesional previa en el seno de la Administración para poder acceder a determinados puestos o para obtener una mayor puntuación en

⁵⁶ Fundamento Jurídico Séptimo de la STS de 3 de octubre de 2006 (7586).

⁵⁷ STS de 3 de octubre de 2006 (RJ 7596/2006).

⁵⁸ STS de 3 de octubre de 2006 (RJ 7589/2006).

⁵⁹ Ley 17/1993, reformada en 1999.

⁶⁰ Artículo 2.1 de la Ley 17/1993. A nivel estatal, el Ministro para las Administraciones Públicas (art. 8 del Real Decreto 543/2001).

algún proceso competitivo. En este sentido, sería contrario al principio de libre circulación de trabajadores dejar de reconocer la experiencia adquirida por un ciudadano de algún Estado miembro en otra Administración pública distinta de la española. O dicho de otro modo, y como ha sido más frecuente en la práctica, no puede dejar de valorarse dicha experiencia profesional cuando se ha adquirido en la Administración pública de otro Estado miembro.

Han sido frecuentes estos casos en el ámbito sanitario ⁶¹. Así, cuando en alguna convocatoria se exige haber prestado servicios en el servicio público de salud, no puede entenderse que se refiera necesariamente al español, pues dicha interpretación «sería contraria al principio de libre circulación de trabajadores consagrado en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea, ya que dicho principio prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca al mismo resultado» ⁶². Tal interpretación y la subsiguiente actuación encubriría un trato discriminatorio de un ciudadano comunitario (también español) por el mero hecho de realizar parte de su formación profesional en una institución sanitaria no española ⁶³ aunque sí perteneciente a otro Estado miembro, pues si se tratara de un título obtenido en un tercer Estado y homologado en España, aquél, por más que pudiera permitir el ejercicio de la profesión en España (en el caso de autos, la de médico), no podría tener la consideración de título obtenido en un Estado miembro ⁶⁴.

La posterior jurisprudencia reitera esta posición, sobre la base, además, de algunas Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: «la

⁶¹ C. Cuesta Sanz, «Libre circulación de profesionales médicos en la UE/EEE», *Noticias de la Unión Europea*, pp. 17 y ss.

⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, núm. 812/2003 (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª), de 1 de diciembre de 2003. En este caso, los servicios prestados por un ciudadano español en el Instituto Portugués de Oncología perteneciente al Servicio de Salud de Portugal debieron ser baremados como servicios prestados en el servicio público de salud, como si lo hubieran sido en el español. En idéntico sentido, STSJ de Andalucía-Granada, de 1 de diciembre de 2003, que estimó contraria al principio de no discriminación de los trabajadores comunitarios el otorgar una valoración distinta (e inferior) a los servicios prestados en otro país de la Unión Europea, al incluirlos en el apartado de servicios prestados «en otras Administraciones públicas».

⁶³ En este caso, alemana. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga, de 21 de diciembre de 2000 (2001/482).

⁶⁴ Así, Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2004. En dicho caso, un ciudadano cubano obtuvo del Ministerio español la homologación de su título en medicina por la Universidad Central Las Villas (Cuba), pese a lo cual dicho título no podía considerarse expedido por un Estado miembro y no tenía por qué ser así reconocido por los demás Estados miembros, conforme a la Directiva 93/16/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (*DO*, núm. 165, de 7 de julio de 1993), traducido internamente en Real Decreto 931/1995, de 9 de junio, y Real Decreto 1735/1998, de 11 de julio, sobre acceso excepcional al título de Médico especialista en medicina familiar y comunitaria y sobre el ejercicio de la medicina de familia en el Sistema Nacional de Salud). Con similar contenido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de julio de 2006 (202457/2006), sobre el no necesario reconocimiento de la homologación en Uruguay de un título español en Medicina. Dicha homologación no supone necesariamente efectos en países comunitarios respecto a la validez del título, de acuerdo con las Directivas del Consejo Europeo.

aplicación de un sistema de puntuación de méritos claramente contrario a las normas constitutivas de la Unión Europea como forma de discriminación indirecta que sin justificación *prima la* experiencia profesional española a pesar de la similitud de sistemas y ordenamientos entre los países que conforman la Unión y que se opone como barrera al principio de libre circulación en el Espacio Común Europeo»⁶⁵.

Siguiendo en el ámbito sanitario, también se ha considerado que constituye una conducta discriminatoria el otorgamiento de una puntuación notoriamente mayor al título MIR frente a la experiencia y otros méritos (como pudiera ser, el que puede haberse adquirido en otros Estados miembros), sin que haya una razón legal para consagrar tal diferencia respecto de los titulados españoles o de otros países comunitarios que acceden al título de Médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria por otra vía (que puede ser incluso más exigente)⁶⁶.

Para concluir, es preciso dejar constancia de una previsión legal acerca del reconocimiento de la experiencia profesional en las Administraciones Públicas de otros Estados miembros en virtud de la introducción de la previsión legal correspondiente en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (Disposición Adicional Vigésima Sexta), que regula los efectos del reconocimiento de servicios prestados en las Administraciones Públicas de cualesquiera Estados miembros de la Unión Europea⁶⁷. Pero también de la condena al reino de España por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 39 del Tratado y 7 del Reglamento número 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad⁶⁸, al comprobar que,

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 14 de junio de 2006 (773/2006), en la que se citan la STJCE de 12 de mayo de 2005 (asunto C-278/2003, Comisión/Italia) y STJCE de 23 de febrero de 1994, Caso *Scholz*, cuestión prejudicial, C-419/1992.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2005/350). En idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 27 de febrero de 2006 (277/2006).

⁶⁷ Dicha modificación se llevó a cabo por la *Disposición Adicional Quincuagésima de la Ley de Presupuestos para 2005*, que dispone: «Uno. Con efectos de 1 de enero de 2005 y vigencia indefinida se añade una disposición adicional, la vigésima sexta, a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con la siguiente redacción: 1. Se computará a efectos de trienios, el período de prestación de servicios en las Administraciones públicas de los Estados miembros de la Unión Europea, previos al ingreso o reingreso en los correspondientes cuerpos y escalas, clases o categorías de cualesquiera Administraciones Públicas, excepto aquellos servicios que tuvieran el carácter de prestaciones obligatorias.

El cómputo establecido en el párrafo anterior será asimismo de aplicación a los servicios prestados en la Administración Pública de aquellos Estados en los que, en virtud de Tratados internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores en los términos en que ésta se halla definida en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. 2. Los servicios que se reconozcan al amparo de lo dispuesto en el apartado anterior no serán computables a efectos de derechos pasivos, que se regirán por las previsiones contenidas en los reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social. 3. La presente disposición tendrá la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos en los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución». En virtud de esta última previsión, el contenido del precepto resultará igualmente vinculante para las Administraciones autonómicas en relación con sus desarrollos normativos sobre función pública.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 23 de febrero de 2006, asunto C-205/04.

tras reiterados requerimientos, el Gobierno español no había promovido una modificación legislativa para permitir que se tengan efectivamente en cuenta, en la función pública española, los períodos de servicio cubiertos anteriormente por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros, cuestión que queda, pues, sin recogerse en el Derecho español.

IV. LA REGULACIÓN DEL ACCESO DE CIUDADANOS COMUNITARIOS A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Hacer un diagnóstico sobre el actual estado de la cuestión resulta ciertamente complejo, dada la disparidad normativa existente y los constantes cambios a que está sujeta, tanto a nivel comunitario como estatal. En este sentido, la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público ⁶⁹ constituiría una buena ocasión para intentar poner orden en tan complicado y disperso escenario haciéndolo, además, de manera conforme a las exigencias derivadas del Derecho comunitario (en todas sus manifestaciones: Tratado Constitutivo, Comisión y Tribunal de Justicia, fundamentalmente).

La regulación contenida en el mismo acerca de estas cuestiones clarifica el principio general de extensión al ámbito de la función pública la libre circulación de trabajadores ⁷⁰, mantiene el alcance subjetivo de esta norma y añade alguna previsión singular más, en la línea de avance hacia la extensión del principio pero sin introducir cambios radicales ⁷¹.

Así, el artículo 56.1 del EBEP dispone con carácter general que entre los requisitos para poder participar en los procesos selectivos será necesario «tener la nacionalidad española, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente», que lleva por rúbrica «Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados», no sólo de los demás Estados miembros de la Unión Europea.

El precepto ahora comentado parte de una distinción básica en atención al modo laboral o funcional de vinculación con la Administración correspondiente. Así, parte del reconocimiento del principio general, con los límites comentados, conforme al cual «los nacionales de los Estados miembros de

⁶⁹ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE, núm. 89, de 13 de abril).

⁷⁰ La Comisión de Expertos que elaboró el Libro Blanco del Estatuto básico del Empleado Público, documento que precedió a la elaboración del texto definitivamente presentado como proyecto de ley, indicaba la conveniencia de contemplar la posibilidad de admitir por ley a ciudadanos comunitarios para funciones que hasta ese momento les estaban vedadas (pues el acceso a los puestos reservados a contratados laborales es una posibilidad ya contemplada en la legislación española). Pone como ejemplo de la incongruencia que puede producirse el hecho de que, conforme al artículo 13.2 de la Constitución los ciudadanos comunitarios pueden llegar a ser Alcaldes de un Municipio y, sin embargo, no podrían acceder a un puesto de policía municipal.

⁷¹ Pese a que la intención declarada en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007 es introducir «mayores posibilidades de apertura de nuestro empleo público a ciudadanos que carezcan de la nacionalidad española, en aplicación del Derecho comunitario o por razones de interés general».

la Unión Europea podrán acceder, como *personal funcionario*, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas», correspondiendo al órgano competente en cada Administración pública respectiva la determinación de las agrupaciones de funcionarios⁷² a las que no puedan acceder ciudadanos de otros Estados miembros o, lo que es lo mismo, que queden reservadas a nacionales españoles.

En cuanto al ámbito subjetivo permanece como hasta el momento tras la redacción incorporada en 1999 a la Ley 17/1993 (art. 57.2 EBEP), haciendo extensiva la posibilidad de incorporación al empleo público como personal funcionario a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1».

La condición de personal laboral conlleva que las dificultades para vincularse de esta otra forma a las Administraciones Públicas sean menores. Así, el apartado 4 del artículo 57 dispone que «Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España, podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles».

Por último se establece reserva de Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas «para eximirse del requisito de nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario». Se trata de una novedad incorporada a sugerencia de la Comisión de Expertos que elaboró el Libro Blanco. Son de destacar dos aspectos: el primero, que se refiere a ciudadanos extracomunitarios, y el segundo, que no se exige reciprocidad para la admisión de dichos ciudadanos a esos puestos (con carácter de funcionario)⁷³.

El ejemplo más claro de esta previsión se contiene hoy en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería⁷⁴, que viene a sustituir a la que hasta entonces ha estado vigente aprobada en el año 2002 para cumplir el objetivo de lograr la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas.

Creemos necesario llamar la atención sobre el requisito relativo a la nacionalidad del aspirante que contiene el artículo 3.1 de la Ley 8/2006 para

⁷² Artículo 76 del EBEP.

⁷³ Según la Comisión de Expertos, «esta novedad tiene en cuenta, por un lado, las eventuales necesidades de nuestras Administraciones Públicas de contar con este tipo de personal en ausencia de nacionales o comunitarios (...). Por otra parte, tiene en cuenta nuestra actual realidad demográfica, caracterizada por un avanzado proceso de integración de inmigrantes que cuentan con una situación suficientemente estable en nuestra sociedad». En último extremo, y habida cuenta de la fungibilidad que hoy tiene la condición de laboral y de funcionario para muchas tareas, no es explicable que ciudadanos puedan desempeñar como contratados en unas Administraciones algunas funciones y no en otras por haber quedado reservadas a funcionarios públicos.

⁷⁴ BOE, núm. 98, de 25 de abril de 2006.

acceder a militar profesional de tropa y marinería, pues se exige la nacionalidad española (lo que es coherente con las exclusiones de nacionales comunitarios respecto de sectores que supongan ejercicio de autoridad, y paradigmáticamente las Fuerzas Armadas es uno de ellos); pero también, alternativamente, para acceder a aquella condición se puede «ser nacional de los países que reglamentariamente se determinen de entre aquellos que mantienen con España especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos». Al no haberse promulgado el reglamento de desarrollo de la Ley de Tropa y Marinería de 2006 entendemos que continúa en vigor el Real Decreto 1224/2002, de 29 de noviembre, que regula el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería, en cuyo Anexo I se contienen los países de nacionalidad de los extranjeros: Argentina, Bolivia, costa rica, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guinea Ecuatorial, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Como se aprecia, en la lista no se encuentran los Estados que integran la Unión Europea, pese a que, insistimos, el legislador se refiere a «Estados con los que España mantiene especiales vínculos históricos, culturales y lingüísticos», condiciones que los ciudadanos de los Estados miembros pueden satisfacer plenamente.

En este sentido, el Proyecto de Ley de la Carrera Militar⁷⁵ incide en su Exposición de Motivos en la diferencia de funciones que desempeñan los militares de carrera y los militares de tropa y marinería. «Los de carrera, oficiales y suboficiales, mantienen una relación de servicios de carácter permanente; los de tropa y marinería, cuyo régimen está regulado en la Ley 8/2006, de 24 de abril, podrán adquirir la condición de militares de carrera cuando accedan a una relación de servicios de carácter permanente». La regulación de esta futura ley en su Disposición Adicional 5.^a otorga el carácter de agente de la autoridad a «los miembros de las Fuerzas Armadas que presten sus servicios en la Unidad Militar de Emergencias o como policía militar, naval o aérea en el ejercicio de sus funciones. También tendrán dicho carácter los miembros de las Fuerzas Armadas que, en el ejercicio de sus funciones, presten apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional».

Habrà que redefinir el alcance del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en algunos de estos puestos para resolver la (aparente) incongruencia que supone aducir el carácter de agente de la autoridad y el consustancial ejercicio de funciones de soberanía que corresponde a las Fuerzas Armadas para reservar estos puestos a españoles y, simultáneamente, permitir el acceso con condiciones de ciudadanos de algunos terceros Estados e impedir el de ciudadanos comunitarios.

⁷⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 114-1, Serie A, de 1 de diciembre de 2006.