

Jurisdicción europea y administración local

Araceli Mangas Martín

Catedrática de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Salamanca.

Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario.
Directora de la Revista de Instituciones Europeas.

SUMARIO: I. LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y LA OBLIGACIÓN DE APLICAR EL DERECHO COMUNITARIO. II. EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: TRABAJADORES, SERVICIOS Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO O DE NO DISCRIMINACIÓN. IV. EXAMEN DE DIVERSOS LITIGIOS ENTRE PARTICULARES Y MUNICIPIOS RELACIONADOS CON LOS PRINCIPIOS DE LIBRE CIRCULACIÓN Y NO DISCRIMINACIÓN. V. NO DISCRIMINACIÓN Y CONTRATOS PÚBLICOS. VI. INVOCABILIDAD DEL EFECTO DIRECTO DE UNA DIRECTIVA Y NO SUJECCIÓN AL IVA. VII. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE UN AYUNTAMIENTO EN EL RECURSO DE NULIDAD.

I. LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y LA OBLIGACIÓN DE APLICAR EL DERECHO COMUNITARIO.

Tanto en el orden jurídico internacional como en el comunitario todo Estado es libre para optar por el modelo organizativo interno que estime conveniente y por la distribución de competencias entre las entidades descentralizadas. Pero en contrapartida a este derecho de autoorganización, «el comportamiento de un órgano del Estado se considerará un hecho de ese Estado según el derecho internacional, tanto si pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado»¹.

Así pues, en virtud del principio de la unidad del Estado, el hecho ilícito de la entidad territorial, un municipio, por ejemplo, será considerado

¹ Art. 6 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, que pretende codificar el derecho consuetudinario en la materia, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1976, vol. II (2ª parte), pp. 72-73.

como hecho ilícito internacional atribuible al Estado mismo y generará la responsabilidad internacional del Estado. Luego, las colectividades locales están obligadas a cumplir todas las normas internacionales y, por consiguiente, las normas comunitarias que vinculen al Estado en el ámbito de sus competencias y el Estado tiene derecho a exigir una conducta leal y diligente de las entidades territoriales para con los compromisos internacionales y comunitarios del Estado.

El Tribunal de Justicia comunitario ha confirmado esta posición en varias ocasiones señalando que «la responsabilidad de un Estado miembro con respecto al art. 169 CEE queda comprometida sea cual sea el órgano del Estado cuya acción u omisión esté en el origen de la infracción, aun en el caso de que se trate de una institución constitucionalmente independiente»².

Toda administración local está, pues, obligada a respetar y hacer aplicar todas las normas comunitarias en el campo de su actividad y se ve afectada por los mismos principios fundamentales que rigen las relaciones del Derecho Comunitario con los ordenamientos internos: el principio de la primacía y de la eficacia directa de las normas comunitarias.

En virtud del principio de eficacia directa un ayuntamiento está obligado a aceptar la invocación de derechos y obligaciones establecidos en una norma comunitaria, asumiendo las cargas que le imponga y reconociendo los derechos que confiera a los particulares; si se trata de una directiva cuyo plazo de trasposición haya expirado para España y no haya sido transpuesta o bien haya sido insuficientemente ejecutada o de manera incorrecta (la norma interna de ejecución esté en contradicción con la directiva) también habrá de aceptar la invocación de la disposición de una directiva, en las circunstancias citadas, si la disposición invocada es suficientemente precisa e incondicional.

Además, en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, en caso de contradicción entre el mandato de la norma comunitaria y la norma interna (ley, disposiciones reglamentarias y administrativas estatales, autonómicas o locales) la administración local está obligada, so pena de ilícito, a dejar inaplicada la norma interna y a asegurar la aplicación de la norma comunitaria (una disposición de los tratados, un reglamento comunitario o una directiva susceptible de efecto directo).

² Sentencia de 5.5.1970, (*Comisión c. Bélgica*, 77/69), Rec. 1970, p. 244; *vid.* también sentencias de 15.12.1971 (*International Fruit Company*, 51 a 61/71) Rec. 1971, p. 1116 y de 21.6.1979 (*Atalanta Amsterdam*, 240/78), Rec. 1979, p. 2198.

La aplicación de estos dos principios básicos será examinada a lo largo de este artículo en un conjunto de litigios seleccionados que ilustran los ámbitos en los que una administración local puede verse afectada por la aplicación del Derecho Comunitario. El denominador común de la mayoría de los litigios en los que se han visto envueltos municipios de los Estados miembros ha sido la aplicación del principio de libre circulación de personas y el principio de igualdad de trato o no discriminación. Estrechamente vinculado al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad se encuentran los asuntos sobre aplicación de las directivas sobre contratos públicos. También analizaré diversos asuntos sobre legitimación activa en el recurso de nulidad y la invocación del efecto directo de una directiva por un municipio como casos especiales.

II. EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: TRABAJADORES, SERVICIOS Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO.

El art. 8 A del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), tal como se ha reformado en Maastricht, reconoce que «todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

Como es sabido, el principio de libre circulación no es ninguna novedad del Tratado de la Unión Europea, ya que este principio, referido a *categorías determinadas, pero muy amplias de personas*, ya se había reconocido desde 1951 en el Tratado CECA y desde 1957 en los Tratados de Roma (CEE y CEEA/EURATOM). Este derecho se venía disfrutando como eje esencial de un proceso de integración basado en el establecimiento de un mercado común en el que los agentes económicos deben gozar de libertad de movimientos para acceder a un empleo asalariado o por cuenta propia y desempeñarlo (permanencia), prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión (médico, farmacéutico, asegurador, abogado,...) o abrir un negocio como comerciante, industrial, etc. Residir en un Estado miembro para llevar a cabo estas actividades económicas, al margen de la nacionalidad, había quedado, ya desde mediados los años setenta, al margen de todo poder discrecional de los Estados miembros.

A partir de su proclamación en el art. 48 (trabajadores), 52 (establecimiento) y 59 (servicios) CEE, se ha ido extendiendo por su lógica im-

plícita a la familia del beneficiario económico ³ como un derecho fundamental de ambos. De este modo, el principio de la libre circulación ha llevado a cabo, «una obra desestabilizadora» de los ordenamientos nacionales a través del principio de no discriminación generalizando la libre circulación y residencia en favor del nacional comunitario y su familia junto al disfrute de las mismas condiciones en materia social que los nacionales de ese Estado.

El contenido esencial de este derecho se describe en el art. 48.2: «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». Este principio tiene un carácter absoluto, directamente aplicable y tiene un carácter objetivo o imperativo de modo que vincula tanto a las administraciones públicas como a los particulares en sus relaciones privadas: un convenio colectivo o un contrato de trabajo contrario a este principio es nulo de pleno derecho.

De forma más detallada se complementa ese derecho con otros derechos que sirven al primero:

- a) derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo;
- b) derecho a desplazarse libremente para ese fin dentro del territorio de los Estados miembros;
- c) derecho de residencia en un Estado miembro con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;
- d) derecho de permanencia en ese Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales inactivos y en las condiciones que establezcan los reglamentos de aplicación adoptados por la Comisión: en caso de jubilación o incapacidad permanente, extensión a sus familiares y aun después del fallecimiento del trabajador.

³ Reglamento 1612/68 de 15.10.68 sobre libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad, DOCE L 257 de 19.10.68 y Regl. 1251/70 de 29.6.70 relativo al derecho de los trabajadores de residir en el territorio de un Estado miembro después de haber ocupado un empleo, DOCE L 142 de 30.6.70.; TJCE, sentencias de 3.7.74, (CASAGRANDE, 9/74), Rec. 1974, p. 773; 15.1.86, (PINNA, 41/84), Rec. 1986, p. 1. Vid. también Regl. 312/76 de 9.2.76 sobre derechos sindicales; Directiva 64/221 de 25.2.64 sobre coordinación de legislaciones en materia de desplazamiento y residencia por razones de orden público; directiva 77/486 de 25.7.77 sobre escolarización de los hijos de los emigrantes.

Este derecho supone, por lo que se refiere al empleo, el derecho a utilizar los mismos servicios de empleo que los nacionales. Además existe una Oficina Europea para la Coordinación de la compensación de ofertas y demandas de empleo que mediante un sistema informático remite la información oportuna. Este derecho supone también que se deberán inaplicar todas las normas legales, reglamentarias y administrativas que establezcan discriminaciones directas (porcentajes máximos de extranjeros por empresa, sector, o región, otras condiciones especiales) o discriminaciones indirectas.

Las condiciones de trabajo deben ser iguales a las del nacional en lo que afecta a la retribución, el despido, la reintegración profesional, ventajas sociales —plus familiar, aunque responda a política demográfica, ventajas en los transportes, préstamos sin interés, asignaciones para minusválidos— y fiscales, acceso a escuelas de formación profesional y a centros de readaptación de enseñanza, derechos sindicales y de representación de los trabajadores en la empresa, enseñanza de los hijos y acceso a centros de enseñanza y a becas u otras ayudas, vivienda, etc... También se tendrá en cuenta el período de servicio militar para el cálculo de su antigüedad y les serán aplicables las mejoras unilaterales empresariales.

Para poder hacer efectivo este derecho es preciso reconocer ciertas libertades complementarias o instrumentales: así, el derecho de libre desplazamiento, que comprende el derecho de entrada y salida y desplazamiento por todo el territorio. También el derecho de libre residencia: tienen derecho a *obtener un permiso de residencia* al tener una oferta de empleo. No se les puede retirar el permiso debido a incapacidad temporal o por desempleo involuntario.

A ello se debe añadir el hecho de que las eventuales excepciones a ese derecho de libre circulación relativas al orden público, seguridad y salud públicas del art. 48.3 son interpretadas muy restrictivamente por el Tribunal de Justicia ⁴. El Tribunal reconoció el mismo derecho en caso de trabajo parcial o el de libre circulación en calidad de turistas. Así pues, la libre circulación y residencia viene abarcando un campo social muy amplio (el familiar) a partir del agente económico, pero no es un ámbito completo, es decir, no afecta a toda la sociedad.

La libre circulación se extiende también a las *actividades no asalariadas*: es la libre circulación de *servicios* y la libertad de *establecimiento*. Esta última es el derecho a instalarse en un Estado miembro con la

⁴ Reguladas por la Directiva de 25.4.64; interpretada, entre otras por la sentencia de 4.12.74, (VAN DUYN, 41/74), Rec. 1974, p. 1337.

intención de ejercer una actividad económica independiente. Por el contrario, la libre circulación de servicios consiste en el desarrollo de esa actividad independiente sin tal establecimiento; el prestatario se desplaza o el beneficiario se desplaza o bien la actividad realiza el cruce de fronteras sin desplazamiento del destinatario o del prestatario (contrato de seguro, emisiones de TV...). La diferencia entre una y otra libertad es el carácter estable u ocasional de la misma.

En ambas libertades el Tratado exige la supresión de las discriminaciones y de las restricciones para su ejercicio; pero el problema no ha estado en las restricciones por razón de la nacionalidad sino en las legislaciones nacionales sobre acceso a la profesión y su ejercicio: formación universitaria o no, programas de estudios, horas de prácticas, examen de aptitud, requisitos corporativos. De ahí que haya unos programas generales de armonización y otros específicos. El titular de este derecho de libre circulación tiene derecho de entrada y salida, permanencia, residencia, instalarse con su familia, beneficios sociales y fiscales, asistencia sanitaria, etc. igual que los nacionales que ejerzan establemente la misma actividad.

Con la reforma del Acta Única en 1986 y su compromiso de realización plena del mercado común, verdaderamente interior y único, se abordó a partir del art. 8 A (del Tratado CEE) la libre circulación de *personas* y su derecho a residir en el territorio de cualquier Estado miembro. El Consejo aprobó tres directivas el 28 de junio de 1990 relativas a amplias capas de población que no encajaban en el hecho *económico* que permitía la libre circulación de trabajadores, servicios y establecimiento y de las familias afectadas por ese hecho. Se trata de los llamados «inactivos» laborales:

- así, la Directiva que regula con carácter general el derecho de residencia para todos los nacionales que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho Comunitario y demuestren tener unos recursos suficientes y un seguro de enfermedad, (por ejemplo, «*rentistas*»);
- La Directiva relativa al derecho de residencia para los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, aunque no hayan ejercido el derecho de libre circulación durante su vida profesional (por ejemplo, los *jubilados o pensionistas*);
- y la Directiva relativa al derecho de residencia de los *estudiantes* ⁵.

⁵ Directivas 90/364, 90/365 y 90/366, DOCE L 180 de 13.7.90.

En las tres Directivas se extiende el derecho a la familia del «inactivo», exigiéndose que el beneficiario y su familia dispongan de recursos suficientes y seguro de enfermedad a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para el Estado miembro de acogida. El plazo para la transposición de las tres Directivas expiró el 30 de junio de 1992 (R.D. 766/1992, BOE de 30.6.1992) y desde esa fecha, caso de no estar aprobada la legislación interna en cualquier Estado miembro, pueden ser invocables aquellas disposiciones de las mismas que posean efecto directo (es decir, que sean precisas y no dejen márgenes de apreciación discrecional).

Habida cuenta la doctrina jurisprudencial en la materia y la entrada en vigor de las tres Directivas cubriendo casi todo el campo social, solamente quedarán dos categorías fuera del derecho de residencia: los ciudadanos de la Unión que carezcan de recursos económicos suficientes y las personas excluidas por razones de orden público, seguridad o salud pública.

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO O DE NO DISCRIMINACIÓN.

Desde la fundación de las Comunidades Europeas este principio se ha fundado en el art. 7 del Tratado CEE y otros específicos y se ha garantizado de forma muy generosa por el Tribunal de Justicia en un número interminable de sentencias. De esta forma, a partir de la concreta prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad se ha llegado de hecho y de derecho a enraizar un verdadero principio de igualdad de trato de aplicación general.

El Tribunal de Justicia ha declarado que «...la prohibición de discriminación enunciada en la disposición citada (art. 40.3.2. en materia de política agrícola) no es más que la expresión específica del principio de igualdad que corresponde a los principios fundamentales del Derecho Comunitario» ⁶. Reiterando el carácter estructural de este principio ha añadido en otra ocasión que «prohibe no solamente las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado» ⁷.

⁶ Sentencia de 19.10.77, (RUCKDESCHER, 117/76 y 16/77), Rec. 1977, p. 1753.

⁷ Sentencias de 12.2.74 (SOTGIU, 152/73), Rec. 1974, fund. 11; también en sentencia de 30.5.89, (ALLÚE, 33/88), Rec. 1989, p. 1591.

En efecto, el principio de igualdad de trato o no discriminación forma parte del estatuto jurídico básico del ciudadano de la Unión. Es cierto que su proclamación no se encuentra en el art. 8 a 8 E (Segunda Parte del TCE) porque este es *el principio* sobre el que se ha anclado sólidamente la integración europea desde su nacimiento. El Tratado de la Unión Europea lo único que hace es cambiar ligeramente su numeración, pasando a ser el nuevo art. 6 del TCE y manteniéndolo en la Primera Parte del Tratado: en los «Principios».

Este precepto ha prohibido y prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad *en los ámbitos de aplicación de los Tratados*. Y se acompaña a lo largo de las disposiciones materiales, sobre libre circulación (mercancías, personas, servicios, capitales) y las políticas, de disposiciones específicas que establecen la igualdad de trato de los nacionales de los diferentes Estados miembros. Así, en los Tratados y derecho derivado, como ha observado K. Lenaerts, hay normas que se dirigen unas veces a las Instituciones comunitarias exigiéndoles su respeto so pena de «inconstitucionalidad» del acto, y otras se dirigen a los Estados miembros y a los particulares prohibiéndoles aplicar, en el marco de la ejecución de sus obligaciones comunitarias, criterios de distinción determinados con el propósito de someter a los nacionales de otros Estados miembros a un trato diferente (aunque estas normas también obligan a las Instituciones) ⁸.

Igualdad de disfrute de los derechos económicos y sociales significa que no se puede reservar una parte del mercado de empleo o de la producción o del suministro de las mercancías, o del transporte, etc., a los nacionales del Estado; también exige igualdad en el acceso y condiciones de empleo ⁹ o de ejercicio de una profesión o en la apertura y gestión de una industria o un comercio. Igualmente, no se permite en las Comunidades Europeas reservar los beneficios de las prestaciones sociales, sanitarias, o los derechos sindicales, o las subvenciones para viviendas o becas de estudios, etc., a los nacionales y excluir de ese beneficio al residente comunitario que ejerce una actividad económica; si se admitieran esas condiciones de desigualdad se vaciaría de contenido la institución de la libre circulación de personas.

⁸ K. LENAERTS, «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», *CDE* 1991-1, pp. 3-4. En las pp. 39-41 se incluye una lista con las disposiciones de Derecho originario y derivado que incluyen la exigencia de la igualdad de trato.

⁹ *Vid.* J.-L. CHARPENTIER, «L'application aux travailleurs salariés du principe de non-discrimination en raison de la nationalité», *Europe*, n° 3, mars 1992, pp. 4 y ss.

Mediante este principio de igualdad de trato invocable directamente ante toda autoridad interna (administrativa o judicial) por cualquier nacional de un Estado miembro que se encuentre bajo el campo de aplicación de los Tratados, se ha venido quebrando en numerosísimos ámbitos la dicotomía clásica nacional-extranjero. Al efecto combinado del principio de libre circulación y residencia de personas con el de no discriminación se debe la extensión, ya señalada, de los beneficios del Tratado a la familia del agente económico y su equiparación al nacional a todos los efectos.

El Tribunal ha ahondado en cuestiones concretas de la vida social y económica como, por ejemplo, declarando que si un Estado reconoce pensiones o prestaciones sociales a las parejas no casadas, este beneficio le debe ser reconocido a los nacionales de otros Estados miembros ¹⁰. Igualmente ha exigido igualdad de trato respecto a los derechos de matrícula en los establecimientos educativos en aquellos países que tienen establecidas tasas superiores para los extranjeros ¹¹. Basándose en el principio de no discriminación, el Tribunal de Justicia ha extendido en favor de un nacional comunitario viajando como turista (destinatario de un servicio) una indemnización prevista en casos de agresión para los nacionales y los residentes extranjeros ¹² y la Comisión ha iniciado contra España un procedimiento en constatación de infracción por exigir el pago de entrada a los museos españoles (gratuitos para los españoles y los extranjeros residentes en España) al negar a los turistas comunitarios destinatarios de un servicio en España las mismas condiciones que a los españoles.

En efecto, en los ámbitos de aplicación de las normas comunitarias se ha producido ya hace algún tiempo la *asimilación* del nacional al «nacional comunitario». Y esto ha sucedido antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea.

¹⁰ Sentencia de 17.4.86. (REED, 59/85), Rec. 1986, p. 1283.

¹¹ Entre otras, sentencias de 13.2.85, (GRAVIER, 293/83), Rec. 1985, p. 593; 2.2.88, (BLAIZOT, 24/86), Rec. 1988, p. 404; *vid. TREVOR Y HARTLEY*, «La libre circulation des étudiants», *CDE* 1989, p. 325 y ss.

¹² Así, «el principio de no discriminación, enunciado en particular en el art. 7 del Tratado, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por lo que se refiere a las personas a las que el Derecho Comunitario garantiza la libertad de desplazarse a dicho Estado, en especial como destinatarios de servicios, subordine la concesión de una indemnización del Estado, destinada a reparar el perjuicio causado en dicho Estado a la víctima de una agresión que haya producido un daño corporal, al requisito de ser titular de un permiso de residencia o a ser nacional de un país que haya celebrado un acuerdo de reciprocidad con dicho Estado miembro» Sentencia de 2.2.89 (COWAN, 186/87), Rec. 1989, p. 216.

El principio de igualdad de trato se extiende en el Derecho Comunitario a la *igualdad entre hombres y mujeres* en el ámbito de aplicación de los Tratados. El art. 119 establece una norma de efecto directo: la igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos. El Tribunal de Justicia reconoció una doble finalidad económica y social a esa disposición ¹³.

El principio de igualdad de trato también ha tenido su frente de batalla en materia de acceso a la *función pública*. Ciertamente el art. 48.4 del Tratado CE excluye la libre circulación y residencia a los empleos en la administración pública y el art. 55.1 excluye también de la libertad de establecimiento (profesiones liberales, empresas, etc.) a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público». La razón de ser de esta exclusión estriba en que numerosos ámbitos de la función pública implican una participación del servidor público en el ejercicio de la soberanía del Estado.

Ahora bien, esta limitación no puede servir de coartada a las administraciones públicas (estatal, regional, provincial, local e institucional) para acotar un amplísimo ámbito de empleo en favor de los nacionales y excluir a los nacionales comunitarios, sobre todo habida cuenta el cariz intervencionista del Estado «social» contemporáneo. Dicho de otro modo, los Estados no pueden discrecionalmente calificar de función pública cualquier clase de empleo y excluir el acceso a una serie de empleos sólo porque el Estado sea el «empresario».

En definitiva, la noción de empleo en la administración pública o de función pública es una noción comunitaria «a fin de evitar que el efecto útil del Tratado no quede frustrado por disposiciones unilaterales de los Estados miembros» ¹⁴ y como excepción a la libre circulación de trabajadores y al principio de igualdad de trato ¹⁵ no se define o se cali-

¹³ La finalidad *económica* trata de evitar, en palabras del Tribunal, que «en la competencia intracomunitaria, las empresas establecidas en Estados que han aplicado efectivamente el principio de igualdad de retribución no sufran una desventaja competitiva en relación con las empresas situadas en Estados que no han eliminado aún la discriminación»; la finalidad *social* del precepto viene dada por el hecho de que la Comunidad «no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, tiene que asegurar, por medio de una acción común, el progreso social y perseguir la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos europeos, tal como ha sido subrayado en el preámbulo del Tratado» (Sentencia de 8.4.76, DEFRENNE, 43/75, Rec. 1976).

¹⁴ Sentencia de 21.6.74 (REYNERS, 2/74), Rec. 1974, fund. 50.

¹⁵ Así la calificó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12.2.74 (SOTGIU, 152/73), Rec. 1974, fund. 4.

fica unilateralmente por los Estados. Tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia debe ser entendida como «participación directa y específica en el ejercicio del poder público»¹⁶ o como concretaba, todavía más, el Abogado General Mayras, «estarían reservadas únicamente a los nacionales las actividades que permiten a sus titulares participar directamente en el ejercicio de autoridad pública, o que hagan uso de prerrogativas de poder público respecto de los administrados».

En definitiva, el principio de igualdad de trato o de trato nacional, como también utiliza el Tribunal de Justicia, sólo encuentra un bastión, de momento inexpugnable, en la función pública de imperio (fiscales, secretarios judiciales, Cuerpo Diplomático, letrados del Estado, inspectores financieros, inspectores de trabajo, Fuerzas Armadas, fuerzas de orden público y los cargos de responsabilidad política de las Administraciones públicas).

IV. EXAMEN DE DIVERSOS LITIGIOS ENTRE PARTICULARES Y MUNICIPIOS RELACIONADOS CON LOS PRINCIPIOS DE LIBRE CIRCULACIÓN Y NO DISCRIMINACIÓN.

Sin duda, un caso revelador de las situaciones que pueden afectar a un ayuntamiento es el asunto *Casagrande*¹⁷. Se trataba del hijo de un trabajador italiano estudiante de enseñanza secundaria en una escuela municipal de Munich. Según una ley regional ciertas personas sin recursos (ciudadanos alemanes, apátridas y asilados) pueden solicitar una ayuda económica para su formación; al no encontrarse entre los beneficiarios designados por la ley, la villa de Munich le deniega la ayuda económica. Sin embargo, el Tribunal de Justicia acogió los argumentos de Casagrande aplicando el art. 12 de Reglamento citado 1612/68: los hijos de los nacionales de los Estados miembros deberán ser admitidos en los establecimientos de enseñanza del país en que residen «en las mismas condiciones que los nacionales del Estado, si estos hijos residen en ese territorio». Deben beneficiarse, pues, «en las mismas condiciones que sus homólogos nacionales, de las ventajas previstas por la legislación del país de acogida» a fin de estimular la formación. El Tribunal añade que «es irrelevante que las condiciones de que se trata sean determinadas por reglamentos adoptados por el poder central, por las autoridades de un país miembro de un Estado federal o de otras entidades territoriales».

¹⁶ Sentencia REYNERS, citada, fund. 54.

¹⁷ Sentencia de 3.7.1974, (CASAGRANDE, 9/74), Rec. 1974, p. 773.

También tiene interés el caso de un pintor profesional alemán establecido en el municipio francés de Biarritz, el cual solicita que se le adjudique un local del dominio público municipal para instalar un puesto de venta de obras artesanales. El pliego de condiciones del ayuntamiento exige a todo peticionario la nacionalidad francesa y, por este motivo, rechaza su solicitud. El artista invoca la incompatibilidad del pliego de condiciones con el art. 52 sobre libertad de establecimiento. El TJCE confirma en su sentencia el carácter de efecto directo del art. 52, que impone la regla de la asimilación de los nacionales de los Estados miembros a los nacionales; el Tribunal comunitario precisa que «la obligación de respetar esta regla concierne a todas las autoridades públicas competentes tales como las colectividades descentralizadas»¹⁸.

Otro asunto interesante fue el planteado por un médico chipriota, casado con una británica, autorizado a ejercer la medicina en Alemania a fin de especializarse en anestesiología. Al término de su formación solicita residencia permanente pues su esposa ejercía un trabajo asalariado en Alemania, acogiéndose al art. 11 del Rgto. 1612/68. El Ayuntamiento de Düsseldorf rechaza su petición aplicando normas nacionales en relación con ciudadanos de terceros países, que permiten conceder autorizaciones a ciudadanos de terceros países si están casados con alemanes y alegando, además, que había numerosos médicos en paro. El Tribunal acoge los argumentos del médico chipriota¹⁹: el derecho de libre circulación es un derecho fundamental y exige eliminar los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, especialmente en lo que concierne «al derecho para el trabajador de reunirse con su familia» y a las «condiciones de integración de esta familia en el medio del país de acogida»; luego, el trato nacional del que beneficia, a este respecto, a los trabajadores de los Estados miembros se extiende a sus cónyuges²⁰.

¹⁸ Sentencia de 18.6.1985, (STEINHAUSER *c. Ville de Biarritz*, 197/84), Rec. 1985, p. 1819.

¹⁹ Sentencia de 7.5.1986 (GÜL *c. Regierungspräsident Düsseldorf*, 131/85), Rec. 1986, p. 1573-1594.

²⁰ Una situación diferente es el reagrupamiento familiar en el caso de un trabajador de un tercer Estado cuando el cónyuge no tiene la nacionalidad de un Estado miembro. Así, el municipio alemán de Schwäbisch Gmünd adoptó la decisión de expulsión de la ciudadana turca, consorte de un trabajador turco residente en Alemania al amparo del acuerdo de asociación CEE-Turquía. Para el TJCE las disposiciones relativas a la libre circulación en el Protocolo adicional a dicho Acuerdo no tienen efecto directo en el orden interno de los Estados miembros (sentencia de 30.9.1987, DEMIREL *c. Municipio de Schwäbisch Gmünd*, 12/86, f. 23 y 25).

El Tribunal de Justicia ha estimado que un municipio no puede denegar la emisión de la tarjeta de residente a un ciudadano griego que entró en 1973 como estudiante en Alemania y fue contratado luego como enseñante, sólo por el hecho de que el documento de identidad helénico de duración ilimitada no le habilitaba para abandonar el país (desde 1984 las autoridades helenas le negaron la renovación del pasaporte). El Tribunal considera que, a tenor de la Directiva 68/360, el derecho de residencia de un trabajador en un Estado miembro debe serle reconocido con la única condición de poseer un documento que pruebe la identidad y la nacionalidad ²¹.

Otros asuntos que han cobrado una gran notoriedad han sido los planteados por estudiantes de diversos Estados en centros de enseñanza en Bélgica en los que se combina la aplicación del derecho de libre circulación para obtener una formación profesional y el principio de no discriminación. Así, el caso de la estudiante francesa Gravier que se desplaza a Lieja en 1982 para matricularse en la Academia de Bellas Artes del municipio. En virtud de una ley estatal se le cobra una tasa de matrícula («minerval») exigida sólo a los estudiantes extranjeros. En el curso 1983-84 se niega a pagarla; al no estar en orden su inscripción se le niega el permiso de residencia. Gravier alega violación del art. 7 CEE y el art. 59 CEE (como destinataria de un servicio). El Ayuntamiento, al verse demandado, le permite la estancia provisional. Para el Tribunal imponer ese derecho a los nacionales de los Estados miembros como condición para el acceso a un curso de formación profesional constituye una discriminación en razón de la nacionalidad prohibida por el art. 7 CEE ²².

V. NO DISCRIMINACIÓN Y CONTRATOS PÚBLICOS.

El Ayuntamiento de Milán ha protagonizado dos casos ante el TJCE relacionados con la Directiva 71/305 sobre coordinación de procedimientos de concesión de contratos públicos de obras. En un caso, el Ayuntamiento de Milán adjudicó sin concurso un contrato de construcción de

²¹ Sentencia de 5.3.1991, (PANAGIOTIS GIAGOUNIDIS *c. Municipio de Reutlingen*, C-376/89), fund. 23.

²² Sentencia de 13.2.1985, (GRAVIER *c. Municipio de Lieja*, 293/83), Rec. 1985, pp. 615, fund. 31.

Como el Estado belga trató de limitar los efectos retroactivos de la sentencia Gravier mediante una ley, se sucedieron otros asuntos en los que el TJCE no admitió limitaciones a la obligación de devolver las tasas indebidamente percibidas (sentencia de 2.2.1988, BRUNO BARRA *y dieciséis estudiantes más c. Municipio de Lieja*, 309/85).

una planta de reciclaje de desechos sólidos urbanos, omitiendo, por tanto, la publicación del anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. A diferencia de los anteriores casos examinados en los que los ayuntamientos aplicaban normas estatales o regionales, este es un acto autónomo, sin vinculación con legislación de otros poderes públicos superiores. Esa omisión fue considerada por el TJCE como un acto ilícito del que Italia fue juzgada responsable ²³.

Sin embargo, en otro asunto, el Ayuntamiento de Milán excluyó la oferta de la empresa hispano-italiana Fratelli Costanzo que concurría al concurso de adjudicación de las obras de remodelación de un campo de fútbol aplicando la legislación nacional de transposición de la Directiva citada. Según la Directiva sólo se permite la exclusión de ofertas anormalmente bajas después de abrir un procedimiento contradictorio que permita al oferente demostrar la justificación de su oferta. La ley italiana de transposición permite excluir las ofertas anormalmente bajas mediante un procedimiento matemático (cuando son inferiores a un porcentaje respecto de la media de las ofertas admitidas). La empresa Costanzo impugnó el acto del Ayuntamiento de Milán, pero éste se negó a aceptar el efecto directo de la Directiva frente a la legislación nacional alegando que una administración municipal no puede ni tiene obligación de dejar inaplicadas las normas nacionales contrarias a una norma comunitaria, competencia que en su opinión sólo tendría el juez.

El TJCE en su sentencia ²⁴ no aceptó estas alegaciones afirmando que cuando se reúnen las condiciones del efecto directo, si un particular puede invocar la disposición de una Directiva ante las jurisdicciones nacionales es porque las obligaciones resultantes se imponen a *todas* las autoridades nacionales de los Estados miembros. Sería contradictorio permitir a los particulares invocar una disposición de una Directiva ante un juez para reprobar la conducta de la administración y estimar que ésta no estaba obligada a aplicarla. Luego, el TJCE confirmó que si se reúnen las condiciones requeridas por la jurisprudencia del TJCE para la invocabilidad por un particular, «todos los órganos de la administración, comprendidas las autoridades descentralizadas, tales como los ayuntamientos, están

²³ Sentencia de 10 de marzo de 1987, (*Comisión c. Italia*, 199/85, Rec. 1987, p. 1039).

²⁴ Sentencia de 22.6.1989, (*FRATELLI COSTANZO c. Ayuntamiento de Milán*, 103/88), Rec. 1989, fund. 32 y 33.

Muy similar en los hechos e idéntica en el razonamiento y fallo del TJCE es la sentencia de 18.6.1991, (*Impresa DONA ALFONSO c. Consorzio per lo sviluppo industriale del Comune di Monfalcone*, C-295/89, p. 2967).

Hubo otro caso en materia de contratos públicos pero sin relevancia en la actuación municipal, sentencia de 26.1.90, (*Impresa FALCIOLA ANGELO c. Comune de Pavia*, C-286/88), p. 191.

obligados a aplicar esas disposiciones» y «descartar la aplicación de las disposiciones del derecho nacional que no sean conformes».

Otro contencioso de interés relativo a la misma Directiva, aunque centrado en la cuestión de la libre circulación de mercancías (art. 30 CEE) es el que oponía a dos empresas, una irlandesa y otra española, y al Ayuntamiento irlandés de Dundalk. Las empresas ofertaron, para el abastecimiento de agua, tuberías de fabricación española, homologadas internacionalmente y de conformidad con las exigencias comunitarias de seguridad, rendimiento y fiabilidad. Pero su oferta fue excluida del concurso por no estar homologada como lo exigía una peculiar legislación proteccionista irlandesa contraria al art. 30 como constató el TJCE. Este contencioso fue promovido por la Comisión (art. 169 CEE) y fue apoyada por España como coadyuvante. Como sucede en la mayoría de los casos examinados la infracción cometida por el Ayuntamiento viene provocada por la norma nacional ilícita, pero al no dejarla inaplicada el Ayuntamiento en cuestión consolida la infracción ²⁵.

VI. INVOCABILIDAD DEL EFECTO DIRECTO DE UNA DIRECTIVA Y NO SUJECCIÓN AL IVA.

Toda la jurisprudencia del TJCE en materia de efecto directo de las directivas se había vinculado a la protección de los particulares y parecía pues que éstos eran los llamados a invocarlas; sin embargo, el Tribunal no puso reparos a que un poder público con un Ayuntamiento invocase una directiva frente al poder central y fuese considerado «asimilado a los particulares» ²⁶.

Interpretando en esa misma sentencia la sexta Directiva sobre el ámbito de aplicación del IVA precisó que se deben cumplir cumulativamente dos condiciones para que la regla de no sujeción de un poder público tal como un Ayuntamiento juegue; a saber, el ejercicio de actividades por un organismo público y el ejercicio de actividades cumplidas en tanto que autoridad pública. El criterio que permitirá distinguir las dos categorías de actividades (en calidad de sujetos de derecho público o de derecho privado) será el régimen jurídico aplicable en virtud del derecho nacional ²⁷.

²⁵ Sentencia de 22.9.1988, (*Comisión c. Irlanda*, 45/87), Rec. 1988, fund. 27.

²⁶ Sentencia de 17.10.89, (*Comune de Carpaneto Piacentino*, 231/87 y 129/88), fund. 33.

²⁷ Fund. 12 y 15. El TJCE volvió a tratar el problema de la no sujeción al IVA de las «funciones administrativas» de un Ayuntamiento en su sentencia de 15.5.90 (*Comune de Carpaneto Piacentino y otros*, C-4/89), Rec. 1990, fund. 11.

Sin embargo, el TJCE ha estimado que cuando un Ayuntamiento, como el de Sevilla, delega la percepción de impuestos en Oficinas de Recaudación, aun cuando los Recaudadores son nombrados por la colectividad local y cumplen su tarea bajo la dependencia funcional del municipio, su actividad debe considerarse como independiente y al margen de las actividades no sujetas al IVA; aun siendo su actividad de autoridad pública, al no ser ejercida directamente por la misma no se exonera del IVA ²⁸.

VII. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE UN AYUNTAMIENTO EN EL RECURSO DE NULIDAD.

Es sabido que sólo los Estados miembros y las Instituciones (el Parlamento Europeo y el Banco Central Europeo con algunos límites) pueden iniciar el recurso de nulidad (art. 173 CEE) sin justificar interés alguno; son los llamados demandantes privilegiados. Por el contrario, todos los demás sólo podrán presentar un recurso de nulidad si son destinatarios de una norma (decisión) o les afecta directa e individualmente.

Un Ayuntamiento o una Comunidad Autónoma (como el conjunto de los particulares) deberán ser los destinatarios de una decisión o probar que les afecta directa e individualmente. Así, varias comunas luxemburguesas impugnaron una decisión de la Comisión dirigida al Gran Ducado de Luxemburgo autorizando la concesión de ayudas a la siderurgia a condición de su reestructuración y modernización. Los municipios se opusieron a las ayudas y justificaron su *ius standi* o legitimación (no eran las destinatarias de la decisión) porque consideraban que con esas ayudas se reducía la capacidad productiva y se cerraban algunas empresas disminuyendo sus ingresos por impuestos. Sin embargo, la decisión de la Comisión no designaba las empresas afectadas dejando a las autoridades luxemburguesas amplios márgenes de apreciación en cuanto a las modalidades y la elección de las instalaciones. El TJCE negó, pues, que les afectara directa e individualmente. Tampoco aceptó su recurso al amparo del art. 33 CECA pues éste se refiere a «empresas y asociaciones de empresas» y no menciona otros sujetos de derecho como las colectividades locales ²⁹. Este caso demuestra que un

²⁸ Sentencia de 25.7.91, (*Ayuntamiento de Sevilla c. Recaudadores de las Zonas primera y segunda*, C-202/90), fund. 20 y 21.

²⁹ Sentencia de 11 de julio de 1984, (*Commune de Differdange c. Comisión*, 222/83), Rec. 1984, p. 2889.

municipio, aunque puede recurrir un acto comunitario, tiene las mismas dificultades que los particulares para demostrar el interés de su acción a diferencia de los demandantes privilegiados respecto de los cuales se presume que obran en la defensa de intereses generales.

Sin querer hacer unas conclusiones formales, creo que tiene interés observar la tendencia a un crecimiento de la litigiosidad que llega hasta el Tribunal de Justicia al verse implicados los Ayuntamientos en la aplicación del Derecho Comunitario. Una segunda constatación de interés estriba en que, a pesar de algunos casos de evidente incumplimiento por los Ayuntamientos de sus obligaciones, emanadas del Derecho Comunitario, para con los ciudadanos, la relativa escasez de asuntos ante el Tribunal de Justicia mismo (otros muchos han podido quedar resueltos en las instancias judiciales nacionales) evidencia que, al igual que lo he constatado en otro lugar en relación con las regiones ³⁰, los poderes locales y regionales han llevado a cabo una aplicación altamente correcta del Derecho Comunitario.

³⁰ A. MANGAS MARTÍN: «La ejecución del derecho comunitario por las Comunidades Autónomas: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Comunidades autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales*, Ed. Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1991, pp. 181-198.

