

DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO ESPAÑOL. LA DISCRECIONALIDAD A TRAVÉS DEL RETIRO DE EMPLEO DE LOS FUNCIONARIOS COMUNITARIOS. LA JUSTIFICACION DEL PODER DE ORGANIZACION EN EL DERECHO ESPAÑOL

SUMARIO: 1. El retiro de empleo de los funcionarios comunitarios.—2. Justificación del poder de organización de personal de las CC. EE. basado en las necesidades de servicio. Jurisprudencia.—3. Consecuencias de la aplicación del retiro de empleo en la Jurisprudencia comunitaria.—4. Garantías formales en favor del funcionario al que se le retira el empleo.—5. El retiro de empleo en el Derecho comunitario y su explicación en el Derecho español.

1. EL RETIRO DE EMPLEO DE LOS FUNCIONARIOS COMUNITARIOS

Un examen somero del «Estatuto de los funcionarios» de las CC. EE. en comparación con un «Estatuto de funcionarios» nacional, como el español, arroja, en el campo de «los poderes discrecionales de organización de personal», el balance de que las CC. EE. ostentan mayores dosis de discrecionalidad sobre sus funcionarios que la Administración española sobre los suyos.

Si nos preguntamos quién tiene mayores poderes discrecionales sobre sus funcionarios y se compara un país como España y las CC. EE., la respuesta es clara (1). El Estatuto de los funcionarios comunitarios contiene mayor número de preceptos (2), sometidos a la discrecionalidad que el Estatuto actual de los funcionarios españoles, en materia de licencias, traslados, ceses y otras medidas sometidas a la cláusula «necesidades de servicio».

Pues bien, en el Derecho comunitario de los funcionarios, la decisión más discrecional que puede tomarse contra un funcionario es «el retiro

(1) El Estatuto «base» de los funcionarios españoles se compone de la Ley de Funcionarios (D. 315/64, de 7 de febrero) y de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública (Ley 30/84, de 2 de agosto, «BOE» de 3 de agosto, y Ley 23/88, de 28 de julio). Además, existen múltiples Reglamentos de funcionarios, según Cuerpos de funcionarios.

(2) Ante todo debe recordarse que entendemos que son equivalentes la cláusula «necesidades de servicio», utilizada en los artículos 56 y 56 bis del Estatuto de funcionarios comunitarios, y la cláusula «interés de servicio», empleada en los artículos 7, 37 y 38, y las cláusulas «interés de la institución» (art. 55 bis) e «interés de las Comunidades» (arts. 19 y 29), usadas todas ellas en el Estatuto de los funcionarios comunitarios. Reglamento CC. EE., CEEA, CECA, núm. 259/68 del Consejo, de 29 de febrero («DO» núm. 56, de 4 de marzo de 1968).

de empleo por interés de servicio», contemplada en el artículo 50 del Reglamento, institución inexistente en el Derecho español, donde no encontramos un artículo parecido, para poder hacer una comparación entre ambos.

Aunque se hallan aún vigentes muchos Estatutos de funcionarios, quizá tantos como Cuerpos, a pesar de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública (Ley 30/84, de 2 de agosto), debe compararse, sin embargo, un Estatuto prototipo, como es la Ley de Funcionarios de 1964, con el Estatuto de funcionarios de las CC. EE. En la Ley de Funcionarios de 1964 y en la Ley 30/84 citada, ambas españolas, existen tan sólo algunas medidas de personal sometidas a las necesidades de servicio, que exponemos a pie de página (3).

(3) En la Ley de Funcionarios española, las excedencias voluntarias, las licencias por asuntos propios y las de estudios, el periodo de disfrute de vacaciones y el derecho a la inamovilidad en la residencia, se subordinarán a «necesidades de servicio», lo mismo que, en base a esta cláusula, están obligados a incorporarse los excedentes forzosos (arts. 45, 74, 44 y 63, respectivamente, de la Ley de Funcionarios, D. 315/64, de 7 de febrero), y las plantillas orgánicas se ajustarán a las necesidades del servicio, como señala el artículo 52.2 de la Ley de Funcionarios, actualmente modificado por el artículo 14 de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública (Ley 30/84, de 2 de agosto), según el cual las plantillas de las distintas Administraciones Públicas serán las que resulten de su Ley de Presupuestos (arts. 18 y ss., en relación con la Disposición Derogatoria núm. 2, del citado texto legal). La Ley de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública omite cualquier referencia al concepto «necesidades de servicio».

Tras la entrada en vigor de este último texto legal, la situación es la siguiente.

La Ley de Funcionarios española (Decreto 315/64, de 7 de febrero, modificado por la Ley 30/84, de 2 de agosto, Ley de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública) dispone que la concesión de *licencias por asuntos propios* (art. 74 de la Ley de Funcionarios) está limitada por necesidades de servicio, aunque esta discrecionalidad se reduce por la posibilidad de conceder permisos justificados de hasta diez días al año (Instrucción de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 21 de diciembre de 1983, «BOE» de 22 de diciembre). Estas licencias se complementan con el artículo 30 de la Ley 30/84.

En las *licencias por estudios* (art. 74 de la Ley de Funcionarios), también sometidas a necesidades del servicio, éstas quedan, en parte, limitadas por la concesión de permisos o licencias para «días de examen» (art. 30 de la Ley 30/84, de 2 de agosto).

Las *vacaciones anuales*, subordinadas a necesidades del servicio (art. 74 de la Ley de Funcionarios), se regulan por la Instrucción de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 21 de diciembre de 1983 («BOE» de 22 de diciembre), que en su apartado 6.3, de nuevo, condiciona las vacaciones a necesidades de servicio.

La conclusión de las *excedencias forzosas podría someterse a necesidades del servicio* (art. 44.3 de la Ley de Funcionarios, que se complementa con la DT 8.ª de la Ley 30/84, de 2 de agosto).

El otorgamiento de *excedencias voluntarias*, condicionado a «la buena marcha del servicio» (art. 45.2 de la Ley de Funcionarios), es decir, a las necesidades de servicio, queda derogado por la redacción del artículo 29.3.c) y DT 8.6 de la Ley 30/84, de 2 de agosto.

El *traslado forzoso* de funcionarios, por necesidades del servicio, está previsto en varios Estatutos de funcionarios y en el artículo 63 de la Ley de Funcionarios. La Ley de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública dispone el traslado forzoso *simple* a Comunidades Autónomas, sin requerir una declaración de necesidades de servicio (DT 8.ª Ley 30/84, de 2 de agosto).

Compárese la trascendencia de estas medidas de organización de la Administración española, es decir, dos tipos de licencia, las vacaciones, los traslados y la posible incorporación forzosa de funcionarios excedentes, con las medidas, que el Estatuto de funcionarios comunitario subordina a «necesidades de servicio», «interés de servicio» o «interés de las Comunidades», que afecta a:

- destinos y traslados (arts. 7, 37 y 38) (4);
- algunos deberes y privilegios (arts. 19 y 23) (5);

(4) Entre los poderes que goza la CE sobre su personal, reflejados en el Estatuto de funcionarios comunitarios, se hallan los contenidos en el artículo 7 de esta norma, por la que «la autoridad investida de poder de nombramiento puede afectar, por vía de nombramiento o traslado, en el único interés del servicio y sin consideración de la nacionalidad, a cada funcionario a un empleo de su categoría o de su servicio correspondiente a su grado».

«El funcionario puede pedir ser cambiado en el interior de su institución.»

El artículo 37 del Estatuto de los funcionarios comunitarios proclama que «el destino provisional es la situación del funcionario titular, que por decisión de la autoridad investida de poder de nombramiento:

a) en interés del servicio, es designado para ocupar temporalmente un empleo fuera de su institución, o es encargado de ejercer temporalmente funciones cerca de una persona, cumpliendo un mandato previsto por los tratados que instituyen las Comunidades, o el Tratado, instituyendo un Consejo único o una Comisión única de las Comunidades, o cerca de un presidente elegido de una institución o de un órgano de las Comunidades o de un grupo político de la Asamblea».

En vista de la discrecionalidad, que goza la CE, para tomar una medida como el destino (por interés del servicio) de uno de sus funcionarios, el artículo 38 del Estatuto del funcionario comunitario dibuja también una serie de garantías a su favor, entre las que se cuentan: que el destino es una figura limitada en el tiempo y que, además, antes de tomar esta medida debe oírse al interesado.

(5) Otro de los derechos de los funcionarios comunitarios, bajo el condicionamiento del «interés de las Comunidades», es el que establece el artículo 19 del Estatuto de los funcionarios europeos, que dispone: «el funcionario *no puede comparecer en juicio*, cualquiera que sea su título, con datos que él conozca en razón de sus funciones sin autorización de la autoridad investida del poder de nombramiento. Esta autorización no puede ser negada, más que si los intereses de las Comunidades lo exigen, y si la negativa no es susceptible de consecuencias penales para el funcionario interesado».

«El funcionario permanece bajo esta obligación incluso después del cese de sus funciones.»

«Las disposiciones de la línea precedente no se aplican al funcionario, o a antiguo funcionario, que *testimonia* ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o delante del Consejo de Disciplina de una institución, para un asunto que interesa a un agente o a un antiguo agente de las tres Comunidades Europeas.»

El artículo 23 del Estatuto señala que «los *privilegios e inmunidades*, que benefician a los funcionarios, son conferidos exclusivamente en el interés de las Comunidades. Bajo reserva de las disposiciones del protocolo sobre privilegios e inmunidades, los interesados no están dispensados de cumplir con sus obligaciones privadas, ni de observar las leyes y los reglamentos de policía en vigor».

«Los *pases* previstos en el protocolo sobre privilegios e inmunidades son entregados a los funcionarios de los grados 1 a 4 y asimilados. Por decisión especial de la autoridad competente, y cuando el interés del servicio lo exija, este pase puede ser entregado a funcionarios de otros grados, cuyo lugar de destino esté situado fuera del territorio de los Estados.»

Estas disposiciones del Derecho comunitario se pueden comparar con el ordenamiento español de funcionarios, en el que tan sólo se prevé el derecho a dos tipos

- el retiro de empleo de los funcionarios (art. 50), y
- la duración del trabajo (arts. 55, 55 bis, 56, 56 bis y 56.3) (6).

Sin embargo, la medida de organización del personal que muestra mayor índice de discrecionalidad en el Estatuto de los funcionarios eurocomunitarios es el *retiro de empleo*.

El artículo 50 del Estatuto de funcionarios comunitarios regula el «retiro de empleo» en «interés de servicio», disponiendo: «todo funcionario titular de un empleo de los grados A.1 y A.2 puede ser retirado de su empleo, en interés del servicio, por decisión de la autoridad investida de poder de nombramiento».

«Este retiro de empleo no tiene carácter de medida disciplinaria. El funcionario así privado de su empleo y que no sea destinado a otro empleo de su categoría, correspondiente a su grado, se beneficia de una indemnización calculada en las condiciones fijadas en el anexo IV» (7).

de licencias (asuntos propios y estudios) y el derecho a vacaciones, además del derecho a algunas excedencias, todos ellos sometidos a necesidades de servicio.

(6) Bajo el capítulo titulado *Duración del trabajo* se halla el artículo 55 bis del Estatuto de los funcionarios comunitarios, que establece que «a título excepcional y por motivos debidamente justificados, la autoridad investida de poder de nombramiento puede autorizar al funcionario a ejercer su actividad a *media jornada*, si estima que tal medida corresponde igualmente al interés bien comprendido de la institución».

Asimismo, el artículo 55 del Estatuto, que comentamos, ordena que «el funcionario en activo está en todo momento a disposición de su institución».

«Siempre la *duración* normal de trabajo no puede exceder de las 42 horas por semana, cumplidas conforme a un horario general, establecido por la autoridad investida de poder de nombramiento. Bajo el mismo límite, esta autoridad puede, tras consulta al Comité de personal, establecer horarios apropiados para ciertos grupos de funcionarios, que cumplen tareas particulares.»

«Por otro lado, en razón de las necesidades de servicio o de las exigencias de normas en materia de seguridad en el trabajo, el funcionario puede, fuera de la duración normal del trabajo, ser obligado a *estar a disposición de la institución*, en el lugar de su trabajo o en su domicilio. La institución fija las modalidades de aplicación del presente apartado, tras consulta de su Comité de personal.»

Finalmente, dentro de este capítulo de medidas de organización de personal, sometidas a necesidades de servicio, y a tomar en el campo de la «duración de trabajo», el artículo 56 bis dispone que «el funcionario, que en el marco de un servicio continuo o por turnos, decidido por la institución, en razón de las necesidades del servicio o exigencias de las normas, en materia de seguridad del trabajo, y considerado por ella, que debe ser habitual y permanente y que debe efectuar *trabajos* de manera regular *por la noche, el sábado, el domingo o los días feriados* puede beneficiarse de indemnizaciones».

«La duración normal del trabajo de un funcionario, asegurando el servicio continuo o por turnos, no puede ser superior al total anual de horas normales de trabajo.»

(7) «El montante de los ingresos percibidos por el interesado en sus nuevas funciones, durante este período, se deduce de la indemnización prevista en la línea anterior, en la medida en que estos ingresos acumulados con esta indemnización sobrepasan la última remuneración global del funcionario, establecida sobre la base del marco de sueldos en vigor, el primer día del mes en que la indemnización se debe liquidar.»

Este precepto prosigue: «La indemnización, así como la última remuneración global prevista en la línea precedente, están afectadas por un coeficiente fijado por el último lugar de destino del funcionario.»

«Al final del período, durante el que el derecho a esta indemnización ha sido

A la vista de este precepto conviene señalar aquí que la discrecionalidad es muy intensa en el campo del Estatuto de los funcionarios comunitarios, pero ésta alcanza su cénit en el artículo 50 de este texto normativo, que regula la figura del «retiro de empleo», por «interés del servicio», de los funcionarios de grado A.1 y A.2.

Sin embargo, debe resaltarse que este mismo precepto indemniza a los afectados con un equivalente económico, lo que no se prevé en el campo del Derecho de funcionarios español (8), cuando se cesa a «cargos públicos» o a funcionarios, exceptuando las llamadas pensiones temporales que reciben los Ministros al cesar en los cargos.

2. JUSTIFICACIÓN DEL PODER DE ORGANIZACIÓN DE LAS CC. EE. BASADO EN NECESIDADES DE SERVICIO. JURISPRUDENCIA

A la vista de diversas sentencias del Tribunal comunitario pueden extraerse unas notas, sobre lo que es el poder de organización de la Comunidad Europea sobre su personal, fundado en «necesidades» o en «interés del servicio», también llamado «interés de las Comunidades».

Estas declaraciones nos dan tan sólo una vaga idea de cómo se desenvuelve este poder y cuáles son sus límites.

Tras la lectura de los artículos del Reglamento de funcionarios y de las sentencias, que algo aclaran este poder de organización de las CC. EE., cualquier funcionario, que lo interprete, o cualquier juez, que lo controle, se da cuenta del amplio poder ante el que se halla. Veámoslo:

a) En sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia en el caso *Oslizlok*, la Comisión de la CE manifestó que «goza de *un gran poder discrecional*, que concierne a las decisiones de retiro de empleo de los funcionarios de grado A.1 y A.2, poder que supone una gran libertad de decisión: 1) tanto sobre lo que son necesidades objetivas del servicio; 2) como en la apreciación de las cualidades personales de los funcionarios afectados, y 3) sobre el examen escrupuloso de los elementos de la causa».

En este caso, la Comisión precisó «que las instituciones comunitarias tienen competencia, para fijar y modificar los servicios de un funcionario, según sus necesidades de organización». El Tribunal, en su sentencia, tras rechazar parcialmente el recurso del funcionario, no hizo sino reafirmar que las necesidades de servicio se basan en la potestad, que

abierto, el beneficio del derecho a la pensión lo adquiere, sin que le sea de aplicación la reducción prevista en el artículo 9 del anexo VIII, bajo reserva que el funcionario haya alcanzado la edad de 55 años» (art. 50 del Reglamento CEE, CEEA, CEECA, núm. 259/68 del Consejo, de 29 de febrero; «DO» núm. 56, de 4 de marzo de 1968).

(8) A título especulativo, quizá pudiera compararse la discrecionalidad existente para cesar cargos públicos en el Derecho español, como Directores Generales, Subsecretarios, Secretarios de Estado y Ministros, etc., con el retiro de empleo por interés del servicio (compensado con indemnización) de los funcionarios A.1 y A.2 de las CC. EE.

ostenta la CE de «organizar» su propia actividad y sus propios efectivos (9).

b) El alto funcionario Angelini, en su recurso contra el «retiro del servicio» que se le impuso, manifestó que este precepto supone una medida tomada contra él: la de retirarle, y debe encuadrarse en «*el marco del "spoils system" norteamericano, donde todo cambio en la Presidencia implica el de los altos funcionarios*» (10).

c) La gran amplitud de la facultad de organización, que tiene la Comisión sobre su personal de grado A.1 y A.2, concedida por el artículo 50 del Estatuto, es explicada por el Ejecutivo comunitario en base a que estos altos funcionarios de grado A.1 y A.2 «se reclutan sin concurso».

Con otras palabras, la Comisión de la CE subrayó, en el caso Oslizlok, «el carácter excepcional» del artículo 50 del Estatuto, que traduce, con otras disposiciones (art. 29.2, art. 3.4.1, art. 43), la voluntad de permitir que la autoridad investida de poder de nombramiento «*ostente una competencia ampliamente discrecional, en relación con los empleos de los grados A.1 y A.2, cuyo ejercicio se subordina al interés del servicio*», debido, como antes señalamos, a que estos funcionarios se reclutan sin concurso (11).

d) Como muestra o ejemplo también de lo que es el poder de organización de las CC. EE. sobre su personal, utilizando también el concepto de «interés del servicio», traemos aquí a colación el caso «Théo Nebe».

Se trata de un recurso presentado ante la Corte comunitaria por aplicación del artículo 7 del Estatuto de los funcionarios, es decir, instado por un funcionario, Théo Nebe, al que se le *trasladó* de su lugar de trabajo en base al «interés» o a «las necesidades de servicio», o, lo que es lo mismo, debido a las «necesidades de organizar los servicios».

En este litigio, la Comisión estimó que el traslado forzoso de M. Théo Nebe era «un nuevo destino», para el funcionario recurrente (M. Nebe), destino de oficio *declarado de interés del servicio y motivado* principalmente por: a) la urgencia de reforzar cualitativamente la División VI-4; b) en vista de reabsorber los retrasos importantes de las cuentas, y c) por la necesidad de disponer de un funcionario con las calificaciones y experiencia del recurrente», todo ello en base al artículo 7 del Estatuto.

Al aplicar el citado artículo 7 del Estatuto, la Comisión afirmó que ella no modificó las reglas del Estatuto de personal comunitario sobre traslados de funcionarios, pero habiéndose establecido una nueva política de movilidad, «*la Comisión nunca ha pretendido, de ningún modo, renunciar a la posibilidad de mudar a los funcionarios, incluso contra su voluntad*».

(9) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1099.

En el caso Oslizlok, el TJCE sentenció que debe ser anulada la decisión de retirar el empleo al funcionario recurrente «en la medida en que esta decisión ha acordado que el recurrente no sea destinado a otro empleo de su categoría correspondiente a su grado». TJCE, Oslizlok c. Comisión de 14 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1116.

(10) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983, pág. 2812.

(11) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1104. El reclutamiento sin concurso se basa en el artículo 29.2 del Estatuto de los funcionarios comunitarios.

«Por lo cual, si las medidas de movilidad de funcionarios, tomadas sobre peticiones voluntarias, no bastasen para responder a las necesidades de servicio, queda un *procedimiento libre para hacer cambios de oficio*, respetando las garantías del Estatuto de funcionarios, que es la vía del artículo 7 de este cuerpo normativo» (12).

En síntesis, del examen de esta Jurisprudencia de la CE se pueden entresacar las siguientes declaraciones:

- a) que el Ejecutivo comunitario goza de un «gran poder discrecional» y «gran libertad de decisión» sobre lo que son necesidades objetivas de servicio (13) en las decisiones de retiro de empleo;
- b) que el artículo 50, que regula el retiro de empleo, «tiene carácter excepcional y permite que la autoridad ostente una competencia ampliamente discrecional» (14);
- c) que, en ejercicio de los poderes de «traslado» de funcionarios (traídos aquí a título de ejemplo), la Comisión «nunca ha pretendido, de ningún modo, renunciar a la posibilidad de trasladar a los funcionarios», «incluso contra su voluntad» (15).

Pues bien, la última justificación del poder de organización de las CC. EE., basado en las necesidades de servicio, parece ser que es la *discrecionalidad*, genérica y sin adjetivos o matizaciones, justificación que no es nítida y carece de declaraciones doctrinales en el seno del Derecho comunitario. Veamos ahora el desarrollo de este mismo tema en el Derecho de funcionarios español, a fin de poder compararlos (16).

3. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL RETIRO DE EMBLEO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

3.1. *No es obligatorio para la Comisión aceptar la prioridad de un funcionario A.2 sobre un A.3*

Analizando la escasa jurisprudencia sobre el retiro de empleo (art. 50 del Estatuto de los funcionarios de la CE) pueden deducirse estas conclusiones:

El Tribunal de Justicia de la CE declaró, en el caso Angelini, que «la Comisión goza de un poder discrecional, en sus decisiones de destinar de nuevo a los funcionarios a un empleo del mismo grado. Los funcionarios a los que la Comisión ha decidido retirar su empleo, por razón del interés del servicio, *no se benefician por esta causa de ninguna prio-*

(12) TJCE, Théo Nebe c. Comisión de 14 julio 1983, «Recueil» 1985, pág. 2485.

(13) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1099.

(14) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1104.

(15) TJCE, Théo Nebe c. Comisión de 14 julio 1983, «Recueil» 1983, pág. 2485.

(16) Ver epígrafe quinto de este estudio.

ridad, en relación con otros funcionarios susceptibles de ser tomados en consideración» (17).

El recurrente, por su parte, alegó que «un funcionario A.2, como era él (M. Angelini), al que se le aplica la medida de retiro de empleo debe ser destinado *de nuevo* a un empleo vacante de su grado, a un puesto para el que debe tener la competencia exigida, y siempre *con prioridad* sobre un funcionario de grado A.3, por lo que la Comisión habría faltado a su obligación de examinar, de oficio, las posibilidades de destino del recurrente, y en concreto del destino de Director General adjunto a la Dirección General IX (creada por decisión del 15-4-1981), cuyas competencias son: personal y administración», puesto para el que él (M. Angelini), según él mismo manifestó, reunía las condiciones.

A ello contestó el Ejecutivo comunitario que el recurrente «gozaba de un derecho de prioridad» sobre un funcionario de grado A.3. Sin embargo, esta declaración fue, sin duda, teórica y carente de efectividad, pues la Comisión no le destinó al puesto solicitado, al estimar que «carecía de experiencia de gestión global de personal».

La Corte de Justicia de la CE consideró que en este caso Angelini, aquí comentado, la Comisión «permaneció dentro de los límites del poder discrecional» (18) al tomar la decisión de retirar el empleo al recurrente.

También es cierto, y debe reconocerse aquí, que al recurrente Angelini (19) le fueron sugeridas quince vacantes de A.2, en una entrevista con su Director General.

3.2. *La Comisión de la CE, para decidir el retiro de empleo, no está limitada por el currículum del afectado y su experiencia*

Este enunciado puede extraerse como conclusión del examen de los fallos judiciales comunitarios, que se exponen a continuación:

— Sobre el puesto de Director de Personal, «al que aspiraba el recurrente, M. Angelini, debe tenerse en cuenta que el Comité Consultivo, que tiene por misión apreciar las capacidades y la aptitud de los candidatos de los puestos A.2 y A.3, habría procedido al examen particular de la candidatura de M. Angelini». «El citado Comité estimó que el interesado, independientemente de sus cualificaciones personales y de sus méritos propios, *no tenía la experiencia*, en materia de gestión global de personal, que exige el puesto vacante» (20).

A ello, y aquí lo repetimos, la Comisión contestó «que no nombró al recurrente, pues *carecía de experiencia* en materia de gestión global de

(17) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983, pág. 2814.

(18) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983, págs. 2807, 2808.

(19) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983, pág. 2808.

(20) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983, pág. 2808.

personal, y que la Comisión permaneció dentro de los límites del poder discrecional», como antes se transcribió.

— El recurrente, M. Angelini, manifestó, en réplica, que «él no comprendía qué significaba gestión global de personal, y que él, en el puesto ahora vacante, había adquirido *conocimientos* profundos en materia de política y gestión de personal».

Añadió que él, «en sus funciones de consejero principal, había estado *encargado de dar un curso* a muy altos funcionarios de las Administraciones de los Estados miembros, explicando las diversas prácticas y métodos de gestión de personal de la Comisión, en razón de la experiencia adquirida durante siete años en la Dirección de Personal» (21).

— Además, M. Angelini recordó ante el Tribunal su curriculum, es decir, toda *su carrera administrativa* como Jefe de División de Reclutamiento (1963-1968), Jefe de División y Precontencioso del Estatuto (1968-1970), Director de la Dirección de Servicios Generales y Equipamiento (1970-1980) y, finalmente, Consejero Principal (1980-1981). Por lo cual alegó, de modo subsidiario, que no debía ser retirado del servicio, sino que, al contrario, «debido a su experiencia, él debería ser destinado a otro empleo, concretamente al de Director de Personal o al de Director de Administración General, y que sus aptitudes para ocupar estos empleos no habían sido examinadas, o bien que debería haber sido nombrado Director General Adjunto a la Dirección General de Personal y Administración» (22).

— En cuanto al puesto de trabajo denominado «Director de Administración General», al que aspiraba Angelini, debemos valorar, a través de esta sentencia, que «el Comité Consultivo examinó su candidatura con prioridad, pero estimó que sus condiciones no eran para poder recomendarlas a la Comisión» (23). Este recurso, aun a pesar de las alegaciones de tanto peso hechas por el alto funcionario, fue desestimado y M. Angelini fue retirado de su empleo.

— La Comisión de la CE, al tratar de explicar por qué retiró el empleo a M. Angelini, por interés de servicio, y nombró a otro funcionario para su puesto, la Comisión, decimos, subrayó que la nueva persona nombrada había dirigido durante muchos años, con *competencia*, el conjunto de las cuestiones de personal, en el CCR de Ispra y en el AINP, por lo que se le consideraba, tras opinión del Comité Consultivo, «la persona más competente para el empleo de Director de Personal» (24).

Una vez más, el Tribunal de Justicia de la CE examinó los hechos, que en este caso consistieron en analizar el currículum de las personas involucradas, controlando judicialmente de este modo modo «el retiro de empleo por interés de servicio».

— En el litigio Oslizlok, la Comisión también estudió el currículum del afectado. Así, «examinó su caso, para saber si el recurrente podía

(21) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983, pág. 2809.

(22) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983, págs. 2814, 2807.

(23) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983, pág. 2808.

(24) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983.

ser destinado a alguno de los puestos del grado A.2, o en particular al empleo de Consejero principal, creado en la División General XVI, y se observó que *ni la formación ni la experiencia* anteriores del recurrente, ni su carrera en el seno de la Comisión, de corta duración y limitada a la ocupación de un único empleo, no parecían, *a priori*, cualificar al recurrente para algunos de estos empleos».

El alto funcionario Oslizlok no fue destinado a este puesto, aunque su recurso fue apreciado en parte (25).

3.3. *La Comisión de la CE «parece» obligada a ofrecer otro empleo a la persona afectada por el artículo 50 del Estatuto de los funcionarios comunitarios*

En el recurso promovido por el funcionario Oslizlok contra la Comisión de la CE, porque ésta le retiró el empleo, consta en el examen de los hechos efectuado por el Tribunal (26), que en la Comisión, «además del nuevo empleo de Consejero principal, previsto en la nueva Dirección A, se disponía al menos de otros tres empleos del grado A.2, que estaban vacantes o llegarían a estarlo en breve espacio de tiempo, en otras Direcciones Generales» (27).

Pues bien, ante estas vacantes y otros motivos, el Tribunal de Justicia de la CE dio la razón, parcialmente, al funcionario y anuló la decisión de la Comisión, en la medida en que ésta «ha determinado que el recurrente no será afectado a otro empleo de su categoría, correspondiente a su grado, por lo cual la Comisión tomará medidas para ejecutar esta sentencia, viendo antes de decidir, *si ha lugar o no a destinar* de nuevo al recurrente a otro empleo, que es la ocasión para que éste haga valer sus intereses» (28).

En la Jurisprudencia existente sobre «retiro de empleo» de funcionarios comunitarios, parece que esta última sentencia es el único límite a la discrecionalidad que ha impuesto el Tribunal comunitario. Es difícil interpretar este fallo, porque parece que el Tribunal tan sólo reconoce el «derecho de audiencia» del funcionario Oslizlok.

De la imprecisión con que se redactó este fallo del Tribunal de Justicia de la CE, podrían obtenerse estas interpretaciones:

(25) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, págs. 1106 y 1107. En este litigio, el TJCE sentenció que debe ser anulada la decisión de retirar el empleo al funcionario recurrente, «en la medida en que esa decisión ha acordado que el recurrente no sea destinado a otro empleo de su categoría, correspondiente a su grado» (pág. 1116).

(26) Consta en concreto en el procedimiento verbal de la reunión de la Comisión de 21 de julio de 1976, como se desprende de la sentencia citada en las notas siguientes.

(27) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1115.

(28) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, págs. 1115 y 1116.

- a) O bien que el Ejecutivo comunitario cumple con el funcionario Oslizlok ofreciéndole un empleo, aunque lo «retirase» previamente, en base al artículo 50 del Estatuto de los funcionarios comunitarios.
- b) O bien cumple tan sólo «pensando» y «decidiendo» si debe o no dársele un empleo.

En la práctica puede observarse, a través de las sentencias aquí comentadas, que *se ofrecen puestos de trabajo* a los funcionarios afectados por el retiro de empleo y, además, se les proporciona alguna *entrevista*, donde pueden ejercitar su «derecho de defensa», que es lo que se analiza en el siguiente epígrafe.

Sin embargo, puede concluirse que la *Comisión no está obligada a destinar* a otro empleo a los funcionarios, a los que se aplica el artículo 50, pues este precepto añade que «el retiro del empleo no tiene carácter de medida disciplinaria». El artículo concede una compensación al funcionario privado de su empleo (y que no sea destinado a otro empleo de su categoría, correspondiente a su grado), disponiendo que se beneficiará de una indemnización.

4. GARANTÍAS FORMALES EN FAVOR DEL FUNCIONARIO AL QUE SE LE RETIRA EL EMPLEO

Pueden citarse aquí algunas «garantías», que acompañan a la declaración de necesidades de servicio. Son garantías de tipo formal: «comunicación por carta» y «entrevista», «alegaciones genéricas al derecho de defensa», que no son exigidas por la norma, pero que la Corte de Justicia de las CC. EE. las recoge, cuando ejerce su control, en los fallos antes comentados, utilizando la técnica de control de la discrecionalidad, llamada examen exhaustivo de los hechos.

Interesa aquí citarlos. No es que tengan gran efectividad, ya que son formalidades, es decir, sistemas de guardar las formas, y son «la carta», «la comunicación escrita» y «la entrevista»; pero pueden ser de gran interés para el funcionario afectado, como salida práctica al conflicto que se le plantea, cuando la Comisión le «retira el empleo». No debe olvidarse, por ejemplo, que una entrevista puede ser el vehículo, para ofrecer otro puesto de trabajo a un funcionario afectado por el retiro de empleo.

Las citas jurisprudenciales sobre «derecho de defensa», «entrevista» o «carta» se agrupan a continuación:

A) En primer lugar, se insertan declaraciones jurisprudenciales, en las que se hace referencia al *derecho de defensa*, o audiencia, que tiene el funcionario «retirado del empleo». Veámoslas:

1.^a El alto funcionario Oslizlok, destituido por «retiro de empleo», alegó que él, como Director General de una de las Direcciones Generales afectadas por reorganización, podría *dar su punto de vista* sobre «el principio y la naturaleza de una reorganización de la Dirección General» (29).

Además, él podría dar su punto de vista sobre lo que implica el «interés del servicio», e incluso parecería indispensable que él fuese *informado* en qué consiste el «interés del servicio». El fallo judicial estimó sólo en parte su recurso (30).

El examen exhaustivo de los hechos, en este caso Oslizlok, como anteriormente también se transcribió, dio como resultado que existían al menos «tres empleos vacantes» de grado A.2, o llegarían a estarlo en breve espacio de tiempo, en otras Direcciones Generales, por lo cual el Tribunal de Justicia anuló la decisión del Ejecutivo comunitario, disponiendo que «el recurrente no será afectado a otro empleo de su categoría correspondiente a su grado y, en consecuencia, la Comisión deberá tomar medidas para ejecutar esta sentencia, viendo antes de decidir si ha lugar o no a destinar, de nuevo, al recurrente a otro empleo, que es la ocasión para que él *haga valer sus intereses*».

2.^a La Corte comunitaria, en el caso Angelini, consideró que los funcionarios a los que se les retira el empleo, deben tener la posibilidad adecuada de «hacer valer útilmente sus intereses», y el expediente —en este caso— muestra que M. Angelini tuvo la «oportunidad de *presentar su candidatura*, para los puestos de Director de Personal y Director de Administración General». En ambos casos, Oslizlok y Angelini, el Ejecutivo de las Comunidades hizo un examen comparativo de los diferentes candidatos y escogió a otra persona (31).

3.^a Otro fallo del Tribunal comunitario, al decidir sobre el caso Almini (32), exigió que, en todo retiro de empleo por interés del servicio, el funcionario afectado por esta medida, debe tener *una ocasión*, con anterioridad a su puesta en práctica, para *defender sus intereses* (33).

B) En este grupo, se insertan las decisiones judiciales, que hacen referencia a *entrevistas*, que se mantuvieron con funcionarios afectados por las medidas tomadas en «interés del servicio», es decir, traslados forzosos (art. 7 del Estatuto) o retiros de empleo (art. 50 del Estatuto). Examinemos estas sentencias:

1.^a Aunque no tenga directa conexión con el artículo 50 del Estatuto de los funcionarios comunitarios, por tratarse de un caso del artículo 7,

(29) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, págs. 1106 y 1107.

(30) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, págs. 1106 y 1107.

En el caso Oslizlok, el TJCE sentenció que debe ser anulada la decisión de retirar el empleo al funcionario recurrente, «en la medida en que esta decisión ha acordado que el recurrente no sea destinado a otro empleo de su categoría correspondiente a su grado». TJCE, Oslizlok c. Comisión de 14 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1116.

(31) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983.

(32) TJCE, Almini c. Comisión de 30 junio 1971, «Recueil» 1971, pág. 631.

(33) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1102.

es decir, de traslado de funcionarios por «interés del servicio», se trae aquí esta sentencia como ejemplo de «ciertas garantías», no incluidas en el Reglamento de funcionarios, que la Comisión tomó en relación con un agente afectado por un cambio de empleo por «interés del servicio» (art. 7), al que en *una entrevista* (y por ello constituye una cierta garantía para el funcionario) se le ofreció nuevo destino, según constató satisfactoriamente el Tribunal de Justicia de las CC. EE. Veamos su contenido:

El 1 de noviembre de 1962, la Comisión destinó al recurrente, especialista en «Economía e Industria» de productos lácteos, a la División «Productos Lácteos» (División VI-D-1) de la Dirección General VI, «Agricultura». En el año 1980, la Comisión adoptó cierto número de medidas relativas a la movilidad del personal.

Muy posteriormente a esta reorganización (el 13 de octubre de 1981), el Director General de la Dirección General VI (M. C. Villain) ofreció al recurrente, *en una entrevista, un nuevo destino* en la División (VI-G-4) denominada «Cuentas, Irregularidades y Fraudes». El recurrente se opuso, por lo que M. C. Villain le mandó una nota, destinándole a la División indicada, que confirmó el Director General de Personal y Administración, invocando el artículo 7.1.º del Estatuto, es decir, en base a «las necesidades del servicio».

Hay en este caso una «zona oscura»: no se conoce qué grado, en ese nuevo destino, se ofreció al funcionario (34).

2.ª En otro litigio, la Corte comunitaria, tras declarar que el Ejecutivo de las CC. EE. utilizó su gran poder discrecional, al aplicar el artículo 50, retirando al funcionario Angelini, también señaló que «su decisión de no destinar al recurrente a otro empleo del mismo grado, no debe ser formalmente motivada; basta con que se conceda al recurrente *una ocasión*, con anterioridad, para que éste haga valer útilmente sus derechos, y así se cumplió, principalmente, cuando en *una entrevista* con su Director General, en el curso de la misma, le fueron indicados quince empleos vacantes de grado A.2» (35).

C) Veamos la última formalidad: *el envío de cartas*.

El envío de *una carta y la recepción de su contestación* fueron las formalidades, que se guardaron, en favor del funcionario afectado por retiro de empleo, en el llamado caso Oslizlok.

Así, en este fallo se declara que «forma parte de los poderes discrecionales de la Comisión el no destinar al funcionario, afectado por el retiro de su empleo, en interés del servicio, a otro empleo del mismo grado, pero este ejercicio del poder discrecional exige que el funcionario tenga la ocasión de hacer valer sus intereses, y aunque se le envió una *carta* comunicándole (el 1 de julio de 1976) el retiro de su empleo, en ella no se indicaba nada sobre las posibilidades de un eventual nuevo destino».

(34) TJCE, Théo Nebe c. Comisión de 14 julio 1983, «Recueil» 1983, pág. 2477.

(35) TJCE, Angelini c. Comisión de 28 septiembre 1983, «Recueil» 1983, pág. 2808.

A esta *carta* el funcionario Oslizlok respondió (el 22 de julio de 1976) manifestando que «estaba dispuesto a examinar la posibilidad de ocupar otro empleo. En este caso existían tres empleos de grado A.2 vacantes o próximos a vacante» (36).

La sentencia añade que si bien parece que la Comisión conculcó el «derecho de defensa del funcionario recurrente, no es así, pues éste fue advertido, por una *carta* del Presidente de la Comisión, en la que le comunicaba que acudiría al procedimiento del artículo 50 del Estatuto, y *el mismo recurrente presentó observaciones* que fueron conocidas por la Comisión, antes de tomar este órgano la decisión recurrida» (37).

El recurrente había esgrimido que no pudo hacer observaciones a esta decisión de la Comisión, por lo que no pudo ejercer su *derecho de defensa*, como principio general del Derecho.

5. EL RETIRO DEL EMPLEO EN EL DERECHO COMUNITARIO Y SU EXPLICACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Desde la perspectiva del Derecho español, para explicar el retiro de empleo, se debe partir de la base de que:

1.º Los actos de organización de personal son unas veces volición y otras juicios (38). Ejemplo de *las voliciones*: «al funcionario se le designará libremente». Ejemplo de *los juicios*: «existe exceso de trabajo en la oficina y, por ello, deben ser trasladados funcionarios, para ayudar en el trabajo». En el primer caso, la Administración *querrá* (volición) a un funcionario concreto. En el segundo caso, la Administración *juzgará* (juicios) el exceso de trabajo. Las voliciones de la Administración son discrecionales y no sustituibles por el juez, aunque controlables por la técnica de desviación de poder y la de los Principios Generales del Derecho.

Los juicios, es decir, siguiendo con el ejemplo anterior: «examinar el mayor volumen de trabajo», son sustituibles por otro juicio del juez. Si éste examina el caso, o sea, controla la discrecionalidad.

(36) En el caso Oslizlok, el TJCE sentenció que debe ser anulada la decisión de retirar el empleo al funcionario recurrente, «en la medida en que esta decisión ha acordado que el recurrente no sea destinado a otro empleo de su categoría correspondiente a su grado». TJCE, Oslizlok c. Comisión de 14 mayo 1978, «Recueil» 1978, págs. 1114 y 1115.

(37) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, págs. 1114 y 1115.

(38) F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, 1976; M. MARTÍN GONZÁLEZ, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, núm. 54 de esta REVISTA (1969); Alejandro NIETO, *Reducción de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, núm. 44 de esta REVISTA (1964); E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 1974, págs. 267 y 292; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo*, núm. 30 de esta REVISTA (1962), pág. 171; E. UCIEDA SOMOZA, *Las necesidades de servicio en la Administración Pública española*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona; A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, 1985.

2.º La medida de organización del Derecho comunitario de funcionarios llamada «retiro de empleo» parece estar fundada en una «necesidad de servicio-volición» o «necesidad de servicio-oportunidad» (39), con base en los siguientes argumentos:

a) El Ejecutivo comunitario no cesó de repetir, ante el Tribunal de Justicia de la CE, que él goza de amplios poderes discrecionales, tanto para disponer del retiro de empleo (art. 50), como para la movilidad de los funcionarios (art. 7).

b) Además, la Comisión estimó en los retiros de empleo, recurridos ante el Tribunal comunitario que: A) no hay prioridad de un funcionario A.2 sobre un A.3; B) que la Comisión no está limitada por el currículum del afectado y por su experiencia, y C) que no está obligada a ofrecerle otro empleo, pues basta con indemnizarle. Ante tal situación parece que nos hallamos ante unas «necesidades de servicio-oportunidad o volición».

c) Por otro lado, si las «garantías» concedidas al funcionario «retirado de empleo» por el artículo 50 son: «examinar su caso», «entrevistarle», «darle la oportunidad de que presente su candidatura» o «haga valer sus intereses», cabe sostener que la Administración comunitaria *querrá* a un funcionario y no buscará al más idóneo, y tal volición no es sustituible por la del juez. Todo ello se comprenderá mejor a continuación.

3.º Por lo tanto, la situación de los funcionarios comunitarios a los que se les retira el empleo no deja de ser singular. Por un lado, se les aplica una medida de discrecionalidad máxima, basada en unas «necesidades de servicio-oportunidad». Por otro lado, esta declaración de necesidades de servicio no es sustituible por una declaración del juez, a no ser que el órgano judicial la anule, por desviación de poder o infracción de los Principios Generales del Derecho, como el de la igualdad o el de la buena fe.

Además, es una medida sólo paliada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE, que exige, tan sólo, que se proporcione al funcionario afectado, un medio para que haga valer sus intereses, como la carta, la entrevista, etc. (40).

4.º Por todo ello, cabe defender que una medida de retiro de empleo, tomada por la Comisión, en base al artículo 50 del Estatuto de los funcionarios comunitarios es una volición, es decir, que la Comisión *quiere* a determinado funcionario para un puesto de A.1 o A.2, y su criterio no puede sustituirse por otro del juez comunitario.

(39) Véase nota anterior.

(40) TJCE, Oslizlok c. Comisión de 11 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1099.

En el caso Oslizlok, el TJCE sentenció que debe ser anulada la decisión de retirar el empleo al funcionario recurrente, «en la medida en que esta decisión ha acordado que el recurrente no sea destinado a otro empleo de su categoría correspondiente a su grado». TJCE, Oslizlok c. Comisión de 14 mayo 1978, «Recueil» 1978, pág. 1116.

Esta volición de «querer» a un funcionario concreto explica el porqué el Ejecutivo comunitario no está vinculado por el currículum, la experiencia o la profesionalidad del funcionario afectado. La Comisión compensa esta volición, que ella hace, con una indemnización al funcionario, porque así se lo exige el artículo 50 del Estatuto.

En conclusión, cabe pensar que la institución del Derecho español de funcionarios titulada «las necesidades de servicio-oportunidad» es aplicable al Derecho comunitario, para explicar el contenido y alcance del artículo 50 del Reglamento de funcionarios comunitarios, y, además, sería de gran utilidad aunar criterios, para acercar y comparar las instituciones de Derecho comunitario y las del Derecho administrativo de los Estados miembros, a fin de construir figuras, instituciones y «herramientas» del Derecho comunes a Europa.

Enrique UCIEDA SOMOZA
Doctor en Derecho

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

