TESIS DOCTORAL DE NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE

LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO RELACIÓN ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

INDICE

Abreviaturas..... 21
Introducción..... 23

CAPITULO I

LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECION EN ESPAÑA, PORTUGAL Y ALEMANIA: CONCEPTO TRADICIONAL Y REVISIÓN MODERNA:

1. La situación en Alemania..... 32
2. La situación en Portugal..... 37
3. La situación en España..... 41
4. La comprensión de la relación de especial sujeción es diferente según los autores..... 43
a) El grado de mayor o menor aceptación del concepto de relación de especial sujeción..... 43
b) El modo de entendimiento clásico o más moderno de la relación de especial sujeción. 44
c) El fundamento de la relación de especial sujeción..... 45
d) El contenido dogmático de la relación de especial sujeción..... 49
e) Si hay o no diferenciaciones entre las distintas relaciones de especial sujeción..... 50
f) Los efectos prácticos del concepto de relación de especial sujeción..,..... 51
5. Conclusión..... 52

CAPITULO II

REFLEXIÓN CRÍTICA:

1. Las insuficiencias internas de la teoria de la relación de especial sujeción..... 56
1.1.La relación de especial sujeción deducida de la "naturaleza de las cosas"... 56
1.2.La propuesta de mantener las relaciones de especial sujeción, pero con matizaciones..... 56
1.3.Las relaciones de especial sujeción tienen límites confusos, y contenido vago..... 58
1.4.La popularidad de las relaciones de especial sujeción se explica en parte por la "comodidad" de su utilización por los tribunales..... 58

1.5.No es posible el consentimiento del interesado como justificación de la relación de especial sujeción..... 59
1.6.Las teorias que sustentan las relaciones de especial sujeción son escasas en la doctrina hispana, y no son suficientes para fundamentar un concepto inequívoco de relación de especial sujeción..... 59
a)El interés público..... 59
b)El concepto de servicio público no sirve para fundamentar la relación de especial sujeción. 60
c)El concepto de "organización"no es suficiente para fundamentar la relación de especial sujeción. 61
d)La noción de" potestad administrativa"no es suficiente para un concepto unívoco de relación de especial sujeción. 62
e)El criterio de la "cercanía a la esfera pública"no es un criterio suficiente.. 64
f) La circunstancia que "la Administración y el administrado conviven todo el día" no es suficiente para fundar la relación de especial sujeción. 65
g)La relación de especial sujeción no es una categoria sustantiva adecuada donde se pueden deducir efectos jurídicos válidos..... 66
1.7. Afecta a la seguridad jurídica de los ciudadanos considerar las relaciones de sujeción especial como "numerus apertus"..... 67
1.8. Sobre las relaciones de especial sujeción no hay unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el concreto regímen jurídico de cada relación de especial sujeción..... 68
1.9. No se puede utilizar un concepto dogmático en torno al cual no hay unanimidad para deducir importantes consecuencias jurídicas en el regímen de la función pública..... 68
1.10. No se comprende cuales son las tareas dogmáticas que el concepto de relación de especial sujeción aún puede desempeñar..... 69

2. Examen de los principales argumentos externos contrarios a las relaciones de especial sujeción..... 70
2.1.El modelo de separación Estado - sociedad característico de las relaciones de especial sujeción clásicas no es más actual..... 70
2.2.El concepto de Administración y la teoria del administrado del Estado social no son adecuados desde el punto de vista de las relaciones de especial sujeción.. 71
2.3. El titular de soberania es el pueblo(Estado democrático)..... 71
2.4. Los funcionarios y los trabajadores por cuenta ajena no están sujetos a las mismas limitaciones en el ejercicio de sus derechos, pero están sujetos a limitaciones semejantes..... 72
2.5. La cualificación de O. MAYER de la relación de especial sujeción como "dependencia acentuada " no es suficiente en la actualidad..... 75

2.6. No es conforme al principio de proporcionalidad la existencia de la relación de especial sujeción de la función pública..... 77
2.7. La reserva de ley y el principio democrático..... 80
a) Validez de la reserva de ley en las "relaciones especiales"..... 80
b) La Administración se sujeta a la Constitución y a la ley. "..... 81
c) El fundamento de la reserva de ley..... 81
d) No se apoya la teoria de la "reserva total"..... 83
e) La teoria de la "esencialidad"..... 86
f) La relación básica y de funcionamiento..... 88
g) La reserva de ley no pretende la "rigidez" excesiva de la actividad administrativa como forma de reducir la eficiencia de la función pública..... 90
2.8.El principio del Estado de derecho en la función pública..... 91
3.Conclusión..... 97

CAPITULO III

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

1. El regímen jurídico de la función pública no es "relación de general sujeción", ni "relación de especial sujeción"..... 107
2. El regímen jurídico de la función pública no es un regímen laboral común..... 110
2.1. Las antiguas condiciones de la función pública han cambiado..... 110
2.2. Existen contratos de derecho laboral en las funciones públicas española y portuguesa..... 112
2.3. La laboralización es más amplia en España que en Portugal..... 113
2.4. La distinción entre derecho público y derecho privado continúa válida, pero no conviene exageraciones en la matéria..... 114
2.5. Sigue habiendo aproximación entre la función pública y el derecho laboral..... 116
2.6. Las diferencias entre el empleo privado y el empleo público..... 121
2.7. El derecho de los funcionarios continua siendo elemento de la organización administrativa, y no del derecho laboral..... 129
a) La teoria de S.CASSESE que separa la organización de su personal..... 130
b) La teoría orgánica no produce necesariamente la anulación de la personalidad del empleado público..... 131
c) El punto de vista de S.CASSESE no es tan moderno como parece. 131
d) Nuestra concepción de "organización administrativa" no es la de un modelo absolutamente jerarquizado, ni parte de un modelo idealista del Estado, ni adopta el punto de vista de H. J. WOLFF..... 132

d)1. La organización administrativa, como la entendemos, no es un modelo absolutamente jerarquizado..... 132
d)2. El punto de partida no es un modelo idealista de Estado y organización..... 133
d)3. No se aceptan en este punto los resultados de la investigación de H.J.WOLFF..... 133
e)La posición del funcionario se sitúa en un punto de intersección de diferentes normas jurídicas, y desempeña diferentes papeles..... 134
2.8. Debe haber flexibilidad para la Administración elegir, en los casos previstos en las leyes, la mejor forma contractual de cumplir sus actividades..... 136
a) La potestad organizatoria del Gobierno. La cuestión de la "Wahlfreiheit"..... 136
b) En materia de estatuto del personal, es útil la flexibilidad del regímen..... 140
2.9. El contrato administrativo es una forma adecuada para que se obtenga mayor flexibilidad en la gestión de la función pública, y puede ser un medio de acrecentar eficiencia en la administración..... 141
2.10. Consecuencias jurídicas del punto de vista de que la función pública no debe ser un regímen laboral..... 144
2.11. Consideraciones finales..... 144

3. El regímen jurídico de las funciones públicas española y portuguesa no es, en la actualidad, derecho laboral especial..... 150
4. Síntesis..... 153
5. Secuencia..... 154

CAPITULO IV

FUNDAMENTO DE LA CUALIDAD DE DERECHO ESPECIAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN SENTIDO FORMAL - ORGANIZATIVO.

1. Diferencias entre "legitimación, justificación y fundamentación"..... 156
2. La "legitimación" de la función pública..... 156
2.1.La legitimación de la función pública no puede ser más la "relación de especial sujeción"..... 157
2.2.Juzgamos que es necesaria una nueva legitimación..... 157
2.3 Síntesis..... 158
3. La "justificación" del régimen jurídico especial de la función pública..... 158
4. La "fundamentación" del regímen jurídico especial de derecho público de la función pública..... 162

4.1. No es suficiente que sea una relación de servicio al Estado..... 162
4.2.Para fundamentar el régimen especial de derecho público no es suficiente el criterio del "ejercicio del poder público"..... 163
4.3.El criterio de la defensa del "interés general" no es suficiente para fundamentar el derecho especial de la función pública..... 163
4.4. Todos estos criterios tienen alguna influencia en el regímen especial de la función pública, pero no son suficientes..... 163
4.5 Crítica al criterio de los "Tres Cortes"..... 166
5. Razones que pueden impedir en la actualidad la "relación especial de derecho administrativo"de la función pública..... 167
5.1. Crítica a la doctrina de SONTHEIMER – BLEEK..... 167
5.2. La crítica al Estado Social y de Bien - Estar. La desreglamentación. 168
5.3. La nueva formulación de la relación Estado – Mercado..... 170
5.4. La modificación de los papeles de los sectores público y privado. El "Tercer Sector"..... 172
5.5.Las privatizaciones..... 173
6. El problema de la orientación predominante del régimen de la función pública..... 177
6.1. La orientación de la función pública al Estado..... 177
6.2. La orientación de la burocracia a la sociedad..... 177
6.3. La orientación de la función pública a las tareas..... 178
a) Modificación de las condiciones de vigencia del derecho de la función pública..... 179
b) Consecuencias para la función pública de la modificación de las tareas del Estado..... 180
c) Las tareas de la función pública y las tareas de la administración no son siempre coincidentes..... 181
d) Hay funciones específicas, con base en la Constitución, de la función pública?..... 182
e) Algunas tareas o funciones ejercidas no son exclusivas de la función pública..... 182
7. Examen de algunas tareas o funciones desempeñadas por la función pública..... 183
7.1.Funciones o tareas que no son suficientes en la actualidad para fundamentar la relación especial de derecho administrativo de la función pública..... 184
a) Función de manutención del sistema político..... 184
b) Función de estabilidad..... 185
c) Función de innovación..... 186
d) Función de representación..... 187
e) Función de elemento de la división de poderes..... 188
f) Función política..... 190

7.2. Funciones o tareas que son suficientes para fundamentar el "régimen especial"de la función pública..... 192
a) La función de "administración"..... 192
b) La función de "equilibrio de los intereses"..... 196
c) Función de "neutralidad politica"..... 199
d) Función de "integración"..... 205
e) La función de garantía de la legalidad y del Estado de derecho..... 208
f) La función de "justicia administrativa"..... 210
8. Conclusiones..... 211
8.1. Existe fundamento suficiente para la relación especial de derecho administrativo de la función pública.El criterio principal es la función o tarea desempeñada..... 211
8.2. El criterio principal del "regímen especial"..... 213
8.3. Continua existiendo espacio para el cumplimiento de tareas por la función pública..... 213
8.4. Las ventajas del criterio de las "tareas"..... 213
9. Secuencia..... 215

CAPITULO V

LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO RELACIÓN ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

A) LA RELACIÓN JURÍDICA FUNCIONARIAL..... 217

1. Argumentos contrarios a la concepción de la función pública como "relación jurídica"..... 217
1.1. La teoria de la impermeabilidad..... 219
1.2. El concepto de ley material y de norma jurídica..... 220
1.3. Conclusión: la necesidad de ultrapasar la dogmatica autoritaria..... 223
2. Argumentos que apoyan la existencia de la relación jurídica de la función pública..... 225
2.1. La teoria del acto administrativo no es suficiente para explicar la moderna función pública..... 225
2.2. El acto administrativo no debe ser eliminado de la función pública... 225
2.3. El ámbito interno es jurídico..... 227
2.4. El funcionario es en cualquier caso una personalidad humana..... 229
3. Otros elementos concretos que explican la existencia de la relación jurídica de la función pública..... 229
3.1. La función pública es una situación personal y duradera..... 230

3.2. La Constitución española y la portuguesa no consideran los funcionarios en una situación desiquilibrada de derechos y deberes..... 230
3.3. En el sector del derecho disciplinario, no es novedad la existencia de relación jurídica..... 230
3.4. Hay sectores organizatorios también disciplinados en términos de relación jurídica..... 231
3.5.El control objetivo de la legalidad y el derecho de "representación" sólo parecen eficaces en una lógica "relacional" de derechos y deberes equilibrada... 231
3.6. Las relaciones entre los funcionarios y los ciudadanos usuarios también no excluyen la necesidad del esquema relacional..... 231
3.7. El cumplimiento eficaz de las tareas públicas de la función pública exige el esquema "relacional" de derechos y deberes..... 232
3.8. La "relación" es una palabra importante en la moderna teoria de gestión de las empresas privadas..... 232
4. Conclusión..... 233

B) CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA..... 235

1.Es una relación de empleo..... 235
2.La relación jurídica funcionarial significa la existencia de derechos y obligaciones recíprocos..... 236
a) La doctrina cuestiona si la relación administrativa consiste en derechos y obligaciones recíprocos del Estado y de los particulares, o si hay sólo competencias del derecho objetivo..... 236
b)La cuestión del funcionario como titular de órgano y como sujeto de una especial relación orgánica..... 237
c) La doctrina de H. H. RUPP según la cual todas las relaciones jurídicas del titular del órgano son exclusivamente relaciones de derecho interno. Crítica y superación..... 238
d) La relación funcionarial es una mezcla de normas jurídicas internas y externas..... 239
e) Se apoya la diferenciación relativa entre normas jurídicas internas y externas..... 241
f) Conclusión..... 242
3.Significado de la relación de equilibrio entre los órganos dirigentes públicos y los funcionarios..... 243
a) La idea de "simetria" no impide el papel de los actos internos y organizatorios..... 243
b) La idea de "simetria" no nos lleva a aceptar la "laboralización" total de la función pública..... 245

BIBLIOTECA

c) La idea de "simetria" no impide el punto de vista de la autonomia y neutralidad de los órganos estatales 245
4. La Administración forma parte de la relación funcionarial. No detiene el poder de "supremacia especial" sobre los funcionarios 246
5. La relación funcionarial es creada por un hecho jurídico concreto, cuya forma no es relevante para el concepto de relación especial de la función pública .. 249
6. Tiene razón I.MARTÍNEZ.DE PISÓN:"La relación jurídica es la que determina lo que debe entenderse por funcionario" 250
7. La relación especial de la función pública es una relación jurídica material 252
8. Conclusión 256

C) CLASES DE RELACIONES JURÍDICAS EN EL DERECHO FUNCIONARIAL 257

1. Motivos de la investigación de las clases de relaciones jurídicas 257
2. El interés práctico de la investigación sobre las diferentes "clases de relaciones jurídicas en el derecho funcionarial" 258
3. Los intereses públicos que están en juego (protección jurídica, eficiencia, organización administrativa) 259
4. No hay una situación jurídica unidimensional 262
4.1. En cuanto a las clases de relaciones jurídicas, no hay diferencias importantes entre la relación laboral privada y la relación de derecho público al servicio de personas jurídicas de derecho público 264
4.2. Las diferentes clases de relaciones jurídicas no se basan en criterios de dignidad ética o social 265
5. El contenido de las diferentes relaciones jurídicas funcionariales 265
6. La construcción orgánica y no orgánica de la relación funcionarial 268
7. La relación jurídica general 270
7.1. Teoría que no apoya el entendimiento de la relación general como relación jurídica 270
7.2. Teoría que apoya la importancia de la "relación jurídica general" en la función pública 271
7.3. Argumentos favorables a la admisión del entendimiento amplio de relación jurídica 272
7.4. Las diferencias entre la relación jurídica general y las relaciones especiales de derecho administrativo 273
7.5. La relación jurídica general produce consecuencias jurídicas 273
7.6. La relación jurídica general permite distinguir la "relación especial de derecho administrativo" de la "relación especial de sujeción", y interesa para la teoria de la función pública 274

8. Las relaciones básica y orgánica..... 274
8.1. La diferencia entre relación básica y orgánica..... 275
8.2. La doctrina italiana y alemana de las relaciones de servicio y orgánica..... 276
a) En general, existen puntos comunes a la doctrina italiana y alemana..... 276
b) La doctrina italiana..... 276
c) La doctrina alemana. Las relaciones externa, fundamental y orgánica..... 279
8.3. Las teorías de C. H. ULE, BOCKENFORDE y PODLECH sobre las relaciones de base y orgánica..... 281
8.4. Apreciación crítica de la teoría de C. H. ULE..... 285
9. Las relaciones de empleo y funcional..... 288
9.1. La teoria de F. SCHNAPP sobre la relación básica, de titular de función y orgánica..... 290
9.2. Crítica de la teoria de F. SCHNAPP..... 290
10. Conclusión..... 295

D) EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ES UN "PROCEDIMIENTO ESPECIAL"..... 296

E) LA FUNCIÓN PÚBLICA ES UNA RELACIÓN" ESPECIAL"..... 301

1. La relación "especial" no impide la aplicación de los principios generales del derecho administrativo..... 301
2. La relación "especial" es un conjunto recíproco de derechos y deberes.. 301
3. Crítica de la teoria según la cual el nombramiento para el cargo de funcionario produce una" relación especial más intensa"..... 302
4. "Especial" no parece equivalente a "supremacía especial "..... 303
5. "Especial" no significa "relación especial de poder"..... 303
6. "Especial" no significa "relación social especial"..... 304
7."Especial" no significa "fundamento especial a causa de la mayor operatividad" de la organización adminstrativa..... 304
8."Especial" no significa"sujeción especial"..... 304
9."Especial" tampoco significa "estatus especial"..... 305
10."Especial" significa "regímen jurídico especial" adecuado y exigido por el cumplimiento de las "tareas públicas constitucionales y legales" de la función pública..... 306
11. Conclusión..... 307
12. Secuencia..... 308

CAPITULO VI

FORMULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

A) LOS DIFERENTES SISTEMAS POSITIVOS DE FUNCIÓN PÚBLICA SUSCEPTIBLES DE SERVIR DE MODELO 312
1. El sistema de privatización de la relación de empleo con las entidades públicas (Italia) 312
2. El sistema predominante de derecho público de la relación de empleo con las entidades públicas (Francia) 317
3. El sistema dual de función pública(Alemania) 320
4. El sistema inglés descentralizado, de carrera, y con técnicas de "management" 325
5. La función pública norteamericana es un sistema de empleo, contractual y próximo a la sociedad civil 338
6. Secuencia 338

B) EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y LEGAL VIGENTE 339
1. La Constitución portuguesa establece el regímen especifico de derecho administrativo de la función pública 339
2.En la doctrina española existen varias opiniones sobre los regímenes de empleo en las Administraciones públicas 342
2.1. Tesis del regímen exclusivo de derecho público 342
2.2. Tesis del régimen exclusivo de derecho laboral 342
2.3. Tesis del carácter neutral de la Constitución 342
2.4. Tesis del Tribunal Constitucional 342
2.5. La tesis de la garantía institucional de la función pública 343
3. Apreciación crítica de estas teorias 343
3.1. La teoría de PARADA VÁZQUEZ 343
3.2. La teoría de T.SALA FRANCO 346
3.3. La solución de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública 348
3.4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 349
3.5. Tesis de la opción constitucional relativamente neutra (J. M. LOPEZ GOMEZ) 350
3.6. La doctrina de M. SÁNCHEZ MÓRON 355
3.7. La doctrina de M.J.MONTORO CHINER 356

C) LA INTERPRETACIÓN DE LA TESIS SOBRE EL ACTUAL SISTEMA ESPAÑOL CONSTITUCIONAL Y LEGAL(ARTS.103.1. 149.1.18 CE) 357

1. Algunos puntos de vista, en los que casi todos están de acuerdo, a propósito de la interpretación del art.103 CE..... 358
a) El art.103 CE no apoya el punto de vista clásico, estatutario y unilateral de función pública..... 358
b) En cuanto al ámbito del Estado - autoridad no hay dudas entre los autores..... 358
c) En las sociedades de capitales públicos o en las empresas públicas tampoco hay problemas de interpretación..... 359
d) La Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987..... 359
2. Nuestro punto de vista presenta una fundamentación lógica y legal.. 360
3. Pensamos que la Constitución española no es neutral a propósito del concepto de función pública..... 360
4. La Constitución española no presenta un modelo de relación especial de sujeción..... 361
5. En cuanto a la relación política - administración y Gobierno - Administración, se confía a la función pública un papel con autonomía relativa delante del Gobierno y de los dirigentes políticos en general..... 362
6. El art.103.3 CE no prevé la división "clasista" entre funcionarios y personal laboral..... 362
7. La lectura del art.103.1 CE debe ser funcional, y no estatutaria en sentido clásico..... 363
8. Nuestro punto de vista es dualista..... 363
9. La Constitución española prevé el regímen estatutario..... 365
10. La Constitución española prefere un regímen predominante de derecho público..... 367
11. La "relación especial de derecho administrativo" funcionarial puede ser de extensión mínima o máxima..... 368
12. La fuerza de cohesión no es la "relación de especial sujeción" y si la "relación especial de derecho administrativo" funcionarial..... 371
13. Hay diferencias entre "relación especial de derecho administrativo", "estatuto funcionarial" y "régimen básico común"..... 371
14. Resumen..... 372

CAPITULO VII

EL MODELO DE FUNCIÓN PÚBLICA PROPUESTO EN LA TESIS.

1. Los objetivos del sistema propuesto en la tesis..... 373
a) Adoptar un sistema más conforme a las leyes constitucionales actuales..... 373

b) Mejorar los elementos normativos para posiblitar mejor participación, interés, estímulo y eficiencia del personal..... 373
c) Se debe buscar un nuevo punto de equilibrio y sentido entre las restricciones de derechos por motivo de defensa de los intereses generales y la mejor protección jurídica y económica del personal..... 374
2. Razones que influencian nuestro punto de vista sobre el sistema funcionarial..... 377
a) La erosión del Estado democrático y social..... 377
b) La integración europea..... 382
c) Los principios de igualdad y democráticos y los derechos colectivos..... 383
d) La necesidad de disminuir los déficits presupuestarios y la cuestión de la eficiencia..... 383
e) La influencia del "management"..... 384
f) La politica de remuneraciones..... 386
3. El modelo de función pública propuesto en la tesis..... 386
3.1. El sistema funcionarial continúa siendo útil..... 387
a) El modelo propuesto en la tesis parte de la convicción de que la función pública continuará en un futuro próximo siendo una institución útil..... 387
b) La crítica a la función pública no puede ser hecha en base a razones presupuestarias..... 389
c) La crítica al sistema funcionarial no puede utilizar más el viejo argumento de que la estructura burocrática produce personal menos satisfecho e interessado..... 390
d) El sistema funcionarial será útil si cumple tareas importantes con eficiencia..... 391
e) La función pública es útil si posibilita la cohesión y la continuidad del sistema global..... 391
f) Al seguir existiendo tareas públicas de cumplimiento obligatorio continuará el fundamento y justificación del sistema funcionarial..... 392
g) La neutralidad y autonomía de la Administración pública..... 394
h) La disminuición del ámbito de las tareas de autoridad del Estado no produce la inutilidad del sistema funcionarial..... 395
3.2. Algunas sugerencias sobre el regímen de la función pública(punto de vista de la tesis)..... 397
a).El personal debe tener remuneraciones justas..... 397
b) El derecho funcionarial debe ser orientado a las prestaciones, diferenciado y flexible..... 397
c) Los directores deben ser escogidos con gran atención..... 397
d) El aumento de remuneración depende de las prestaciones, y no sólo de la antiguedad..... 397

e) La reforma busca aumentar las prestaciones, la flexibilidad, la transparencia y el servicio a los ciudadanos..... 397
f) El cambio debe ser estimulado..... 398
g) Parece más conveniente el punto de vista de la "New Public Administration" que del "Reinventing Government"..... 398
h) La lógica del "downsizing" de producir más con menos medios, tiene límites..... 399
3.3. Nuestra propuesta de modelo normativo funcionarial(punto de vista de la tesis)..... 400
a) Debe ser eliminado el vínculo funcionarial vitalício..... 400
b) Apoyamos el punto de vista del sistema dual..... 401
c) Hay un núcleo "esencial" obligatorio de personal en relación especial de derecho administrativo..... 402
d) No es muy importante la diferencia entre vínculo de derecho público (nombramiento) y vínculo de derecho privado(contrato)..... 403
e) Con fundamento en razones objetivas se puede aplicar el derecho laboral al personal de la Administración, privatizar actividades, etc..... 403
f) La relación estatutaria clásica no se adecua mucho a una función pública eficiente y moderna..... 405
g) No apoyamos la laboralización total de la función pública..... 406
h) No apoyamos la idea de la "unificación" de los dos regímenes. 407
i) Debe disminuir la tendencia de aproximación entre el derecho funcionarial y el derecho laboral..... 409
j) Son necesarios criterios que permitan la relativa uniformidad de regímenes del personal..... 410
k) Pensamos que la evolución del Estado no se encamina en el sentido de necesitar de una función pública "universal" de tipo francés (modelo unitario)..... 413
l) La tesis defiende la sustitución del punto de vista unilateral - autoritario de la "relación de especial sujeción" por la "relación especial de derecho administrativo" de base contractual..... 413

CAPITULO VIII

DIFERENCIAS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE RELACION ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL.

A) LAS DIFERENCIAS ENTRE LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN Y LA RELACIÓN ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL..... 419

1. El contexto histórico - social y jurídico..... 420
2. La diferencia de fundamentos jurídicos entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo..... 422
3. La diferencia de fines entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo..... 425
4. Las diferencias formales entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo..... 426
4.1. La idea de relación de especial sujeción es centrípeta..... 427
4.2. En la relación de especial sujeción, la democracia y la burocracia son incompatibles..... 427
4.3. La relación de especial sujeción es una relación de "poder". La relación especial de derecho administrativo es una "relación jurídica"..... 428
4.4. En la relación de especial sujeción es importante la competencia del Ejecutivo. En la relación especial de derecho administrativo aumenta el dominio de la ley y la reserva de ley..... 428
4.5. La "relación de especial sujeción" sigue el criterio estatutario. La "relación especial de derecho administrativo"aplica el criterio funcional..... 430
4.6. La relación de especial sujeción es una categoría "expansiva"..... 430
4.7.La "relación especial de derecho administrativo"tiene sobre la "relación de especial sujeción"la ventaja de la mejora en las retribuciones..... 431
5. Las diferencias sustantivas entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo..... 431
5.1. La "relación especial de derecho administrativo" significa la total identificación de la relación funcionarial con la Constitución y sus principios democráticos y del Estado de derecho..... 431
5.2. La relación de especial sujeción sa aplica bien a la forma de actividad administrativa clásica unilateral y autoritaria..... 432
5.3. La relación de especial sujeción establece mayores restricciones de los derechos fundamentales..... 432
5.4. Las posibilidades explicativas en la actualidad de la relación especial de derecho administrativo son mayores que la relación de especial sujeción..... 433
5.5. La relación de especial sujeción no permite la aplicación del principio "in dubio pro libertate"..... 434
5.6. La "relación de especial sujeción" establece un sistema de fidelidad constitucional..... 434
5.7. La responsabilidad personal del funcionario es mayor en la "relación especial de derecho administrativo"..... 434
6. Secuencia..... 435

B) CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE "RELACIÓN ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL" 435

1. La naturaleza jurídica de la relación de servicio 436
a) El carácter contractual era apoyado por las doctrinas más clásicas 437
b) El apoyo a una o otra de las teorias sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público presupone la admisibilidad o no de contratos de derecho público 437
c) La forma contractual es la más adecuada a la relación de empleo público 438
d) El ente político estatal se sujeta a las reglas jurídicas 438
e) El Estado democrático y social influencia el carácter de la función pública 438
2. La influencia de la "relación especial de derecho administrativo" sobre algunos derechos y deberes funcionariales 440
2.1. Las consecuencias del concepto de "relación de especial sujeción" sobre los derechos fundamentales 440
2.2. El objetivo principal de la tesis fue la superación del concepto de "relación de especial sujeción" 441
2.3. El régimen jurídico de las limitaciones 441
a) El regímen jurídico funcionarial no implica sólo restricciones 441
b) Pueden no existir diferencias substanciales en el ejercicio de los derechos fundamentales del personal laboral y del personal funcionarial 442
c) El servicio del interés público 442
d) El fundamento constitucional necesario de las limitaciones 443
e) El necesario fundamento legal de las intervenciones 443
f) Los presupuestos de la limitación 444
g) Los diferentes papeles de intervención del funcionario 446
2.4. La protección jurídica 450
2.5. La huelga 452
2.6. La negociación colectiva 455
2.7. La fidelidad constitucional 458
2.8. El deber de conducta relativo a situaciones externas a la función pública 460
2.9. Los derechos subjetivos del agente en el ámbito de la organización administrativa 461
a) La influencia de la "relación de especial sujeción" sobre la concepción de los derechos subjetivos 461
b) El fundamento de los derechos subjetivos para la teoría de la "relación especial de derecho administrativo" 462

c) La influencia de la "relación especial de derecho administrativo"sobre la cuestión de los derechos subjetivos..... 462
d) El régimen de los derechos subjetivos..... 462
e) Ejemplos de derechos subjetivos en el ámbito organizatorio..... 463
2.10. El deber de obediencia..... 464
a) La influencia de la relación de especial sujeción sobre el deber de obediencia..... 465
b)El fundamento del deber de obediencia..... 465
c) La influencia de la "relación especial de derecho administrativo funcionarial"sobre el deber de obediencia..... 465
2.11. El derecho disciplinario..... 466
a) El derecho disciplinario tende a perder importancia..... 466
b) La influencia de la relación de especial sujeción sobre el derecho disciplinario..... 466
c) La crisis del derecho disciplinario fundado en la "relación de especial sujeción"..... 467
d) La influencia de la "relación especial de derecho administrativo" sobre el derecho disciplinario..... 469
e) Nuestra propuesta sobre el fundamento del derecho disciplinario..... 470
f) Nuestra propuesta sobre los objetivos del derecho disciplinario..... 471
g) Nuestra propuesta sobre el regímen jurídico del derecho disciplinario..... 471

2.12. Consideraciones finales..... 473
La "relación especial de derecho administrativo funcionarial" puede justificar peculiaridades o limitaciones complementarias

CONCLUSIONES FINALES..... 475

BIBLIOGRAFIA..... 483

ABREVIATURAS

AOR Archiv des Offentlichen Rechts
BayVBl. Bayerische Verwaltungsblatter
BBG Bundesbeamtengesetz
BRD Bundesrepublik Deutschland
CE *Constitución Española*
CP Constitución Portuguesa
DL. Decreto-lei
DOV Die Offentliche Verwaltung
DVBL Deutsches Verwaltungsblatt
GG Grundgesetz
INAP Instituto Nacional de Administración Pública
JURA Jura; Juristische Ausbildung
NVWZ Neue Zeitschrift fur Verwaltungsrecht
NWJ Neue Juristische Wochenschrift
REDA Revista Española de Derecho Administrativo
REDC Revista Española de Derecho Constitucional
RISA Revue Internationale des Sciences Administratives
Sch.z.of.Recht Schriften zum Offentlichen Recht
TC *Tribunal Constitucional*
VVDStRL Veroffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZBR Zeitschrift fur Beamtenrecht

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es el de abordar desde una perspectiva dogmática el régimen jurídico de la función pública.Los estudios doctrinales de carácter general en torno a la función pública son hoy relativamente escasos.Para comprobarlo basta pensar que por ejemplo, en Italia, los estudios sobre la función pública a comienzos de siglo eran mucho más numerosos que ahora. Los autores contemporáneos se interesan sobre todo por la interpretación del derecho positivo y centran su atención en la actividad administrativa, en el acto administrativo y en los contratos administrativos. En cuanto a la organización administrativa, el interés es mayor por las estructuras organizativas que por el personal, que además es estudiado más bajo una perspectiva social y económica que jurídica.Los conceptos fundamentales de la función pública están escasamente analizados. La doctrina continúa demostrando poco interés por la función pública. Por ejemplo, en Alemania, hace unos 20 años, los autores prestaban mayor interés a la función pública.

Se pretende un planteamiento general que permita puntos de vista y criterios globales de interpretación, nuevas maneras de enfocar las cuestiones funcionariales, y un nuevo modelo de organización. El casuístico y cada vez más cuestionable sector funcionarial necesita ser comprendido bajo categorías jurídicas firmes y generales.

No se trata de un trabajo de derecho comparado portugués - español. Conociendo ambos derechos peninsulares, y a causa del curso de doctorado que exige el conocimiento profundo del derecho español, la atención incidió más en el derecho español. Sin embargo, del trabajo se deducen principios generales aplicables a los derechos peninsulares.

La perspectiva es sobre todo jurídica, pero el estudio del derecho funcionarial no puede olvidar la realidad burocrática, los fenómenos del poder y los laborales, en general. El derecho administrativo no se puede apartar completamente de la ciencia administrativa.

El objetivo principal de la investigación es la función pública y no la relación de especial sujeción. Esta última relación es estudiada sólo a causa de su conexión con la función pública.

Existen razones suficientes que justifican el regreso al tema clásico de la función pública:

-La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea cuestiona la concepción de la función pública anclada en el criterio de la soberanía del Estado.

- Las vigentes Constituciones española y portuguesa han consolidado un significado democrático de función pública diferente del concepto clásico que estaba muy cerca del Estado autoritario.

- La función pública está condicionada por los conceptos de Estado y sociedad, que experimentan continuas modificaciones. También el cambio del contenido de las tareas públicas exige modificaciones de la organización funcionarial.

- La influencia del derecho laboral, de las privatizaciones y del "management" cuestionan la propia existencia de la función pública.

Estas razones son suficientes para explicar el interés teórico y práctico de la investigación sobre la función pública.

El método principal de la presente investigación se basa sobre todo en dos ideas:

- La primera es que la función pública no es sólo un concepto de derecho administrativo, también posee una dimensión de derecho constitucional, social y política.

- La segunda idea es la explotación del vínculo próximo entre función pública y relación de especial sujeción. La tesis intenta sustituir el concepto clásico de relación de especial sujeción por otro concepto central (la relación especial de derecho administrativo funcionarial) más adecuado al cumplimiento de las tareas públicas.

En cuanto a la bibliografia utilizada, es más abundante la bibliografia sobre la relación de especial sujeción que sobre la función pública En España, existe bibliografia muy importante sobre la relación de especial sujeción. Hemos utilizado sobre todo la bibliografia española, portuguesa y alemana. Pero, no olvidamos a los autores italianos, franceses, norteamericanos, e ingleses.

Dr.MATTHIAS NIEDOBITEK, del Forschungsinstitut fur Offentliche Verwaltung Speyer nos ha proporcionado elementos bibliográficos alemanes actualizados, que fueran muy importantes para la investigación.

En estos últimos 5 años, hemos frecuentado principalmente la biblioteca del Instituto Nacional de Administración Pública - Madrid, y la de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.Quizás se eche de menos aquí una cita más abundante de la jurisprudencia española. En este punto hemos preferido pecar de prudentes y no de temerarios y, en consecuencia, nos hemos limitado a estudiar las sentencias(por lo demás numerosísimas)identificadas y seleccionadas por los autores españoles.

El hilo conductor de la tesis se resume en la siguiente idea: *la función pública, como relación especial de derecho administrativo y no como relación de especial sujeción, es una organización útil y necesaria, pero debe adaptarse a los cambios permanentes exigidos por el cumplimiento de las tareas públicas concretas.*

Para fundamentar y desarrollar esta idea principal, hemos establecido las siguientes etapas:

Defendemos en el capítulo I la sustitución del concepto de relación de especial sujeción en la función pública, porque juzgamos que la función pública no presenta este fenómeno de "sujeción especial".

Examinamos en el capítulo II, los principales argumentos externos contrarios a la relación de especial sujeción, como los principios de la reserva de ley, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, el principio democrático, el Estado de derecho, etc. La relación especial de derecho adminstrativo de la función pública consigna "deberes especiales" a los funcionarios, pero también derechos y garantías especiales.El régimen jurídico de las funciones públicas portuguesa y española no es una relación ni de sujeción general, ni de especial sujeción, ni de régimen laboral común, ni de derecho laboral especial.La opciones de la Constitución española y de la Constitución portuguesa son semejantes porque ambas apuntan a un régimen predominante de derecho administrativo(capítulo III).

Existe fundamento suficiente para afirmar la relación especial de derecho administrativo de la función pública. Presentamos las funciones administrativa, de equilibrio de intereses, de garantía de neutralidad político - partidaria, de garantía de legalidad y del Estado de derecho, etc. que pueden fundamentar la relación especial de derecho administrativo funcionarial.La función pública sigue teniendo futuro. Cuanto mayor es el pluralismo, cuanta más complejidad tienen las relaciones sociales, más crece el potencial decisorio y el papel de la función pública (capítulo IV).

Es conveniente el concepto de "relación jurídica" porque el personal no tiene sólo un papel jurídico - individual, también desempeña un papel jurídico - organizatorio. El contrato administrativo debe poseer un papel importante en el ámbito de la función pública, ya que es una relación de empleo personal y voluntaria.Es evidente en cualquier caso que en el análisis hay que distinguir

siempre entre lo positivo y lo conceptual. El Derecho positivo vigente en un momento y en un pais determinados es algo coyuntural que el jurista no puede perder nunca de vista, pero a condición de ser consciente de su provisionalidad.La voluntad del legislador es decisiva, por supuesto, aunque detrás de ella - o, mejor aún por encima de ella - hay valores superiores (el sentido común, la justicia, el interés general, la democracia, la eficacia, etc.) que no siempre se reflejan bien en la letra de las leyes.

El jurista - y, más aún, un doctorando-no ha de limitarse a describir el ordenamiento jurídico y a aclararlo o sistematizarlo, sino que está obligado a adoptar una actitud crítica y en su caso rectificadora de lo existente, ya que éste es el único medio de que el Derecho (y con él la sociedad y el destino de los ciudadanos) progrese.Al menos esto es lo que con todo respeto se ha intentado hacer en estas páginas siguiendo el ejemplo de la inmensa mayoría de los autores que se han consultado.

Por lo demás, sorprende mucho la relativa indiferencia con que los administrativistas europeos contemplan, en lo que atañe a la función pública, las transformaciones que estamos viviendo. Portugal y España se han incorporado com retraso a la Democracia y al gran proyecto europeo y si en otros aspectos han recuperado pronto el tiempo perdido, no sucede lo mismo en el ámbito funcionarial, que sigue confuso y convulso.Es cabalmente desde esta perspectiva desde la que hay que completar la presente tesis.

La relación funcionarial tiene un sentido material.Se defiende la vinculación de las relaciones funcionariales a la Constitución democrática, y no a criterios de "eficiencia" o "políticos". La función pública exige un procedimiento especial. La Constitución española prevé el régimen estatutario, y prefiere un régimen predominante de derecho público (capítulo VI). La tesis defiende la sustitución del punto de vista unilateral - autoritario de la "relación de especial sujeción" por la

"relación especial de derecho administrativo" de base contractual (capítulo VII). En el capítulo VIII se fijarán las diferencias entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo: esta última relación no puede considerar al funcionario como "servidor", sino como ciudadano y trabajador. La "relación especial de derecho administrativo funcionarial" puede justificar peculiaridades o limitaciones complementarias, en los derechos fundamentales funcionariales, si las funciones concretas o tareas públicas las exigen.

La presente tesis no pretende ser rigurosamente original ni aspira a transformar el panorama teórico del personal al servicio de las Administraciones Públicas.Quizás su mayor mérito(si es que puede hablarse así desde la sincera modestia de su autor) consista en el aliento que la inspira y en la amplitud de la perspectiva desde la que ha sido elaborada. Cuando se estudia la bibliografía comparada sobre función pública se tiene la sensación de que los tratadistas se están cerrando cada vez más dentro de sus propias fronteras olvidando que estas son inadmisibles en la ciencia y mucho menos en la edad europea.El Derecho de la función pública se está deslizando peligrosamente hacia unos planteamientos rígidamente positivistas y abusa de los comentarios de naturaleza exegética. Rasgo tanto más sorprendente cuando en España, concretamente, la desmesurada abundancia legislativa está haciendo imposible su manejo preciso.

En estas condiciones, si el jurista no quiere perder pie ha de acudir a la ayuda de unos conceptos dogmáticos que estén por encima de los fugaces textos normativos y le permitan orientarse en todo momento. Unos conceptos dogmáticos que, por lo demás, no pueden ser de sustancia meramente académica o legalista sectorial sino que han de afirmarse en la totalidad de la ciencia del Derecho, incluindo el Derecho Constitucional, y sobre todo en la realidad social e histórica. Solo cumpliendo estas dos condiciones podrá construirse una herramienta intelectual útil. El autor del presente trabajo ha tenido ocasión a lo largo de su carrera profesional, ya dilatada,

de frecuentar varias Universidades europeas y de practicar en el Foro de su país. Esta doble experiencia le ha impulsado a escribir una obra de carácter teórico pero que huye de la mera especulación o de la erudición estéril y, al tiempo, una obra que, siguiendo de cerca los textos positivos, pretende remontarse a teorizaciones que estén al abrigo de los incesantes vaivenes legislativos y jurisprudenciales. En qué medida se han logrado tales objetivos es algo que no corresponde valorar a su autor sino a sus lectores y, muy particularmente, a los profesores que con su autoridad han de enjuiciarla académicamente.

El manuscrito ha sido redactado por el autor en castellano y sometido luego a una severa revisión ortográfica y estilística por parte de un traductor. Aún así es inevitable que se hayan deslizado errores y impropiedades de todo tipo, para las que pido comprensión y generosidad. El autor tiene publicado artículos en revistas extranjeras y sabe de sobra lo difícil que es lograr la corrección(ya que no la perfección) cuando se escribe en un idioma extraño incluso contando con la ayuda de los equipos técnicos de las editoriales.

Finalmente, debo citar el decisivo perfeccionamiento de mis conocimientos que me procuró la inscripción en el programa de doctorado del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, con asistencia a las clases de los ilustres profesores GARCÍA DE ENTERRIA, GONZÁLEZ PÉREZ, FERNÁNDEZ FARRERES, LÓPEZ RODÓ, MARTIN BASSOLS y VILLAR PALASI. A ellos mi gratitud por lo que he tenido oportunidad de aprender.

Esta tesis doctoral fue presentada bajo la dirección del profesor D.ALEJANDRO NIETO GARCÍA, para quien guardo especial mención y agradecido reconocimiento. He contado en todo momento, durante cinco años, con su disponibilidad, apoyo científico y bibliográfico, además de su estímulo y ejemplo universitario. Mi agradecimiento a mi Maestro y Director de tesis bajo cuyo

magisterio firme empecé realmente a investigar, y del que día a día sigo aprendiendo sus lecciones y ponderados comentarios, que han sido la guía principal del trabajo.

CAPITULO I

LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN EN ESPAÑA, PORTUGAL Y ALEMANIA: CONCEPTO TRADICIONAL Y REVISIÓN MODERNA.

Las Constituciones democráticas de España, Portugal y Alemania no se han apartado por completo del concepto de la relación de especial sujeción. Contra lo que se podría pensar, a causa de la influencia de la doctrina democrática, algunos autores y también los tribunales continuan haciendo referencia al concepto de relación especial de sujeción. Por eso, podemos decir que la Constitución democratica no produce el fin de la teoria de la relación de especial sujeción. Esta teoría sigue teniendo "buena salud".Vamos a estudiar esta situación en España, Portugal y Alemania.En estas naciones, los criterios doctrinales y la praxis son diferentes, como vamos a ver en seguida.Pero, continua habiendo una cierta influencia de la doctrina de la relación de especial sujeción.

El grado de aceptación del concepto de la relación de especial sujeción es diferente, ya que no tiene la misma aceptación en cada uno de los países mencionados.El grado de aceptación en la jurisprudencia y en la doctrina también puede ser distinto según los países.

En términos explícitos, ninguna de aquellas Constituciones se refiere al concepto en discusión de la" relación de especial sujeción".Pero dichas Constituciones hacen referencia, implícita y explícitamente, a los funcionarios, a los soldados, etc. por esto algunos autores deducen de esa referencia la existencia de la teoría de la relación especial de sujeción.

Esta teoría tiene su origen en Alemania en el siglo XIX.Pero su contenido clásico poco tiene a ver con su contenido actual.En cuanto a su grado

de aceptación, podemos decir que hay una mayor aceptación en España, en la actualidad, que en Alemania: en España, los tribunales han dado bastante expansión a la aplicación de la relación de especial sujeción, también en supuestos que nada tenian que ver con una situación de especial sujeción.En Portugal, el concepto de relación de especial sujeción es muy poco conocido.Pero, esto no significa un mayor reconocimiento de los derechos y libertades en aquellas relaciones especiales, significa la utilización de otras técnicas de restricción de derechos.

La teoria de la "relación de especial sujeción" fue estudiada con mucho detenimiento por algunos autores españoles, como, por ejemplo, GALLEGO ANABITARTE - 1961, GARCIA MACHO - 1992, LOPEZ BENITEZ - 1994, LASAGABASTER HERRARTE - 1994, y PISON APARICIO - 1995.[1]

1. La situación en Alemania.

En Alemania, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de Marzo de 1972 no hay un gran entusiasmo por la "relación especial de sujeción"(BVfG33, 1"Strafgefangene"; 33, 158"Kassenarzt"; 41, 251"Schulverweis").La "laguna del Estado de derecho" fue eliminada por la prolongación del principio de legalidad(reserva de ley).No se defiende más el efecto principal de la teoría de la "relación especial de sujeción" que es la posibilidad de limitación de los derechos fundamentales sin fundamento legal.Los derechos fundamentales de los presos, por ejemplo, sólo pueden ser restringidos por ley o con fundamento en ley.Puede utilizarse claúsulas generales, pero su interpretación debe ser lo más estricta posible.Por otro lado, se encuentran algunos apoyos ocasionales en la jurisprudencia que se refieren a la teoría de la "relación especial".Por ejemplo, el OVG Munster - vd. ZBR 74, 362 sobre la cuestión de si un funcionario está obligado o no a sujetarse a una prueba de

---

[1] Vid. GALLEGO ANABITARTE- *Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de Legalidad de la Administración*-"Revista de Administración Pública", nº34, 1961; GARCIA MACHO-*Las Relaciones Especiales de Sujeción en la Constitución Española*, 1992; LOPEZ BENITEZ- *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*, 1994; LASAGABASTER HERRARTE- *Las Relaciones de Sujeción Especial*, 1994; I.MARTÍNEZ DE PISÓN - *Régimen Juridico de la Función Pública y Derecho al Cargo*, 1995.

aptitud si es dudosa su capacidad profesional, el Tribunal va a apoyarse en argumentos como la "limitación implícita", la" sujeción voluntaria", y el principio de "volenti non fit injuria".También sigue vigente la jurisprudencia del BVwG que permite la reivindicación de sueldos pagos a más que el debido por la Administración a través de actos administrativos sin expresa autorización legal.También sigue vigente la aplicación de la teoría de la "relación especial" en lo concerniente a la protección jurídica.En este aspecto, el art.19°GG ha provocado una modificación de la jurisprudencia.Pero, continua diferenciándose entre medidas referidas a la relación básica y medidas referidas a la relación de funcionamiento.Estas últimas no serían anulables por un tribunal, porque serían medidas de ámbito interno sin necesidad de protección jurisdiccional. En la doctrina, algunos autores defienden, en la actualidad, la teoría de la"relación de especial sujeción", pero con diferencias respecto a la doctrina clásica.

Nótese en cualquier caso la transformación que ha experimentado el concepto en el transcurso del tiempo.El nuevo sentido de la relación de especial sujeción es diferente del primer significado. Esto es notorio en algunos autores alemanes de la actualidad.

El concepto relación de especial sujeción ha sido sustituído por nuevas expresiones como "relación jurídica especial", "relación de status especial", "status especial", o "relación de dependencia acrecida". Pero, según THIELE estas nuevas expresiones no son las que alteran las condiciones materiales.[2]

Este nuevo punto de vista sobre la relación de especial sujeción defiende opiniones muy diferentes a las del concepto clásico. Admite la protección jurídica y la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de funcionario.No se trata, como antes, de un espacio libre del derecho.La relación de funcionario no incluye toda la personalidad del sujeto.El titular del poder no ejerce un poder sin limitaciones.En el Estado actual existen instituciones como el funcionariado, la universidad, etc. con específicas relaciones de "status". El criticar la doctrina tradicional de la relación especial de poder no significa que se aprte totalmente de otras vinculaciones especiales de derecho público - "offentlich - rechtlichen Sonderbindung" - THIELE.

---

[2] Vd.THIELE, W.-*Abschied vom Besonderen Gewaltverhaltnis*, "ZBR", hf.12/1983, s.346ss

Cualquiera que sea la forma del Estado hay siempre relaciones especiales de poder. Si esa relación jurídica con el Estado es específica, debe ser considerada como relación jurídica especial. En el concepto de "relación especial de poder", el "especial" no se refiere al poder, sino a la "relación". D.MERTEN se admira mucho de la fobia al "poder" de autores como BENDA, que afirma que en el Estado de derecho libre y democrático, el Estado no ejerce el "poder" sobre los ciudadanos, incluso en ámbitos particulares.

No se comprenden estas reservas de BENDA.Es la propia Constitución la que habla en poder del Estado, de los poderes constituyente y legislativo.El poder se fundamenta en el pueblo, pero es ejercido por el Estado, debe ser ejercido por el Estado sobre los ciudadanos, de otro modo el Estado se negaría a sí mismo. El poder estatal no es el poder físico, es dominio o función.Es "potestas" o "imperium", no "vis".El poder estatal, en el Estado de derecho es dominio de la ley.Las normas jurídicas se distinguen de otras normas de deber ser y la reglamentación debe ser ejecutada, siendo necesaria la coacción para apartar la desobediencia y otros impedimientos.El Estado sin poder es anarquía. No hay peligro para el Estado de derecho y libertad, según D.MERTEN, si las relaciones especiales de poder tienen fundamento en el derecho constitucional. Las relaciones generales y especiales de poder son relaciones jurídicas.

Todavia informa D. MERTEN que el "Preussische Allgemeine Landrecht" tenía un Título de los "Derechos y Deberes del Servidor del Estado".Desde el inicio del siglo XIX casi todos los Estados alemanes han publicado leyes de los servidores del Estado.La tesis de la ausencia del carácter jurídico de la relación de funcionario no tiene apoyo histórico. Ya THOMAS, en la época del Estado "autoritario", entendía la relación de poder como relación jurídica.

La relación especial de poder es una realidad de hecho (M.RONELLENFITSCH). Si la Constitución reconoce algunas relaciones especiales de poder, la respectiva capacidad funcional debe ser mantenida en primera línea por el derecho administrativo.El individuo no se incluye sólo en el Estado, también pertenece a otras organizaciones en circunstancias propias.Las tareas del Estado son diferenciadas y exigen agrupamientos especiales de

personas que ejercen esas tareas con eficacia, y también con derechos y deberes específicos.

RONELLENFITSCH critica a los autores que plantean nuevas expresiones para el concepto de relación de especial sujeción que ocultan el origen histórico de la relación de especial sujeción como poder. Por otro lado, con semejanza a D.MERTEN, apoya la noción de "poder".El Estado ejerce el poder interna y externamente.La teoría de la división de los poderes presupone la existencia del poder del Estado.Poder y derecho no son opuestos.La relación de poder es una relación jurídica.Entre "status especial", "vinculación especial" y "poder especial" no hay diferencias.

Este punto de vista de RONELLENFITSCH es criticado porque transpone para el derecho administrativo una categoría ya alejada del derecho constitucional.Defiende el punto de vista de O.MAYER ("Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht") y de FORSTHOFF. Propone la separación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, ignorando que el derecho administrativo es un derecho constitucional concretizado (vd. F. WERNER).

La situación normal del ciudadano ante el Estado es la de una distancia mínima con respecto a éste.La ejecución de los fines del Estado y el desarollo de la personalidad de los ciudadanos son procesos diferenciados.La integración en el Estado del funcionario, del soldado, etc., son necesarios para la ejecución de los fines del Estado y anulan esa distancia mínima. LOSCHELDER critica a RONELLENFITSCH porque la relación de especial sujeción es una categoría de derecho constitucional y no de derecho administrativo, como propone este último autor..La Constitución garantiza relaciones especiales para funcionarios, soldados, jueces, estudiantes y presos.La relación de hecho diferente de la relación normal de distancia con respecto al Estado de los ciudadanos en general, continua vigente, y necesita del instrumento de la "offentlich - rechtlichen Sonderbindung (LOSCHELDER).

En mi opinión, estos puntos de vista de THIELE, W., D. MERTEN, RONELLENFITSCH, M. y LOSCHELDER, W.[3] son importantes para la permanencia en la actualidad del concepto de relación de especial sujeción, y ciertamente han influenciado las doctrinas española y portuguesa. Estas teorías parten de la valorización de la noción de "poder" del Estado, y no de las "tareas" o "actividad" del Estado.

Nosotros intentamos exponer, en esta tesis, la unión de la función pública no a la relación de especial sujeción y a la noción de "poder" del Estado, y sí a las "tareas" y actividades del Estado, a causa de los cambios producidos en la noción de Estado y de sociedad. La cuestión de la denominación tiene bastante importancia, pues permite deducir consecuencias diversas.El adjetivo"especial" puede estar referido al"poder", a la "sujeción"y al sometido, o a la "relación". El "poder" y la "sujeción" son dos lados de la misma moneda, por eso no es muy útil distinguir ambos aspectos. La óptica del "poder"se fundamenta aún en el punto de vista de las inmunidades del poder. La óptica de la "sujeción" no es conforme a la doctrina del Estado democrático, porque no se garantizan los derechos de los ciudadanos. MICHAVILA NÚÑEZ[4] afirma que"más que hablar de relaciones de sujeción especial(o de especial sujeción, que tanto da) como etiqueta de la que se hacen derivar consecuencias que rozan el campo de la inconstitucionalidad...debería acudirse a la categoría italiana de ordenamiento sectorial."..).

Juzgamos que el adjetivo "especial" se refiere a la "relación", y no al "poder".En este aspecto coincidimos con la opinión de D.MERTEN.La relación entre el funcionario y la Administración, el mismo en cuanto titular de la función, es una relación jurídica, por eso el adjetivo "especial" sólo se puede referir a la "relación" jurídica.La relación de especial sujeción, en su orígen histórico, concuerda con este punto de vista. Por ejemplo, FLEINER incluye en el concepto

---

[3] Vid. THIELE, W.-*Abschied vom Besonderen Gewaltverhaltnis*-"ZBR", hf.12/1983, 346ss, D. MERTEN - *Das Besondere Gewaltverhaltnis*, 1985, s.9, 33, 53, 77, 83ss, RONELLENFITSCH, M.-*Das Besondere Gewaltverhaltnis im Verwaltungsrecht* –"DOV", 1984, hf.19, s.781ss y LOSCHELDER, W.-*Vom Besonderen Gewaltverhaltnis zur Offentlich-rechtlichen Sonderbindung*, 1980, s.450ss, 470ss.

[4] Vid. MICHAVILA NÚÑEZ, *Relación Especial de Sujeción en el Sector Crediticio y Estado de Derecho*-"REDA", 54, 1987, pp.243ss, p.251

de relación de especial sujeción a los funcionarios...a los contribuyentes y a los que forman parte de las relaciones que se dan en la prestación de los seguros de enfermedad y de accidente. THOMA indica como ejemplos de la relación de especial sujeción, la subordinación del criado al poder del señor, la del trabajador al propietario de la fábrica, los usuarios de los servicios públicos... El propio O.MAYER, que es uno de los padres de la relación de especial sujeción, incluía la relación jurídico - tributaria.[5] Estos autores clásicos incluían en las relación de especial sujeción relaciones que respetaban a todos los ciudadanos.Sin embargo, todos los ciudadanos no pueden estar en una relación de especial "sujeción". Por éso, el adjetivo "especial" se refiere a la propia "relación" que tiene ciertas especificidades.Sería absurdo considerar a todos los ciudadanos en una relación de especial "sujeción".

En conclusión, diversamente de CASTILLO BLANCO, referimos el adjetivo"especial" no a la "sujeción" o al "poder", y sí a la "relación".

2. La situación en Portugal.

El concepto de "relación de especial sujeción" no tiene en Portugal un papel central. Son mucho más utilizados los conceptos de "autorización administrativa" y de "polícia administrativa"que pueden servir a los mismos objetivos.Se trata de afirmaciones aisladas, de donde no se extraen grandes efectos prácticos, ésto es, se trata más de una categoría explicativa. En Portugal, el concepto de "relación especial de sujeción" no se aplica sólo a la función pública, sino también al ámbito de los contratos administrativos, por ejemplo.Existen sentencias en Portugal que también incluyen funciones privadas bajo el concepto de "relación especial". Pero, los tribunales portugueses no han expansionado, tanto como los españoles, la aplicación de la "relación especial" a ámbitos privados.

---

[5] Vd. CASTILLO BLANCO- *Función Pública y Poder Disciplinario del Estado*, 1992, ps.103, 97, 115.

Un ejemplo de aplicación del concepto de "relación especial de sujeción" a personas privadas es el Parecer 7/78 de la" Comissão Constitucional"[6]. Parece posible una "relación especial "entre la Administración y particulares que no sean agentes administrativos.Las relaciones de sujeción especial no exijen la integración en la jerarquia administrativa. Por ejemplo, los juegos de azar son actividades privadas sujetas a un regímen especial de vigilancia.Para la protección de los intereses colectivos es necesario que tales actividades tengan una vigilancia especial, así como los infractores y el poder disciplinario de la relación de especial sujeción.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional nº31/84 (Diário da República, I, 17/4/84)se aplica el concepto de relación especial de sujeción en el ámbito de las Fuerzas Armadas, pero no se incluye al personal civil de los establecimientos mercantiles de las Fuerzas armadas.

Fuera de los casos clásicos de" relación especial sujeción", hay una interesante Sentencia del Tribunal Constitucional nº6/84, del 18/1/84(DR, II, 2/5/84) que admite la constitucionalidad de la norma del Reglamento de Transportes de Automóviles sobre el uso obligatorio de uniforme y la obligación de ir bien afeitado por el personal que tiene regímen laboral.El Tribunal afirma la especificidad de la función del recaudador en servicio en los autobuses y su imediata relación con el público.

Ver "Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo", Lisboa, nº314, p.256: "en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, la relación de funcionamiento se incluye en el ordenamiento interno, y de ese ámbito sólo surgen actos internos".

En el plan legal, se utiliza expresamente el concepto de "relación de especial sujeción", por ejemplo en el DL. nº264/89, del 18 - 8, a propósito de las Fuerzas Armadas.

Fuera de estos casos referentes a algunas sentencias y leyes (no en gran número...), hay autores significativos que admiten la utilización del concepto de "relación de especial sujeción". Pero, continúo afirmando que el concepto no tiene una importancia teórica y práctica básica en el derecho portugués. Durante el

---

[6] 4º volume de "Pareceres da Comissão Constitucional", Lisboa.

régimen autoritario portugués (40 años de vigencia), no era necesario tener presente esa "relación especial". Al régimen autoritario vigente, le era suficiente un concepto de legalidad, reducido por los amplios poderes políticos y legislativos del Gobierno que no dependía de elecciones democráticas.Por otro lado, en este régimen no existían derechos fundamentales democráticos. Los funcionarios portugueses no podían hacer huelga, etc., porque habían jurado fidelidad al régimen político, por eso no era necesaria ninguna "relación especial de sujeción" para restringir derechos que ya habían sido restringidos de otras formas quizá más poderosas. Después de 1974, con la llegada del régimen democrático constitucional, la gran importancia de los derechos fundamentales no ha permitido un espacio razonable para un concepto de "relación especial de sujeción", sin tradiciones en Portugal.

Vamos a examinar la opinión de algunos autores que han utilizado en Portugal el concepto de "relación de especial sujeción.

MARCELO CAETANO [7] ha referido la relación de sujeción especial en las siguientes situaciones:en los contratos administrativos, en la vinculación especial de la función pública y en la relación de subordinación especial de la polícia administrativa.Pero, en este autor no hay una utilización expresa del concepto de "relación de especial sujeción" que no ha sido considerado teóricamente necesario en el Estado autoritario.Este autor ha influenciado de una forma u otra en la mayoría de los actuales autores portugueses.

También se apoya el concepto de "relación especial de poder" a propósito de las ordenes profesionales y de sus poderes públicos sobre los médicos, abogados, etc.

ESTEVES OLIVEIRA defiende aún un concepto clásico:..."con base en la relación especial de poder se pueden reglamentar ciertas materias sin una ley previa que defina las bases generales del régimen jurídico".El mismo autor, en Código do Procedimento Administrativo, Coimbra, 1995, v.II, p.14 apoya como ejemplos de "relaciones especiales de poder"la utilización del espacio de dominio público por entidades licenciadas, la relación Universidad - estudiantes, y la

---

[7] Vid.MARCELO CAETANO - *DireitoAdministrativo*, 1970, Lisboa, vs.IeII, ps.565, 627, 688, 667, 686, 690, 716, 736.

relación de empleo o laboral con la Administración pública.Este autor admite que la relación laboral con la Administración es una "relación especial de poder".Este punto de vista me parece demasiado radical, pues una relación laboral pertenece al derecho no - público. En esta obra tan reciente, el autor configura los contratos administrativos como" relación de poder"ejercida sobre particulares no integrados en el ámbito de la organización administrativa.Cabe cuestionar si ESTEVES OLIVEIRA utiliza este concepto en su sentido clásico, o con el sentido más moderno y "constitucionalizado".[8]

JOÃO ALFAIA.se refiere a un estatuto especial de derecho público de la función pública, a una unión más fuerte, a la preponderancia de la Administración y en contrapartida a la estabilidad del empleo, a la vinculación más fuerte. La posición de supremacía del Estado resulta de la "naturaleza de las cosas".Se puede hablar de un "estado o cualidad de funcionario".

La diferencia entre relación básica y de funcionamiento es utilizable para la comprensión de los reglamentos internos de organización y de los reglamentos de dirección de la función pública. Los estudiantes de los establecimientos públicos, los funcionarios públicos, los militares, los presos, los usuarios de los servicios públicos no gozan de la misma medida de derechos fundamentales que los ciudadanos comunes. Pero estas restricciones de poder deben respetar los presupuestos y los limites expresamente previstos en la Constitución - Vd. VIEIRA ANDRADE.

En las relaciones especiales de poder puede existir dicho poder de dirección sin relación jerárquica. Ejemplos de estos casos son las relaciones alumno - profesor, del preso, y del usuario del servicio público - Vd.PAULO OTERO.

No pueden ser idénticas las reglas sobre las relaciones profesores - alumnos, médicos y enfermos, funcionarios de prisiones - presos. El regimen de los usuarios de los servicios públicos y el de los funcionarios públicos no puede ser el mismo. Se trata en estos dos casos de relaciones especiales de poder distintas. Los

---

[8] En la "Revista de Legislação e Jurisprudência", Coimbra, ano 124, p.161ss-vd. R. E. SOARES. ESTEVES OLIVEIRA - *Direito Administrativo*, Lisboa, 1980, ps. 129, 125, 115 ss., 133, 142, 114 ss.

usuarios de los servicios son particulares que no ejercen tareas administrativas. Los funcionarios pertenecen a la Administración y desempeñan tareas administrativas. Pero FREITAS DO AMARAL acepta la noción de relación especial de poder en todos estos supuestos.[9]

En resumen, la doctrina portuguesa continúa utilizando el concepto de relación especial de poder en el ámbito de la Constitución democrática de 1974. Pero se trata de un concepto reducido en su importancia a causa de la plena vigencia de los derechos fundamentales y del principio de la legalidadad(Art. 18.1 CP).Ésto es: no es un concepto de una importancia central en el que se puedan restringir los derechos fundamentales sin base legal, como pretendía la doctrina clásica.

Hasta ahora, hemos pasado por los derechos alemán y portugués. El concepto de relación especial de poder ha cambiado de significado, perdiendo su significado tradicional de "sujeción especial", aunque sigue vigente. Vamos ahora a examinar el derecho español.Esta etapa será importante para la presente Tesis que intenta abandonar el concepto de relación de especial sujeción en la función pública. Pero sólo debemos no considerar o abandonar algo si ese algo o concepto es aún objeto de aplicación jurídica en la realidad. Por eso vamos a examinar las situaciones actuales de los derechos alemán, portugués y español.

3. La situación en España.

La categoría de las relaciones de sujeción especial no ha encontrado en España un gran desarollo doctrinal.Pero los tribunales y la doctrina utilizan esta categoría con frecuencia.Cuando la utilización de un concepto jurídico es frecuente, puede ser que se olvide la competente justificación teórica. En Alemania, se puede seguir el origen y el desarollo teórico de la categoría durante más de un siglo.En Portugal y en España, esta investigación histórica no es

---

[9] Vid. JOÃO ALFAIA - *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, Coimbra, 1985, v.I, p.27 ss. COUTINHO ABREU-*Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, Coimbra, 1987, p.115ss.VIEIRA DE ANDRADE - *Direito Constitucional*, Coimbra, 1977, p235.PAULO OTERO- *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra, 1992, p.59. FREITAS DO AMARAL- *Curso de Direito Administrativo*, I, 1994, Coimbra, p. 629.

posible, pués se trata de una categoría importada por los derechos hispanos, y que se ha desarollado primariamente en Alemania en el seno de la "monarquía constitucional".La explicación para esta situación es doble..según I.L.HERRARTE[10]. Por un lado, la falta de una doctrina administrativista perfectamente desarollada hasta 1950 y por otro lado, la carencia de libertades públicas en los textos constitucionales, han hecho que no fuera necesario un concepto de relación de sujeción especial.Sin libertades públicas, la cuestión de la situación del particular ante el poder no era importante. También los tribunales españoles utilizan el concepto. La STS de 8 de junio de 1990 habla de:"...las relaciones especiales de sujeción como son las funcionariales y en general las de todo el personal al servicio de la Administración pública...".La STC 93/1984, de 16 de octubre considera, como relación de especial sujeción, la existente entre la Administración y los funcionarios, la de los profesores de centros docentes, la de los miembros de un Colegio profesional, la del interno en prisión, la de los militares. En la STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ8 se considera la distinción entre relación de sujeción general y especial como "imprecisa", también considera como relación de especial sujeción el que "...en principio haya que admitir que existe relación entre Administración y demandante, debido a la licencia que éste había obtenido de aquélla para ejercer su actividad profesional de detective privado y sin la cual no podría hacerlo".

En España, la aplicación de la relación de especial sujeción por los tribunales es mucho más frecuente que en Portugal.La doctrina española sobre relación de especial sujeción es mucho más rica que la portuguesa.Hay que resaltar, sobre todo, el trabajo de GALLEGO ANABITARTE en el año de 1961. La importancia de esta obra, sin paralelo en la doctrina portuguesa, resalta, por ejemplo, la importancia dada por el autor al principio de legalidad antes incluso de la Sentencia del BVG alemán de 1972 que se atiene a los internos en prisión. Afirma ABANITARTE que el principio de legalidad se debía aplicar "...en las RES como consecuencia de la decisión jurídico-constitucional por el Estado de derecho". En la actualidad, existen en España obras de LÓPEZ BENÍTEZ, GARCÍA MACHO, etc. que tratan el tema de las relación de especial sujeción con

[10] I.LASAGABASTER HERRARTE-*Las Relaciones de Sujeción Especial*, Madrid, 1994, p.146.

especial énfasis, y sin que existan en Portugal obras de tal rigor e intensidad teórica.

En conclusión, continúan en Alemania, Portugal y España las referencias a las relación de especial sujeción como categorías aún vigentes, por eso el objeto de esta Tesis continua siendo posible. Nosotros intentamos abandonar la relación de especial sujeción en el ámbito de la función pública.

4. La comprensión de la relación de especial sujeción es diferente según los autores.

La comprensión de las relación de especial sujeción es diferente según los autores.Llegados a este punto, podremos diferenciar distintas ópticas de apreciación:

- El grado de mayor o menor aceptación del concepto de relación de especial sujeción.
- El modo de entendimiento clásico o moderno de la relación de especial sujeción.
- El fundamento de la relación de especial sujeción.
- El contenido dogmático de la relación de especial sujeción.
- Si hay o no diferenciaciones entre las diversas relaciones de especial sujeción.
- Los efectos práticos qus se deducen de la teoría de la relación de especial sujeción.

a) El grado de mayor o menor aceptación del concepto de relación de especial sujeción.

En cuanto a este último aspecto, se puede constatar que hay autores que defienden la renuncia al concepto de relación de especial sujeción (LASAGABASTER HERRARTE). Otros apoyan, por el contrario la valorización del concepto (BESCHORNER, FABER, MERTEN, LOPEZ BENITEZ). Algunos autores sólo toleran las relaciones de especial sujeción, pero sin gran entusiasmo (GARCIA MACHO, CASTILLO BLANCO).Es posible aún una concepción que

tolere la relación de especial sujeción, pero que admita como deseable en un futuro la desaparición, más conforme a la doctrina democrática.

"De aquí que se propogna su definitivo abandono.La Constitución y las normas generales de la interpretación aportan los instrumentos precisos para hacer innecesario acudir a las...*dificilmente definibles relaciones* de especial sujeción"[11].

BESCHORNER[12] apoya la relación de especial sujeción.Los sectores donde se integran, con especificidad ciertos grupos de personas en la organización administrativa necesitan categorías especiales de la actividad administrativa.

Las relaciones de especial sujeción no están ultrapasadas.Es válido el punto de vista de que la totalidad de la relación de funcionamiento no está bajo un control jurisdiccional.[13]

No hay peligro para el Estado de derecho en la adopción de la relación de especial sujeción.Su fundamento es el de derecho constitucional[14].

El punto de vista más directo, es el de LÓPEZ BENÍTEZ[15]:"Las relaciones especiales de sujeción siguen siendo, en definitiva, una institución necesaria ".

La notable obra de G.MACHO no es tan entusiasta como L.BENITEZ a propósito de las relación de especial sujeción."Solamente cuando la Constitución admita el supuesto de una relación de especial sujeción, podrá aplicarse tal concepto ". Otro autor, un tanto restrictivo para las relaciones de especial sujeción es F.CASTILLO BLANCO: "No cabe en la actualidad realizar una separación neta y absoluta y una diferencia de régimen jurídico radical y pleno entre las relaciones de sujeción general y las relaciones de sujeción especial".[16]

b) <u>El modo de entendimiento clásico o moderno de la relación de especial sujeción.</u>

---

[11] LASAGABASTER.HERRARTE-*op.cit*.p.426.
[12] " NVWZ", 1986, h.5, p.362.
[13] Vd.H.FABER-*Verwaltungsrecht*, 1987, p.218ss.
[14] Vd.D.MERTEN-"Schr.Hochschule Speyer", bd.97, 1985, p.53ss.
[15] *op.cit*.p.43
[16] GARCIA MACHO -*Las Relaciones Especiales de Sujeción en la Constitución Española*, Madrid, 1992, p.235ss. CASTILLO BLANCO -*Función Pública y Poder Disciplinario del Estado*, Madrid, 1992, p.499.

Los autores también diferen en cuanto al modo de entendimiento del concepto de relación de especial sujeción.Se puede distinguir un concepto clásico, o un concepto más moderno y adecuado al criterio democrático, y una tercera vía (LOSCHELDER).

Una de las dificultades de la utilización del concepto de relación de especial sujeción deriva de lo siguiente: los autores y los tribunales hablan de relación de especial sujeción en diferentes sentidos.

Hay un entendimento más clásico de relación de especial sujeción. Este concepto permitía *eo ipso* limitaciones a los derechos fundamentales. Las resticciones a los derechos fundamentales serían mayores que en la relación de los ciudadanos en general.La protección jurisdiccional y la reserva de ley tenían menor importancia que en la relación general. El acceso a los tribunales sería difícil.Las sanciones administrativas y la potestad reglamentaria obtendrían un gran desarollo.

Al contrario de esta concepción clásica, es la concepción más moderada y moderna.Las relaciones de especial sujeción sólo son posibles si están previstas en la Constitución.La reserva de ley encuentra plena aplicación (ejemplo de este punto de vista es GARCIA MACHO - *Las Relaciones Especiales de Sujeción en la Constitución Española*).

Es también posible la tercera via (ejemplo:LOSCHELDER, W. - *Vom Besonderen Gewaltverhaltnis zur Offentlich-Rechtliche Sonderbindung*). No se apoya la tradicional relación especial de poder, ni la inclusión de estas relaciones en la relación general Estado-ciudadano. La tercera via de la "offentlich-rechtliche Sonderbindung" permite la separación mínima entre libertad individual y actividad estadual.

Existen bastantes confusiones cuando se habla de relación de especial sujeción que resultan de que no existe un concepto unívoco de relación de especial sujeción utilizado por los diferentes autores.

c) <u>El fundamento de la relación de especial sujeción.</u>

Los autores tampoco presentan un fundamento unívoco para las distintas relaciones de especial sujeción.

Es importante diferenciar a los autores que presentan un fundamento constitucional de la relación de especial sujeción (LOSCHELDER, THIELE) de los que fundamentan la relación de especial sujeción sólo en el derecho administrativo (RONELLENFITSCH). Este último punto de vista separa el derecho constitucional del derecho administrativo, según la doctrina de O.MAYER ("Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht").

Debido a que la Grundgesetz alemana de 1949, por ejemplo, no hace referencia expresa a las relaciones de especial sujeción, los autores se dividen. Unos concluyen que ese silencio constitucional significa que la categoría no es más que una categoría perteneciente al derecho administrativo. Para otros, como la propia Constitución hace referencia a las relaciones de los funcionarios, soldados, jueces, estudiantes, presos, constitucionalizó esas relaciones de especial sujeción.

Es evidente que la relación de especial sujeción, como categoría de derecho administrativo, es más peligrosa para el Estado de derecho que como categoría con fundamento constitucional, porque en ese caso es la propia Constitución la que prevé la relación de especial sujeción.

Otra diferencia de fundamentos se da entre el fundamento de la relación de especial sujeción como realidad de hecho, o deducida de la naturaleza de las cosas, y entre el punto de vista que defiende la relación de especial sujeción a partir de la necesidad de operatividad y eficacia de la organización. En este último punto de vista, la relación de especial sujeción es una forma de organización que permite la eficacia.

La relación de especial sujeción como realidad de hecho significa que el Estado, como organización con múltiplas tareas, exige determinados agrupamientos de personas que cumplan sus fines respectivos.Existen siempre relaciones especiales de poder en cualquier forma de Estado(NAWIASKY). Si la relación jurídica con el Estado tiene especificidades debe ser reconocida como relación jurídica especial. La teoría de los *status especiales*_parte también de la realidad de hecho, pero adjunta la respectiva juridificación. En el Estado, hay instituciones como el funcionariado, la universidad, los establecimientos públicos en las que es evidente la existencia de relaciones específicas de "status".

Un fundamento que juzgamos externo al punto de vista de la "naturaleza de las cosas", es afirmar que la relación de especial sujeción deriva de la necesidad de *eficacia de la máquina administrativa*[17](vd.LÓPEZ BENÍTEZ). La relación de especial sujeción es un medio que posibilita o facilita una función pública eficaz, establecimientos de enseñanza eficaces, prisiones eficaces, etc.Si la relación de especial sujeción no permitise la operatividad de la Administración debería ser abandonada, pués no se fundamenta en la "naturaleza de las cosas".

GARCÍA MACHO[18]parte de forma semejante de la "naturaleza de las cosas":" el concepto de relación de especial sujeción es necesario mantenerlo para resolver las dificultades que surgen en aquellas situaciones en las cuales la Administración y el administrado conviven todo el día (soldados, presos) o la mayor parte del día(funcionarios, estudiantes)".

La relación de especial sujeción puede presentarse *como fenómeno del "poder", como medio de ejercicio del poder, o en unión con el punto de vista de las "tareas administrativas".*

En la relación de especial sujeción entendida como forma de ejercitar el poder, se habla del mismo "poder" de la teoría de división de poderes. Nadie critica esta teoría de la división de poderes que presupone el poder del Estado. El Estado necesita ejercer el poder interna y externamente.La teoría de la división de poderes prueba que poder y derecho no se oponen, ésto es, la relación de poder es una relación jurídica.

Es diferente de ésto la relación de especial sujeción entendida en unión con el punto de vista de las tareas administrativas.La relación de especial sujeción permite asegurar la capacidad funcional de ciertas instituciones administrativas. Aquí la relación de especial sujeción no aparece directamente conexionada al "poder" del Estado, sino a sus "tareas". La preocupación principal está en el cumplimiento de las tareas administrativas, y no propiamente en el ejercicio del poder.

Puede ser un fundamento de la relación de especial sujeción " ese carácter físico de entrada o incorporación material de la que se hablaba... las

---

[17] *Op.cit.*p.41.

[18] *Las Relaciones de especial sujeción* cit.p.253.

relaciones de especial sujeción se basan en la proximidad real, en la cercanía física, y no en la cercanía jurídica, como piensa ALESSI" - vd.LOPEZ BENITEZ[19]. Dicho autor piensa que "la colocación bajo la esfera jurídica de la Administración " fue motivo del alargamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura" de relación de especial sujeción. "El equívoco descansa ahí, puesto que bajo la esfera jurídica de la Administración se coloca toda persona que se encuentra sobre el territorio físico del Estado".

Sin embargo, coincidimos más con la opinión de R.ALESSI en este punto que con LÓPEZ BENÍTEZ. Afirma R.ALESSI[20] que "el contacto personal del individuo con la Administración según la relación jurídico-administrativa es un primer elemento...es una condición necesaria para la situación de supremacía especial...pero no es condición suficiente...". La Tesis concuerda con la idea, en general, de que"la condición ulterior necesaria es...la no suficiencia del poder común de la policía y de la normal supremacía de la Administración...para la reglamentación suficiente de la conduta personal del sujeto...".Para la Tesis, como para R.ALESSI, no es suficiente el "contacto personal"o la "incorporación material".Lo que identifica y distingue las diferentes relaciones especiales de la relación general administración-ciudadanos es cada *régimen jurídico especial que debe ser adecuado para el cumplimiento obligatorio de las tareas públicas previstas en la Constitución y en las leyes.*

De una manera original, LOSCHELDER W.[21] defiende una separación mínima entre libertad individual y actividad estadual. Apoya la tercera vía de la "offentlich-rechtliche Sonderbindung " que es diferente de la tradicional relación especial de poder y de la relación general Estado-ciudadano. Para LOSCHELDER, la relación de especial sujeción no se define por la "incorporación material" en la actividad administrativa. La Tesis también apoya esta última afirmación, por las razones que antes adelantamos.

Según W.LOSCHELDER, la Grundgesetz(art.33.4) establece un efecto recíproco entre el objetivo de desarollo de la personalidad de la relación general

---

[19] *Op.cit.*p.210.

[20] *Principi di Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1978, p.282 s.

[21] *Vom Besonderen Gewaltverhaltnis zur Offentlich-Rechtlichen Sonderbindung*, 1982, p.450ss, 470ss.

Estado-ciudadano y los sujetos, necesarios al cumplimiento de esas tareas, que ejercen las funciones públicas con objetividad.Aplica los derechos fundamentales a las relaciones de los sujetos, integrados en la organización estatal, pero con especialidades.Es la propia Grundgesetz (art.33.4) la que modificó el estatus de libertad a causa de la función, y las leyes funcionariales pueden concretizar esta estructura.La "offentlich-rechtliche Sonderbindung"aleja la idea tradicional de la relación de especial sujeción porque esta somete los sujetos a demasiadas restricciones. Sin embargo, no apoya la tendencia actual de negar a las relaciones de proximidad del Estado, una cualidad autónoma de las relaciones que valen para cualquier ciudadano.En las "Sonderbeziehungen", el ciudadano no es el destinatario puntual de la actividad estatal, porque su existencia física y su esfera de intereses penetra en la función y en la red de intereses estatales. LOSCELDER[22] no vé ventajas en que no se acepte el punto de vista de las relaciones diferenciadas. Sólo la "especialidad " mantiene el equilibrio entre el poder estatal y el desarollo de las personalidades de los agentes.

Acabamos de presentar los distintos *fundamentos* de las relaciones de especial sujeción. Sobre todo es importante optar por un fundamento de derecho constitucional o de derecho administrativo, y por un fundamento que esté ligado a las tareas administrativas o al ejercicio del poder. Es interesante, también, considerar las relaciones de especial sujeción como realidades de hecho o, al contrario, sencillamente, como medios de asegurar la eficacia administrativa.

La cuestión de los fundamentos es importante, pues se pueden deducir diversas consecuencias respeto al régimen de la relación de especial sujeción.

d) El contenido dogmático de la relación de especial sujeción.

Otro elemento de complejidad resultante de la invocación por parte de los autores de la relación de especial sujeción es la cuestión de que si este concepto posee aún alguna *tarea dogmática.*

Después de la Sentencia del BVG de 1972, la relación de especial sujeción parece haber perdido toda la autonomía dogmática, al menos en lo concerniente a los derechos fundamentales.

---

[22] *Op. cit.* s.398ss, 409ss, 472ss.

En la teoría clásica, el contenido dogmático de la relación de especial sujeción era muy importante.La existencia de la relación de especial sujeción posibilitaba implícitamente la limitación de los derechos fundamentales.

Hoy ya no es válido este contenido dogmático.

El contenido de la relación de especial sujeción pasa a ser de tipo heurístico y descriptivo.

La sustitución del concepto" relación de especial sujeción" por nuevas expresiones (ejemplo:relación de status especial) no cambia el núcleo de la cuestión, ésto es, el pretendido núcleo material del concepto.

La relación de especial sujeción tiene sólo valor heurístico con respeto a los diferentes tipos e intensidad de las relaciones entre Estado y ciudadanos.[23]

También sólo tiene valor heurístico el punto de vista de que la relación de especial sujeción tiene sentido para explicitar, sólo, que algunas medidas de la relación de funcionamiento u orgánica no gozan de protección jurisdiccional, por falta de interés legítimo. [24]

Estos últimos puntos de vista son muy diferentes de la clásica relación de especial sujeción que poseía un extenso contenido dogmático.

e) Si hay o no diferenciaciones entre las distintas relaciones de especial sujeción.

La propuesta de la aplicación de las relaciones de especial sujeción tiene también que resolver el problema de la *no uniformidad de las diferentes relaciones de especial sujeción*. Las relaciones de los funcionarios, de los presos, de los soldados, y de los estudiantes no son semejantes. En este sentido, por ejemplo, se aplica frecuentemente la relación de especial sujeción a supuestos que poco tienen que ver con los casos clásicos de relación de especial sujeción (ejemplos:STC 66/1984, de 6 de junio - los promotores de viviendas están sujetos a relación de especial sujeción. STC 219/1989, de 21 de diciembre - colegios profesionales). Se piensa que la aplicación de la relación de especial sujeción a estos supuestos no tiene ninguna justificación histórica.

---

[23] Vd.MAUNZ-DURIG-HERZOG- *GG Kommentar*, art.19.IV-GG.rd.84 ss.

[24] Vd.H.FABER-*Verwaltungsrecht*, 1987, p.218ss.

Los autores no llegan a un acuerdo en cuanto a la necesidad de que exista un criterio general para todas las relaciones de especial sujeción, o un concepto singular propio de cada relación de especial sujeción.

LÓPEZ BENÍTEZ[25] defiende un concepto omnicomprensivo de estas relaciones de especial sujeción.

C.BLANCO, por el contrario, apoya las diferenciaciones entre las relaciones de especial sujeción.

Juzgamos que siendo las relaciones de especial sujeción tan diferenciadas, es muy difícil dar un concepto completo que abarque estas relaciones. El derecho no debe acoger, bajo un criterio único, a realidades tan diversas

f) Los efectos prácticos del concepto de relación de especial sujeción.

No es fácil, para los autores, dar una respuesta sobre cuales son los *efectos prácticos* del concepto de relación de especial sujeción.

Ahora bien, en una cosa no hay duda: ya no se apoya el efecto clásico de la relación de especial sujeción: la posibilidad de restricción de los derechos fundamentales sin ley anterior. La previsión de la relación de especial sujeción permitiría poderes implícitos de la Administración sin ley.

Como no hay una respuesta unívoca sobre los efectos prácticos de la relación de especial sujeción, surgen bastantes dudas sobre la utilidad del concepto. No se comprende bien como la teoría del Estado de derecho puede utilizar un concepto que ha perdido su contenido normal (clásico).

RONELLENFITSCH acepta un mayor ámbito de decisión de la ley incluso en las decisiones esenciales, y un mayor espacio de interpretación de la Constitución por el Ejecutivo, en las relaciones de especial sujeción.

MAUNZ-DURIG-HERZOG refieren la utilización mucho más amplia de cláusulas generales, y la menor densidad de los derechos subjetivos.En este sentido, no todas las situaciones poseen relevancia subjetiva.

---

[25] LOPEZ BENITEZ-*op.cit.*p.42; CASTILLO BLANCO-*op.cit.*p.501.

La relación de especial sujeción puede ser utilizada para disminuir la protección jurisdiccional[26] porque no todas las medidas de la relación de funcionamiento tienen garantía judicial, por falta de interés u otra razón.

Así, la importancia práctica de la relación de especial sujeción está muy lejos de ser evidente.

5. *Conclusión*

Podemos decir que, en la actualidad, numerosos autores y los tribunales en España, Portugal y Alemania utilizan el concepto de relación de especial sujeción.

Pero, si el concepto clásico de relación de especial sujeción(el de la monarquía constitucional) era adecuado a la realidad constitucional existente, y era un concepto relativamente claro(ejemplo:O.MAYER) y con consecuencias claras, hoy las cosas son diferentes.

Los autores del actual Estado de derecho democrático tienen puntos de vista diferentes, por ejemplo, en cuanto a los fundamentos del concepto, o en cuanto a los efectos prácticos que se deducen de dicho concepto, o en cuanto a la fuerza expansiva del concepto.

Las relaciones de especial sujeción continúan teniendo acogida por algunos autores importantes y por los tribunales.

Interesa ahora hacer algunas reflexiones sobre estas doctrinas que no han desistido de la relación de especial sujeción, a pesar la plena vigencia, en las Constituciones democráticas actuales, de los derechos fundamentales y del principio de igualdad.

Nosotros defendimos la sustitución del concepto de relación de especial sujeción en la función pública, pero juzgamos que puede ser conveniente para otras realidades en que puede existir fenómenos de "sujeción".Ejemplos:fuerzas armadas, presos, enfermos en hospitales especiales. Al contrario, la función pública no presenta estos fenómenos de "sujeción"especial.

Relacionamos la función pública, no con la relación de especial sujeción, y sí con las tareas o actividades administrativas.El Estado social exige el cumplimiento eficaz de las prestaciones. Se ve incrementando el papel del Estado

---

[26] Vd.H.FABER-*Verwaltungsrecht*, 1987, p.218ss.

de prestaciones sociales, y no propiamente el del Estado-autoridad. La relación de especial sujeción funciona bien en un esquema de Estado-autoridad (sentido clásico), pero no se adecua a la situación del Estado de prestaciones que exige una función pública no "obediente", y si "eficiente".

Relacionamos el adjetivo "especial" con la "relación", y no con el "poder". Este punto de vista está más conforme con la crítica a la teoría que da apoyo a las "inmunidades del poder".El "poder especial " significa un resquicio de las "inmunidades del poder", que no lo podemos aceptar, porque es peligroso para los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Como se sabe, solamente se puede abandonar el concepto de relación de especial sujeción en la función pública (es el objetivo central de la Tesis), si de hecho ese concepto aún estuviese presente en las leyes, jurisprudencia y doctrina.

Una vez sentado lo anterior, vamos en seguida a hacer algunas reflexiones sobre la doctrina de la relación de especial sujeción y una crítica de la misma que nos permita abandonarla totalmente en la función pública. Es esta la finalidad de la tesis.

CAPITULO II

REFLEXIÓN CRÍTICA

Hemos visto, en el capítulo anterior, que las relaciones de especial sujeción continúan teniendo acogida en la doctrina española, portuguesa y alemana. Lo mismo ocurre en la jurisprudencia de estas tres naciones.

El objetivo de este capítulo se basa en hacer una crítica a esta teoría de la relación de especial sujeción, que permita su superación.

En una primera parte, vamos a observar *las insuficiencias internas* de la relación de especial sujeción, ésto es, hacer una crítica de los puntos de vista que apoyan las relaciones de especial sujeción. No se intenta presentar el contenido de la relación de especial sujeción de la función pública conforme a fundamentos actuales, como sugiere G.MACHO.[27]Nuestra crítica apunta en otra dirección:el abandono total de la relación de especial sujeción de la función pública.

En una segunda parte, vamos a hacer *un examen de los principales argumentos externos* contrarios a las relaciones de especial sujeción, por ejemplo:

- El Estado de derecho, la protección de los derechos fundamentales, el principio de la legalidad, la plena protección jurisdiccional, el concepto de derecho, la teoría de la "relación jurídica".
- El principio democrático
- El Estado social
- Cambios en el concepto de Administración Pública.
- Cambios en la práctica y realidad actual de la función pública.
- No es necesario el concepto de relación de especial sujeción para el funcionamiento del ámbito interno de la organización llamada "función pública", ni tampoco para la eficacia de la actividad administrativa pública.

Suponemos que estos principios, derechos y realidades nos permitirán abandonar definitivamente la relación de especial sujeción de la función pública, en

---

[27] *Las Relaciones de Especial Sujeción* cit., p.254.

la actual situación constitucional española y portuguesa. ALEJANDRO NIETO observa que "los dogmas de ayer no valen y es urgente encontrar otros nuevos" [28]. Juzgamos que este es el caso de la relación de especial sujeción de la función pública.

1. Las insuficiencias internas de la teoría de la relación de especial sujeción.

Vamos a observar en primer lugar las insuficiencias internas de la teoría de la relación de especial sujeción.

1.1. *La relación de especial sujeción deducida de la "naturaleza de las cosas ".*

Dicen algunos autores que la Constitución española de 1978 reconoce la relación de especial sujeción como categoría jurídica.Por ejemplo, [29]CASTILLO BLANCO.Pero, este fundamento constitucional no debe estar muy claro, ya que estos autores recurren aún, en su ayuda, a la "naturaleza de las cosas " para avalar la existencia de la relación de especial sujeción. Este criterio jusnaturalista es fuente de inseguridad jurídica. El contenido jusnaturalista depende más de la interpretación que de un explícito y objetivo fundamento legal y constitucional. La "matización " de los derechos fundamentales, con base en la "naturaleza de las cosas, " puede ser una respuesta poco respetuosa de los derechos fundamentales, que tienen un contenido "objetivo" mínimo en el texto constitucional. Un fundamento suficiente de relación de especial sujeción es, sin duda, la Constitución. Diferente de esto es presentar un fundamento tan falto de claridad como el de la "naturaleza de las cosas ".

1.2.*La propuesta de mantener la relación de especial sujeción, pero con matizaciones.*

Los autores ya no defienden la relación de especial sujeción en su forma clásica. Se introducen novedades más conformes a los principios constitucionales actuales. No se extiende la relación de especial sujeción a cualquier colectivo. Las consecuencias de las relaciones de especial sujeción no son iguales en todas las

---

[28] Vd. *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, 1986, p.9.
[29] *Función Pública* cit. p 501.

relaciones, pues las realidades a que se aplican son diferentes. No se acepta una total reducción de las garantías jurídicas en materia punitiva penal o sancionadora, como era el caso de la doctrina clásica. Por ejemplo, CASTILLO BLANCO [30] apoya la subsistencia de la categoría jurídica como relación de especial sujeción, pero con las correcciones antes mencionadas.

Se podría decir que no hay más problemas para que se acepte la relación de especial sujeción. Los principales inconvenientes de las relaciones de especial sujeción han sido superados.

Juzgamos que la permanencia de las relaciones de especial sujeción es peligrosa, en el sentido de que es poco respetuosa con los derechos fundamentales. Prueba de éso es la existencia de Sentencias, después de la Constitución española de 1978, que todavía admiten situaciones confusas. Esto es, la doctrina de la relación de especial sujeción se transforma, sufre cambios, por ejemplo, en el sentido de actualización según la reserva de ley.Pero, los peligros de los abusos interpretativos continúan. Por ejemplo, en la STC 42/1987, de 7 de Abril, el Tribunal Constitucional no considera la plena aplicabilidad de la reserva de ley para sanciones en el ámbito de la relación de especial sujeción:"Más aún, y hecha la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *jus puniendi* genérico del Estado".

Comprendemos que los autores ya se han alejado de los principales inconvenientes de la relación de especial sujeción. Pero, si no se abandona definitivamente la relación de especial sujeción, el peligro de interpretaciones poco respetuosas de los derechos fundamentales continuará. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional del año de 1987, hace algunos años después de la vigencia de la Constitución española de 1978. Con la propuesta del abandono de la relación de especial sujeción de la función pública intentamos apartar por completo estos peligros y abusos interpretativos.

Podríamos presentar otros muchos ejemplos de Sentencias.

---

[30] *Op.cit.*p.500.

1.3.*Las relaciones de especial sujeción tienen límites confusos, y contenido vago.*

Es difícil diferenciar las relaciones de sujeción general de las relaciones de sujeción especial. Prueba de éso es, por ejemplo, que los tribunales aplicasen la relación de especial sujeción a los detectives privados, a los colegios profesionales, a los concesionarios, etc..Se trata de realidades muy diferentes. Estas vaguedades de contenido incrementan el peligro de abusos interpretativos, poco respetuosos de los derechos fundamentales.Esta ausencia de "substancia" del concepto origina una extensión ilimitada del mismo a supuestos que nada tienen que ver con la relación de especial sujeción. Ejemplo de eso es la confusión entre relación de especial sujeción y las meras autorizaciones administrativas. Si, por ejemplo, la actividad del detective privado afectara los derechos y la seguridad ciudadana, se debería exigir la intervención legislativa del Parlamento. No se debe admitir una Orden Ministerial sencilla que regule esta materia. En sentido contrario, se apoyando la suficiencia del orden ministerial véase la STS de 11 de septiembre de 1989.

1.4. *La popularidad de la relación de especial sujeción se explica, en parte, por la "comodidad " de su utilización por los tribunales*

Para decidir los problemas jurisprudenciales no tenemos que esperar la actividad legislativa, si hay carencia de normas legales para solucionar una situación concreta.El legislador puede no estar interesado en ordenar por normas jurídicas a ciertas materias. La relación de especial sujeción es una teoría de gran "comodidad "para los jueces, ya que pueden prescindir de grandes argumentaciones jurídicas para, por ejemplo, justificar una restricción de derechos fundamentales. Se trata de una teoría de "multi-usos". Su utilización es más necesaria sobre todo en los casos de déficit legislativo.

Los efectos para los ciudadanos de esta postura es grave.Siendo los límites de las relaciones de especial sujeción vagos, los ciudadanos pueden encontrarse inmersos en una relación de especial sujeción sin tener conocimiento

de ese hecho y de las respectivas consecuencias jurídicas. Así pues, aumenta la inseguridad jurídica de los ciudadanos.

1.5. *No es posible el consentimiento del interesado como justificación de la relación de especial sujeción.*

La claúsula de la voluntariedad (*volenti fit no injuria)* no es suficiente para justificar las restricciones de los derechos fundamentales y la existencia de la relación de especial sujeción.El elemento de voluntad no puede apartar o sustituir la reserva de ley, en ese caso, el ciudadano podría sustituir al legislador también en la materia de los derechos fundamentales. Se podría pensar aquí en la influencia de estilos feudal-vasalláticos como el "homenaje ".El funcionario, si antes de entrar al servicio tuviese que dar consentimiento para la restricción de los derechos fundamentales, perdería su capacidad de intervención y participación en las tareas administrativas. Un funcionario sin derechos, o con pocos derechos, disminuye las posibilidades del eficaz cumplimiento de las tareas administrativas. El funcionario que no puede ejercer sus propios derechos, a causa de haber consentido su restricción, no estará interesado en defender la legalidad y los derechos de los ciudadanos. El candidato a funcionario que tuviera mucho interés en el empleo, estaría influenciado por dar el consentimiento voluntario a restricción de sus derechos. De otro modo, podría no obtener el empleo.

1.6. *Las teorías que sustentan las relaciones de especial sujeción no son suficientes para fundamentar un concepto inequívoco de relación de especial sujeción.*

Las construcciones doctrinales son más abundantes en España que en Portugal, pero en ambos casos son globalmente insuficientes para sustentar un concepto claro.

Entre otros fundamentos, se pueden referir los siguientes:

a) <u>El interés público</u>

El interés público o interés general fue utilizado por los tribunales para extender, abusivamente, el concepto de relación de especial sujeción.Por ejemplo, el Tribunal Supremo (Sentencia de 7 de Octubre de 1988) consideraba el sector

bancario, que ejerce una actividad relevante de interés público, bajo la influencia de la relación de especial sujeción.Pero, en la STS de 4 de julio de 1989 se ha cambiado de opinión: no se admiten sanciones a través de reglamentos *independientes en el sector bancario. Se trataba de un caso de destitución de un* miembro directivo de una Caja Rural. El STS admite, en esta última sentencia, no considerar el sector bancario dentro de la relación de especial sujeción. GARCIA MACHO [31]*critica el concepto de interés público porque también permite llevar* el concepto de relación de especial sujeción fuera de los casos clásicos, normalmente incluídos en la relación de especial sujeción, y también es fuente de gran inseguridad jurídica de los ciudadanos.

El concepto de interés público o interés general no es suficiente para el criterio de relación de especial sujeción, porque el interés público es un elemento y un principio aplicable a todo el derecho administrativo, y no sólo a la relación de especial sujeción y a la función pública - vd.art.103 CE y art. 266.1 CP.

b) El concepto de servicio público no sirve para fundamentar la relación de especial sujeción

La Constitución de 1978, con la claúsula del Estado social (art.1° CE) aportó un nuevo interés para la idea del "servicio público". Pero, este concepto es demasiado vago para explicar la noción de relación de especial sujeción.

Pensamos que el "servicio público " no tiene mucho que ver con la relación de especial sujeción, y sí con el derecho administrativo en general. En este punto, concordamos con LASAGABASTER HERRARTE[32].El ser beneficiario o usuario de un servicio público no significa la inclusión en una relación de especial sujeción, ésto es, en una situación de "dependencia acentuada". No obstante, pensamos que la noción de "servicio público " es útil, no para la noción de relación de especial sujeción, sino para el concepto de función pública y del funcionario. La noción de servicio público es también vaga, e incluye tantas actividades que pierde su utilidad como concepto unitario.

Vamos a discutir si la noción de" servicio público" es útil para el concepto de función pública en general.

---

[31] *Las Relaciones* cit. p.251.

[32] *Las Relaciones de Sujeción Especial*, 1994, p.159.

La crisis de la noción del "servicio público" es consecuencia de la exageración de la propia doctrina del "servicio público", y que fue condenada por la jurisprudencia. La crisis del "servicio público" es un fenómeno típico del derecho administrativo francés, donde tal concepto fue considerado como único criterio de derecho administrativo.

En España y Portugal nunca se atribuyó al "servicio público " la misma importancia que tuvo en Francia.

El derecho posee una dimensión política e ideológica.Se puede dar, del "servicio público", una noción jurídica y una noción "política". Se trata de un mito legitimador de la actividad de los gobernantes(noción política del servicio público). La actividad del Gobierno será correcta si sigue una política de "servicio público"y si hay servicios públicos eficientes.La idea de "poder público " y de "servicio público " forman la base de la "ideología" actual del derecho administrativo. La noción de "servicio público " es legitimadora y sirve de justificación a la aplicación del derecho y a la actividad de la función pública. Esta actividad adquire un significado de "necesidad social " y de "neutralidad ", ésto es, de prestación de los servicios públicos obligatorios con imparcialidad ante de los grupos de presión. Estamos en contra del concepto del "servicio público " como único concepto que justifique la relación de especial sujeción, o como único criterio dogmático de la función pública, y de una teoría de los funcionarios: el "servicio público " como único criterio dogmático implicaría una función pública perfectamente desactualizada ante las características actuales de la función pública moderna (ejemplo: restricción del derecho a la huelga, porque siempre existía un perjuicio para el desarollo normal de la actividad del servicio, que es permanente y continua).Para nosotros es más importante la noción política de "servicio público" que la noción jurídica.

c) El concepto de "organización " no es suficiente para fundamentar la relación de especial sujeción.

Se considera que la relación de sujeción especial está incluída en el interior de la organización administrativa. Eso seria una característica suficiente para definir la relación de especial sujeción.Las organizaciones son un conjunto de medios personales, materiales, informáticos, etc. pero los medios personales son

los más importantes. La función pública clásica estaba predominantemente constituida por funcionarios públicos de carrera y en régimen de derecho público.De distinto modo, hoy hay funcionarios de empleo, personal laboral, etc. Existe una tendencia creciente de equiparación del régimen jurídico laboral y funcionarial. No obstante, subsisten algunas diferencias.Por ejemplo:los derechos sindicales, la seguridad social y las pensiones, la negociación colectiva, etc..El art.15, ap.c) de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública menciona las actividades en las que actuará de manera principal la contratación laboral. En la Ley de Medidas, el personal laboral pasa a ser considerado "personal común " de las Administracionas Públicas. No sólo los funcionarios de derecho público son elementos de la organización administrativa, también lo es el personal laboral. El personal laboral, siendo elemento de la organización administrativa, no es considerado por la doctrina como configurador de una relación de especial sujeción. Por eso, organización administrativa y relación de especial sujeción no se equiparan.

Si el concepto de "organización " fuese determinante de la relación de especial sujeción, el personal de las empresas públicas y de los entes públicos de derecho privado, que forman parte de la organización administrativa, deberían ser calificados como relación de especial sujeción.

Como se sabe, el personal laboral no está incluído, en general, por la doctrina, en la relación de especial sujeción. Por ejemplo: I. LASAGABASTER HERRARTE.[33] Tampoco la jurisprudencia portuguesa considera el personal laboral y el personal civil de las Fuerzas Armadas como relación de especial sujeción.Vd. "Acórdãos do Tribunal Constitucional" português nºs 31/1984, y 75/1985.Lo decisivo no es la organización, sino las características constitucionales de cualquier actividad considerada como tarea pública de cumplimiento obligatorio.

d) La noción de "potestad administrativa " no es suficiente para un concepto unívoco de relación de especial sujeción

La "potestad" es un poder jurídico que "...no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negócios jurídicos o actos o hechos singulares, sino

---

[33] *Las Relaciones cit.* p.156.

que procede directamente del ordenamiento ", como " posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos ".[34]El efecto del ejercicio de la potestad es la sujeción. Existe una relación de sujeción general aplicada a todos los ciudadanos en cuanto que están sometidos al poder público. La relación de sujeción especial se da con ciudadanos involucrados en situaciones de subordinación con base a títulos concretos. Siguiendo a GARCÍA ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, a la " potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos...a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad ".

No es necesario el concepto de "potestad" para legitimar la deducción de poderes implícitos del Gobierno y de la Administración en la aplicación de las leyes. Pueden existir poderes implícitos tanto en las relaciones generales Estado-ciudadanos como en las relaciones de sujeción especial.Es una cuestión de interpretación de la ley, no se necesita recurrir a cualquier relación de especial sujeción.

Hay otras razones para no apoyar el concepto de "potestad" en la función pública: si la potestad "no se genera en relación jurídica alguna", entonces no se podrá aplicar a la función pública. La relación funcionarial empieza por un acto administrativo necesitado de aceptación, o por un contrato y se trata siempre de una relación jurídica. Tanto al contratado laboral, como al contratado administrativo no se le puede aplicar el criterio de la relación de especial sujeción y de "potestad ", porque no se trata de una relación "unilateral".

Esta idea de "potestad" y de relación de especial sujeción no se adecua a las necesidades de la moderna función pública, que cuenta, con la participación interesada de los funcionarios, de su colaboración motivada, innovadora y leal a los dirigentes, y no con un sistema de obediencia rígida o de "sujeción".Las actividades más urgentes e importantes de la función pública son muchas veces desempeñadas por grupos o equipos, en los que no funciona el esquema clásico relación de especial sujeción-"potestad".

---

[34] Vd.GARCIA ENTERRIA, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ- *Curso de Derecho Administrativo*, 1989, v.I, p.441.

Si a la "potestad no le corresponde ningún deber, positivo o negativo ", no se podría admitir, en la función pública, la existencia del Estatuto Disciplinario, y de sanciones disciplinarias. Como se sabe, el funcionario tiene concretos y numerosos deberes positivos y negativos, que, si son incumplidos, originan sanciones disciplinarias. [35]

e) El criterio de la " cercanía a la esfera pública " no es un criterio suficiente

Afirma este punto de vista:

Los particulares en situación de "cercanía a la esfera pública " tienen un grado de dependencia de la Administración mayor que los ciudadanos en general. Estos administrados cualificados se sujetan a limitacionas especiales de la libertad.

Esta situación de "cercanía" no es idéntica a la configuración de una relación de especial sujeción.Piensese en la situación de los trabajadores de las empresas privadas que también están en una situación de dependencia acentuada frente al empresario, y no se considera esta situación, tan semejante a los funcionarios públicos, como relación de especial sujeción. No se duda que los trabajadores privados son "ciudadanos ", pero se puede cuestionar si existe libertad pese a la relación de dependencia. También los trabajadores privados están en una relación de "cercanía a la esfera de la empresa ".

Hay situaciones de cercanía a la esfera pública que no son relación de especial sujeción.Por ejemplo: los desempleados que reciben ayuda del Estado, los pensionistas de la asistencia social pública, los receptores del salario social, los enfermos que necesitan asistencia médica prolongada en hospitales públicos o centros de salud públicos, los drogodependientes que hacen tratamientos prolongados en centros de apoyo públicos. Estas son algunas situaciones de cercanía a la esfera pública que no configuran relación de especial sujeción. En conclusión, el criterio de la "cercanía a la esfera pública " no es suficiente para fundamentar la relación de especial sujeción.

---

[35] Cfr. I.LASAGABASTER HERRARTE- *Las Relaciones cit.*, p.149 ss.

f) La circunstancia de que "la Administración y el administrado conviven todo el día " no es suficiente para fundar la relación de especial sujeción

GARCÍA MACHO [36] hace una aplicación de la relación de especial sujeción con "precauciones y restringidamente ". " Las RES tienen como consecuencia que determinados grupos o individuos dentro de ese círculo sufran restricciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales "."En esa esfera, la Administración, al actuar con flexibilidad y cierta libertad, ablanda el principio de legalidad, afecta a la seguridad jurídica y dificulta el control jurisdiccional de su actuación ".

Tampoco este criterio es conveniente.

La cuestión de la "convivencia todo el día "es un hecho externo, tan genérico que no es suficiente para fundar las relaciones de especial sujeción. Es un hecho que no tiene unidad interna. Hay muchas convivencias diferenciadas entre sí.

Las características de la "convivencia todo el día " de los presos, es diferente de la de los funcionarios. Una es una convivencia de "sujeción "y es cerrada. La otra es "abierta " y creativa, al menos en los funcionarios más responsables y en los dirigentes. Lo que importa no es el hecho "externo" de la convivencia, y si la finalidad y los intereses de cada relación jurídica. No se deben restringir derechos fundamentales con una justificación deducida de hechos externos.

En la actualidad, no se puede decir que los estudiantes "conviven todo el día "con la Administración.La Constitución no menciona las restricciones de derechos fundamentales de los estudiantes y aún continúa diciendo que los estudiantes conviven todo el día con la administración, lo que efectivamente no sucede (se puede obtener un curso universitario por correspondencia), no se puede permitir la restricción de derechos fundamentales con base sólo a "hechos externos".

Los contratados laborales y los funcionarios tienen la misma convivencia con la Administración, pero, subsisten las diferencias de regímenes jurídicos entre ambas, las categorías de personal.[37]

---

[36] Vd. *op.cit.Las Relaciones...*p.161.

[37] Vd. I.LASAGABASTER HERRARTE-*Las Relaciones cit.* p.161 ss.

No es razonable considerar a los enfermos de un hospital como incluídos en las relaciones de especial sujeción.Se trata de personas que solicitan ayuda al hospital, y tienen interés propio en obedecer a las prescripciones de los médicos. No se trata del cumplimiento de tareas a cargo de los enfermos, ni es necesario una disciplina rígida en el interior de los hospitales en relación a los enfermos, muchas veces inmobilizados en sus lechos.

Los altos cargos de la Administración del Estado, los ministros y los secretarios del Estado "conviven todo el día con la Administración ". Tampoco estas personas están incluídas en relación de especial sujeción.Los autores sólo mencionan a los soldados, presos, funcionarios y estudiantes como los casos principales, pero existen otros casos de "convivencia con la Administración ". No hay que olvidar que el Rey de Prusia se consideraba el primer servidor del Estado, y también convivía todo el día con la Administración.

Los empleados conviven todo el día con sus empresas, y hay una gran dependencia entre empresa y empleado. No obstante, no se considera a los empleados incluídos en la relación de especial sujeción.La situación de dependencia de los funcionarios y de los empleados privados no es muy diferente en cuanto a la restricción de derechos. Es un criterio demasiado externo para fundamentar el concepto de "relación de especial sujeción".

g) La relación de especial sujeción no es una "categoría sustantiva" adecuada de la que se puedan deducir efectos jurídicos válidos

Los autores que intentan hacer de la relación de especial sujeción una categoría sustantiva no alcanzan sus objetivos con facilidad. CASTILLO BLANCO[38]apoya el punto de vista de la potestad disciplinaria y de la relación de especial sujeción como categorías sustantivas. Pero se puede cuestionar cuales son los escasos "principios sustantivos ", y si ellos son suficientes para fundar una "categoría sustantiva ". Lo que vemos en la propuesta de CASTILLO BLANCO es la disgregación de la "categoría sustantiva " en una variedad de regímenes particulares. Hay tantos regímenes particulares como supuestas relaciones de especial sujeción. No basta, para fundar una categoría sustantiva, el hecho común

[38] Vd. *Función Pública cit.* p.18.

de que en ciertas relaciones, las garantías ciudadanas sufren "matizaciones ". Cada relación tiene "matizaciones " diferentes, y con fundamentos diferentes.

1.7. *Afecta a la seguridad jurídica de los ciudadanos considerar las relaciones de especial sujeción como "numerus apertus "*

CASTILLO BLANCO[39] admite la subsistencia de las relaciones de especial sujeción en la Constitución. Se trata de relaciones de especial sujeción más conformes con el concepto actual de Administración pública, y con una relación más cercana entre Estado y sociedad. El autor aplica a la relación de especial sujeción los principios de reserva de ley, el respeto pleno, con matizaciones, de derechos fundamentales, y de la completa protección de los tribunales."...Estas especiales relaciones, toda vez que éstas no son hoy actualmente un numerus clausus, sino más bien un numerus apertus...en una sociedad cada vez más penetrada por el Estado no cabe determinar de antemano las relaciones que podría integrar el concepto..."[40]

Cuestionamos este punto de vista por los siguientes motivos:

Las restricciones de los derechos fundamentales deben tener fundamento constitucional expreso. Las eventuales relaciones de especial sujeción deben tener una expresa previsión constitucional. Parece contradictorio defender la reserva de ley y los derechos fundamentales, y al mismo tiempo apoyar un "numerus apertus " de relación de especial sujeción. Dónde reside el respeto del principio de legalidad y de la restricción de los derechos fundamentales sólo con base expresa en la Constitución ?

Entendemos, al contrario, que al admitirse la relación de especial sujeción debe estar en vigor un criterio de "numerus clausus ".Sólo se admiten las relaciones de especial sujeción si están previstas en las normas constitucionales. De otro modo surgen perjuicios para la seguridad jurídica de los ciudadanos.

---

[39] Vd.*Función Pública cit.* p.108.

[40] Vd. CASTILLO BLANCO –*Función Pública cit.*p.108 y nota 42.

1.8. *Sobre las relaciones de especial sujeción no hay unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el concreto régimen jurídico de cada relación de especial sujeción.*

La vaguedad del contenido y del régimen de las relaciones de especial sujeción, debido a que la Constitución no fija estos contenidos, convierte este concepto en uno de aplicación difícil. Los tribunales utilizan las relaciones de especial sujeción muchas veces por comodidad si faltan, en concreto, normas legales. Esta "comodidad " de los tribunales no es equivalente a la seguridad jurídica de los ciudadanos.

1.9. *No se puede utilizar un concepto dogmático en torno al cual no hay unanimidad para deducir importantes consecuencias jurídicas en el régimen de la función pública*

La adopción del concepto de relación de especial sujeción produce importantes consecuencias en la función pública. No es neutral que se adopte o no tal concepto. Lo que se pretende con la adopción de la relación de especial sujeción es la reducción de las garantías de los funcionarios. Un ejemplo de esto es el caso del derecho disciplinario. La adopción en el derecho disciplinario de la teoría de la relación de especial sujeción significa el apartamiento de importantes garantías de los funcionarios.

El derecho disciplinario continúa teniendo importancia en la función pública sin relación de especial sujeción. Si no existe "subordinación " de la relación de especial sujeción, el derecho disciplinario tiene mayor importancia. Pero la función pública, que cuenta con la colaboración activa de sus funcionarios, necesita de un enunciado expreso de deberes del personal, y no sólo de un enunciado implícito de deberes a deducir del concepto de relación de especial sujeción. GARCIA ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ [41]afirman que no es posible mantener tras la Constitución española de 1978 " un plus del sometimiento del ciudadano para cuya concreción la administración no necesitaría una cobertura de ley, aun afectando a derechos fundamentales".

---

[41] *Curso de Derecho Administrativo*, p.19ss.

Con respeto a otros derechos, también, la aceptación de la relación de especial sujeción produce importantes restricciones en algunos derechos: derecho de huelga, derecho de sindicación, derecho de reunión, derecho a la negociación colectiva. Así, es importante que de una vez por todas se sobrepase la teoría de la relación de especial sujeción. Todos estos derechos existen en la función pública de la actualidad. La eficiencia de la función pública depende de que los funcionarios se sientan satisfechos con sus condiciones de trabajo. No se puede restringir en demasía aquellos derechos, si no se quiere impedir la eficiencia de la función pública.Las relaciones entre Estado y sociedad han cambiado en el sentido de su interdependencia.El mundo laboral y el mundo funcionarial no son ámbitos antagónicos e impermeables.

1.10. *No se comprende cúales son las tareas dogmáticas que el concepto de relación de especial sujeción aún puede desempeñar.*

Si se adopta el concepto de relación de especial sujeción es porque éste posee algunas tareas dogmáticas. Entendemos como algo contrario al Estado de derecho democrático, los efectos normales y clásicos de las relaciones de especial sujeción: potestades implícitas de la Administración, comodidad de los tribunales en la aplicación del derecho en casos de déficit de legalidad, restricción de las garantías de los funcionarios, mayores sanciones disciplinarias, reducción de la protección judicial de los funcionarios, etc.

Si estos efectos no son actualmente posibles, podemos cuestionar cuales son las tareas dogmáticas actuales de las relaciones de especial sujeción ?No se debe mantener un concepto si no tiene tareas dogmáticas válidas.

Las Constituciones española y portuguesa no preven expresamente excepciones a la plena vigencia de los derechos fundamentales en la función pública. Por eso no se debe hablar de relación de especial sujeción en la función pública, al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en las fuerzas armadas o con los presos(en estos dos ámbitos puede haber "excepción" al ejercicio de algunos derechos, con base en ley - art.28.1 CE.Art.270 CP).

Las tareas clásicas de las relaciones de especial sujeción pueden ser desempeñadas bajo otras técnicas jurídicas con menores perjuicios hacia los

derechos de los funcionarios. Si en otras relaciones de especial sujeción podemos encontrar otras técnicas como la supervisión, o la inspección, en la función pública parece ser suficiente, por ejemplo, hablar de deberes especiales y de la "relación especial de derecho administrativo". Las "peculiaridades"del ejercicio de los derechos - no las "excepciones"de la vigencia de los derechos - son contempladas en la relación especial de la función pública (art.28.1CE).

2. Examen de los principales argumentos externos contrarios a las relaciones de especial sujeción.

2.1. *El modelo de separación Estado - sociedad característico de las relaciones de especial sujeción clásicas no es muy actual.*

Los ciudadanos y los propios funcionarios participan activamente en la actividad administrativa.No es válido el modelo de separación ciudadanos-administración. Las relaciones entre ciudadanos y grupos y la Administración son más variadas de que la división clásica, entre relaciones de sujeción general y relaciones de sujeción especial, deja percibir.El Estado y la sociedad están interrelacionados, y los intereses públicos y privados también.Por ejemplo, la política de la salud puede ser ejercida por medios públicos o privados (hospitales privatizados, etc.). No se comprendería que se negara en los medios públicos o estatales el ejercicio de los derechos fundamentales, la reserva de ley, y la protección judicial plena, y que se afirmaran en las actividades privadas semejantes.

La complejidad de las relaciones sociales del mundo moderno es más rica que la bipolaridad entre relaciones de sujeción general y especial.Es por éso que la jurisprudencia duda tanto en donde incluir a los detectives privados, a los concesionarios, a los espectáculos taurinos, o a las viviendas sociales, etc. Estos son casos más ricos que los de la división entre relaciones general y especial de sujeción.

El Estado social es sobre todo un Estado de prestaciones.La relación de especial sujeción representa la inmunidad del poder, que es más conforme al Estado - autoridad que al Estado de prestaciones sociales. En un hospital, en un

centro de asistencia social, o en un centro de asistencia a jóvenes drogadictos no es muy conveniente la técnica jurídica de la relación de especial sujeción. Aquí no es necesaria la "inmunidad del poder " para realizar las tareas públicas con eficiencia.

2.2. *El concepto de Administración y la teoría del administrado del Estado social no son adecuados, desde el punto de vista de la relación de especial sujeción.*

La relación de especial sujeción sigue un punto de vista de poder y sujeción que es más propia de una administración soberana y de coacción del inicio del siglo XX (ejemplos: polícia, impuestos, servicio mílitar...).La administración prestadora de servicios sigue otra lógica: la prestación de servicios exige transparencia y eficiencia, y no propiamente "poder."

Los administrados son ciudadanos, y no objetos del poder. Las entidades públicas están vinculadas inmediatamente a los derechos fundamentales (Constitución portuguesa - art.18°1. Constitución española - art.10°1). Los funcionarios son ciudadanos con situaciones jurídico-activas y protección jurisdiccional ante la Administración, no son "súbditos"del poder y de los superiores jerárquicos, sino que prestan "trabajo". A la Administración, también interesada en la eficiencia de su actividad (en esta época de presupuestos escasos)no le interesan los funcionarios "súbditos" y que se comportan bien, sino los funcionarios colaboradores activos, responsables y leales a sus dirigentes.

2.3.*El titular de la soberanía es el pueblo (Estado democrático)*

El soberano en las Constituciones democráticas es el pueblo.(Arts.1° de las Constituciones española y portuguesa). La relación de especial sujeción es una potestad vinculada a un punto de vista residual del "poder". El Parlamento burgués tenía competencia para hacer leyes en el ámbito de la "libertad y propiedad ". A propósito de las restantes competencias, el ejecutivo tenía amplias competencias residuales. Fuera de la "libertad y propiedad ", no actuaba una reserva de ley efectiva delimitadora del ejecutivo. La Administración del Estado de

derecho democrático no posee un poder normativo originario. La reserva de ley y los derechos fundamentales vinculan a la Administración.

La realidad constitucional actual es completamente diferente de la del momento en que surgió la relación de especial sujeción. No existe la dualidad de legitimidades que justifique regímenes de poder y actividad diferenciados: la del rey, y la del pueblo. En la actualidad sólo existe la legitimidad popular que debe ser ejercida en los términos constitucionales.En consecuencia, no hay espacio para un concepto autónomo de relación de especial sujeción vinculado a la idea de un poder autónomo del ejecutivo.Los principios de reserva de ley, la vinculación de los derechos fundamentales, y la plena protección judicial en la relación funcionarial no permiten un espacio autónomo para la actuación de la relación de especial sujeción. Los principios propios de las relaciones de especial sujeción son contrarios a los principios del Estado democrático: potestad reglamentaria independiente, no vigencia de los derechos fundamentales en la relación de funcionamiento (y en la relación básica antes de la doctrina de C.H.ULE)[42], y la inexistencia de protección judicial en la relación funcionarial. Todos estos principios restrictivos no son aceptados hoy en los derechos español y portugués de la función pública.

2.4. *Los funcionarios y los trabajadores por cuenta ajena no están sujetos a las mismas limitaciones en el ejercicio de sus derechos, pero están sujetos a limitaciones semejantes.*

Se habla mucho de la relación de especial sujeción y de los funcionarios, pero se olvida que los trabajadores por cuenta ajena del derecho laboral privado se sujetan a grandes limitaciones en sus derechos.La vinculación al principio de la igualdad es más efectiva en la función pública que en la relación laboral. Los ciudadanos y las empresas tienen un deber general negativo de abstenerse a actuaciones que causen perjuicios a la Constitución (hay también deberes positivos - arts.30° y 31° CE), y muchas veces olvidan el principio de igualdad. Los titulares de los poderes públicos tienen un deber positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución (S.101/1983, de 18-11), incluso el principio de

---

[42] Vd. *Offentlicher Dienst-Die Grundrechte*-IV-2, 1962, Berlin.

igualdad. Los derechos fundamentales de los trabajadores no están más protegidos en las empresas que los derechos de los trabajadores de le función pública. Entonces se podría hablar de relación de especial sujeción también en la relación laboral, de forma semejante a lo que se dice de la función pública. El despido que vulnera el derecho al trabajo es más fácil en la relación laboral que en la función pública. La discriminación contra las mujeres (por motivo de gravidez, por ejemplo) ocurre más en las empresas.La idea de los tests obligatorios del sida están más expandidos también en las empresas que en la función pública. Por otro lado, no se puede decir que la libertad de expresión de los funcionarios es más restringida que la de los trabajadores privados.. "En el ejercicio de sus funciones, los trabajadores de la función pública están exclusivamente al servicio del interés público " - art.269°1 CP. La libertad de expresión de los funcionarios puede ser ampliada por la necesidad de defensa del interés general - que es más amplio que el interés del servicio o que el interés empresarial - incluso contra los superiores jerárquicos.Existen empresas privadas de "tendencia". Pueden ser empresas periodísticas u otros medios de comunicación pertenecientes a partidos políticos, o a iglesias, etc. Aquí los periodistas están sujetos a un *plus* de sometimiento: ellos no pueden expresar una línea de pensamiento contrario al estatuto editorial. Es el caso del empleado que conozca secretos de fabricación o técnicos de la empresa donde trabaja, y que no tiene "libertad" de expresión para difundir en público esos secretos. Estos son casos en los que los trabajadores privados se sujetan a un *plus* de sometimiento a causa de su situación en la empresa.

El deber de obediencia puede ser más automático y fuerte en las empresas que en la función pública. Por un lado, el miedo al despido. Por otro lado, véase el art.271° 1.2 y 3 - CP:" Se excluye la responsabilidad del funcionario que actúe en el cumplimiento de órdenes o instrucciones del legítimo superior jerárquico y en materia de servicio, si de ellas tuviera reclamado, o exigido, su confirmación escrita." " Cesa el deber de obediencia siempre que el cumplimiento del orden o instrucción signifique la práctica de cualquier crimén ". El deber de obediencia en la función pública no es una cosa ciega y sin límites, del mismo modo que en las empresas.Supongo que, en la práctica, hay más "sujeción"y un deber de obediencia más fuerte en la relación laboral que en la función pública.

La diferenciación entre ciudadanos pertenecientes a la relación general de sujeción y ciudadanos pertenecientes a la relación de sujeción especial puede ofender el principio de igualdad (art.14 °CE; art.13° CP).Principalmente, si continuase el punto de vista de que en la relación general, tienen plena aplicación todos los derechos y principios constitucionales, en las relaciones especiales habría una aminoración de derechos.

No parece lógico diferenciar, en cuanto al régimen de las limitaciones, los derechos fundamentales entre los funcionarios y los contratados laborales de la Administración.Eso podría entenderse como una "discriminación " no justificada, y apartar el entusiasmo y eficiencia del trabajo de los funcionarios y empleados.

Los funcionarios están sometidos a limitaciones específicas por tener "deberes especiales ", en virtud de las funciones o actividad desempeñadas. No se trata de limitaciones en virtud de una "cualidad intrínseca "del funcionario, o de una relación de especial sujeción "substancial ". Son las funciones o actividades de interés público desempeñadas las que pueden exigir las limitaciones de derechos, y no la naturaleza jurídica de la relación funcionarial o laboral.[43]

La STS de 8 de junio de 1990 dice:"...las relaciones especiales de sujeción como son las funcionariales y en general las de todo el personal al servicio de la Administración Pública".La Sentencia del TS es de gran amplitud.Desde el punto de vista de dicha sentencia, los contratados laborales de la Administración deben permanecer incluídos en la relación de especial sujeción. Nosotros pensamos que no es la inclusión en el ámbito de la Administración lo más decisivo, sino que es más importante la actividad o la función desarollada por el funcionario.

Siempre que el ciudadano sea parte de una relación jurídica diferenciada, se produce una modulación del estatus jurídico personal. Ejemplos: estudiantes, funcionarios, enfermos, usuarios de establecimientos públicos... Pero, estas relaciones diferenciadas no tienen muchos puntos de vista comunes. No es igual la vigencia del principio de legalidad entre ellas, ni el ámbito de los derechos fundamentales.Aquella modificación especial de la situación jurídica es un *plus* de deberes y derechos especiales, justificados por la especialidad de las relaciones

---

[43] Vd. I.LASAGABASTER HERRARTE- *Las Relaciones, cit.*, p.411.

jurídicas (Por ejemplo: la situación del ciudadano es diferente a la del funcionario). No se trata de una categoría jurídica nueva. Los derechos fundamentales pueden ser limitados por otros bienes o valores constitucionales. Las relaciones de especial sujeción no son bienes o valores expresos en la Constitución con autonomía.Las relaciones de especial sujeción están muy diferenciadas entre sí (ejemplo: el estudiante, el preso, el funcionario...).Lo importante es observar las características especiales de cada actividad o función, y de ahí deducir las consecuencias jurídicas.Y no al contrario: aceptar una relación de especial sujeción "substancial" previa como valor constitucional autónomo, y de ahí deducir consecuencias jurídicas.El TC ha dicho que las relaciones de especial sujeción, por sí mismas, no suponen un límite a los derechos fundamentales[44]. El art.269°1 CP relaciona el régimen de la función pública con la "actividad", y no con una relación de especial sujeción "substancial y autónoma ": "*En el ejercicio de sus funciones*, los trabajadores de la Administración pública están al servicio exclusivo del interés público...".Este "interés público" no es una relación de especial sujeción "substancial".Los bienes constitucionalmente protegidos, ésto es, los intereses públicos, pueden exigir limitaciones de los derechos fundamentales, pero de acuerdo con los principios de la necesidad, adecuación y proporcionalidad.La limitación del derecho fundamental en determinada situación concreta debe ser directamente necesaria para la protección del bien constitucional, es la medida conveniente a esa situación, y es la medida menos restrictiva posible, y que no anula, en concreto, el bien protegido y el derecho restringido. Las situaciones del empleado laboral y del funcionario no son, así tan diferentes hasta el punto de justificar un concepto autónomo de "relación de especial sujeción"en la función pública. En resumen, sea los funcionarios, o sea el personal laboral, ambos se sujetan a las limitaciones en el ejercicio de sus derechos.

2.5. *La calificación de O. MAYER de la relación de especial sujeción como "dependencia acentuada" no es suficiente en la actualidad.*

Decía O. MAYER: "cuando aquí se habla de relación de sujeción especial, se hace referencia a esa acentuada dependencia que se establece, en

---

[44] Vd. LASAGABASTER HERRARTE- *Las Relaciones cit.* p.414.

favor de un determinado fin de la Administración pública, para todos aquellos que entren en esa estructura especial.Ejemplo de ésto es el poder, a causa de servicio, sobre los funcionarios, el poder de vigilancia sobre los usuarios de determinadas instalaciones de aduanas y del régimen fiscal, el poder institucional sobre todo aquello que entra en la empresa del poder público ".[45]

La aplicación de la relación de especial sujeción a "todos aquellos que entren en esa estructura especial "introduce una característica "espacial ", y no de "régimen".Los contratados laborales entran en el interior de la estructura administrativa.Sería inevitable incluir éstos en la relación de especial sujeción.No obstante, la cuestión es siempre la misma: la igualación del regímen jurídico, por ejemplo, de los militares y del personal civil o laboral de las fuerzas armadas y de sus establecimientos mercantiles es exageración. Si el punto de vista fuera el de aplicar la relación de especial sujeción a "todos aquellos que entren en esa estructura especial ", no habría diferenciaciones entre los militares y el referenciado personal civil. Nosotros admitimos que los militares están en una relación de especial sujeción en las Constituciones española y portuguesa. Pero, suponemos que es una exageración incluir, por ejemplo, al personal civil, en general, de las fuerzas armadas y de sus establecimientos mercantiles en cualquier relación de especial sujeción, si las funciones desarolladas no exigen restricciones de los derechos fundamentales.

El poder, a causa del servicio, sobre los funcionarios sería un elemento de la relación de especial sujeción para O.MAYER. Suponemos que este poder de los superiores jerárquicos de dar órdenes a los funcionarios no implica una situación de mayor sujeción que el poder de dirección del derecho laboral. La relación laboral privada no viene siendo considerada por los autores como relación especial de sujeción.El otro ejemplo de O.MAYER tampoco parece actual: el poder de fiscalización de la polícia fiscal pertenece a la relación general de sujeción, y no a la relación especial de sujeción. De otro modo todos los ciudadanos que pagan impuestos estarían incluidos en relaciones de "sujeción" acrecida.

---

[45] Cit. de I. L. HERRARTE- *Las Relaciones cit.* p.29.

Hablar de "sujeción", o de "dependencia acentuada " a propósito de la función pública no parece conveniente, y es unilateral.La situación de los funcionarios, en ciertos supuestos, debe tener mayores garantías. Por ejemplo, eso sucedería si fuese necesaria la protección del funcionario ante las fuerzas sociales y económicas.Un funcionario con plenas garantías jurídicas y económicas puede defender mejor la legalidad, el interés público, y huir de la corrupción.

La "dependencia acentuada " del parado que recibe subsidio de desempleo, del asistido por la seguridad social, del pensionista, del drogo-dependiente que recibe asistencia pública, del joven que recibe subsidio estatal para la adquisición de un piso, es semejante, en el aspecto de la "dependencia", a la de los casos indicados en las clásicas relaciones especiales de sujeción.En la época de O.MAYER no eran previsibles estas situaciones.La "sujeción" existe en todos estos casos que, sin duda, pertenecen a la "relación general de sujeción. Más certera que la de O.MAYER es la posición de K.HESSE [46]. Las relaciones de especial sujeción referidas a ámbitos vitales especiales se caracterizan por derechos y obligaciones especiales. Suponemos que "Sonderstatus" es más apropiado que "sujeción especial". El "estatus"de los funcionarios contiene obligaciones, pero también puede contener derechos y garantías especiales.Así, la calificación de "dependencia acentuada" no es suficiente en la actualidad.

2.6. *No está conforme con el principio de proporcionalidad, la existencia de la relación de especial sujeción de la función pública.*

Los derechos fundamentales pueden ser restringidos a causa de la protección de otros bienes constitucionales.Los derechos de los funcionarios pueden verse limitados por la necesidad de garantía del buen funcionamiento y eficiencia de la institución constitucional, función pública (art.103°3 CE; art.269° CP).

Las limitaciones de los derechos fundamentales deben ser permitidas por la Constitución, necesarias, adecuadas y proporcionales. Estas limitaciones deben ser necesarias y adecuadas a la protección del buen funcionamiento de la función pública o a la garantía de otros valores constitucionales. Debe respetarse aún el

[46] *Vid. Grundzuge des Verfassungsrecht der BRD*, 1982, p.129.

principio de proporcionalidad: las restricciones deben ser lo menos gravosas posibles, permitiéndose la eficacia al mismo tiempo del bien protegido y del derecho restringido.

La imposición de relación de especial sujeción a la función pública no está conforme con el principio de proporcionalidad. El buen funcionamiento de la Administración y la eficiencia de la función pública pueden obtenerse a través de otras técnicas jurídicas diferentes a las de las relaciones de sujeción especial, y menos gravosas para los derechos fundamentales.

Para las relaciones de especial sujeción en general, no sólo para la función pública, pueden utilizarse otras técnicas jurídicas, que incluyen medidas *preventivas o represivas tan eficaces como las relaciones de especial sujeción, pero* que no son tan amenazadoras para la seguridad jurídica.Se pueden indicar las técnicas de la supervisión, de inspección, y de "decisión ejecutoria ".Estas técnicas *sirven para, dentro de las relaciones generales de sujeción, hacer cumplir las leyes* a los detectives privados, a los concesionarios, a los empresarios - bodegueros sujetos a denominación de origen.[47]

En Portugal, no fue necesario durante todo el régimen autoritario la técnica de relación de especial sujeción. Eran suficientes otros medios: la decisión ejecutoria, la situación objetiva legal y reglamentaria de los funcionarios, la amplia discrecionalidad, la restricción expresa de los derechos fundamentales en las leyes y en la Constitución.Si los derechos, principalmente los de expresión política y coletivos (huelga...) estaban directamente restringidos en la Constitución, no era necesaria la técnica de relación de especial sujeción. Al poder político autoritario le era más seguro restringir el nivel político y legislativo máximo (no había elecciones libres) que el nivel administrativo y judicial (los jueces eran independientes) a través de las relaciones de especial sujeción.Para justificar el derecho interno de la Administración se utilizaba el concepto de "jerarquía".

Lo mismo hace, en Italia, BARONE que, al contrario de VIRGA o MORTATI que utilizan el concepto de relación de especial sujeción, indica el

---

[47] *Vd. GARCIA MACHO-Las Relaciones cit. p.*247.

concepto de "jerarquía" para explicar el poder organizatorio de emanar circulares e instrucciones.[48]

En Portugal, la categoría de relación especial de sujeción es menos utilizada que en España. En este punto de vista hay mayor influencia, en Portugal, del derecho francés. Las relaciones Estado-ciudadanos no son un objeto de gran interés en Francia. La protección de los derechos fundamentales es menos formal - legal que jurisprudencial. El "privilegio de la decisión previa " permite a la Administración actuar sin permiso previo del tribunal. Si la Administración francesa puede imponer unilateralmente obligaciones a los funcionarios y a los ciudadanos, para qué existe el recurso a las relaciones de especial sujeción ? Este punto de vista francés ha influenciado mucho el derecho portugués.

Se trata de técnicas diferentes, que no responden a la cuestión de si, en concreto, los funcionarios gozan de grandes libertades o no. En Portugal y en Francia no hay gran utilización, en comparación con Alemania, de la relación de especial sujeción o ideas semejantes. Pero los funcionarios franceses tuvieran mayores derechos reconocidos que los portugueses. Es cierto que en Alemania se ha hecho un mayor uso de las relaciones de especial sujeción, no obstante, nadie puede decir que los funcionarios alemanes tuvieron menores derechos y garantías que los franceses.

Con el aumento constante de leyes sobre la función pública, desaparece el espacio para que los tribunales apliquen la relación de especial sujeción. Esta posibilidad de aplicación desaparece con la disminución del déficit de legalidad.

No se va a negar que hay relaciones ciudadanos-Estado donde tienen gran importancia las relaciones personales. Es el caso de la escuela. La juridificación completa de la actividad escolar produciría una falta de flexibilidad de la actividad administrativa.Pero eso no significa que se adopte el concepto de relación de especial sujeción.

Para las relaciones que incluyen grandes contactos personales entre Administración y ciudadanos, más importante que las relaciones de especial

---

[48] Vd. I.L.HERRARTE-*Las Relaciones cit., p.*31.G.BARONE-*Aspetti dell Attivitá Interna della Publica Amministrazione*-Milán1980, p.86.P.VIRGA-*Diritto Costituzionale*, 1967.C.MORTATI-*Istituzioni di Diritto Pubblico*, 1996, v.II, p.801.

sujeción es la pedagogía, la transparencia del procedimiento, y el consenso.[49] Sin embargo, las relaciones de especial sujeción son muy diferentes. No se vé que el "consenso" y la "transparencia del procedimiento " de que habla HERRARTE sean aplicables, por ejemplo, a la función pública, a las fuerzas armadas, o a los presos. Aquí es más importante la eficiencia y la disciplina que el "consenso" y la "transparencia".En conclusión, la función pública puede ser "eficiente"sin relación de especial sujeción. Hay otras técnicas jurídicas preventivas y represivas menos restrictivas de los derechos de los funcionarios, y que también permiten la actividad eficiente de la función pública.

2.7. *La reserva de ley y el principio democrático.*

a) Vigencia de la reserva de ley en las "relaciones especiales."

La reserva de ley se aplica, sin limitaciones, en las llamadas relaciones de especial sujeción, y no permite su existencia como conceptos autónomos.El espacio de maniobra del Ejecutivo, a través de actos administrativos y reglamentos, es amplio, pero debe contenerse dentro de los límites de las leyes. A causa de la reserva de ley, la relación de especial sujeción no es título suficiente para reglamentaciones del Ejecutivo. El Tribunal Constitucional alemán sobrepasó la fórmula de la "libertad y propiedad "para definir lo que es "esencial" y debe ser reserva de ley, y pasó a resaltar el " perjuicio" del derecho fundamental para definir lo que es "esencial". La existencia de este "perjuicio"del derecho fundamental significa la esencialidad de la reglamentación, la cual debe competir al legislador. La teoría de la "esencialidad " es criticada por algunos autores, como RONELLENFITSCH [50] por dos motivos. En primer lugar, porque es demasiado indeterminada y, en segundo lugar, porque como dice, en última instancia, lo que es "esencial " es el Tribunal Constitucional, y no el legislador. Sin embargo, la teoría de la "esencialidad" sirve bien a nuestro razonamiento: lo que es "esencial" en las "relaciones especiales" es competencia del legislador, y no de la Administración.El Gobierno pierde su espacio para actuar.Donde existe reserva de ley no hay espacio para la relación de especial sujeción, y sólo para la "relación

[49] Vd. LASAGABASTER HERRARTE-*Las Relaciones cit.*, p.141.

[50] Vid. *Das Besondere Gewaltverhaltnis im Verwaltungsrecht,* "DOV"1984, h.19, p.781 ss.

especial de derecho administrativo de la función pública ". Este es el concepto propuesto en la Tesis para sustituir el clásico de relación de especial sujeción. La diferencia entre las dos relaciones, es que sólo la segunda respeta las exigencias de la reserva de ley.

b) La Administración se sujeta a la Constitución y a la ley.

Si se admitiese que la Administración pudiera actuar en ámbitos libres de la ley, éso no significaría que la Administración no continuase jurídicamente vinculada. La Administración libre de la ley no se equipara a la administración libre del derecho. La Administración se sujeta siempre a la Constitución.Por ejemplo, el principio constitucional de la igualdad, aplicado por los tribunales, puede imponer a la Administración ciertos efectos como si fuera la ley (art.103°1 CE; art.266°2 CP).

c) El fundamento de la reserva de ley.

Se puede cuestionar cuál es el fundamento de la reserva de ley.Suponemos que no es sólo la idea de la legitimación democrática (directa en el caso del Parlamento, indirecta en el caso del Gobierno).También es importante la idea de la "división de poderes " como principal patrimonio político del liberalismo (LOCKE, etc.).Los poderes normativos del Gobierno deben respetar las leyes del Parlamento que contienen los aspectos más esenciales de los regímenes jurídicos. La acción del Gobierno no puede contrariar los principios esenciales de legislación aprobados por un poder que le es extraño:el legislativo.

En el Estado democrático todos los poderes emanan del pueblo (art.1°2 CE - la soberanía nacional reside en el pueblo del que emanan los poderes del Estado; art.111° CP). Así, los tribunales aplican la justicia en nombre del pueblo (art.117°1 CE - la justicia emana del pueblo; art. 205°1 CP). No es sólo el Parlamento el que tiene la legitimación democrática inmediata. En Portugal, el Presidente de la República es elegido por sufragio universal y directo, y el Gobierno es responsable simúltaneamente ante el Parlamento y el Presidente de la República (arts.193°, 124° CP).

De acuerdo con el principio democrático, el Parlamento tiene una legitimación más fuerte, porque es elegido directamente. El Gobierno tiene legitimación democrática indirecta: el primer-ministro debe ser el representante del

partido político vencedor en las elecciones, y tener el programa del Gobierno aprobado por el Parlamento (art.99° CE; arts.190°, 195° CP). La legitimación del Gobierno es mediata: el Rey nombrará Presidente del Gobierno si el Congreso de los Diputados, por votación de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgase su confianza al candidato (art.99°3 CE). Debe haber identificación de mayorías:la mayoría en el Parlamento es la mayoría que formará el Gobierno.No hay duda de la legitimación democrática del Gobierno y del poder ejecutivo.Cuando se dan elecciones generales en España y Portugal, los ciudadanos de hecho escogen más a un candidato a primer-ministro que propiamente a la mayoría parlamentaria.

En Portugal, el Gobierno tiene la potestad legislativa normal, esto es, fuera de los casos de urgencia y necesidad, e independientemente de ley de autorización legislativa. Esto sucede en todos los casos que no sean reserva absoluta o relativa de la ley (arts. 164° y 165° CP). Fuera de las "bases del régimen y ámbito de la función pública", el Gobierno emana decretos-leyes de modo normal (art.165 t. CP).Sobre la legislación de la función pública, el Gobierno es el "legislador" común. La situación en España es distinta.Estos extensos poderes legislativos del Gobierno portugués son aún herencia del régimen autoritario anterior.Su justificación en la actualidad deriva también de la legitimación democrática del Gobierno.La legitimación democrática directa del Parlamento es evidente, pero pueden existir algunos obstáculos a una verdadera representación. Los diputados son elegidos por el pueblo, pero las candidaturas son presentadas por los partidos políticos (art.154 CP).En ciertas situaciones, la voluntad de los partidos políticos puede sobreponerse a la voluntad de los ciudadanos. Si sucede así, la llamada legitimación democrática directa del Parlamento será pura "ficción".

Cuanto más alejado esté de la voluntal popular, menos legitimación democrática tiene ese poder, y menos capacidad de decisión debe poseer. Siendo el Parlamento quien está más próximo de la voluntal popular, la ley tiene primacía sobre la potestad reglamentaria del Gobierno. La ley también tiene prioridad en el desarollo de las normas constitucionales, y es el instrumento innovador del ordenamiento jurídico. El reglamento tiene un papel secundario de ejecución de las leyes.El espacio de conformación normativa del legislador ante la Constitución es mayor que el del reglamento ante la ley.La ley deriva de la legitimación

democrática directa, y el reglamento se asienta en la legitimación democrática indirecta. La STC 108/1986, de 26 de julio alude a la relación directa entre la voluntad popular y la ley, y a su posición de primacía.[51]

Hay quien defiende que el Parlamento es el representante de todo el pueblo, mientras que el Gobierno sólo es representante de la mayoría.[52]Este sería otro motivo de la mayor legitimación democrática del Parlamento, y de la primacía en la emanación de las normas de legislación primarias. Juzgamos que estos dos órganos son representantes de todo el pueblo.La mayoría tiene papel decisivo en la formación del Gobierno.Pero, cuando pasa este momento, los dos órganos, Parlamento y Gobierno, ejercen una política que defiende los intereses generales de todo el pueblo (art. 103°1 CE; art.266°1 CP). La confrontación política es entre Gobierno y oposición, entre mayoría y minoria, y no entre dos legitimaciones(la monarquica y la popular). La minoría es parte del pueblo como la mayoría, por eso el Parlamento asegura la participación de la minoría en las deliberaciones, y permite la publicidad del procedimiento de elaboración de las normas. También por este motivo se fundamenta la primacía de las normas parlamentarias sobre las normas del Gobierno y de la Administración.

d) No se apoya la teoría de la "reserva total ".

No se acepta la teoría de "la reserva total "que implica una amplia dependencia legal de la Administración.Esta teoría es utópica y no satisface las necesidades práticas.El principio democrático y el Estado de derecho exigen una amplia reserva de ley para la actividad administrativa directamente relacionada con los ciudadanos. La constitución democrática implica la subalternación del ejecutivo.Con el fin de la "monarquía constitucional ", el Ejecutivo ha perdido su papel dirigente. El Parlamento que antes era sólo un elemento limitador del poder monárquico, pasa a ser el órgano supremo del Estado. Esta posición primaria del Parlamento y de sus actos voluntarios no implica, en todos los casos, la reserva total de ley.

Como se dice, en la Constitución portuguesa, el Ejecutivo tiene legitimación democrática (arts.111°, 113°1, 190°1), y posee amplios poderes

---

[51] Vd.G.MACHO-*Las Relaciones cit.* p.175.
[52] Vd. GARCIA MACHO -*Las Relaciones cit.* p.178

legislativos (art.201°).Los poderes de dirección política estatal competen institucionalmente al Parlamento, al Presidente y al Gobierno, y no sólo al Parlamento. Los decretos reglamentarios independientes no necesitan de mediación legislativa (art. 202°g. - CP).Los actos administrativos siguen un principio de reserva de norma jurídica, y no de reserva estricta de acto legislativo:es el caso de decretos reglamentarios que aplican directamente la Constitución como fundamento de actos administrativos. La "legalidad" incluye las normas constitucionales, legislativas, reglamentarias, las de los convenios internacionales, y los principios generales del derecho administrativo.

El esquema de la reserva de ley es más completo en España que en Portugal. El Gobierno español no detenta poderes legislativos normales como en Portugal. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado (art.66°CE). La delegación legislativa al Gobierno es otorgada mediante leyes de base o por ley ordinaria (art.82°2 CE).El art.86° prevé decretos-leyes dictados en caso de necesidad extraordinaria y urgente. El art.103° CE implica el sometimiento al "bloque de legalidad" que incluye todas las normas de origen parlamentario o administrativo, es decir, no se trata sólo de normas con rango de ley formal. La vinculación positiva a la ley no parece estar justificada donde la Administración amplía los derechos de los ciudadanos, o en la actividad de fomento o servicio público."No siempre será exigible una previsión legal tan rigurosa". Los "reglamentos independientes sólo pueden ser aquellos que regulan materias en las que no se ha producido una regulación por ley que haya establecido una reserva formal y que no estén protegidas por la reserva material de ley ".[53] También la dirección política del Estado compete al Parlamento, al Gobierno y al Rey, y no sólo al Parlamento (que es el único organo con legitimación democrática directa) - arts.62, 97 y 66 CE.

Por estos motivos, se juzga que no se debe apoyar la teoría de la reserva total en España y Portugal, sobre todo en la función pública. La aplicación rígida de la reserva total quitaría al Gobierno una cierta flexibilidad de sus poderes normativos y la disposición de un importante instrumento de eficacia de la acción administrativa y de gobierno.

---

[53] Vd.RAMÓN PARADA -*Derecho Administrativo*, I, 1993, p.384 y 64.

El criterio de la libertad ha cambiado, ya no significa la ausencia de intervenciones estatales, y sí la participación en las prestaciones estatales. La reserva de ley pasa de "reserva de intervención en los derechos fundamentales " hacia la administración de prestaciones ("status positivus socialis").La reserva total de ley no abriría al Parlamento nuevas posibilidades de decisión, pero disminuiría el espacio de actuación del Ejecutivo, para servir los intereses generales y los principios rectores de la política social y económica (arts.103, 39 ss. CE; art.202.g CP). El ciudadano podría no tener acceso a las prestaciones en los sectores donde el legislador no hubiese intervenido, por motivo de opción política, o por no tener condiciones de intervención en la práctica. El principio de "reserva total " es una idea más conveniente para el punto de vista jurídico-político, pero no es un concepto de derecho positivo. La subordinación a la "ley" del art.103.1 CE atiende más al derecho ya existente (art.266.2 CP) y no pretende limitar, en absoluto, la actividad administrativa si aún no hay reglamentación por ley.

La reserva de ley ilimitada es contraria al desarollo histórico.La administración se ha desarollado sin ser la sencilla "procuradora " de la ley. El Estado de derecho "burgués" fue sobrepasado.El fundamento en ley se extiende desde las intervenciones en la "libertad y propiedad " hasta las situaciones "esenciales", desde el punto de vista de los derechos en general de los ciudadanos y del Estado de derecho.

El "Gobierno y la Administración " son funciones estatales con autonomía relativa. El Título IV de la CE es diferente del Título III. La función ejecutiva y la potestad reglamentaria que el Gobierno y la Administración ejercen, tienen su origen en la Constitución (art.97 CE).El Gobierno no ejecuta solo las leyes, debe ejecutarlas de acuerdo con la Constitución (art.97). Aquí nace una cierta autonomía de la Administración y del Gobierno, que es su órgano dirigente máximo, y que no es una sencilla función ejecutiva y auxiliar del legislador.De otro modo, en algunas situaciones de urgencia y necesidad, la Administración podría quedar inactiva al seguirse la teoría de la "reserva total ".

Con la creciente juridificación de la Administración, las diferencias de opinión entre los seguidores de la reserva total y los críticos de esta teoría pierden significación, y, por ello, no llegan a resultados muy divergentes.

Los representantes de las dos teorías reconocen que la determinación del contenido de las autorizaciones legales son diferentes, conforme los ámbitos a reglamentar y la necesidad de protección del ciudadano. La teoría de la reserva total sigue demasiado el principio de división de los poderes: si no hay determinación estricta del contenido de la actividad administrativa y sólo existen principios generales, el Ejecutivo no ejecuta la ley, y decide en nombre propio, lo que es contrario a la "reserva total". Del mismo modo que si se apoya la reserva total, nada significaría para la medida de la necesidad de determinación legal de la actividad administrativa y de su "densidad " en los distintos ámbitos. El legislador, a causa de la reserva de ley, no está obligado a la determinación legal máxima y de "densidad " de reglamentación. Cada ámbito de actividad administrativa debe poseer la medida de determinación legal, formal y material, adecuada al contenido y objeto de la actividad. La reserva de ley no es la única responsable de la actual inflación legislativa.Es conveniente a la democracia y al Estado de derecho la existencia de leyes sencillas y limitadas a los supuestos esenciales. Un exceso legislativo que vincule demasiado el ámbito interno administrativo podría apartar, por ejemplo, a la administración de prestaciones de los ciudadanos beneficiarios.En dos ejemplos recientes se puede ver bien los perjuicios de un entendimiento excesivo de la reserva total: en un caso, durante muchos años los presos en Portugal no podían votar porque faltaban normas y medios concretizadores del ejercicio del derecho político de sufragio.Otro caso se refiere a los enfermos de sida, presos en hospitales.La Administración penal viene adoptando medidas no previstas en las leyes, susceptibles de suavizar las condiciones de detención.

e) La teoría de la "esencialidad".

Debe diferenciarse entre la aplicación más estricta y menos estricta de la reserva de ley, según los diferentes sectores: administración de coacción o de prestaciones sociales, de mayor o menor referencia a derechos fundamentales, de actividad de derecho público o de derecho privado de la Administración, de reglas

materiales, de competencia, o procesales, de la relación general Estado-ciudadano o de "relaciones especiales ", o del ámbito administrativo interno. Los principios democráticos, del Estado de derecho y de la división de los poderes obligan a la aplicación de la reserva de ley al ámbito administrativo interno. El "arbitrio " administrativo no puede dominar el ámbito administrativo interno, pero conviene diferenciar el grado de determinación de las normas legales.

Las relaciones jurídicas entre ciudadano y Administración son múltiples.Podemos preguntarnos como es posible, en las relaciones especiales, que todas las medidas limitadoras sean pré-definidas legalmente.Las medidas ejecutivas, técnicas, organizativas o de procedimiento en las relaciones especiales, vinculadas al poder organizatorio del Ejecutivo, no tienen el carácter de intervención o restricción de los derechos fundamentales. Debe existir un fundamento legal para las intervenciones lesivas de los derechos fundamentales. Por ejemplo, es restricción de derecho fundamental la censura de correspondencia del preso. *Las medidas dirigidas inmediatamente al ámbito interno de la relación especial o del poder organizatorio interno no necesitan de un fundamento legal concreto.* Necesitan de una definición legislativa inmediata si hay una restricción de derechos fundamentales, o a propósito de las cuestiones normativas esenciales generales. Por ejemplo, la expulsión de un estudiante de la escuela, como acto administrativo será ilegal si no posee base legal, es decir, si no respeta la reserva de ley. En este caso, no se puede considerar el criterio de la relación especial, pues la expulsión sobrepasa al ámbito del poder organizatorio, y se refiere inmediatamente al "estatus" del ciudadano.

El fundamento normativo está contenido en la ley. La reglamentación puede ser remitida para el poder reglamentario. Es dificil la cuestión de determinar que decisiones competen al propio legislador, sin posibilidad de remitir al reglamento (reserva formal de ley).La ley puede autorizar la disciplina de cierta materia por reglamentos. En el ámbito de la reserva de ley, ésta sólo puede entregar al poder reglamentario los aspectos no esenciales o básicos. Las cuestiones fundamentales de la organización administrativa competen al poder legislativo. Las decisiones esenciales, sobre todo las decisiones normativas esenciales desde el punto de vista de los derechos fundamentales, competen al

propio legislador a causa de los principios del Estado de derecho y democrático, bien en la administración de coacción, o en la administración de prestaciones. En cuanto a la organización administrativa, el Gobierno portugués tiene mayores poderes normativos que el español: fuera de la reserva de ley absoluta y relativa, el Gobierno tiene poderes legislativos normales por decreto-ley, igual si se trata de aspectos esenciales. En España, todos los aspectos esenciales son confiados al Parlamento.*El criterio de la "esencialidad" también se aplica a las relaciones de "status" especial, siempre y cuando que no se discutan sólo medidas relativas al poder organizatorio interno.*

f) La relación básica y de funcionamiento.

El ámbito administrativo interno no está hoy libre del derecho. *La reserva de ley vale para las medidas en las relaciones de especial sujeción referidas a sujetos como titulares de derechos fundamentales (relación básica - Grundverhaltnis) y no sólo como elementos de la "máquina administrativa" (relación de funcionamento)*. Como la Constitución prevé la vigencia de los derechos fundamentales en la función pública (arts.9.1, 10.1, 28.1, 103.3 CE. Arts.18.1, 269.2, 270 CP), las normas que limitan los derechos fundamentales en las relaciones especiales necesitan de autorización por ley formal o con base en ley, lo mismo ocurre con los reglamentos especiales.No se deben confundir las normas orientadas a las personas, sobre derechos y deberes personales del agente, con los preceptos organizatorios y funcionales relacionados con la función.Estos últimos "competen al poder de organización y administrativo del Ejecutivo".[54] El derecho externo no garantiza por si sólo, con seguridad, la actividad del Estado. Necesita de un sistema diferenciado de funciones que garantice, en la práctica, la realización, por el agente, del derecho externo, y resuelva los conflictos de competencia entre los agentes.El Estado no está superior a la sociedad, sino que tiene una función de servicio a la sociedad. " Esta función de servicio del Estado no se realizaría si se le retiran al mismo los medios de actuación, ésto es, las

[54] Vd.F.SCHNAPP-*Amtsrecht* cit.s.254ss, 264ss, 284ss.

competencias adecuadas a la concretización del derecho externo."[55] Según el principio de la eficiencia, el Ejecutivo debe definir los medios y procesos para realizar las tareas primarias.Este criterio es provechoso para el ciudadano que ve aumentar la determinibilidad del derecho, es decir, no se trata sólo de normas legales generales y abstractas.En la práctica, es difícil para la ley general y abstracta definir, en concreto, las competencias del agente.

La extensión y determinación de la definición legal puede ser diferente de la relación general Estado-ciudadanos. Los objetivos específicos de las relaciones especiales (ejemplo: eficiencia de la función pública) y la imposibilidad de definiciones legales pormenorizadas (el legislador está más preparado para emitir normas generales y abstractas) permiten menores exigencias a la reserva de ley. Por ejemplo, el derecho disciplinario de los funcionarios en cuanto a los hechos constitutivos del ilícito, puede no contener reglas tan concretizadas como el derecho penal general, y sí la genérica remisión para deberes del servicio. Las leyes sobre relaciones especiales pueden no contener puntos de vista materiales lo suficierntemente concretizados para permitir su adecuada reglamentación.

Es difícil delimitar la relación básica y la relación de funcionamiento.No se diferencian formal y abstractamente, lo hacen por la referencia jurídica a la persona individual como tal.En lo que concierne a la situación jurídica general del ciudadano como persona, pero en su papel de estudiante, funcionario, etc., estamos ante un ámbito reglado por normas jurídicas, según los criterios generales del Estado de derecho, de los derechos fundamentales y de la reserva de ley.

La idea de un ámbito libre de ley que competa al ejecutivo ha continuado después de la monarquía constitucional.La burocracia, las fuerzas armadas y las escuelas competían al ejecutivo. Con la actual Constitución democrática, que vincula los poderes públicos a la Constitución, a la ley y a los derechos fundamentales, se vuelve imposible la existencia de sectores que estén libres de la ley (arts.9 y 10 CE; arts.18.1, 266.1 y 2 CP). No existiría vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales si, por ejemplo, la dirección de las escuelas pudiese actuar con completa discrecionalidad. La restricción del derecho fundamental sólo es posible si es necesaria para la protección de un valor

[55] Vid.F.SCHNAPP-*Amtsrecht cit.*s.262.

constitucional, y bajo la forma prevista en la Constitución. Los derechos fundamentales de un estudiante o de un funcionario sólo son limitables por ley o con base en ley. La previsión y definición legal de la limitación de los derechos fundamentales, en las relaciones especiales, puede mantener un cierto grado de abstracción.Se permite la reglamentación legal con claúsulas generales en las "relaciones especiales", pero deben ser lo más estrictas posible. Si en la doctrina clásica, la integración coactiva del ciudadano en la relación especial sólo era posible con autorización legal, hoy la propia conformación y disciplina de la relación especial se sujeta a la reserva de ley.

g) La reserva de ley no pretende la "rigidez"excesiva de la actividad administrativa y no debe reducir la eficiencia de la función pública.

Si la reserva de ley tiene un valor sin límites en la relación especial, no se puede admitir una rigidez excesiva. Hay un margen administrativo de apreciación. La teoría de la "esencialidad" no prohíbe las claúsulas generales, incluso en puntos importantes para los derechos fundamentales, que permiten un ámbito de conformación administrativa de las relaciones especiales.Se admiten reglamentos externos y estatutos, pero no reglamentos "especiales "(Sonderverordnungen), por ser demasiado contrarios a la reserva de ley. Los "reglamentos especiales" (Verwaltungsverordnungen) no se confunden con los reglamentos administrativos relacionados con la función y las competencias.Estos reglamentos especiales no alcanzan de forma imediata la función, y sí el agente. Como prevé la Constitución, en la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de funcionario, "es necesaria la autorización de ley formal para los reglamentos especiales".[56]

Se permiten los "preceptos administrativos " (normas internas), pero si éstos se relacionan con la "relación básica " son contrarios a la reserva de ley y anulables por los tribunales administrativos. Los "preceptos administrativos" relacionados con la "relación de funcionamiento " son un elemento importante de flexiblidad y de funcionamiento eficiente de la función pública. Puede haber medidas relacionadas con el "funcionamiento " del servicio que violan, en algún caso concreto, derechos del funcionario. Se trata de medidas, sobre la "relación de

[56] Vd.F.SCHNAPP-*Amtsrecht cit.* s.254.

funcionamiento", lesivas de derechos singulares. Es por eso que no hay equivalencia completa entre perjuicio del derecho= intervención en la "relación fundamental =acto administrativo impugnable, porque pueden existir medidas relativas a la relación de funcionamiento con intervención mediata sobre los derechos subjetivos del personal.

La aplicación de los "conceptos jurídicos indeterminados" por el ejecutivo es controlable, en toda su extensión, por los tribunales.Pero se debe luchar contra la "rigidez" de la actividad administrativa. La función pública actual(funcionarios y dirigentes) necesita de "autonomía" para innovar y "flexiblidad" para actuar. Hay ámbitos relativamente cerrados al control de los tribunales, y sólo permitidos al ejecutivo.El ámbito administrativo de apreciación puede reducir el control judicial en supuestos excepcionales. Ejemplo: la clasificación del servicio de los funcionarios. El fundamento de esta excepción es el más estrecho contacto con los hechos y situaciones en las "relaciones especiales ". La clasificación del servicio es muy subjetiva, y no es muy acesible para la verificación por terceros. Aquí el control judicial se debe limitar a los vicios manifiestos, y debe permitirse un "margen de apreciación"de los órganos dirigentes. En resumen, el principio de "reserva de ley"no permite la existencia de la relación de especial sujeción como concepto autónomo, porque no hay espacio suficiente para la actuación del Gobierno sin ley, sea en el poder organizatorio interno, o por reglamentos independientes.

2.8. *El principio del Estado de derecho en la función pública.*

La potestad de organización en la función pública debe estar conforme con el principio del Estado de derecho. Desaparece la posibilidad de conformación reglamentaria de la función pública según el criterio de la relación de especial sujeción. Se trata de un importante elemento que garantiza a los funcionarios, y a los ciudadanos que mantienen relaciones de prestaciones u otras con la Administración. En el ámbito interno de la Administración tienen validez los derechos fundamentales, la protección jurisdiccional, y el principio de legalidad de la Administración. Estas juridificación y judicialización de la "esfera interna" de la Administración garantizan la seguridad jurídica de los funcionarios y de los

ciudadanos, en general, que reciban prestaciones de la Administración u tengan otras relaciones. Esta situación jurídica, que se da después de la Constitución española de 1978 y de la CP de 1975, no deja espacio para la intervención del concepto de relación de especial sujeción.

Todos los elementos de la teoría de la relación de especial sujeción fueron sobrepasados por el principio del Estado de derecho democrático. Por ejemplo: el concepto de derecho, el concepto de norma jurídica, la teoría de la impermeabilidad, el ámbito interno libre del derecho. Al ser idénticos los conceptos de norma jurídica, ley material y reserva general de ley, quedaba fuera de este ámbito, por ejemplo, el regímen de los funcionarios. El derecho organizatorio de la función pública no se incluía en la definición de ley material, y era considerado como no-derecho. Para la teoría de la impermeabilidad, todas las relaciones internas a la persona del Estado eran no-derecho y las reglas internas de la Administración no eran preceptos jurídicos.

Vamos ahora a discutir estos cuatro elementos que no pueden ser aceptados en la actualidad.

La relación funcionarial se relaciona con el concepto de derecho adoptado. Ciertos institutos de la función pública se vinculan a contextos históricos anteriores, y no pueden requerir una validez atemporal. Es el caso, por ejemplo de Alemania, de elementos del Estado autoritario y del derecho imperial que pasaron a la República de WEIMAR, y al derecho posterior al 1945. La doctrina "constitucional" dominante en el siglo XIX dividió el concepto de derecho. Las normas internas estatales, en su gran mayoría, eran no-derecho y el ámbito metajurídico era reserva de la administración.Derecho y ley se identificaban. Los conceptos de norma jurídica, ley material y reserva general de ley eran idénticos. No obstante, la doctrina "constitucional "del siglo XIX no estableció límites precisos entre derecho y no-derecho. La voluntad del burgués, político-estatalmente inmaduro, pero diligente en la defensa de sus intereses materiales y lucrativos, escogía los criterios de inclusión en el ámbito "jurídico " -(ejemplo:criterio de la libertad y propiedad). Fuera de este ámbito "jurídico", y fuera de la acción de la burguesía, permanecían las escuelas, los presos, la

disciplina de las fuerzas armadas, los funcionarios, y los actos de dirección del Estado porque no se relacionaban con el criterio de la "libertad y propiedad".

La definición de ley material (criterio de libertad y propiedad) se relaciona con el concepto no orgánico del Estado.La idea de la personalidad del Estado unitario e impermeable y con capacidad de voluntad, en contraposición al individuo, permite concretizar la teoría de separación Estado-sociedad y definir el concepto material de ley. El derecho organizatorio de la función pública era no-derecho. Las normas jurídicas eran las prescripciones por las cuales el Estado se dirigía a los súbditos con disposiciones o prohibiciones sobre los límites para comprobar si era lícito y obligatorio entre los particulares (derecho privado), o entre los particulares y el Estado (derecho público). Las normas organizatorias o sobre los funcionarios no eran normas jurídicas en este sentido.

La fijación de la discusión sobre la relación jurídica Estado-ciudadano, y la omisión de las relaciones jurídicas entre titular del órgano y órgano están bajo la influencia de LABAND y JELLINEK a propósito de la impermeabilidad de la persona jurídica Estado.Para esta teoría, todas las relaciones entre el Estado y sus órganos, así como los titulares de dichos órganos, al ser internas a la persona, quedan excluídas del derecho. El derecho existía para delimitar los poderes y deberes de la pluralidad de los sujetos singulares.Se presupone una pluralidad de voluntades que pueden no coincidir entre sí. Nadie puede ejercer contra sí mismo una pretensión jurídica o tener una obligación jurídica, ni tampoco utilizar protección judicial contra sí mismo. Las reglas internas de la Administración, que no definen limitaciones a los sujetos posicionados en el exterior, no son preceptos jurídicos.En resumen, pensamos que los principales elementos teóricos de la "relación de especial sujeción" fueron sobrepasados(concepto de derecho y de norma jurídica, teoría de la impermeabilidad, y ámbito interno libre del derecho).

Nosotros defendemos que el ámbito interno es jurídico. Las relaciones internas son ámbitos jurídicos, pero existen diferencias a propósito de los ámbitos de relaciones entre el Estado-administración y los ciudadanos. En las unidades organizatorias son posibles múltiples relaciones jurídicas, con características diferenciadas. El concepto de "relación especial de derecho administrativo de la función pública " permite diferenciar el régimen de cada "relación especial ". El

concepto de relación de especial sujeción, para mantener su unidad substancial, tiene dificultades para comprender la diferenciación que es necesaria hacer entre el ámbito jurídico interno y el ámbito jurídico externo. La infracción de los deberes de los funcionarios origina sanciones disciplinarias que son jurídicas y no morales o internas. El Estado de Derecho exige la protección jurisdiccional de los derechos subjetivos de los funcionarios y de los centros de competencia autónomos en la actividad interna de la Administración(art.9.1 CE).

El desmoronamiento de la dogmática autoritaria está siendo articulado. Por ejemplo, vease la creciente importancia de los derechos fundamentales y derechos coletivos (huelga en la función pública, negociación colectiva, etc.). El ciudadano-funcionario (no el funcionario-órgano) pasa de la situación de objeto del poder a la de sujeto del poder. Se pasa de algunos derechos reflejos de los funcionarios a auténticos derechos subjetivos. Existe el principio de proporcionalidad y de indemnización por daños o actos del poder público. Se reconoce el derecho a la decisión discrecional sin vicios, y continúa la diminución de los ámbitos internos libres del derecho.

GARCIA MACHO [57] habla de las dificultades de adaptación de la legislación a la nueva Constitución.Por ejemplo, hasta el Real Decreto 1543/1988 no existía una definición concreta de los derechos y deberes de los alumnos, a pesar de que la Constitución había establecido que ellos gozaban de derechos fundamentales.[58] Este autor piensa que en cuanto a la polícia, el legislador no ha obtenido, a veces, soluciones satisfactorias (Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo).

Sobre la relación de especial sujeción, no se debe olvidar lo que escribió en 1927 A. MERKL: si se habla de obligaciones públicas, como el deber militar o la obligación fiscal, es porque la ley de defensa y las leyes fiscales imponen la prestación del servicio militar o el pago de impuestos. Los deberes de los funcionarios públicos se basan en las leyes y reglamentos, como el reglamento disciplinario.La obligación pública se refiere a una norma determinada del ordenamiento jurídico, y está condicionada por su vigencia. Cuál es la razón por

---

[57] Vid. *Las Relaciones Especiales cit.* p.204.
[58] Vid. G.MACHO – *Las Relaciones Especiales cit.* p.206

la que se construyen "relaciones de poder"diferentes del "derecho" para fundamentar las obligaciones públicas ? Los fundamentos legales son necesarios, suficientes, más objetivos y más seguros como presupuesto de deberes jurídicos. No se comprende la razón por la que algunos autores aún mantienen el concepto de relación de especial sujeción.Se trata de un retraso en relación a lo que ya mencionaba en 1927 A. MERKL. [59] Los deberes subjetivos no se pueden deducir de relaciones de "poder", o de una relación de "sujeción", sino de normas jurídicas. La obligación de cumplimiento del derecho no existe *a priori*, y sí *a posteriori* según la ley. No hay vinculación al derecho en general o futuro, y sí a concretas normas jurídicas. La relación de especial sujeción es un concepto de cariz jusnaturalista, y no del derecho positivo de la función pública.

La "relación general de sujeción " es un concepto sin contenido concreto, pero su uso tiene una significación. En la relación Estado-ciudadano, éste se sujeta a la total disposición del poder del Estado. Se da una confusión teorética entre Estado como poder constituyente y Estado como poder constituído.

El punto de vista de O.MAYER [60] es consecuente con la teoría del constitucionalismo liberal. Corresponde a un modelo teórico en que el Estado no es un subsistema organizatorio de la sociedad, y en el que se pueden imponer por la Constitución límites de conformación social. El Estado se confronta con la sociedad. La Constitución y el ordenamiento jurídico no son limitaciones, son instrumentos del Estado para la conformación de la sociedad. Los poderes estatales concretos no son regulados con autonomía por la Constitución, ni conforman con autonomía el derecho y la sociedad. El Estado no regula la sociedad. Esta es un espacio de hecho libre, no reglamentado por el Estado, es decir, es una simple función de la no reglamentación estatal.

Según O.MAYER, el Estado desde el punto de vista del derecho, puede hacer todo.El Estado es el gobierno(administración) y la representación del pueblo.Las limitaciones del poder del Estado no son los derechos de los ciudadanos, y sí la distribución intra-estatal de competencias. El ejecutivo puede imponer decisiones autoritarias a los ciudadanos, si la reserva de ley no lo prohíbe

---

[59] Vid.*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927.
[60] Vid. "AOR"-Bd.3, 1888, ps.53, 30, 38.

expresamente. La ley puede hacer todo, pues el individuo da autorización anticipada para intervenciones en su libertad y propiedad, y así no sufre daños. O.MAYER defiende un punto de vista propio de relación de especial sujeción. Los derechos fundamentales no sirven de control de las leyes ordinarias.

Contrario al punto de vista de O.MAYER, en la actualidad, en el Estado de derecho democrático, existe separación entre el Estado como sujeto creador del ordenamiento jurídico y el Estado como sujeto subordinado a ese mismo ordenamiento. El poder constituyente elabora la Constitución, a la cual los poderes ordinarios quedan vinculados. No hay lugar para una relación de sujeción entre Estado y ciudadano, los dos están sujetos al ordenamiento jurídico.Existe una relación de paridad y coordinación jurídica que no paraliza el poder estatal. Se niega la ilimitada supremacía del Estado sobre el súbdito y el ordenamiento. Existe "un margen de apreciación administrativa" para decisiones que presuponen conocimientos basados en contactos estrechos interpersonales, como ocurre en ciertas relaciones especiales. Pero, los deberes de neutralidad y proporcionalidad, según el Estado de derecho, son lo más estrictos posibles para la actividad de los agentes que ejercen poderes de autoridad.[61]

La relación de "paridad" jurídica no es impedida por el Estado que posee competencias unilaterales que no dependen de aceptación del indivíduo. Éste goza de derechos de prestación y defensa ante el Estado. El Estado y el individuo tienen diferentes derechos y obligaciones, pero permanecen en una situación jurídica de paridad y coordinación. No hay "sujeción" ni general ni especial y a ninguna de las fuerzas (Estado, individuo, grupos sociales) se les permite una situación de preferencia indiscriminada en el Estado de derecho democrático.

En conclusión, *la dignidad de la persona y la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales apartan el modelo de la relación de especial sujeción.* Este modelo está presente, por ejemplo, en O.MAYER, y también continua aparecendo en otros autores recientes.[62] *Las "relaciones*

---

[61] Vid.RONELLENFITSCH-"DOV"1984, p.787; O.MAYER-*Derecho Administrativo Alemán*, trad.1982, v.IV, I, p.150; SCHNAPP-*Amtsrecht cit*, p.57ss.

[62] Como BESCHORNER- "NVWZ", 1986, h.5, p.362, o RONELLENFITSCH ("SCHR.Hochschule Speyer", bd.97, 1985, p.36ss.).Vd.arts 10.1, 9.1 CE y arts.1 y 18.1 CP.

generales o especiales de sujeción " tienen sentido sólo en un modelo "absolutista"o "autoritario" de Estado, y no en una "comunidad política "organizada en "Estado de derecho". Arts.1, 9.1 CE; arts.20.2, 268.4 y 5 CP.

3. **Conclusión**

En el Capítulo I de la Tesis presentamos la doctrina que viene a defender la relación de especial sujeción incluso en la función pública. En el Capítulo II se ha hecho la crítica, lo más completa posible, para apartar definitivamente la relación de especial sujeción de la función pública.En una primera parte, observamos *las insuficiencias internas* de la relación de especial sujeción. En la segunda parte, examinamos *los principales argumentos externos contrarios* a la relación de especial sujeción, como los principios de la reserva de ley, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, el principio democrático, y el Estado de derecho, etc. Las conclusiones a que llegamos en el presente capítulo van a permitir consolidar en el Capítulo III el punto de vista de que las funciones públicas española y portuguesa, en la actualidad, no son una relación general de sujeción, ni una relación de especial sujeción, ni un régimen laboral común, ni una relación de derecho laboral especial. En el Cap.V vamos a acercarnos al punto central de la Tesis: el concepto y el régimen de la "relación especial de derecho administrativo de la función pública ". En el Cap.VI se hará la distinción entre la "relación especial de derecho administrativo de la función pública " y la "relación de especial sujeción ".

En el presente capítulo hemos tenido muy presente las brillantes contribuciones de autores como GARCÍA MACHO, CASTILLO BLANCO, y LASAGABASTER HERRARTE, entre otros. Es útil realzar los puntos en común con ellas, pero sobre todo hay que mencionar nuestras diferencias, y es lo que vamos a hacer a continuación.

Nuestra divergencia con CASTILLO BLANCO *consiste en la no aceptación de la relación de especial sujeción en la función pública.Sólo admitimos la relación de especial sujeción si la propia Constitución en un caso concreto establece, expresa o implícitamente, la restricción o exceptúa el gozo o ejercicio de derechos fundamentales.*De modo distinto, CASTILLO BLANCO

hace una adaptación de la relación de especial sujeción a la nueva realidad del Estado y de la función pública, pero admite su aplicación a la función pública.[63]

Apoyamos casí todas las críticas hechas a la relación de especial sujeción por LASAGABASTER HERRARTE. [64] Pero no apoyamos su teoría en el punto en el que defiende el total abandono del concepto de relación de especial sujeción del derecho positivo español.*Juzgamos que es útil mantener el concepto de relación de especial sujeción para aquellos supuestos de restricción del contenido esencial de derechos fundamentales, establecidos por las normas constitucionales para colectivos integrados en la organización administrativa.*

De modo semejante a GARCÍA MACHO, *sólo se aplica la relación de especial sujeción si la Constitución concretamente la admite.*[65] *Nuestra diferencia con GARCÍA MACHO consiste en la propuesta del abandono inmediato de la relación de especial sujeción de la función pública en el actual derecho español.*En la función pública no es suficiente "definir el contenido de las relaciones de especial sujeción conforme a fundamentos actuales " - como propone GARCIA MACHO, [66] porque la situación constitucional ha cambiado. *De las "peculiaridades"(arts.28.1, 103.3 CE) del derecho de sindicación, del derecho de huelga, del derecho a la negociación colectiva, del régimen disciplinario no se debe concluir implícitamente por la existencia de relación de especial sujeción.* Se trata sólo de limitaciones del ejercicio de derechos necesarias al buen funcionamiento de la institución función pública, pero los funcionarios siguen gozando, en general, de esos derechos. La relación de especial sujeción no es un bien jurídico por sí mismo. Las "peculiaridades " del ejercicio de esos derechos sirven para el mejor funcionamiento de los servicios públicos. "El supuesto de ciertas peculiaridades implica limitaciones en el ejercicio del derecho, precisamente por estar vinculados, los funcionarios, a una relación de especial sujeción ". [67] Esta afirmación no será tautológica ? La cuestión continua siendo difícil: Qué es relación de especial sujeción ?

---

[63] Vid. *Función Pública cit.* p.117, 210, 502.
[64] Vid. *Las Relaciones cit.* p.424 ss.
[65] Vid. *Las Relaciones Especiales cit.* p.235 ss.
[66] Vid.*Las Relaciones Especiales* cit.p.254
[67] Vid. G.MACHO-*Las Relaciones Especiales cit.* p.236.

El planteamiento de la relación de especial sujeción en las actuales bases constitucionales democráticas ha provocado su desaparición en la función pública. No nos interesa sólo definir el contenido de las relaciones de especial sujeción conforme a los fundamentos actuales, como defiende GARCÍA MACHO.[68]

La actual realidad de la función pública y de la Administración pública no se conjuga bien con la idea de "sujeción especial ", muy vinculada al punto de vista de la "concentración del poder público ", y de la "jerarquía". Hoy en la función pública debe haber menos "burocracia", más trabajo en "equipos", y mayor participación de los funcionarios y de los "clientes " en la gestión de los servicios públicos. Se debe responsabilizar a los funcionarios y a los dirigentes de los resultados de sus actividades. La "sujeción "de los funcionarios resuelve pocas cosas.La burocracia, en el Estado social, debe orientarse al cumplimiento de tareas concretas, y no al Estado como aparejo, para de ahí deducir una "cualidad intrínseca" del funcionario, adquirida en el momento de entrada en la función pública. La tendencia es valorizar el trabajo individual del funcionario integrado en una "autopista de información " y responsabilizarlo de sus resultados ante sus máximos dirigentes, suprimiendo algunos de los actuales escalones jerárquicos intermedios.[69]

Para el "ámbito interno " de la función pública no es necesaria la relación de especial sujeción. El ámbito interno del Estado está sujeto a diversas reglas del "ámbito externo ".Lo que afirmamos es la cualidad jurídica de los actos "internos" (es posible que la misma medida sea un precepto interno para el funcionario y un acto administrativo en relación a un tercero) y la validez de los derechos fundamentales en las "relaciones especiales ", cosas que son de más difícil o hasta imposible comprensión desde la óptica de la relación de especial sujeción.

*Para la eficacia y el buen funcionamiento de la función pública tampoco es necesaria la relación de especial sujeción.*Las funciones públicas norte-americana y alemana son ambas ejemplos de la eficacia de la actividad

---

[68] Vid.*Las Relaciones Especiales cit.*p.254.

[69] Cf. DON TAPSCOTT -*The Digital Economy*, Mcgraw-Hill, 1995.

administrativa.Se observa que la mayoría, en el " Offentliches Dienst" alemán, pertenece a los "Angestellten y Arbeiter "que no se incluyen en ninguna relación de especial sujeción, pues pertenecen al régimen de derecho privado.La función pública norte-americana nunca ha constituido una relación de especial sujeción, como se sabe, pues sigue el modelo privado.

La Constitución portuguesa no reconoce la relación de especial sujeción de la función pública."En el ejercicio de sus funciones, los trabajadores están, exclusivamente, al servicio del interés público, tal como lo define la ley "."Los órganos y agentes administrativos están subordinados a la Constitución y a la ley ". Vd.arts.269.1 y 266.2 CP.Lo que existe es el principio de legalidad y reserva de ley, y no el espacio para el concepto de relación de especial sujeción.Las "restricciones " al ejercicio de derechos del art.270 CP sólo se refieren a los militares y agentes militarizados, y no a la función pública.

*La Constitución española (arts. 28.1, 103.2)reconoce las "peculiaridades" del ejercicio del derecho de los funcionarios a sindicarse libremente.*Lo mismo se puede decir del derecho a la huelga, y a la negociación colectiva.Pero, se trata sólo de limitaciones en el "ejercicio" del derecho que no impeden su titularidad de forma general.La respuesta más clara nos la da el art.28.1 CE: se diferencia entre "limitar o exceptuar " el ejercicio del derecho a sindicarse libremente en las Fuerzas o Institutos armados o en los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar. En esta primera parte del artículo, que se diferencia de la segunda parte, hay una expresa relación de especial sujeción, porque se "exceptúa" el ejercicio de un derecho fundamental. En la segunda parte del art.28.1 CE, la ley regula las "peculiaridades " del ejercicio del derecho fundamental para los funcionarios públicos, ésto es, no se habla de "restricción", y no hay relación de especial sujeción.

No se apoya, en la función pública, ni la relación de especial sujeción, ni la relación general de sujeción. La Constitución democrática no reconoce, en general, situaciones de "sujeción " o "potestad ". Las entidades públicas se vinculan inmediatamente a los derechos fundamentales. Estas "peculiaridades " no son restricciones, ni excepciones de derechos - no hay relación de especial sujeción en la función pública (art.9.1 CE; art.18.1 CP).

Defendemos la "relación general de derecho administrativo" y la "relación especial de derecho administrativo de la función pública ", y no la "relación general de sujeción" y la "relación de especial sujeción". La "relación especial de derecho administrativo de la función pública " no aleja, en absoluto, la aplicación de los principios de la relación general de derecho administrativo, pero efectúa una "modulación " conforme a las necesidades de buen funcionamiento de la Administración, eficiencia y disciplina de la función pública.

La "relación especial de derecho administrativo de la función pública " consigna "deberes especiales " a los funcionarios, pero también derechos y garantías especiales. Sobre todo en la lucha contra la corrupción y la protección contra la influencia de fuerzas politicas, sociales y económicas.Por ejemplo, los funcionarios deben ser bien remunerados. Una función pública eficiente trabaja con funcionarios y dirigentes empeñados y satisfechos.

*Concordamos que en ámbitos diferentes de la función pública puede haber relaciones de especial sujeción.*Deben ser expresa y constitucionalmente previstas (ejemplo:art.28.1 CE; art.270 CP). La Constitución debe permitir "restringir o exceptuar " el "contenido esencial " de uno o varios "derechos fundamentales ".

No es suficiente para que haya relación de especial sujeción la sencilla posibilidad de "limitar el ejercicio " del derecho fundamental, en concreto. Casi todos los derechos fundamentales tienen "límites de ejercicio" porque hay otros bienes constitucionales que colisionan.

Pueden seguir existiendo relaciones de especial sujeción en las fuerzas armadas, cuerpos de polícia militarizada, presos o que cumplem penas especiales, hipotéticamente, en los enfermos hospitalizados por contagio peligroso, y en los enfermos hospitalizados peligrosos, del fuero psiquiátrico.

Es distinta la relación de especial sujeción de los militares y la relación especial de derecho administrativo de la función pública porque sus tareas son diferentes. Los primeros tienen la tarea de defensa de la nación. El que es obligado, por ley, al sacrificio eventual de su vida para la defensa del país, debe estar en situación de "sujeción y disciplina " muy especial que asegure sin reticencias, y en

todo momento, el cumplimiento del deber. En situación de guerra, los derechos fundamentales de los militares no son muy extensos.

En la función pública hay sólo una tarea administrativa. El personal civil de los servicios de las fuerzas armadas, y de sus establecimientos mercantiles no debe estar sometido a la relación de especial sujeción, siendo su régimen más próximo al de la función pública que al de los militares, que tienen una tarea de "defensa de la nación"..

La actividad cotidiana de los funcionarios exige relaciones personales flexibiles superiores - subordinados.La "relación especial" de la función pública no debe impedir la flexibilidad de la actividad administrativa.

Existen medios de adaptación de la "*relación especial de derecho administrativo de la función pública* " a situaciones imprevistas. El ámbito interno organizatorio de la función pública es regido por *normas jurídicas internas* que aseguran su eficiencia. Estas son normas jurídicas peculiares del ámbito organizatorio, que están diferenciadas del llamado *derecho externo* de la actividad administrativa (vd.art.21 - Ley 30/1992, 26 de noviembre).Los actos administrativos praticados en "estado de necesidad " son válidos si sus resultados no pudieran ser obtenidos de otro modo (art.3.2 - Código del Procedimiento Adm. portugués).El Gobierno, en el ejercicio de sus funciones administrativas, practica todos los actos y medidas necesarias para el desarollo económico y social y para la satisfacción de las necesidades colectivas - art.202.g CP. Se permite, según cierta doctrina la potestad reglamentaria independiente del Gobierno portugués.[70]

Las claúsulas generales, los conceptos indeterminados, y una amplia potestad discrecional también son medios de flexibilidad. En la función pública no es necesaria la técnica de la "relación de especial sujeción" para introducir flexibilidad y eficiencia, basta la "relación especial de derecho administrativo " y la utilización de normas jurídicas internas, estado de necesidad, potestad reglamentaria independiente, potestad discrecional, y deberes y obligaciones especiales de los funcionarios y dirigentes de la función pública.

---

[70] Vid. SERVULO CORREIA-*Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, p.198ss

La previsión constitucional de la función pública no implica necesariamente el reconocimiento de todas las características históricas de ese instituto, por ejemplo de la relación de especial sujeción. El derecho hispano no reconoce los "hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums " del art.33.5 Grundgesetz(la función pública alemana debe ser regulada por los principios tradicionales de los funcionarios del derecho público). Si la Constitución admitió la institución constitucional de la función pública, se puede tratar de una función pública total o parcialmente innovadora en relación a la clásica función pública burocrática y centralizada.

La Constitución portuguesa admite la función pública como una institución diferenciada del estatuto de los titulares de cargos políticos (117 CP) y de los trabajadores en general (art.165.b., 53 ss - CP).Hay un artículo autónomo sobre función pública (art.269 CP). La actividad material de los trabajadores de la Administración pública está condicionada al servicio del interés público. Es de exclusiva competencia del Parlamento legislar sobre el régimen y el ámbito de la función pública (art.165.7 CP). El derecho de acceso a la función publica está diferenciado de la libertad profesional (art.47 nºs 1y 2 CP). Estos son algunos puntos de la Constitución portuguesa que diferencian la función pública de otros ámbitos, como los cargos políticos, y los trabajadores en general. Pero, la existencia de un instituto autónomo de la función pública no equivale a que se acepte la relación de especial sujeción de la función pública.

La función pública como institución constitucional autónoma también es reconocida por la CE. Se distingue los altos cargos de la Administración del Estado (art.70.b), los cargos públicos y representativos (art.23), los trabajadores en general (art.35), y los funcionarios públicos (art.103.3).Se afirman las "peculiaridades" del derecho a sindicación de la función pública. Los funcionarios sirven con objetividad los intereses generales (art.103.1).

El estatuto de los funcionarios que sirven con objetividad los intereses generales (art.103 CE) no se confunde con el estatuto de los trabajadores (art.35.2) que sirven los objetivos económicos empresariales.

La existencia de una función pública con "peculiaridades " en la Constitución española no tiene ningún significado en la eventual aceptación de un régimen de función pública bajo relación de especial sujeción.

No utilizamos la relación de especial sujeción como concepto dogmático, porque es demasiado controvertida su extensión y su contenido. Todas las relaciones jurídico - administrativas son relaciones especiales, con derechos y obligaciones especiales, es decir, diferentes de otras relaciones jurídicas. Las normas de derecho administrativo tienen diferentes destinatarios y objetivos específicos. El ciudadano, cada día, se mueve entre distintas relaciones especiales. Por ejemplo:el usuario de servicios públicos, estudiante, beneficiario de subsdios, enfermo en hospital, etc. La relación de especial sujeción pierde fuerza aplicativa y de explicación. Los conceptos dogmáticos son utilizables si sus complejos normativos son, en general, aceptados. A propósito de la relación de especial sujeción, no hay unanimidad en nada: se discute sobre que ámbitos sociales se incluyen en la relación de especial sujeción, sobre la extensión de la vigencia de los derechos fundamentales y de la reserva de ley, sobre la autonomía, posible, del "derecho interno ", y sobre la protección jurisdiccional.

Como se puede apoyar el concepto dogmático de relación de especial sujeción, si continuan existiendo tantas dudas ?

Admitimos, en la función pública, la relación de especial sujeción sólo como concepto didáctico y auxiliar del investigador. Llama la atención sobre ciertos problemas materiales y su sistematización y descripción. En la función pública, al contrario de lo que dice E.W.FUSS, no permanece el valor de noción sociológica de la relación de especial sujeción.[71]

La "relación especial de derecho administrativo " significa la juridificación y constitucionalización plena de la antigua noción de "poder y sujeción " en las relaciones donde haya una vinculación más estrecha entre ciudadano y el Estado, con especiales derechos y obligaciones, diferentes de los derechos y obligaciones de los ciudadanos en general(ejemplo: los funcionarios).El

---

[71] Vid. *Personale Kontaktverhaltisse zwischen Verwaltung und Burger* –"DOV", Nov. 1972, p.765ss.

concepto didáctico de relación de especial sujeción indica el ámbito de los problemas, pero no contiene las soluciones a dichos problemas.

Sólo seguimos admitiendo la relación de especial sujeción como concepto jurídico y dogmático en los casos en que la Constitución los admita expresamente (ejemplo:los militares - arts.28.1, 29.2 CE; art.270 CP), y se permita la restricción del contenido esencial de uno o de varios derechos fundamentales.

Vamos a pasar en seguida al Capítulo III ("Las funciones públicas española y portuguesa, en la actualidad, no son una relación general de sujeción, ni una relación especial de sujeción, ni un régimen laboral común, ni una relación de derecho laboral especial ").Algunas de estas cuestiones ya comenzaron a ser discutidas en el capítulo II.

CAPITULO III

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS ESPAÑOLA Y PORTUGUESA.

En el capítulo II, intentamos hacer una crítica radical al punto de vista de la relación de especial sujeción para apartar ésta del régimen jurídico de la función pública. En el presente capítulo vamos a decir lo que no es el regímen jurídico de la función pública (relación de sujeción general o especial, régimen laboral común, o relación de derecho laboral especial). Después de saber *lo que esto regímen jurídico de la función pública no es,* podremos pasar a la fase siguiente para cuestionar *lo que debe ser el régimen jurídico de la función pública*_ en términos de realidad jurídica (Capítulo V).

1. El régimen jurídico de la función pública no es "relación de general sujeción", ni "relación de especial sujeción".

En el capítulo anterior hemos hecho una crítica profunda a las "relaciones de sujeción ".Como se recuerda, defendimos que la obligación general del cumplimiento del derecho no se fundamenta en una "relación de poder " entendida como obligación jusnaturalista, y sí en normas jurídicas concretas. El Estado como poder constituyente no se confunde con el Estado como poder constituído. Entre el Estado de derecho democrático y social y los ciudadanos hay una relación de paridad y coordinación jurídica, y no de sujeción. La comunidad social organizada *en Estado de derecho, la dignidad de la persona humana que ejerce el papel de funcionario, y la vinculación de las entidades públicas a los derechos fundamentales* no aceptan las "relaciones de sujeción " y el modelo "absolutista " del Estado.Vd. arts. 1, 9.1 CE; arts. 18, 268. 4 y 5 CP.

La función pública continua desempeñando tareas importantes en la actual forma del Estado. La mejora del cumplimiento de las tareas no es compatible con la "ideología" de las tradicionales "relaciones de sujeción ".Es necesaria una legitimación innovadora. La función pública tiene en la actualidad cuestiones de imposible resolución utilizando las antiguas fórmulas de "sujeción"(ejemplo:derechos colectivos de los funcionarios). *Es necesaria una nueva "legitimación "* de la función pública más conforme al cambio de situación.La función pública es un sistema social que exige siempre nuevos compromisos entre vinculación y libertad, y no sólo una situación de sujeción. El personal de la Administración no es un simple objeto de la actividad administrativa, también es responsable de los resultados de dicha actividad. La mayor libertad en derechos fundamentales de los funcionarios significa mayor responsabilidad en los resultados. Este modelo no encaja bien con la idea de "sujeción ".[72]

La sustitución de la idea de "sujeción" por el punto de vista de la "participación de los dirigentes, personal administrativo y usuarios" y de la " coresponsabilidad en los resultados"apoya la necesidad de sustituirse también el entendimiento de la función pública como "relación unilateral, autoritaria, y estatutaria", más propia del período político-administrativo anterior, por una concepción más conforme al Estado de derecho democrático y social, de "contractualización " de la función pública. Esto sería una de las principales consecuencias jurídicas del abandono de la "ideología de sujeción " del personal administrativo.

La idea del contrato en la función pública no es nueva.Lo que ahora ha cambiado son las consecuencias jurídicas y el régimen jurídico de los contratos administrativos. En su investigación acerca de la naturaleza jurídica del acto fundador de la relación del servicio, O.MAYER dice que este no es necesariamente de derecho público. En el punto de vista estricto de la ciencia del derecho, nada se puede oponer a la eventual naturaleza jurídico-privada del acto fundador de la relación de servicio. Hay autores que conciben la relación del empleo como: un acto administrativo unilateral de sujeción (O. MAYER), como un acto

---

[72] Vd. H.MALZ-*Das Beamtenverhaltnis als Besonderes Gewaltverhaltnis* – "ZBR"-April 1964, s.102.

administrativo bilateral (W. JELLINEK), como un acto administrativo que necesita colaboración (E. FORSTHOFF), como un acto administrativo necesitado del consentimiento(H. J. WOLFF). Pero existen otros autores que han defendido la opinión contraria. La teoría tradicional fundamenta la relación del servicio como contrato de derecho privado. P. LABAND y G. JELLINEK comprenden la relación del servicio en la base de un contrato del derecho público, y H. REHM como un contrato mixto. [73]

Nosotros *defendimos la sustitución del "unilateralismo" por un régimen predominante de "contractualización administrativa"* más adaptado a este periodo de superación de la "ideología de la sujeción". El contrato administrativo asegura la defensa del interés general y de las necesidades del servicio sobre los derechos del personal, esto es, no se apoya la idea de un contrato privado. Es criticable que la Ley de Reforma de la Función Pública, salvo en la Universidad para los profesores, haya prohibido la vía de los contratos administrativos. SILVIA del SAZ apoya los contratos administrativos como medio de contratar personal para puestos de trabajo no permanentes.[74] Nuestro punto de vista es diferente: se trata de considerar la "contractualización" - y no el "unilateralismo"- como el sistema predominante de la función pública.

No se está defendiendo la "contractualización" de toda la actividad administrativa en términos de comprender ésta bajo una nueva sistematización a partir de una genérica forma contractual.En este sentido, concordamos con PAREJO ALFONSO. [75] Nuestro punto de vista está incidiendo sólo en la función pública, que es una organización que depende sobre todo de la "voluntad "e inteligencia del elemento personal, y no sólo de técnicas organizatorias. La importancia del elemento personal influencia nuestro punto de vista de la "contractualización" y del acuerdo de voluntades entre sujetos jurídicos

---

[73] Vd. WALTER WIESE-*Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland, 1972*, s.262. LUIS ORTEGA-*Los Derechos Sindicales de los Funcionarios Públicos*, 1983, p.31. I.LASAGABASTER HERRARTE-*Las Relaciones de Sujeción Especial*, 1994, p.40ss.LOPEZ BENITEZ-*Naturaleza y Presupuestos, cit.*p.68ss. JELLINEK, W.-*Verwaltungsrecht*, 1966. E.FORSTHOFF-*Droit Administratif*, 1968. H.J.WOLFF-*Organschaft und Juristische Person*, I, II, 1968.

[74] Vid. *Contrato Laboral y Función Pública*, 1995, p. 78.

[75] Vd. *Eficacia y Administración*, 1995, p.169.

autónomos. Nuestro razonamiento no se sitúa sólo en un plano cognoscitivo - hipotético. Se cree que se podrán deducir importantes consecuencias jurídicas para el régimen del personal funcionarial, como a su tiempo veremos ! Vd. Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, art.88. Art.179 del *Código do Procedimento Administrativo* portugués (Los órganos administrativos pueden celebrar contratos administrativos en el ámbito de las atribuciones de la persona jurídica, excepto prohibición resultante de ley o de la naturaleza de las relaciones).

2. El régimen jurídico de la función pública no es un régimen laboral común.

2.1. *Las antiguas condiciones de la función pública han cambiado*

Las tradicionales premisas de la función pública han cambiado, y explican la creciente influencia del derecho laboral en la Administración.Tiene más importancia el ciudadano-funcionario que el súbdito-funcionario. Los ciudadanos no son objeto del poder administrativo, y poseen derechos de participación en la actividad administrativa.Vd. arts.105 CE; 267 CP. El personal dirigente y el que ejerce funciones de autoridad es un pequeño número. El personal ha aumentado y se ha diversificado. Los perfiles profesionales de los enseñantes y de los sanitarios poco tienen que ver con los clásicos burócratas. A partir de los años sesenta, en ciertos países, como Italia, se han desarollado, para los dependientes públicos, procesos de negociación colectiva de las condiciones de trabajo.Los principios constitucionales de los "trabajadores"se aplican a los funcionarios.[76]

En Italia, se habla de la apertura de un "tercer ciclo" que comprende la homogenización de la función pública y del sector privado en lo concerniente a las condiciones de empleo, remuneraciones, licencias, gestión del personal, seguridad social, etc. Se apuntan las siguientes razones para este tercer ciclo: Primera, las dificultades financieras actuales no admiten el peso de la burocracia ineficiente y no responsable de sus resultados. Segunda, en un período de crisis económica, las personas no admiten las diferencias entre las malas condiciones

[76] Vd. S.CASSESE-*Las Bases del Derecho Administrativo,* "MAP"1994, p.204.

laborales del sector privado y la inseguridad del empleo, y los "privilegios "de los funcionarios.[77]

Pensamos que estos dos argumentos son demasiados simples. No se habla, por ejemplo, de la propia ineficacia del sector privado.En ningún país europeo las grandes empresas hacen grandes inversiones sin previas ayudas y conversaciones con las instancias comunitarias y estatales. El sector privado no es un modelo de eficacia en la mayoría de los países europeos.En cuanto al segundo argumento, los "privilegios" no son de los funcionarios, y sólo se legitiman si la función pública continúa desempeñando importantes tareas constitucionales que expliquen la existencia de esos "privilegios". Además, no se debe homogeneizar por lo "bajo"; tampoco se debe retirar ningún derecho a los funcionarios sólo porque los restantes trabajadores no lo poseen. Lo que se debe cuestionar es porqué los restantes trabajadores aún no poseen esos derechos (ejemplo: la estabilidad del empleo). A propósito de ésto, hace algunos años, los empleados de los bancos, en Portugal, tenían una óptima y exclusiva seguridad social y sanitaria, entonces, en nombre de la igualdad con los restantes trabajadores se intentó incluir a estos empleados en la seguridad general de todos los trabajadores, con la consecuencia de una gran baja en la calidad de las prestaciones.

No se va a "privatizar" la función pública porque existan tensiones sociales con el sector laboral. Lo que se debe cuestionar es cuales son las tareas constitucionales que la función pública aún puede desempeñar.

El sistema europeo de función pública se empezó a desarollar a partir del siglo XVIII con el "despotismo esclarecido", y se perfeccionó bajo la influencia de los modelos napoleónicos y de Westminster. La Tesis no encuentra razones para apartar completamente, en la actualidad, el modelo de derecho público de la función pública. La aplicación a los agentes públicos de las leyes laborales es la solución más simple, y fue adoptada por los regímenes comunistas y del tercer mundo. La función pública europea es una creación del Estado de derecho.En China y en los países soviéticos, los agentes públicos eran más

[77] Vid. C.D.ORTA-E.DIAMANTI-*La Fonction Publique vers la Privatisation*- "Revue Française Administration Publique", nº67, 1993, p.351.

BIBLIOTECA

"políticos" que "estatales". En Europa no se ha querido adoptar el sistema"privado" y "partidario" del "spoils system" norteamericano. Son, entonces, razones serias las que explican la adopción del modelo de derecho público de función pública. No se debe apartar este modelo, que sigue cumpliendo algunas tareas públicas con eficiencia, exclusivamente por causa de las "tensiones sociales " referidas por C. D.ORTA - E. DIAMANTI.[78] Lo más importante es saber si el cumplimiento de esas tareas públicas aconseja el régimen de derecho público del personal.

2.2. *Existen contratos de derecho laboral en las funciones públicas española y portuguesa.*

Siempre existirán contratos laborales en ambas funciones públicas.El sistema de función pública no es laboral en su globalidad, pero admite contratos laborales singulares. El Decreto-lei 427/89, del 7-12(Portugal) admite el contrato de trabajo a tiempo determinado para personas no integradas en plantillas y para necesidades transitorias de los servicios que no puedan ser cumplidas por contratos administrativos (art.17). El contrato administrativo se utiliza para personas no integradas en plantillas y para el ejercicio de funciones propias del servicio público, en el caso de servicios en régimen de instalación, personal médico, de enseñanza e investigación, y para prácticas de ingreso en la carrera (art.15 - Decreto-lei 427/89, de 7-12).

La *Ley de Medidas de Reforma de la Función pública* de 1984 admite un amplio régimen laboral. Cualquier función propia de los funcionarios podría también ser desempeñada por medio de contratos laborales. Excepto en las Universidades, se prohibe, en general, la contratación administrativa. La contratación laboral no tiene límites. El Gobierno determina los puestos de trabajo que "en atención a la naturaleza de su contenido " se reservan a los funcionarios. Este poder del Gobierno vulnera la reserva de ley del art.103 CE sobre regulación del estatuto de los funcionarios ("La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos"). El régimen funcionarial puede, por este medio, ser suprimido en la práctica si el Gobierno no reserva, por hipótesis, lugares para los funcionarios.[79]

---

[78] *Ob.cit.* p.351.

[79] Vd. SILVIA SAZ-*Contrato laboral y función pública*, 1995, p.44.

2.3. *La laboralización es más amplia en España que en Portugal.*

La Ley 30/1984 de Medidas de Reforma de la Función Pública no establecía límites sustantivos a la contratación laboral. Los funcionarios o laborales podían desempeñar cualquier puesto.El Gobierno fijaba los puestos de trabajo que " en atención a la naturaleza de su contenido " se reservaban a funcionarios. Los contratos administrativos de colaboración temporal fueron prohibidos, excepto en las Universidades.[80] La sentencia 99/1987 del Tribunal Constitucional es importante: "habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario con carácter general para los servidores públicos (art.103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración pública".La Ley 23/1988 ha restringido la amplia laboralización de la Ley 30/1984:la regla es que todos los puestos de trabajo de la Administración serán ejercidos por funcionarios públicos con las excepciones de la propia Ley(puestos no permanentes, puestos instrumentales, etc.).La Ley 42/1992, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, amplió de nuevo la contratación laboral:esta es posible en los puestos con funciones auxiliares, instrumentales y apoyo administrativo, esto es, los puestos que no incluyen el ejercicio de autoridad.

La situación en Portugal es diferente: es posible la creación por decreto-ley del Gobierno, de una persona jurídica de derecho público con personal bajo régimen de derecho laboral(ejemplo:Decreto-lei 242/97, 18 Setembro - Teatro Nacional de S.João). Se admiten en más situaciones, que en el derecho español, los contratos administrativos(médicos internos, profesores, personal de investigación, etc.).La posibilidad de contratos de trabajo a tiempo determinado es muy restringida (art. 17 del Decreto-lei 427/89, 7 de Dezembro - necesidades transitorias de duración determinada, sustitución temporal de funcionario, etc.). Se puede decir que la situación en Portugal, en materia de laboralización, es la inversa de la situación española. Cuando se dice que el régimen jurídico de la función pública no es un régimen laboral, es más cierto en Portugal que en España.

---

[80] Vid.SILVIA del SAZ - *Contrato Laboral y Función Pública*, 1995, p.43ss, 53.

2.4. *La distinción entre derecho público y derecho privado continúa siendo válida, pero no conviene presentar exageraciones en la materia.*

"La distinción de sociedad y Estado es actual y no puede tenerse por superada y obsoleta ". [81] La realidad de los derechos positivos no hace coincidente este dualismo con la diferenciación entre derecho privado y derecho público. Son conocidas múltiples actuaciones y formas organizativas de derecho privado en el ámbito administrativo. No hay paralelismo absoluto entre el ámbito administrativo y el régimen de derecho publico. La Constitución, expresamente, no ha determinado ese paralelismo. Existe una relación estrecha entre Administración, que sirve al interés general (art.103.3 CE), y el estatuto de los funcionarios públicos, que es considerado como el estatuto principal de referencia del personal, pero no es una correspondencia absoluta. Arts. 103.1, 2, 3-CE.No es inconstitucional la disociación entre Administración y régimen de derecho público.Por otro lado, sería inconstitucional la total sustituición, sin autorización constitucional expresa, de la actividad y organización administrativa por un sistema único de derecho privado. Pero un régimen predominante de derecho público admite actuaciones singulares de derecho privado que sean consideradas más adecuadas a una determinada situación.

A la función pública no le corresponde siempre un régimen de derecho público.El concepto de "función pública"integrado en la organización administrativa no es suficiente para vincular a un régimen de derecho público.La Constitución portuguesa también presupone la distinción derecho público - derechoprivado.Vd.arts.CP-22, 38.5y6, 75, 18.1, 80.b, 89, 199, 205.2, 212.3, 257, 165.s. t.u.

La Constitución no define lo que se entiende por derecho público y privado, ni delimita esos ámbitos jurídicos.La existencia de un derecho administrativo específico y diferenciado del derecho privado general también es confirmado por el actual desarollo de un derecho especial de la Administración en los países anglosajones, donde tradicionalmente no existía derecho administrativo con régimen especial, y sí el "common law". En el ejercicio de funciones públicas

---

[81] Vid. PAREJO ALFONSO - *Eficacia y Administración*, 1995, p.47.

existe la presunción de que los órganos utilizan medios de derecho público, excepto si es evidente la voluntad de la Administración de actuar según el derecho privado. En general, la Administración pública utiliza, en el cumplimiento de sus tareas, los instrumentos que están a su disposición de forma ordinaria, y que son los de derecho público. [82]

No es necesario perder mucho tiempo en discutir la distinción entre derecho privado- derecho público, para, de ahí extraer muchas consecuencias para la función pública planteada como un sistema de derecho público o como un régimen laboral. Esto lo indican también algunos autores: H.KELSEN relativizó la oposición derecho público - derecho privado, porque no es una diferenciación lógica, antes es ideológica.Para H.KRUGER, la diferenciación derecho público-derecho privado resulta, no de la necesidad y sí de la conveniencia; no puede haber un dualismo absoluto derecho público-derecho privado, y sí un punto de vista utilitario y funcional, no ideológico, en relación con las competencias administrativas y la vía jurisdiccional administrativa. M.BULLINGER no considera el modelo dual normal derecho público-derecho privado y sí una diferenciación normativa material y funcional. Se trata de diferenciaciones parciales de carácter funcional. El derecho privado es una función parcial del orden jurídico estatal y no hay una rígida e intrínseca separación derecho público-derecho privado, lo que existe es un punto de vista funcional y material y una oposición sólo parcial.No se debe seguir el criterio que divide todas las relaciones jurídicas o en derecho público o en derecho privado, ya que se puede haber formado un derecho común. Por otro lado, no es importante la definición legal del funcionario como de derecho público o como agente de derecho privado. Es más importante interpretar la especialidad de la relación del funcionario y conocer los eventuales derechos y deberes especiales. Si la diferenciación entre empleo de derecho público y empleo de derecho privado es un medio necesario para una mayor funcionalidad del servicio público, entonces es útil, pero en caso contrario, debe ser apartada.[83] *Toda esta discusión sobre si el empleo público es de derecho público o privado, a*

---

[82] Vd.MAYER-KOPP - *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1985, p.85, 79.

[83] Vid.WALTER WIESE-*Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland*, 1972, s.263ff. C.F.MENGER-*Zum Stand der Meinungen uber der Unterscheidung von offentlichen und privaten Recht*, p.160ss-"Festschr.fur H.J.WOLFF", 1973.

mí me parece un tanto supérflua, lo que debemos es conocer si los funcionarios tienen derechos y deberes especiales, y cuál es la mejor fórmula, esto es, el mejor régimen jurídico, en la situación concreta, para cumplir las tareas públicas.

No todo el personal administrativo tiene la cualidad de funcionario, las razones de ello son la funcionalidad, la clase de tareas, la flexibilidad, o el presupuesto, todo ello en una situación concreta. Por ello, a veces es más conveniente una situación de contrato de derecho privado.Por ejemplo, la discusión iniciada en Alemania por v.HOPF sobre si los funcionarios eran menos costosos, al presupuesto que los empleados, continua en la actualidad.[84] La función pública incluye el régimen de derecho público y el de derecho privado. Si es un funcionario de derecho público las relaciones jurídicas (básica, de funcionamiento y externa) son de derecho público. Si es personal de derecho privado, la relación interna (básica y del funcionamiento) es de derecho privado administrativo, pero la relación externa, como actividad de poder, es de derecho público.[85]

2.5. *Sigue habiendo aproximación entre la función pública y el derecho laboral.*

El acercamiento entre la función pública y el derecho laboral privado continúa dándose. Es un movimiento que viene de décadas atrás.

La situación en Portugal y España es diferente, como se ha visto: la laboralización en España es amplia, sin embargo en Portugal es mínima(art.17 - Decreto-lei 427/89, 7 Dezembro). La *Ley 30/1984 de Medidas de Reforma de la Función Pública de 1984* generalizó, en España, el vínculo laboral. Cualquier puesto puede ser ejercido, sea por funcionarios sea por laborales.La Ley 42/1992, de 30 diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas permite la contratación laboral en puestos de carácter auxiliar, instrumental y apoyo administrativo.

Los regímenes de empleo público y privado se han aproximado, pero siguen existiendo algunas especificidades. Hay una atracción entre las ventajas

---

[84] Vid. W.BERENS-ZBR hf.5/1995, p.139-*Beamte oder Angestellte-Wer ist fur den Arbeitgeber billiger ?*

[85] Vid. U.BATTIS-*Allgemeines Verwaltugsrecht*, 1985, p.45.H.MINZ-*Recht des Offentlichen Dienstes*, 1981, p.4ss.HILG/MULLER-*Beamtenrecht in Bayern*, 1981, p.16ss.SCHEERBARTH/HOFFKEN-*Beamtenrecht*, 1985, p.59ss.

respectivas.El empleo público ha influido en el privado en lo que concierne a la seguridad del empleo, garantía contra despidos, enfermedad, servicio militar obligatorio, seguridad social, jubilación, horario de trabajo, derecho a vacaciones. Por otro lado, el empleo privado ha influido en el empleo público en lo concerniente al derecho a la sindicalización, negociaciones colectivas, y derecho a la huelga.

Por un lado, hay privatización del empleo público: aplicación del derecho laboral en los entes públicos económicos, institutos públicos y en la administración pública; extensión al empleo público de leyes primero emanadas para el sector privado. Por otro lado se dio una publicización del empleo privado a causa de la aplicación de institutos típicos del empleo público: la estabilidad del empleo por motivo de la justa causa del despido, la garantía del procedimiento disciplinario, la readmisión en el puesto de trabajo en caso de despido nulo o improcedente. Existe una convergencia entre la situación del trabajador privado y público, y se cuestiona el modelo clásico unilateral o autoritario. Pero, esa convergencia no es total.Por ejemplo, en el derecho italiano, que tiene convenio colectivo en el sector público, y hay una mayor aproximación entre los dos ámbitos público y privado que en los casos portugués y español, la jurisprudencia no acepta que se aplique a la Administración el derecho de los sindicatos funcionariales del art.28 del *Estatuto de los Trabajadores* sobre la represión de la conduta antisindical de los empresarios privados.

En el empleo público italiano, existe la predeterminación normativa y presupuestaria de la remuneración. La Ley de bases italiana de 1983 ya previa "accordi sindacali di comparto" e "accordi sindacali intercompartimentali" trieñales para las remuneraciones y categorías funcionales del empleo público.El Decreto de 1993 introdujo la "privatización " de la función publica italiana.La reserva de ley se limita a la organización de los servicios, al reclutamiento, a las dotaciones orgánicas, y a la responsabilidad de los agentes.Sobre todas las otras materias, inclusive el *status* jurídico del personal, puede intervenir la negociación colectiva. La reserva del derecho público ha disminuido. El acuerdo entre la agencia pública de relaciones contractuales y los sindicatos es un auténtico convenio colectivo común. Es necesaria la autorización del Gobierno para que la

agencia pública pueda firmar, pero no se exige la ratificación del Gobierno por reglamento.[86]

En Portugal, existe negociación colectiva, pero no hay pacto alguno. El acuerdo entre la Administración portuguesa y los sindicatos sólo produce efectos después de ser adoptado por el Gobierno e incluído en leyes o reglamentos. Se excluyen las siguientes materias: estructura, atribuciones, competencias, política del personal, gestión, y funcionamiento de la Administración pública - arts.5 y 12 del Decreto-lei 45 - A/84, de 3 de Febrero.En España, la negociación colectiva es más amplia que en Portugal.

La Ley 9/1987(España) de Regulación de órganos de representación y determinación de condiciones de trabajo y participación de los funcionarios públicos impedía la negociación en las materias reservadas a la ley o que incrementasen las disponibilidades presupuestarias. La Ley 7/1990 aumenta el poder de negociación de los sindicatos, y considera negociables algunas materias antes consideradas como reserva de ley.Si fuese afectada la reserva material de ley del art.103 CE sería inconstitucional. SALA FRANCO y ROQUETA BUJ consideran los acuerdos en las materias reservadas como pactos políticos y no jurídicos. Los pactos podrán " desarollar la ley en sentido acorde con lo en ella está dispuesto, matizar y concretar las líneas generales expuestas en ella, pero no modificarla a menos que ella lo autorice".[87] Juzgamos que es difícil distinguir lo que tiene sólo valor político y no valor jurídico. Si el Gobierno firmara un pacto con valor político, si existiría alguna ética en política, también debería transmitir un valor jurídico a ese acto. En conclusión, en la negociación colectiva, el proceso de acercamiento entre los ámbitos público y laboral es mayor en Italia que en España, pero la laboralización es mayor en España que en Portugal.Las "peculiaridades" de la negociación colectiva continuan en estos tres países, pero son más radicales en Portugal, esto es, en Portugal existe un régimen más próximo del derecho público que del derecho de negociación laboral.

Los deberes del funcionario-lealtad, obediencia, secreto profesional, dedicación exclusiva, etc. - son semejantes a los del trabajador privado. El punto

---

[86] Vid.SILVIA del SAZ-*Contrato Laboral y Función Pública,* 1995, p.12ss.
[87] Vid. SILVIA..del SAZ-*cit* 106, 107.

de vista clásico distinguía estos deberes, no por su extensión e intensidad, y sí por su naturaleza, que no es técnica-funcional o laboral, y sí organizativa y disciplinario-jerárquica porque está relacionada con el ejercicio del poder público. No obstante, suponemos que esta respuesta clásica es artificial, porque en su substancia los mencionados deberes tienen contenidos semejantes.

Existe jerarquía tanto en el empleo público como en el empleo privado. Hay menos jerarquía en las funciones autónomas como en el caso de los jueces y profesores universitarios.La jerarquía no se deduce de la "sujeción especial ", ni los órganos administrativos pueden hacer valoraciones disciplinarias autónomas, por ejemplo, sobre la conduta privada de los funcionarios. La subordinación jerárquica resulta de la integración en el esquema jerarquizado de la organización pública y del cumplimiento de los fines de la unidad administrativa. Pero esto también existe en el empleo privado. Se supone que la jerarquía es más fuerte en muchas empresas privadas que en la Administración, donde se puede hablar, en la actualidad, de una "debilidad " de la jerarquía, a causa de que el Gobierno necesita ganar las elecciones, y de la presión de los sindicatos, etc.

La existencia de un acto formal de nombramiento, considerado acto administrativo no es suficiente para caracterizar el empleo público. En este punto, es interesante la jurisprudencia de la "Corte de Cassazione " italiana, que exigía un acto formal de nombramiento, pero no necesariamente un acto típico o previo. La relación de empleo público podía tener origen de modo atípico.El acto formal del nombramiento podría identificarse con cualquier acto escrito en que se manifestase implícitamente la voluntad de constituir la relación de empleo público. Las secciones unidas de la "Cassazione" han declarado en 1979 que hay relación de empleo público en la presencia del "hecho " de la integración del agente en la organización pública, siendo lo mismo que sucede con la relación de trabajo subordinado privada. Un comportamiento concluyente es suficiente para constituir la relación del empleo público. El nombramiento pasa a ser elemento de prueba, sin valor constitutivo.

En el derecho disciplinario, existen principios generales semejantes en los empleos público y privado.En Portugal, se aplica subsidiariamente el régimen disciplinario de la función pública al proceso disciplinario laboral. Éste es mucho

más sencillo, entonces se aplica el procedimiento del derecho público para mayor garantía del trabajador laboral.

El derecho a la huelga existe en los empleos público y privado. En España y Portugal, al contrario de Alemania, la huelga no es considerada contraria a la naturaleza de la relación funcionarial como relación de fidelidad y perturbadora del órden público.Pero, en Alemania los funcionarios pueden utilizar la huelga de "celo".

En cuanto a las prestaciones sociales (vacaciones, subsidios, salud, accidentes en servicio, maternidad, jubilación,...) los dos regímenes de empleo público y laboral continúan acercandose.

Se decía (y los autores alemanes continúan diciendo) que la retribución de la función pública no se basa propiamente en el salario, y sí en el "Alimentationsprinzip" del funcionario y de su familia, que tampoco pagaba impuestos por su actividad profesional. Hoy, los funcionarios, lo que desean es ser bien remunerados por el trabajo prestado. En Portugal, la exención de tributo de los funcionarios terminó en 1987. Ser funcionario no tiene hoy más sentido como específica dignidad social.

El principio de la carrera profesional (Laufbahnprinzip) existe tanto en el derecho público, como en el derecho privado. Lo mismo ocurre con los trienios, pagas extraordinarias y las promociones.

La imposibilidad de despido del trabajador sin causa justa ha aproximado, en cuanto a la estabilidad del empleo, al funcionario público al trabajador privado.

No hay una separación de tareas en los derechos español y portugués, entre los empleados de derecho público y los empleados de derecho privado, de modo que los primeros cumpliesen tareas de autoridad, y los segundos cualquier otro tipo de tareas. Ciertas tareas relacionadas con el ejercicio de autoridad pueden ser ejercidas por agentes de derecho privado. Las tareas de algunos funcionarios pueden consistir en una actividad manual o técnica.

Se abolió la fórmula del juramento en la función pública, lo que podría indicar una vinculación específica ética diversa de la relación laboral.

Todos estos aspectos muestran el creciente acercamiento entre empleo público y privado, pero aún no se ha producido la unificación entre los dos regímenes, esto es, continuan algunas especialidades en cada régimen. [88]

2.6. *Las diferencias entre el empleo privado y el empleo público.*

Aunque parte del contenido de la relación de empleo público puede ser regulada en la base de acuerdos con los sindicatos, siguen existiendo características específicas del empleo público a causa de la autonomía constitucional de la función pública (art.103.3 CE.Art.269 CRP).

Esta autonomización de la función pública se explica y fundamenta por los siguientes motivos:

- Las características del empleador (la Administración pública que sirve los intereses generales, no es semejante a una empresa privada).

- Los objetivos institucionales de la Aministración (art.103.1 CE. Art.266.1 CP).

- Los criterios formales obligatorios del ejercicio de esa actividad (objetividad, sometimiento pleno a la ley y al derecho, acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, sistema de incompatibilidades, garantías para la imparcialidad - art.103.1 y 3 CE.Art.266.2 CP - respeto por los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad, justicia e imparcialidad).

- La utilización predominante de poderes de autoridad por la Administración de soberanía.

- La administración de prestaciones también puede utilizar poderes de autoridad o unilaterales (ejemplo: la negación de un subsidio de paro, de una pensión de jubilación, la negativa de tratamiento médico intensivo en una clínica para toxicodependientes).

---

[88] Vid.SILVIAdelSAZContratoLaboralyFunciónPública, 1995, p.21ss.D.COSIImpiegoPubblico-GUARINODiz.Amministrativo, Varese, 1983.Verfassungspolitische Probleme einer Reform des offentlichen Dienstrechts, 1973, s.10ff.D.COSIImpiegoPubblico-GUARINODiz.Amministrativo, Varese, 1983.Verfassungspolitische Probleme einer Reform des offentlichen Dienstrechts, 1973, s.10ff.

- La forma organizatoria de la entidad administrativa, que en comparación con las organizaciones privadas, obedece a procedimientos complejos y a reglas rígidas de derecho administrativo y presupuestarias públicas.

El ámbito de la función pública coincide con el de las entidades administrativas no económicas. Todo lo demás, en el régimen de la función pública, que se explique sólo por razones históricas, sin correspondencia con la realidad estatal actual, debe ser abandonado. El régimen de derecho público incluye funcionarios directamente relacionados con el ejercicio del poder, y otros *que sólo ejercen actividades instrumentales. Existe una tendencia a distinguir a los* empleados públicos en general de los dirigentes, los jueces y los militares (arts.103.3, 104.2, 117.1 CE. Arts.167.p, 168.q.v., 217, 270, 275 - CP). Situando estos grupos fuera del empleo público en general, es más dificil de diferenciar entre empleo público y privado. No se puede decir que sea inconstitucional, como alternativa al sistema actual, la privatización de las relaciones de empleo sin conexión con la administración de soberanía, y la negociación colectiva con peculiaridades. El inicio de este movimiento se desarolla después del "Informe sobre los Principales Problemas de la Administración del Estado " presentado en 1979 por el ministro GIANNINI. La "privatización " y la negociación colectiva dificultan aún más la diferencia entre empleo público y privado. Pero esa diferencia continúa, actualmente en Italia: hay categorías de personal que no están sujetas a la privatización, y continua la esfera reservada de la ley (organización de los servicios, reclutamiento, dotaciones orgánicas, responsabilidad de los agentes).

Desde el punto de vista publicístico y clásico, el empleo público es una relación de trabajo instrumental para el ejercicio de funciones públicas y más intensa que en el derecho privado. Se comprendía como relación autoritaria y formal, no contractual, y en la que era predominante la posición del empleador público. Los elementos de este punto de vista que sean desactualizados en relación al momento constitucional presente (Estado de derecho democrático), no deben ser adoptados más.Aquella concepción sólo se justifica bajo una consideración restrictiva de las funciones del Estado.Se considera los empleados como "funcionarios", esto es titulares de un órgano o función que ejercen actividad

externa como propia de la entidad pública. Pero, el número de los empleados ha crecido mucho, y las tareas se han diversificado tanto que hoy a la mayoría de los empleados públicos no les corresponde más ese modelo "restrictivo".

En el Estado de derecho, el régimen del empleo público cambia en relación al Estado patrimonial, en que los empleados públicos (excepto los militares y los jueces) eran simples trabajadores. En el Estado liberal, la actividad económica del Estado fue reducida, y el empleo público se formaba principalmente por funcionarios administrativos que debían conocer y aplicar las leyes a los ciudadanos. Eran funcionarios poco diferenciados, pués las tareas eran semejantes. La diferencia entre funcionarios que ejercían funciones públicas y personal técnico o auxiliar pierde importancia a causa de la presión del personal de base que es el más numeroso, y que desea la aplicación de las garantías de carrera y estabilidad que en principio eran desconocidas por la relación laboral común. El Estado autoritario español y portugués ha contribuído a la formación de un sistema rígido y universal aplicable a todas las tareas o carreras.

Fue el surgimiento de las entidades públicas económicas el que apartó a ese personal del empleo público, con su sujeción al derecho laboral. El sistema español y portugués no diferencia a los empleados públicos según las tareas concretamente ejercidas. Para el derecho español y portugués, al contrario del derecho alemán, y semejante al derecho italiano, no es relevante que sólo algunas tareas estén directamente vinculadas al ejercicio del poder. La introducción de la carrera de dirigente muestra los elementos conexos al ejercício del poder de las relaciones de trabajo de la alta burocracia, que pueden ser regulados por criterios diferentes de la simple prestación de trabajo.

Vamos a investigar las diferencias entre empleo público y privado, aunque las cosas están evolucionando. De un lado, tenemos la relación de servicio de derecho público, de otro la relación de derecho privado o laboral. El contencioso pertenece en el primer caso a los tribunales administrativos, y en segundo caso a los tribunales de trabajo(jurisdicción social). La constitución de la relación funcionarial resulta de un acto administrativo formal de nombramiento, en el derecho laboral hay un contrato de trabajo sin formalidades.Pero, ya vimos que hay autores que no descubren en el acto de nombramiento una" resolución

administrativa" formal.El formalismo del procedimiento de nombramiento (la convocatoria, la selección, la admisión, la asignación del puesto, la toma de posesión) es diferente a la relación laboral. Aquí, el contenido de la relación es definido por convenio colectivo o contrato singular. En el derecho público, la relación es definida por ley, de forma unilateral. En este punto, los dos regímenes se aproximarán, porque en España y Portugal existen derechos de negociación colectiva, aunque bastante más desarollados en España. La Ley 7/1990 aumentó las materias negociables con los sindicatos, incluso materias incluídas en la reserva de ley (ejemplo: art.32.j - acceso a la función pública, carrera administrativa, retribuciones y Seguridad social, sistemas de acceso, provisión y promoción profesional). SILVIA del SAZ [89], al interpretar la redacción del artículo 32.j. de la Ley 7/1990, entiende que el convenio colectivo puede regular estas materias sin necesidad que una ley lo confirme.La ley portuguesa de negociación colectiva(Decreto-lei 45 - A/84, de 3 Fevereiro) no es tan avanzada como la española y se limita a seguir las directivas de las organizaciones internacionales (Convenios 98 y 151 de la OIT; Carta Social Europea) que apuntan más a un derecho de participación en la determinación de las condiciones de trabajo que a un auténtico derecho de convenio colectivo.

Vamos a ver otras diferencias: el derecho disciplinario es más complejo y el principio de la carrera está más desarollado en la función pública. La seguridad social del Estado es más completa que la de los trabajadores privados. El derecho a la huelga tiene peculiaridades en la función pública, lo mismo se dice del derecho a la negociación colectiva.

Estamos de acuerdo con M.S.GIANNINI [90] al afirmar: *"hoy es muy difícil decir cual es la diferencia entre ambos tipos de relación* ".Las diferencias clásicas que yo he venido enunciando han recibido muchas críticas. Por ejemplo, el acto de nombramiento no es considerado una resolución administrativa por S.CASSESE.[91] Se trata de un acto organizativo de las propias actividades de la entidad, y no de un acto de potestad pública.Tampoco es un acto de protección

---

[89] Vid. *Contrato Laboral cit*, p.106.
[90] Vid.*Impiego Público,* "Enc.del Dir"., p.305,
[91] Vid.*Las Bases del Derecho Administrativo*, MAP, 1994, p.204.

del interés público, pues la Administración que contrata personal cumple un interés propio que consiste en tener a su disposición personal cualificado.Este autor defiende que la subordinación del empleado público no es distinta del trabajador privado. Sea en el empleo público, sea en el empleo privado existen puntos comunes: la integración del empleado en la organización, los deberes de diligencia y obediencia, la continuidad del servicio, la subordinación a los poderes de dirección y disciplinario. También la regulación por ley existe en el derecho laboral, y sus sucesos modificativos y extintivos son fijados por ley.El Estatuto de los Trabajadores, que es una ley, disciplina los puestos de trabajo, el horario de trabajo, las vacaciones, etc.

No obstante, *juzgamos que el punto de vista de S.CASSESE no es aplicable a los derechos español y portugués.* No podemos aceptar completamente "ni que la naturaleza de los poderes ni que el tipo de regulación diferencian el empleo público de la relación laboral privada "."No puede decirse que la relación de empleo público es distinta de la del privado, porque la regulación de la primera no está a disponibilidad de las partes, mientras que sí lo está la segunda. En ambos campos existe una regulación legal, aunque con distinta extensión, motivada por la protección del trabajo subordinado, motivación que es tan intensa en el área pública como en la privada y que, por tanto, ha producido resultados que no son diferentes ". [92]

Las Constituciones española y portuguesa admiten la "función pública " como institución autónoma (Art.103.2 CE.Art.269 CP)."En el ejercicio de sus funciones, los trabajadores de la Administración pública y además agentes del Estado y otras entidades públicas están exclusivamente al servicio del interés público definido, conforme a la ley, por los órganos administrativos competentes" - art.269.1 CP. El art.35 CE se aplica a los funcionarios públicos (SS.178/1989 de 2-11, y 42/1990, de 15-3). Pero este artículo dá mucha importancia a "la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia".Se trata principalmente de los intereses del propio trabajador, no se habla ninguna vez en este artículo de los intereses del empresario."El art.103 acrecienta algo importante y diferente del contenido del

[92] Vid. S.CASSESE, *Las Bases cit.* ps.202, 206.

art.35 CE ("La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales ").Este acrecentamiento de algo diferente ("el interés general ") es olvidado por los autores de derecho del trabajo.Su investigación es sobre todo del fenómeno laboral. En ese caso, no se observan otras cosas que no sea "trabajo"(es obvio, que en cuanto al "trabajo" prestado puede no haber diferencias entre empleo público y privado).Es lo mismo que criticar a un filósofo porque su investigación no ha considerado el nivel sociológico! No hemos hecho "filosofia" en nuestro razonamiento. Quien ha acrecientado al "trabajo" el "interés general", fue la propia Constitución, y no nosotros.

*Entre empleo público de derecho público y empleo público de derecho privado sólo existen algunas diferencias formales poco significativas.*Los dos regímenes desde el punto de vista material están muy próximos. En este punto, I.v.MUNCH sólo habla de "criterio formal "de distinción.[93]Por ejemplo, en Alemania, los deberes de los empleados laborales de la Administración son semejantes a los deberes de los funcionarios.Veanse entre otros, el deber de neutralidad política, el deber de obediencia, el deber de secreto profesional, de no recebir dádivas, el deber de solicitar autorización para ejercer otras actividades o el reconocimiento de compatibilidad, el deber de defensa del régimen democrático y de fidelidad a la Constitución, el deber de, en funciones o al margen de sus funciones, salvaguardiar la dignidad y reputación social.Los empleados de la Administración, en régimen de derecho laboral, en Alemania, tienen deberes más próximos al régimen público que al régimen laboral privado. Por esto, *antes hemos dicho que lo importante no es teorizar en abstracto sobre las diferencias entre empleo de derecho público y de derecho privado, sino que lo más importante es conocer, en concreto, si el personal público tiene deberes y derechos especiales diferentes del derecho laboral.*

La idea de unificación entre los regímenes del empleo de las entidades públicas continua siendo actual (sistema intermedio entre el derecho administrativo y el derecho laboral). SILVIA del SAZ entiende "rechazable por sentido común y desde los más elementales principios de organización y gestión del personal la existencia de dos colectivos, funcionarios y laborales, con regímenes

---

[93] Vid. Offentlicher Dienst - Besonderes Verwaltungsrecht, 1982, s.10.

jurídicos diferenciados en su seno, lo que se estima contrario al principio de eficacia y genera agravios comparativos entre ambos ".[94] ALEJANDRO NIETO ya en 1984 defendía esta opinión (..."la Administración tiene que habérselas con miles de grupos de funcionarios que por variedad y cuantía no puede manejar..").[95] Pero, SILVIA del SAZ considera inconstitucional la unificación de regímenes.La CE hay diferenciado entre "estatuto de los funcionarios públicos" y "estatuto de los trabajadores", y ha cubierto el primero bajo una amplia reserva de ley.

Esta idea de la unificación del derecho de la función pública no es nueva.Se pueden referir los trabajos de la "Studienkommission fur die Reform des Offentlichen Dienstrechts "alemana de 1970.En vez de funcionarios y laborales, se prevé relaciones de servicio permanentes, a prueba, y para formación. Se aplicaban a todo el personal los, hasta ahora, deberes de los funcionarios en sentido estricto.Un derecho sancionador general substituía el clásico derecho disciplinario. El contencioso administrativo continuaba. Las carreras no eran impermeables.

¿Sería importante, en teoría, tener un derecho unitario de la función pública.Pero, eso no es lo más importante en la actualidad. La función pública alemana es una de las más eficientes en Europa, y ha continuado con el sistema del régimen dual (público y laboral).La tentativa de unificación ha chocado con las resistencias de los propios funcionarios, que juzgaban poder perder algunos derechos, y ha impedido que se concretizara.En Alemania, en la actualidad, no se habla de esta unificación. El"Bericht der Bundesregierung uber die Fortentwicklung des offentlichen Dienstrechts " de Juli 1994 no refiere la "unificación".Los temas más importantes, hoy, son el aumento de la eficiencia del personal, la formación del personal, y la reforma de la Administración en general, y no propiamente de la función pública en particular. Un sistema universal, homogéneo y muy numeroso puede dificultar una cierta flexibilidad en la gestión del personal, que la dualidad del empleo público administrativo y laboral permiten a la Administración, y su adaptación según las circunstancias.

---

[94] Vid.Contrato Laboral cit. p.108.
[95] Vid. La Organización del Desgobierno, pp.128-129.

Entre empleo público y empleo privado en general no existen sólo dife rencias formales. Suponemos que podremos seguir apuntando diferencias materiales.

*De las pocas, la más significativa diferencia substancial, entre relación funcionarial y relación laboral, es el concepto de "función".*Creemos que lo escrito por v.MUNCH aún es válido para este propósito.[96] Las CE (arts.103, 35) y CP (arts.269, 58) distinguen "función pública " y "trabajo ". La "función pública " tiene un sentido material lleno de algunos valores constitucionales que la distingue del simple significado laboral(promoción a través del trabajo y remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia - art.35.1 CE). Ejemplo de esos valores constitucionales: art.103 CE - defensa de los intereses generales, sometimiento pleno a la ley y al Derecho, incompatibilidades, imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Arts.269.1 y 266.2 CP-ejercicio de funciones al servicio del interés público y respeto de los principios de igualdad, proporcionalidad, justicia e imparcialidad.

Son estos principios constitucionales los que exigen las "peculiaridades "del régimen legal del personal administrativo (art.103.3 CE). La formación profesional, las incompatibilidades, las garantías de imparcialidad son diferentes, por ejemplo, para un empleado del comercio o de una industria y para un funcionario policial, de la administración fiscal, de un ministerio, o de un funcionario con la función de instruir y proponer, para una decisión superior, la concesión de subsidios a empresas cinematográficas o teatrales, etc. El respeto por los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad, interés público, en general, exigen garantías "peculiares"de estabilidad del empleo público y protección social y jurídica amplia de los funcionarios.*No se trata de privilegios de los funcionarios*, y sí de garantías de los mencionados principios constitucionales vinculativos del ejercicio de las funciones públicas con respeto a las leyes y al Derecho. No es sólo una lógica de trabajo subordinado, de remuneración, o de lucro más propio del ámbito laboral.

*En una época de crisis económica y social, es necesaria la "ideologia" del "servicio público ".*Los médicos, los enfermeros, por ejemplo, en los

[96] Vid. en "ZBR", Juli 1959, hf.7, p.211.

hospitales públicos no deben actuar con una pura lógica "comercial ".Aquí son necesarias, por ejemplo, las "peculiaridades " del derecho a sindicación, del derecho a la huelga, de garantías de imparcialidad (ejemplo: en los hospitales públicos, existen listas de precedencia de los enfermos para la ejecución de operaciones quirúrgicas, etc. que deben ser organizadas según criterios objetivos).

En el presente, con tantas presiones políticas, de los partidos políticos, de los grandes grupos económicos (corrupción de concursos públicos, etc. a nivel comunitario), de los carteles internacionales del crimen organizado, etc. es útil el criterio de la" función ". El criterio del "Amt" significa la introducción de un elemento funcional. El "trabajo" de los funcionarios no son sólo derechos, también cumplen deberes que pueden implicar, en algunos casos, "peculiaridades". Sin una fuerte carga de "deberes" y "proteccion"jurídica y social, el policía, que se siente amenazado por causa de su familia y de su propia persona, no va a persiguir a los criminales. Tampoco el militar irá a la guerra para la defensa de la nación, porque puede perder su vida. El funcionario fiscal tendrá problemas en persiguir a una gran empresa a causa de fraude fiscal, porque tiene miedo de represalias. Un funcionario sin estabilidad de empleo no se sentirá tranquilo para recusar la atribución de ayuda estatal o comunitaria a una gran empresa que no cumple los requisitos legales, etc. V.MUNCH habla de una fuerte acentuación de la carga de deberes, y no se refiere a derechos, en la "función" (Amt) de los funcionarios.[97] Nuestro punto de vista es un poco diferente. *Sólo hablamos de la posible existencia de deberes "peculiares ", no automáticamente, sólo en los casos justificados por la defensa de los intereses generales, en el "trabajo"="función" del personal de la Administración..*

2.7. *El derecho de los funcionarios continua siendo un elemento de la organización administrativa, y no del derecho laboral.*

En este capítulo, intentamos aclarar que el régimen jurídico de la función pública no es una relación laboral común.Es evidente que con la creciente laboralización en España, esa afirmación es más certera para Portugal que para España.Como explicamos en 2.6., en España, la función publica continúa

[97] Vid.en "ZBR", Juli, 1959, hf.7, s.211.

significando derecho diferenciado del ámbito laboral. Para eso es importante incluir la función pública dentro de la organización administrativa.Pero, en un sentido que poco tiene que ver con la teoría orgánica clásica. El trabajador privado también está insertado en la organización de la empresa y sujeto al poder de dirección del empresario. La diferencia es que las organizaciones público-administrativas no se confunden con empresas.Se trata de organizaciones con principios diferentes, y el régimen del respectivo personal también tiene exigencias propias, "peculiares ", adecuadas al carácter singular de las organizaciones público-administrativas.

a) La teoría de S.CASSESE que separa la organización de su personal

S.CASSESE es un crítico de la teoría orgánica clásica que vincula el empleo público a la noción de órgano. El órgano se compone de elementos organizativos y personales. Si el órgano ejerce poderes públicos que forman el oficio público, esos elementos de poder van a caracterizar al empleado público que ejerce el oficio público. La organización caracteriza al personal, y ambos elementos del órgano se reunen en uno sólo.

S.CASSESE no admite este punto de vista, " porque en los ordenamientos modernos, a diferencia de aquellos absolutos, los poderes no son atribuidos a personas, sino que califican la organización ".[98]

La Ley-cuadro italiana del empleo público de 1983 también separa el empleo público de la "organización administrativa". Es importante en el empleo público la referencia a la "organización del trabajo", independientemente del régimen público o privado del empleo. Esta Ley-cuadro separa el elemento "laboral" de la "función".En esta cuestión, no hay distinción entre empleo público y privado.Lo importante es el fenómeno "laboral" con entes públicos no económicos, con independencia de que el régimen sea de derecho privado o de derecho público. El derecho privado es compatible con el empleo público, y no son necesarios actos administrativos para la admisión y gestión del personal. El juez no debe utilizar el criterio de integración en la organización administrativa del ente

[98] Vid. *Las Bases del Derecho Administrativo*, MAP, 1994, p.204ss.

público, antes debe utilizar la referencia a los contenidos sustanciales del contrato, esto es, al régimen jurídico sustantivo.

b) La teoría orgánica no produce necesariamente la anulación de la personalidad del empleado público.

No apoyamos la teoría orgánica clásica. En ese punto, estamos con S. CASSESE[99]. Pero no coincidimos en que la teoría de la relación orgánica produce necesariamente la desvalorización de la posición del empleado público. La personalidad individual del empleado público no es desprestigiada por la naturaleza pública de la prestación del servicio. Existe una identificación jurídica entre empleado y entidad, en cuanto a las relaciones con terceros. En la relación con la entidad pública, el empleado es una individualidad diferenciada de la entidad, y puede ejercer derechos contra la entidad pública.[100]

c) El punto de vista de S.CASSESE no es tan moderno como parece.

El abandono de los elementos subjetivos en la organización administrativa puede ser justificado bien por la teoría autoritaria, bien por la teoría liberal, o bien por la teoría de separación entre política y administración.

Sin embargo, todos estos puntos de vista están siendo ampliamente criticados y por eso están superados.

El Estado autoritario defiende una organización administrativa impersonal y jerarquizada, sin valoraciones personales de los agentes.

Pero, el menosprecio de los elementos subjetivos en la organización administrativa también tiene acogida en la teoría liberal. En esta teoría, el poder no debe ser ejercido por hombres sobre otros hombres, que se deben sujetar sólo a la ley y a la razón. El Estado ideal es una asociación de hombres subordinada a leyes jurídicas (KANT). Las leyes, como expresión de la razón general y de la justicia, ejercen el poder, y no el monarca o sus funcionarios. Las ideas de materialidad y objetividad son los principios estructurales del derecho. Distintamente de la época medieval, el hombre moderno se piensa más digno al

---

[99] Vid. *Las Bases del Derecho*, cit.p.131.

[100] Vid. A.di LORENZO-*Ordinamento degli Impieghi dello Stato e degli Enti Locali Territoriali*, 1958, p.39ss.

sujetarse al poder impersonal de la ley, y no a los poderes individuales de los dirigentes políticos.

La teoría tradicional del Estado separa política y burocracia. La teoría jurídica del órgano, con la eliminación de los momentos de subjetividad, presupone la distancia entre política y administración (semejante al modelo burocrático de M.WEBER).

Los puntos de vista autoritario, liberal y de separación entre política y administración están hoy superados.La Constitución adoptó el Estado de derecho democrático y social (art.1.1 CE; art.2 CP).El principio de la responsabilidad del Gobierno para con el Parlamento exige que los altos cargos funcionariales sean de la confianza política del Gobierno. En el Estado democrático y de prestaciones debe existir una relación próxima política-función pública, que asegure el control democrático sobre los "resultados"obtenidos por el desempeño de la función pública.

Así, la tesis de S. CASSESE no tiene fundamentos actuales.

d) Nuestra concepción de "organización administrativa" no es la de un modelo absolutamente jerarquizado, ni parte de un modelo idealista del Estado, y tampoco adopta el punto de vista de H. J. WOLFF.Con este punto de vista juzgamos que podemos evitar la crítica que S. CASSESE hace a la inclusión de la función pública en la organización administrativa entendida en el sentido orgánico - clásico, que tampoco es nuestro punto de vista.

d)1. La organización administrativa, como la entendemos, no es un modelo absolutamente jerarquizado.

Se persigue una teoría jurídica sobre la organización administrativa diferente de la teoría clásica. No se concibe la organización bajo un modelo exclusivamente de comportamiento imperativo y estructural.Eso transformaría al funcionario en un simple instrumento de la política, y aumentaría el "burocratismo" del sistema. El funcionario debería ejecutar con fidelidad las decisiones de los políticos.

d)2. El punto de partida no está en un modelo idealista de Estado y de organización.

El modelo idealista de Estado no incluye la afirmación de las aspiraciones e intereses de los funcionarios. La función determina la personalidad individual. El ciudadano que ejerce un cargo público es diferente de un simple individuo. No puede seguir sus concepciones personales y debe actuar según la materialidad de su función. Todas las contribuciones personales de los funcionarios perjudican el funcionamiento óptimo del sistema porque se sustituyen los intereses de los funcionarios por los intereses generales.

Al contrario, entendemos que el funcionamiento óptimo del sistema depende de las contribuciones interesadas del personal, las cuales no amenazan la funcionalidad del sistema. El "burocratismo" nace de la falta de participación interesada del personal en la actividad administrativa. La ley vigente no acepta la separación entre personal y organización administrativa.Veánse en este sentido los siguientes preceptos que parten del supuesto de la colaboración entre personal y organización administrativa. Vd. los deberes de "la cooperación a la mejora de los servicios y a la consecución de los fines de su unidad administrativa" (art.76) y a "esforzarse a la mejora de sus actitudes profesionales y de su capacidad de trabajo"(art.80) - *Ley de Funcionarios Civiles del Estado.*

La Constitución portuguesa también pretende impedir la burocratización (art.267.1).

d)3. No se aceptan, en este punto, los resultados de la investigación de H.J.WOLFF.

Este autor concibe la organización como concepto dogmático-estático. El punto central de este sistema es el Estado como persona jurídica. Se concibe el órgano con carácter normativo-institucional.Es un sujeto institucional de competencias separado de todos los elementos personales.[101]

Las consideraciones personales no se pueden eliminar de la estructura administrativa.El interés y capacidad del personal administrativo condiciona la eficacia de la organización. Pero, los agentes pueden utilizarse de la organización para objetivos personales o políticos (ejemplo:huelga con fines políticos). Y los

---

[101] Vid.HANS J.WOLFF-*Organschaft und Juristische Person*, II, 1934, p.224ss, 1 ss.

ciudadanos pueden pretender obtener ventajas ilícitas de la estructura organizatoria(ejemplo: corrupción).[102]

La dogmática tradicional de H.WOLFF no considera el ámbito social objeto de la reglamentación. Sin embargo, hay influencias externas que deben pertenecer al ámbito normativo de la organización administrativa. Para K.HESSE el derecho tiene validez si se relaciona con las fuerzas espontáneas y tendencias sociales vigentes.[103] La organización administrativa tiene una dinámica interna y unas relaciones formales e informales. Hay una dinámica de los grupos, y existe una proximidad al "ethos" y a las necesidades sociales e individuales de los agentes.[104]

La vinculación de la Administración a la ley, en WOLFF, prohibía el reconocimiento jurídico de elementos subjetivos, que no significaban nada para la organización administrativa. La Administración es una estructura objetiva de funciones y normas, independiente de la existencia de los agentes. El derecho organizatorio suspendía, para H.J.WOLFF, la consideración de los intereses y aspiraciones de los agentes. Estos son considerados desde el punto de vista de las relaciones jurídico-individuales, y no de las relaciones jurídico-organizatorias.

Suponemos que esta perspectiva no es la más conveniente. La Administración no es la realidad del principio de racionalidad técnica, ni de la idea moral. No se debe considerar la organización administrativa sólo desde el lado objetivo, desligado de los intereses y de la capacidad de los agentes, ni tampoco podemos olvidar el ámbito social de las normas. Ejemplo: el sistema de provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional puede no ser igual para los funcionarios administrativos, los profesores, los médicos, los polícias, etc. [105]

e) La posición del funcionario se sitúa en un punto de intersección de diferentes normas jurídicas, y desempeña diferentes papeles.

---

[102] Vid. G.RESCIGNO-*Corso di Diritto Pubblico*, Bologna, 1984, p.10, 48.
[103] Vid.*Grundzuge des Verfassungsrechts der BRD*, 1977, s.28.
[104] Vid.F.SCHNAPP-*Amtsrecht und Beamtenrecht*, 1977, s.102 ff.
[105] Vid. A.DENHARD (hrsg)-*Mitarbeiterorientiertes Organisationsrecht-Beitrage zum Dienst- und Organisationsrecht der Staatlichen Verwaltung*, 1983, p.12, 42.

"El funcionario no se situa sólo en la relación general Estado-ciudadano, también se incluye en la estructura administrativa estatal. Él se situa en un punto de intersección de dos conjuntos de normas jurídicas, ambos determinantes del ejercicio de funciones: las normas jurídicas referidas a la persona del funcionario y las normas jurídicas organizatorias referidas a la función".[106] La relación de servicio entre funcionario y Administración no se distingue en su estructura de la relación laboral. Tres argumentos principales fueron decisivos para apartar las preocupaciones organizatorias del derecho funcionarial: el dogma de la personalidad del Estado, el principio de la unidad del poder estatal, y la teoría de la *impermeabilidad*.[107] Hoy, como se sabe, todos estos argumentos están de algún modo superados. El derecho funcionarial es complejo. El funcionario, por un lado, está en una relación de empleo que en su estructura no se diferencia de la relación general Estado-ciudadano. Simultáneamente, ejerce una función, cuyas normas alcanzan al ámbito personal del funcionario, pero en un ámbito diferente. Es un dado sociológico. La misma persona puede desarollar su actividad en diferentes ámbitos. *Pero, el funcionario es una persona física, y es imposible dividir su parte personal-individual y su parte funcional -competencial (como si se tratase de un ingeniero de carreteras que divide las dos mitades de una autopista). Estos dos aspectos deben ser considerados en conjunto. Son papeles diferentes ejercidos por la misma persona del agente.*

Cuando incluímos la función pública en la organización administrativa, deseamos sobre todo señalar la importancia de la función pública en el derecho organizatorio. La capacidad de acción de las organizaciones y el nivel de ejecución de las normas del derecho externo dependen mucho de la cualidad y del interés del personal administrativo. La mejor reforma administrativa, en la salud, o en la enseñanza, etc., decididas a nivel político, no obtendrán éxito si no existe personal administrativo con capacidad para ejecutarla.

La función pública se incluye en la organización administrativa, pero el derecho de la función pública no es un derecho organizatorio en sentido estricto. La comprensión de la realidad organizatoria se ve perjudicada al hacerse el

---

[106] Vid.F.SCHNAPP-*Amtsrecht cit.* s.285.
[107] Vid.F.SCHNAPP-*Amtsrecht und Beamtenrecht,* 1977, p.83ss, 283 ss., 93 ss.

estudio aislado de la estructura de los órganos, del derecho de la función pública y del derecho procesal.

No hacemos una transferencia al ámbito personal del funcionario, de características funcionales propias de la noción de órgano.[108]Lo que afirmamos es la recíproca influencia entre organización y personal administrativo, y que la misma persona del funcionario ejerce simultáneamente dos papeles diferentes (la relación de empleo y la relación funcional), esto es, el "trabajo"y la "función".

Hoy, más importante que la reforma en la función pública, es la reforma de la organización, pero los cambios en las organizaciones, decididos a nivel político, necesitan de la colaboración del personal que va a ejecutar, en concreto, los cambios. Un elemento muy importante de la modernización de la función pública es la modernización del derecho presupuestario. Estamos de acuerdo plenamente con estas opiniones de U.BATTIS.[109] Son sobre todo medidas organizatorias que pueden acrecentar la eficacia a la función pública y la efectividad a la administración.[110] En conclusión, la estructura de la Administración se compone del personal, de las tareas administrativas y de la organización. La efectividad de la Administración depende de la adaptación recíproca de estos factores, por eso, no es este el momento para excluir de la organización al personal.De otro modo disminuiría mucho la eficacia de la Administración en un período histórico de amplia crisis económica y social.

2.8. *Debe haber flexibilidad para que la administración elija, en los casos previstos en las leyes, la mejor forma contractual de cumplir sus actividades.*

a) La potestad organizatoria del Gobierno.La cuestión de la "Wahlfreiheit".

En los casos previstos en las leyes, pertenece a la competencia organizatoria del Gobierno y de los órganos administrativos elegir, en dichos casos concretos, la forma contractual más indicada. Existe potestad organizatoria

---

[108] Recuerdese la critica de S. CASSESE, *Las Bases cit.* p.204.

[109] Vid. *Modernisierungsanforderungen an das Offentliche Dienstrecht*, p.69.

[110] Vid.*Bericht der Bundesregierung uber die Fortentwicklung des Offentliches Dienstrechts* - Juli 1994.

en esta materia, permitida por las leyes, que es un poder de derecho público. Si, al contrario, el régimen del personal fuese totalmente de derecho privado, el Gobierno tendría menos poderes: no podría optar, en los supuestos concretos, por la forma contractual más adecuada a sus intereses. Suponemos que esta potestad organizatoria debe seguir estando en manos del Ejecutivo.

Es posible la actividad administrativa, según el derecho privado, si no hay normas específicas de derecho público o de derecho privado que expresa o tácitamente no la prohíban. En la actividad de derecho privado, hay menos exigencias de la autorización legal y menor necesidad de protección del ciudadano, porque éste no puede ser obligado unilateralmente contra su voluntad. En general, la Administración debe utilizar las formas de actividad más adecuadas para el cumplimiento de los fines administrativos.[111]Según WOLFF-BACHOF, el Ejecutivo debería poseer libertad de elección, siendo discrecional la constitución de las relaciones de servicio, porque los funcionarios y los empleados ejercen muchas veces tareas idénticas.[112] En los sistemas europeo-continentales, los entes públicos, según GIANNINI, tienen capacidad plena, a diferencia del sistema inglés.[113] El ente público continental tiene capacidad plena, sólo se prohíben ciertos actos en base a normas excepcionales. La sustitución de la forma publicística por la forma privatística depende de si los resultados alcanzados son semejantes, y de que la forma publicística no haya sido considerada esencial por la ley para la garantía del interés público.

En el derecho portugués, se piensa que no es necesaria una norma especial para permitir la posibilidad de celebrar contratos de trabajo por las personas jurídicas del derecho público.La Ley del Contrato de Trabajo se fundamenta en la idea de la paridad formal de los sujetos de la relación, lo que no ocurre con una entidad pública que ejerce poderes de supremacía.Si el Estado u otra entidad pública participa en la relación laboral como cualquier particular, pero no en una situación de supremacía, se aplica la Ley del Contrato de Trabajo. La ley puede privatizar en mayor o menor ámbito las relaciones de empleo con las

---

[111] Vid. MAYER-KOPP-Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, p.59ss.
[112] Vid. *Verwaltungsrecht*, II, 1976, p.626.
[113] Vid. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, p.461.

entidades públicas, pero sin violación de los principios constitucionales. Por ejemplo, hasta 1972, no se adoptaba el régimen del contrato laboral en las empresas públicas, y sí el régimen de la función pública con algunas adaptaciones. Después del Decreto-lei 270/76, 8 Abril pasa a aplicarse el régimen del contrato individual del trabajo, excepto cuanto al personal de las empresas de servicios públicos que continua, en ciertos aspectos, en régimen de derecho administrativo. Se juzga que no es necesario una norma que permita especialmente la celebración del contrato de trabajo privado por la entidad pública, a causa del art.160 del Código Civil(la capacidad de las personas jurídicas incluye todos los derechos y obligaciones necesarios o convenientes para la consecución de sus finalidades y art.12.2-CP - las personas jurídicas tienen los derechos y deberes adecuados a su naturaleza) que adopta el principio de la especialidad. La capacidad de derechos privados de las personas jurídicas públicas tiene los límites de sus atribuiciones y competencias fijadas por ley, pero sin necesidad de una norma específica. Por respeto al principio de especialidad y en el ámbito de atribuiciones de la persona jurídica pública, y si la ley no lo prohíbe, es libre la conclusión de los contratos y la elección del modelo de negocio jurídico.Si en la ley se confiere competencia al órgano para contratar, en general, se incluyen contratos de derecho privado y contratos administrativos.En el caso de actos pre-contractuales de procedimiento, y si la ley no dice nada al respecto, el órgano administrativo podría utilizar actos administrativos o actos privados, pero sin violación de las normas orgánicas. Los actos de la Administración referentes a contratos laborales, como actos extintivos del contrato, etc., en general, no serán actos administrativos, y sí actos de derecho privado, salvo ley en contra. El órgano administrativo, en general, tiene la opción de practicar un acto administrativo o un contrato administrativo. La forma del contrato administrativo consta del art. 9.1 del Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, por lo que no debe ser necesaria norma específica para que, en su caso, el órgano administrativo pueda celebrar contratos administrativos. Pero la ley puede, expresa o implícitamente, permitir sólo el acto administrativo, o al contrario preferir la forma del contrato administrativo, o quizá sólo aceptar el contrato laboral en casos excepcionales. Vd. Decreto-lei 248/85, 15/7, art.3. Decreto-lei184/89, 2/6, arts.6, 7, 8, 9, 10. Decreto-lei 427/89, 7/12, arts.4, 14, 15,

18. En Portugal, el régimen predominante es el régimen estatutario de derecho público.En supuestos previstos en las leyes, se permite el contrato administrativo(instalación de servicios, médicos internos, docentes, prácticas).El contrato laboral a tiempo cierto es permitido en supuestos excepcionales y en los que no sea posible la celebración del contrato administrativo. La preferencia en Portugal, en cuanto a contratos, es para el contrato administrativo. Los contratos laborales a término cierto son residuales.En España, la situación es diferente. La preferencia va para los contratos laborales, no siendo estimulados los contratos administrativos.

En la Ley 30/1984(España), los órganos administrativos poseen amplios poderes discrecionales para elegir entre la forma pública y privada de empleo. El Ministro de la Presidencia fijaba las relaciones de puestos de trabajo que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos (art.15.1).

Contra este amplio margen de elección del Ejecutivo surgió la STC 99/1987 que declara inconstitucional el último inciso del art.15.1 de la Ley 30/1984 (competencia del Ministro de la Presidencia de fijar los puestos de trabajo que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reserven a los funcionarios). Argumenta el Tribunal que "habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos(arts.103.3y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en que casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración pública". El TC exige la fijación por Ley de las condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración".

La Ley 23/1988, de 28 de julio, pretende adaptar la Ley 30/1984 a la doctrina del TC.Establece ahora el art. 15.1.c.: "con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos, así como los de las entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad social, serán desempeñados por funcionarios públicos ".El art. 15 menciona los puestos de trabajo que por excepción pueden ser desempeñados por personal laboral (ejemplo:puestos de naturaleza no permanente o que se dirijan a satisfacer

necesidades periódicas y discontínuas).La Administración sigue teniendo potestades discrecionales para elegir cuando tales puestos de trabajo pueden ser ocupados por funcionarios o por laborales.En este caso, no se viola la reserva de ley constitucional porque el art.15 fija los puestos que por excepción pueden ser ocupados por personal laboral, y se establecen algunos límites materiales al poder organizatorio del Ejecutivo.En el Estado de derecho democrático el gobierno tiene también legitimidad democrática, y la mayor parte de la doctrina no defiende una reserva absoluta de ley en el ámbito organizatorio. No obstante, la respuesta sobre la constitucionalidad "es dudosa " para J.M.LOPEZ GOMEZ, porque "de nuevo surge la pregunta sobre si tales facultades son delegables en los órganos administrativos, sin infringir la reserva de ley establecida constitucionalmente ". [114]

b) En materia de estatuto del personal, es útil la flexibilidad del régimen.

La función pública en sentido estricto(funcionario en sentido propio) obedece a reglas de derecho público bastante rígidas para garantizar el interés público. Este régimen particular, para la salvaguardia de ciertos intereses, no se aplica necesariamente a todo el personal administrativo. Puede no ser oportuno que todos los empleados se sujeten al mismo estatuto de derecho público. En ciertos casos puede ser más apropiado un estatuto de derecho privado. En los dife rentes sectores de la actividad administrativa coexisten las formas de derecho público y de derecho privado.Por ejemplo: contratos del personal(administrativos y laborales), contratos en general(administrativos y privados), dominio(público y privado). La opción entre la forma pública y privada se debe orientar mediante fundamentos objetivos constantes de la ley, como las necesidades permanentes y propias de los servicios, la mayor flexibilidad de gestión, los servicios de prestación de bienes o servicios, las estructuras de proyectos, etc. Por ejemplo: los criterios de la Ley 23/1988 que se refieren a los puestos de naturaleza no permanente o que satisfacen necesidades periódicas.

La función pública incluye la relación de derecho público y también la relación laboral de derecho privado. En la actualidad, la función pública no integra sólo la relación funcionarial fundada en el acto administrativo del nombramiento.

---

[114] Vid. *El Regímen Jurídico cit.*, p.167.

Desde un punto de vista histórico, no hay una oposición lógica necesaria entre la cualidad del funcionario y el reclutamiento contractual.La oposición entre agente contratado y funcionario resulta de haberse impuesto, por hábito, una concepción estrecha de funcionario. No hay mucha diferencia entre el nombramiento del funcionario como acto unilateral y la firma del contrato como acto consensual. La competencia del órgano, con poder para nombrar, está condicionada por la voluntad del interesado que debe aceptar. El interesado puede recusar el nombramiento sin necesidad de dimitir antes. El reclutamiento contractual puede ser precedido por actos unilaterales de la Administración (concurso público...).El régimen del agente contratado puede incluir normas reglamentarias y claúsulas contractuales, pero éstas no pueden contradecir aquellas.

2.9. *El contrato administrativo es una forma adecuada para que se obtenga mayor flexibilidad en la gestión de la función pública, y puede ser un medio de acrecentar la eficiencia en la administración.*

Si existen razones objetivas y sin violación del principio de igualdad, se supone útil la laboralización limitada de la función pública (ejemplo:Ley 23/1988 - los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo).

Una de las maneras de mejorar la eficiencia de los funcionarios es retirar el carácter de relación vitalicia al funcionario y hacer depender la manutención en el cargo de la obtención de buenos resultados en los servicios prestados. Esto es, de modo semejante a los funcionarios suizos, la relación sería *casi vitalicia*: en la condición de obtención de buenos resultados en la actividad funcionarial de cumplimiento de las tareas. *Para esta función pública responsabilizada por los resultados obtenidos, y más democrática (derechos colectivos, etc.) se presenta con gran utilidad el contrato administrativo* que permite mayor flexibilidad en la gestión que el régimen de nombramiento vitalício. *Es una forma más conforme a la Constitución democrática (la forma unilateral-autoritaria no tiene cabida expresa en la Constitución), y tiene la ventaja de ser un contrato "público", esto es, en última instancia el interés público permanece salvaguardado.*

SILVIA DEL SAZ defiende que "los contratados administrativos sean hoy y en el futuro próximo una figura de creciente utilización "; "es dificil comprender cuáles puedan ser para la Administración las ventajas del derecho laboral cuando se trata de contratar personal para puestos de trabajo no permanentes, ya que en el contrato administrativo siempre se antepone el interés general sobre los derechos de los empleados, que se modulan, en cada caso, en función de las necesidades del servicio"; "el contrato administrativo no sólo sirve mejor al interés público, sino que introduce una cierta flexibilización en la gestión, al permitir hacer frente a las necesidades del personal eventual o temporal con mayores ventajas incluso que el régimen laboral ".[115]Los contratos administrativos se aplican en Francia en sectores como la economía, enseñanza, sanidad, etc., y permiten la defensa del interés público, mejor que los contratos laborales.

GARRIDO FALLA y MEILÁN GIL admiten la técnica contractual como alternativa a la técnica unilateral. "La novedad reside en el carácter general de habilitación a la Administración para pactar o contratar con ocasión del ejercicio ordinario de sus potestades" - PAREJO ALFONSO.[116] La *BVerwVfG(Ley Federal Alemana de Procedimiento Administrativo)* de 1976, par.54ss, la Ley italiana 241/1990, y el Derecho norteamericano admiten la técnica convencional. HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN admiten la fijación del contrato de derecho público en sectores como la función pública, régimen local, urbanismo, carreteras, tributos, asistencia social, entre otros.[117]

No obstante, no estamos de acuerdo con J. CABANEL y J. GOURDON [118]cuando señalan que el éxito del contrato administrativo "radica en gran medida en las facilidades que reporta a las administraciones:salarios menos protegidos, retiros más baratos, posibilidad de rescindir los contratos sin indemnización o de no proceder a su renovación".*Si son esos los motivos de la aplicación de los contratos administrativos, suponemos que es mejor su desaparición definitiva.*

---

[115] Vid.*Contrato Laboral cit.*ps.48, 78, 46.
[116] Vid. *Eficacia y Administración*, MAP, 1995, ps.157, 158.
[117] Vid. *Innovation und Flexibilitat des Verwaltungshandelns.*
[118] Citados por SILVIA del SAZ- *Contrato Laboral cit.*, p.46.

Para nosotros, el interés de los contratos administrativos se deduce de otras razones objetivas:innovación y flexibilidad de la actividad administrativa; [119] flexibilidad de gestión; necesidad de personal eventual o temporal; reclutamiento de especialistas, gestores o investigadores con experiencia, que terminado el contrato tengan interés en regresar al sector privado, etc.

Nuestra propuesta también es diferente de la de SILVIA DEL SAZ: la utilización moderada del régimen contractual.[120] Nosotros *defendemos que la contratación administrativa debe ser el régimen general del personal, en sustitución del antiguo régimen unilateral-autoritario-estatutario,* que no se adapta bien, por ejemplo, a los derechos colectivos de los funcionarios.Por otro lado, el régimen laboral se presentaría como una posibilidad excepcional permitida a la Administración, siempre fundada en criterios y razones legales pbjetivas y con respeto al principio de igualdad.

Nuestro punto de vista es diferente del de LÓPEZ GÓMEZ: "en el referido proceso de ósmosis entre el estatuto funcionarial y el laboral, presidido por el principio de igualdad, el centro de gravedad se podría situar del lado de lo laboral, como consecuencia lógica de la tradicional fuerza atractiva que tiene el Derecho del Trabajo".[121] *Nuestra propuesta va en el sentido contrario: un régimen unificador de derecho administrativo "contractualizado"*.En el derecho laboral rige el principio de la autonomía de la voluntad, que no se puede aplicar plenamente cuando el empresario es la Administración. Según la STC 34/1984 en las relaciones jurídicas de la Administración no rige el principio de autonomía de la voluntad, sino que ésta debe actuar con sometimiento a la Ley y al derecho, con prohibición expresa de la arbitrariedad, lo que supone el sometimiento al principio de igualdad. En las relaciones con la Administración están presentes los principios de racionalidad, objetividad e igualdad, que limitan los poderes de dirección del empresario público.La diferencia entre las diversas condiciones de trabajo pactadas está motivada por la existencia de razones objetivas. Aquellos principios convertidos en obligatorios por la fuente legal son más adecuados al

---

[119] Vid. el libro antes citado de HOFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN.
[120] Vid.*Contrato Laboral cit*, p.47.
[121] Vid.*El Régimen Jurídico cit*.p.490.

régimen administrativo que al régimen laboral. Por eso, *al haber unificación de regímenes, ésta debe ser una unificación que siga el modelo del derecho público.*[122]

2.10. *Consecuencias jurídicas del punto de vista de que el régimen jurídico de la función pública no debe ser un régimen laboral.*

Nuestro punto de vista permite justificar las distintas "peculiaridades " del ejercicio de derechos de los funcionarios, si existen razones objetivas y proporcionales, con base en la Constitución, que lo justifican. Por ejemplo: el art.28.1 CE -peculiaridades en la función pública del derecho a sindicación libre. Por otro lado, se justifica la existencia de leyes administrativas sobre la función pública que garanticen los "intereses generales " - art.103 CE.

2.11. *Consideraciones finales*

Vamos a hacer algunas consideraciones finales, y a recapitular algunas ideas principales.

La Constitución Portuguesa eliminó el régimen laboral como régimen general de la función pública.Vamos a ver los argumentos que sirven para justificar éste punto de vista.

a) La autonomía sistemática del art.269 CP(régimen de la función pública) indica que la función pública no coincide con el régimen laboral general (arts.58 y 59 - derecho al trabajo, derechos de los trabajadores). Se refiere en el nº1 del artículo 269 a que "los trabajadores de la Administración están exclusivamente al servicio del interés público" definido en los términos de la ley por los órganos competentes de la Administración.

b) En el art.270(restricción del ejercicio de derechos) se alude a la posibilidad de restricción de ciertos derechos fundamentales de los militares y agentes militarizados que son agentes que también forman parte de la Administración pública.

c) El art. 271(responsabilidad de los funcionarios y agentes) contiene un régimen específico de responsabilidad de los funcionarios y agentes diferente del

---

[122] Vid.GODINO REYES- *La Relación Laboral Individual en la Administración Pública*, 1995, p.399, y SILVIA DEL SAZ -*Contrato Laboral cit.*p.97.

de los trabajadores en general.Si el cumplimiento de las órdenes implica la práctica de cualquier crimen, cesa el deber de obediencia (271.3).

d) Los agentes, en el ejercicio de sus funciones, se sujetan a la Constitución, a la ley y a los principios de justicia, imparcialidad y buena fe, diversamente de los trabajadores privados que siguen, en su respectiva actividad, principios diferentes relacionados con intereses empresariales, etc.(art.266.2).

e) La reserva relativa de la competencia legislativa del Parlamento del art.165.t.(bases del régimen y ámbito de la función pública) se diferencia de la reserva relativa del art.165.b.(derechos de los ciudadanos en general, libertades y garantías).

f) El art.54.5.f.(derecho de las comisiones obreras de elección de representantes de los trabajadores para los órganos de dirección de las empresas del Estado o de otras entidades públicas) indica que el sector público industrial tiene principios de organización propios distintos de los del sector laboral e industrial privados.

g) La autonomía sistemática del art.50(derecho al acceso a los cargos públicos) indica que los cargos públicos siguen un régimen diferente del de los cargos privados.

h) La diferenciación sistemática del art.47.2 - derecho de acceso a la función pública ante el art.47.1 - libertad de elección de profesión, indica que la función pública es una profesión con autonomía.

i) La excepción del principio de igualdad entre portugueses y extranjeros del art.15.2(Los extranjeros que residen en Portugal gozan de los derechos y deberes del ciudadano portugués. Se exceptuan los derechos políticos, el ejercicio de funciones públicas sin carácter técnico predominante, etc.) en cuanto a las funciones públicas sin carácter predominantemente técnico significa, desde el punto de vista de la Constitución, la valoración especial de cierto sector de la función pública, relacionado con funciones dirigentes y de autoridad, donde no se permite la libre circulación de los trabajadores.

j) El régimen específico de la función pública será de derecho público (el criterio del interés público es uno de los criterios principales de distinción entre derecho público y derecho privado - art.269.1 CP - "en el ejercicio de funciones

los trabajadores de la Administración pública están exclusivamente al servicio del interés público").

k) Lo mismo ocurría en la Constitución de 1933 y en el derecho ordinario actualmente vigente que prevé un régimen funcionarial de derecho público. Si la Constitución deseaba un cambio de régimen, en el sentido del derecho privado, lo debía haber declarado expresamente, lo que todavia no ha hecho.

l) En el derecho portugués no es necesaria una norma como la del art.33.4 de la Grundgesetz(la función pública alemana debe ser organizada según los principios tradicionales del funcionalismo), porque en Portugal nadie se ha cuestionado la existencia del régimen de derecho público del funcionalismo.El art.33.4 Grundgesetz sirvió para destrozar las opiniones que pretendían sustituir el "Beamtentum"por un sistema de función pública según el modelo norte-americano, esto es, de una de las potencias ocupantes vencedoras.Sólo el régimen de derecho público es adecuado, desde el punto de vista constitucional, para la protección del interés público.

m) Se trata de un derecho estatutario legal(arts.165.t., 198.c.CP - es reserva relativa del Parlamento legislar las bases del régimen y el ámbito de la función pública), en el que el Gobierno desarolla, por decretos-leyes, las bases generales definidas por el Parlamento, sin posibilidad de delegación de poderes (art.111.2 CP).No obstante, como es usual en el derecho portugués y en el derecho comparado se admite personal de derecho privado. En ese sentido se apunta la sustitución de la expresión "funcionarios y agentes" por "trabajadores de la administración pública " en el art.269(régimen de la función pública), y el principio de la desburocratización del art.267.1 CP(estructura de la Administración: la Administración pública será organizada de modo que impida la burocratización).

Sobre el derecho español, la opinión más convincente parece ser la del Tribunal Constitucional: el punto de vista de la preferencia de la Constitución por el regímen de derecho público. Vid. arts.103.3 y 149.1.18 CE:mención expresa del Estatuto de los funcionarios y de su régimen estatutario en el texto de

estos preceptos(la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos).Vamos a estudiar esta cuestión con más detenimiento en el Capítulo VI - C).

En nuestra opinión, las opciones de la CE y de la CP son semejantes, pues ambas apuntan a un régimen predominante de derecho público. Será necesario volver a esta discusión en un próximo capítulo.

Ya afirmamos también que el régimen jurídico de la función pública no es un régimen laboral cualquiera, o mejor, no es sólo un régimen laboral, *y que continua vigente la diferencia sustancial entre "función" y" trabajo*".Ejemplos de esto: la actividad administrativa de distribución de subsidios estatales y comunitarios exige reglas especiales de incompatibilidades y de anticorrupción que no se pueden confundir con una sencilla actividad en una empresa industrial que sólo pretende obtener lucros. Los funcionarios del Ministerio de Salud o del Ministerio de Industria necesitan de reglas estrictas de formación, de incompatibilidades, de no corrupción y sobre todo de estabilidad de empleo para que puedan defender el interés público y actuar de forma objetiva ante los grandes grupos económicos internacionales y nacionales.

Hemos dejado para el final la recapitulación y discusión de algunos puntos de vista que parecen los más significativos para la superación de la perspectiva laboral en la función pública.

Son sobre todo los autores del Derecho del Trabajo los que explican la asimilación de la función pública al fenómeno laboral, con fundamento en el principio de igualdad. Todos los españoles son titulares del derecho al trabajo que es idéntico para todos. Arts. 1, 14, 35 CE(arts.13, 58 CP). Sin embargo, la aplicación tan genérica *del principio de igualdad es imposible*. No hay que tratar de igual forma situaciones objetivamente distintas, ésto supondría un fraude a la Constitución. La función pública tiene *fines propios* (servicio con objetividad de los intereses generales) y *principios de actividad específicos* (neutralidad, imparcialidad, etc.) lo que ciertamente va a implicar una *organización del "trabajo" público distinta* a la del sector empresarial.Los jueces, magistrados y fiscales, etc. producen "trabajo", pero no son trabajadores de empresas. La CE distingue entre "estatuto de los trabajadores" y "estatuto de los funcionarios ". La libertad sindical de los funcionarios es reconocida con ciertas "peculiaridades."

Arts.23.2, 28.1 CE.Sin un apoyo seguro del principio de igualdad, la doctrina laboral pierde su más importante y casi única justificación.

El derecho laboral es propio de las empresas. *La Administración pública es una realidad sociológica diferente de las empresas, y no es una organización cualquiera,* sino que es una organización vinculada al ejercicio del poder. Se trata de "una organización totalmente penetrada y condicionada por las decisiones políticas que se adopten, las cuales responden a una lógica específica muy distinta de aquella, en virtud de la que actúan la mayor parte de las organizaciones privadas "(BAENA DEL ALCAZAR).[123] "Gobierno y negocio son cosas radicalmente diferentes. En la gobernación, las opciones son más obscuras ".[124]

Otro vicio importante de la óptica "laboral" referido por LÓPEZ GÓMEZ: "es confundir sus deseos con lo que debiera ser o no el régimen de la función pública, con la caracterización que de la misma hace la Constitución ".[125] El punto de vista laboral pretende impedir, por razones político-partidarias, que el Estado controle políticamente su "aparejo administrativo." Supongo que este punto de vista está caduco. Hoy no se acepta que el Estado pueda ser el "aparejo de represión" de la "clase dirigente" sobre el mundo laboral. El Estado de derecho democrático y social es un Estado de todo el "pueblo" sin una caracterización clasista, y no pretende hacer ninguna represión sobre los trabajadores.Vease, por ejemplo, la importancia dada a los derechos fundamentales económicos y sociales.

La función pública es un derecho especial influenciado por la idea del interés general. El fin del derecho laboral es diferente y su objetivo se basa sobre todo en la protección del trabajador. "La función social del Derecho del Trabajo sigue siendo cualitativamente la misma en la actualidad "."El conflicto industrial sobre el que el Derecho del Trabajo ejerce su virtualidad integradora ". "La función integradora del conflicto estructural instalado en la relación de trabajo asalariado es razón de ser histórica del derecho del trabajo". "Esta función esencial reposa sobre un equilibrio entre la libertad de empresa y el poder del empresario y la protección del trabajo asalariado más débil ". "El derecho del trabajo como

---

[123] Vid. Prólogo de BAENA DEL ALCAZAR - *Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, 1995, p.22.
[124] Vid. D.OSBORNE-T.GAEBLER-*Reinventing Government*, 1992.
[125] Vid.*El Régimen Jurídico del Personal* cit. p.74.

instrumento de racionalización económica de las reglas de juego aplicables a las relaciones profesionales ". "Permanece inalterada su función objetiva de instrumento de mediación e institucionalización del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital ".[126]La función pública es un derecho especial que no se relaciona directamente con la empresa, ni con el conflicto industrial.Por otro lado, en la función pública se defiende la prevalecencia eventual de algunos intereses generales sobre los intereses del personal, y ciertas "peculiaridades" en el ejercicio de los derechos funcionariales.Aquí, el punto de partida no es el del "equilibrio".*Si alguna vez deja de existir la supremacía del interés general en las situaciones previstas por la Constitución, no interesará hablar más, ni tampoco se podrá, de "función pública ".*

En la actualidad, no parece muy acertado hablar de "lógica de conflicto ", de "trabajo subordinado", del papel histórico de los sindicatos y de la lucha de clases, y hacer el transvase de estos valores a la función pública. Otra cosa es la recepción de algunos valores laborales adaptados a las "peculiaridades" de la función pública, lo que es inevitable.Hoy, existe un sindicalismo interesado en el buen funcionamiento del Estado (concertación social, representación institucional, moderación social, etc.[127] El tiempo de los grandes conflictos laborales, en el periodo de la Guerra fría, debe ser sustituido por métodos de negociación y arbitraje, incluso en la función pública.

En el derecho laboral actual existe una lógica "institucional". Por ejemplo:en Alemania, el Gobierno, sindicatos y patronal firmarán un pacto para el empleo y competitividad de las empresas nacionales.En España, sindicalistas y empresarios firmarán un acuerdo que exige la mediación de los conflictos laborales antes de las huelgas(1996). En Inglaterra, la Confederación de la Industria defiende el aumento de los salarios reales (1996).Esta lógica "institucional" estuvo siempre presente en la función pública, que es un derecho "institucional" por excelencia. *No es éste el momento de sustituir esta lógica "institucional", que está de moda y es actual, por otra lógica "conflictiva ", que suponemos no más*

---

[126] Vd. PALOMEQUE LÓPEZ-DE LA ROSA-*Derecho del Trabajo*, 1994, p.96ss.
[127] Vd. PALOMEQUE LÓPEZ-DE LA ROSA, cit. p.99.

actual, al menos en este período, en el que la crisis económica del Estado post-social es el telón de fondo.

3. El régimen jurídico de las funciones públicas española y portuguesa no es, en la actualidad, derecho laboral especial.

Una relación de este tipo existe en Alemania para los empleados y trabajadores de la Administración, y es un régimen jurídico que está más próximo al derecho funcionarial que al derecho laboral común.Su número sobrepasó el de los funcionarios en sentido estricto(Beamten). Estos "empleados" (Angestellten) y "trabajadores" (Arbeiter) en régimen de derecho laboral pueden ejercer funciones públicas, pero se sujetan a deberes especiales, incluso en lo concerniente a derechos fundamentales, de modo semejante a los funcionarios. Al ser una relación de derecho privado, no se puede hablar de una "Besonderesgewaltverhaltnis" - relación especial de poder, y si de una relación especial de derecho privado. Los "empleados" dirigentes, en Alemania, casi se sujetan a las mismas limitaciones de derechos fundamentales que los "funcionarios" dirigentes.Este derecho, formalmente derecho laboral, se fundamenta en un contrato de derecho privado, pero en muchos puntos se asemeja al derecho funcionarial.Los "empleados" y los "funcionarios" desempeñan con frecuencia idénticas tareas. La función pública alemana en sentido estricto incluye el derecho especial de los funcionarios, empleados y trabajadores de la Administración pública, esto es, incluye el régimen de derecho público y el régimen de derecho privado.

En los derechos peninsulares, los trabajadores de la Administración en régimen de derecho privado, en el ejercicio de funciones públicas, podrían, por hipótesis, sujetarse a deberes especiales, a limitaciones específicas del ejercicio de derechos fundamentales, de modo semejante a los funcionarios públicos.En una relación especial de derecho privado, hipotéticamente, los empleados de la Administración en régimen de derecho privado con funciones directivas se sujetan casi a las mismas limitaciones de derechos fundamentales de los funcionarios dirigentes. Por ejemplo, un régimen de empleo privado vinculado a deberes especiales también respetaría "el exclusivo servicio al interés público" -

art.269.1CP y "el servicio con objetividad de los intereses generales " - art.103.1 CE. La ley ordinaria fija el ámbito subjetivo y objetivo de la función pública - arts. 66.2, 103.3 CE. Art.168. v. CP. La Constitución no dice que todos los trabajadores de las entidades públicas se incluyan obligatoriamente en la función pública con régimen específico de derecho administrativo. El mínimo exigido por la Constitución es que el régimen, sea cual sea, sea apto para asegurar que los trabajadores se sujeten exclusivamente al interés público y cumplan con eficiencia las tareas públicas. Este régimen que no tiene porque ser exclusivo, no puede impedir, en la práctica, "el servicio de interés público ". El "régimen de función pública"puede exigir la imposición de deberes especiales incluso a los agentes eventuales del derecho privado.

Vamos a reflexionar sobre este asunto.

Vimos atrás que la función pública no es una relación laboral común; pero tampoco es una relación laboral de carácter especial.

Como informa LÓPEZ GÓMEZ, "el listado de relaciones especiales establecido en el art.2 *Estatuto de los Trabajadores* es de carácter cerrado, de forma que para su extensión es preciso que expresamente así se declare por Ley".[128] Toda relación laboral debe ser establecida por Ley - art.35.2 CE, pero ninguna ley considera la función pública como relación laboral especial. Lo mismo cabe decir de la ley laboral portuguesa.

Este punto de vista de la función pública como "derecho laboral especial" sólo tiene sentido en la hipótesis de una amplia laboralización, "de lo que en un futuro pudiera ser el régimen laboral especial de los trabajadores de las Administraciones Públicas, que agrupara a la mayoría de los empleados del sector público, hoy divididos en funcionarios y laborales".[129]

Pero, esta hipótesis de amplia laboralización fue apartada por la STC 99/1987. Pensamos que esta Sentencia está en el buen camino !

Tampoco la previsión de LÓPEZ GÓMEZ "del nacimiento de una especie de *jus comune* aplicable de forma unitaria, tanto al personal funcionario

---

[128] Vid. *El Régimen Jurídico del Personal* cit.p.478.
[129] Vid.LOPEZ GÓMEZ, *El Régimen Jurídico del Personal* cit. p.483.

como al personal laboral o de un derecho común de las relaciones de servicios por cuenta de las Administraciones Públicas " parece muy conveniente.[130]

La experiencia italiana o la inglesa sobre este *jus comune* o "principios de homogeneización " no obtuvo grandes resultados. La Ley italiana n°93 de 29 de marzo de 1983, art.4 indicaba que " la regulación legal y convencional debía producir la homogeneización de las posiciones jurídicas, el reequilibrio y transparencia del tratamiento económico y la eficiencia administrativa". De hecho, después de la negociación generalizada, este sistema no volvió más a ser unitario, a causa de la diversidad de fuentes normativas.Una situación normativa confusa continúa ocurriendo en el Reino Unido. Las reglas de empleo de los "civil servants " se contienen en leyes, Orders in Council, decretos y directrices del Ministerio del Tesoro y otros acuerdos. La unificacion del derecho de la función pública se presenta dificil, independientemente de los regímenes concretos adoptados, como vimos en los ejemplos de Inglaterra y Itália.[131]

La doctrina del "derecho laboral especial " contiene una gran contradicción.El fundamento para la diferenciación del regímen laboral común es la "peculiaridad del empleador público ", y esto es precisamente el fundamento de la doctrina opuesta que justifica la legitimación de un régimen funcionarial de derecho público.Para mí, sería más fácil justificar, con fuertes argumentos, la "laboralización común" que la "laboralización especial ". La "peculiaridad del empleador público" sirve mejor para justificar "un régimen funcionarial de derecho público" que un sistema de "laboralización especial ".

Por otro lado, *puede herir el principio de igualdad* - art.14 CE, art.13 CP - la existencia de "laboralización especial ". Por ello, si se admite que la función pública es un trabajo humano como cualquier otro, no puede haber razones objetivas para diferenciar el "trabajo"de los funcionarios del régimen laboral común. La "laboralización especial" podría servir para aumentar los privilegios del poder público, y perjudicar los derechos de los trabajadores, todo contra el principio de igualdad.

---

[130] Vid. *El Régimen Juridico del Personal* cit. p.487.
[131] Vd.S.CASSESE- *Las Bases del Derecho* cit.p.211.

El derecho laboral tiene un papel muy importante, que exige su autonomía del derecho público. Supongo que no se debe "colonizar", ni "corporativizar " el derecho laboral que siempre ha sido, hasta el momento, un derecho para la sociedad y no para el Estado.La separación entre Estado y sociedad excluye la "socialización" de la función pública, lo que sería inevitable desde el punto de vista de la "laboralización especial ".Continuo apoyando la doctrina de RUPERT SCHOLZ *de que entre "servicio" y "función" hay una fuerte conexiòn, sin embargo la "socialización" de la función pública implicaría la "socialización " de la "función constitucional pública*", [132] lo que no está previsto por la Constitución(Art.33.5 Grundgesetz.Art.103.3 CE.Art.269.1 CP).

Esta situación de "mezcla" (Gemengelage) en el derecho de los "empleados" y "trabajadores" de la función pública alemana, es una situación mixta entre el derecho funcionarial y el derecho laboral que suscita, muchas veces, en los tribunales laborales, cuestiones de resolución no muy clara, y muchos conflictos normativos.[133] Para nosotros, esta situación de "Gemengelage " no es una situación muy conveniente ni para la Administración, ni para los "empleados", ni para la aplicación jurisprudencial.

La crítica del punto de vista de la "laboralización especial" es semejante a la crítica de la doctrina de la "laboralización común".

4. **Síntesis**

a) Las organizaciones públicas son diferentes de las organizaciones privadas. En éstas, hay coincidencia entre empresario, organizador del trabajo, gestor de la relación de trabajo y sujeto interesado en los resultados. En la función pública, estos aspectos están desarticulados, por ejemplo, es la nación la interesada en los buenos resultados de la actividad de los funcionarios. [134]

---

[132] Vid. *Offentlicher Dienst zwischen offentlicher Amtsverfassung und privater Arbeiterverfassung?*, p.195, 196.

[133] Vid.PHILIP KUNIG- *Das Recht des Offentlichen Dienstes*, p. 665.

[134] Vid. G. UGO RESCIGNO-*Rapporto di Diritto Privato Especiale o Rapporto di Diritto Pubblico Especiale?*- "Lavoro e Diritto"/a.VII, n.4, 1993, p.562, 563.

b)La naturaleza del sujeto empleador, los fines constitucionales de la función pública, y los instrumentos jurídicos de la actividad administrativa (actos unilaterales, etc.) justifican la diferencia entre empleo privado y público.

c) También compartimos la opinión de U. RESCIGNO, [135] en más dos puntos:

- *Que no está probado que la "privatización " sea el medio único y siempre el más adecuado para el aumento de la eficiencia.* Muy recientemente, por ejemplo, la distribución de correo en un Estado norteamericano se convirtió en un caos a causa de su privatización.

- Por otro lado, suponemos que es *una ilusión de los trabajadores del sector público pensar que la privatización produciría una mejora general de las retribuciones*, etc. Basta pensar, que se está hablando tanto de privatizar, precisamente en un período de prolongada crisis económica, sobre todo en Europa. La subida de las remuneraciones podrá ser sólo virtual !

d) Las opciones de la Constitución española y de la Constitución portuguesa son semejantes, porque ambas apuntan a un régimen predominante de derecho administrativo.Pero, en cuanto al estatuto del personal es útil la flexibilidad de regímenes. Puede ser que no sea conveniente que todos los empleados se sujeten al mismo régimen de derecho público. Pensamos que el régimen "dual"es la opción correcta que permite la eficiencia y la flexibilidad de gestión de la función pública, como veremos en el Capítulo VII.

5. **Secuencia**.

En este capítulo, apoyamos el punto de vista de que el régimen jurídico de las funciones públicas portuguesa y española no es ni relación de sujeción general, ni relación de especial sujeción, ni regímen laboral común, ni tampoco derecho laboral especial. Después de decir lo que el régimen jurídico de la función pública no es, vamos, en el capítulo siguiente, a cuestionar *el fundamento de la cualidad de derecho especial* de la función pública en sentido formal - organizativo. Sólo así, podremos *caracterizar la "relación especial de derecho administrativo de la función pública"como punto central de la tesis.*

---

[135] Vid.*ob.ant. cit.* p.563.

CAPITULO IV

FUNDAMENTO DE LA CUALIDAD DE DERECHO ESPECIAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN SENTIDO FORMAL-ORGANIZATIVO.

En el capítulo anterior, hemos dicho lo que el regímen jurídico de la función pública no era. No se presentaba como relación de general sujeción, ni tampoco como relación de especial sujeción. El régimen jurídico del personal no tiene, ni debe tener *de jure condendo*, un carácter predominante o exclusivo de derecho laboral común, o de derecho laboral especial (en el sentido de LÓPEZ GOMEZ:"el listado de relaciones especiales establecido en el art.2 ET es de carácter cerrado, de forma que para su extensión es preciso que expresamente así se declare por Ley" [136], o en el sentido de U.RESCIGNO.[137] Puede existir personal público en régimen de derecho laboral, pero el régimen jurídico de los funcionarios públicos en sentido estricto no debe ser una situación de "mixtura"(Gemengelage): mezcla confusa entre el derecho laboral y las exigencias del derecho público funcionarial. El régimen jurídico del personal de la Administración estaría constituido, según el punto de vista del derecho laboral especial, por normas resultantes de un "equilibrio entre el derecho laboral común y las normas materialmente más próximas al derecho funcionarial público".[138] Para nosotros *el derecho funcionarial aún tiene, en la actualidad, un carácter predominante, no exclusivo, de derecho especial administrativo, y la Tesis defiende que debe continuar teniéndolo en el futuro*, esto es, que la evolución no debe ir en el sentido de la unificación total de regímenes del personal, y de la formación de un derecho común, con características mixtas de derecho funcionarial y de derecho laboral.

En el presente capítulo, vamos a investigar principalmente los fundamentos de la cualidad del derecho especial de la función pública.

---

[136] Vid.*El Régimen Jurídico del Personal Laboral de las Administraciones Públicas*, 1995, p.477.
[137] Vid."Lavoro e Diritto", autunno 1993 cit. p.553ss.
[138] Vid. P.KUNIG-*Das Recht des Offentlichen Dienstes - Besonderes Verwaltungsrecht*, hrsg.Schmidt-Assmann, 1995, p.665.

1. **Diferencias entre" legitimación, justificación y fundamentación".**

Pensamos, que podemos distinguir tres cuestiones que por convención llamamos de legitimación, justificación y fundamentación.

La primera cuestión significa la necesidad de que haya una aceptación de la actividad de la función pública por parte de los destinatarios de esa actividad, esto es, los ciudadanos, los grupos, etc.Sin la participación de los interesados, los resultados de la actividad administrativa serán escasos.

La segunda cuestión gira en torno al principio de igualdad. Cómo se justifica la existencia del régimen especial funcionarial, diferente del régimen de los trabajadores en general, y eventualmente con algunos "privilegios"dificiles de percibir? Sólo existe "justificación"para ello si hay alguna contrapartida, por ejemplo, la existencia de deberes ampliados de los funcionarios o algunas "peculiaridades" en el ejercicio de dichos derechos.

La tercera cuestión de la "fundamentación" de la función pública es diferente: se pretende investigar cuales son las tareas públicas concretas desempeñadas por la función pública, según el modelo de la Constitución. También se investiga si el cumplimiento de esas tareas públicas aconseja la existencia de personal en régimen especial de derecho administrativo.

2. **La "legitimación "de la función pública**.

La "legitimación" de la función pública es la cuestión del reconocimiento y aceptación de la función pública por los destinatarios(ciudadanos, partidos políticos, grupos económicos, etc.).Si no hay este reconocimiento de la función pública como estructura con legitimidad auténtica, estos destinatarios de la actividad administrativa no van a colaborar y a participar de buena voluntad con la función pública.Quien pierde es el cumplimiento eficaz de las tareas públicas que necesita de la participación de los interesados. Los destinatarios o beneficiarios de la actividad de la función pública no reconocen como legítima esa actividad sólo porque los funcionarios representan el poder político-administrativo, desde el punto de vista autoridad-sujeción.

2.1. *La legitimación de la función pública no puede ser, en la actualidad, la "relación especial de sujeción* ".La vinculación de las entidades públicas a los derechos fundamentales tornó obsoleta esta concepción, como hemos discutido ya.

Los funcionarios - los burócratas! - continúan envueltos en un mar de críticas e incomprensiones de la población y de los grupos sociales.Así, ciertos políticos aprovechan para intentar dar el golpe de misericordia al régimen funcionarial de derecho público. El ciudadano común juzga que el régimen funcionarial es un "privilegio" de un grupo.

2.2. *Juzgamos que es necesaria una nueva "legitimación"* que puede producir efectos ante la opinión pública, ante los partidos políticos y ante los propios funcionarios.

La nueva legitimación de la función pública es el cumplimiento con eficacia de las tareas públicas concretas, y no la ideología del "poder-sujeción" que hoy no consigue convencer a los destinatarios de la actividad administrativa para colaborar con la Administración(CE-art.9.2.Art.39 de la Ley 30/1992, 26 Nov.) Pero no es un cumplimiento de tareas con finalidades económicas o lucrativas, con una pura lógica de beneficio, como en las empresas. Se trata del cumplimiento de tareas con base y con respeto al principio de legalidad y constitucionalidad. La actividad de la función pública debe respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los propios funcionarios. Supongo que los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los funcionarios son más fácilmente respetados en la Administración pública como organización pública, que si la Administración fuera un conjunto de grandes organizaciones empresariales de derecho privado. En la práctica, los derechos fundamentales tienen grandes dificultades para ser respetados en las grandes empresas privadas (ejemplo:dificultad de empleo de la mujer embarazada, discriminación entre hombres y mujeres, negativa de empleo para los mayores de 40 años, etc.). Los derechos fundamentales vinculan a las entidades públicas directamente, y en principio sólo poseen "Drittwirkung" ante los particulares y las empresas. Arts.10°1 CE. Art.18°1 CP.

2.3. SÍNTESIS: Nueva legitimación de la función pública = cumplimiento de tareas públicas con eficacia + legalidad + garantía de derechos fundamentales.

Lo que "legitima" la función pública ante los destinatarios de la actividad administrativa no es el "ejercicio del poder", la "autoridad y la sujeción", sino el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.Pero, este cumplimiento eficiente no sigue criterios económicos, industriales, etc.propios de las empresas privadas.Aquí está el segundo aspecto de esta "nueva legitimación":el respeto a los principios de la constitucionalidad, legalidad, y a los derechos fundamentales de los ciudadanos.La "legitimación" sólo ocurre si hay respeto por parte de la función pública de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

No se va a desarollar más este punto, porque la investigación de las distintas tareas públicas de cumplimiento obligatorio será hecha más adelante en el nº7.b.("Funciones o tareas que son suficientes para fundamentar el regímen especial de la función pública").

3. **La "justificación"del régimen jurídico especial de la función pública**.

En la cuestión de la "justificación", se trata de explicar la existencia del régimen jurídico especial de la función pública.El cumplimiento de las tareas públicas podría entregarse, por parte de la Constitución, a agentes en régimen de derecho privado.Las tareas públicas podrían, hipotéticamente, ser desempeñadas por personal de derecho laboral.La existencia de un regímen jurídico especial sólo se "justifica" si hay una contrapartida especial o de deberes ampliados en la prestación de servicio de los funcionarios. Esta cuestión de la "justificación" se interesa por saber si debe haber o no "deberes ampliados" en la prestación de servicio de los funcionarios, y si esos "deberes ampliados"o "peculiaridades"del ejercicio de los derechos son la contrapartida suficiente que "justifique"la existencia de un régimen jurídico funcionarial diferente del régimen de los trabajadores en general.

Como hay una gran aproximación entre el derecho laboral y el derecho funcionarial, cabe preguntarse si existe justificación para la existencia de la función

pública como institución de régimen jurídico especial. No son suficientes para justificar este régimen jurídico especial de la función pública diferencias de carácter sólo formal entre el derecho funcionarial y el derecho laboral (forma pública de constitución y extinción de la relación de empleo, via jurisdiccional de garantía de los derechos, derecho disciplinario...).

No hay que olvidar que en un regímen de personal de derecho privado, también se puede exigir de los empleados fidelidad, obediencia, neutralidad, formación profesional, dedicación exclusiva, etc..También existe una relación casi vitalicia debido a la dificultad de despedir al trabajador. La retribución y la seguridad social pueden ser semejantes en el ámbito público y privado.

Sólo se justifica la función pública si existe alguna otra característica esencial que diferencie la función pública del derecho laboral común. De otro modo la existencia de la función pública, sobre todo en una época de crisis económica se presenta a la opinión pública como la defensa de "privilegios corporativos de los funcionarios", sin la contrapartida de deberes específicos (ejemplo: como la Administración es insusceptible de quiebra, el empleo de los funcionarios tiene ventajas reales en comparación con el empleo laboral).

Lo que justifica la existencia del régimen especial de la función pública es la existencia de deberes ampliados en relación a los trabajadores y ciudadanos en general. Estos deberes especiales deben asegurar el cumplimiento eficaz de las tareas públicas.Estos deberes especiales pueden ser "compensados" por derechos más amplios que los de la generalidad de los trabajadores. Este "régimen especial"por causa del cumplimiento eficaz de las tareas administrativas puede incluir especial protección familiar, social y jurídica contra presiones partidarias ilícitas, de grupos de presión ilícitos, y contra la corrupción activa o pasiva.

Si desaparecen todas las diferencias esenciales, la función pública se aproximará tanto al derecho laboral privado, que no se podrá hablar más del "régimen especial de la función pública" con significado autónomo y específico, y sí de simples peculiaridades en relación al derecho laboral común.

Las diferencias entre el derecho funcionarial y el derecho laboral no deben ser puntuales, y sí caracterizar la relación en su totalidad. La doctrina tradicional indicaba, por ejemplo, el deber de fidelidad y confianza, una mayor

intensidad de deberes en comparación con los deberes generales de los ciudadanos, el deber de cumplir un horario extraordinario, el deber de protección y asistencia de la Administración, etc. Pero, estos conceptos son hoy demasiado genéricos para caracterizar la función pública, y un régimen semejante puede darse en el derecho laboral común..Una diferenciación esencial se debe asentar en derechos y obligaciones de los funcionarios inequívocamente diferenciados de los trabajadores en general.

La fórmula tradicional es conocida. Por un lado, la relación de empleo es más estable y duradera en la función pública, y hay una protección asistencial y social más amplia que la de los trabajadores en general. Por otro lado, los funcionarios renunciaban al derecho de negociación colectiva y a la huelga. En Alemania, los "Beamten" aún no pueden hacer huelga. En Italia, hay derecho a la huelga y un amplísimo derecho de negociación colectiva. En Portugal y España existen los derechos a la huelga y a la negociación colectiva.En consecuencia, ya no está vigente la fórmula clásica de deberes acrecidos en cuanto a estos derechos a la huelga y a la negociación colectiva.

En la práctica, el carácter vitalicio de la relación funcionarial continúa en España y Portugal. Nosotros no defendimos de manera absoluta el carácter vitalicio del empleo público. Sólo apoyamos un sistema semejante al suizo de una relación casi vitalicia o tendencialmente vitalicia. Ésto es, al final de cada período contractual el contrato sería casi automáticamente renovado. Pero con una condición importante: el buen desempeño de las funciones, apreciado por una comisión independiente que incluya también representantes de los funcionarios que conozcan los distintos departamentos administrativos en evaluación. La permanencia y estabilidad en el empleo, si hay motivos objetivos suficientes, es una característica positiva de la organización del personal. Informa CASTILLO BLANCO que "las más modernas teorías organizacionales - Teoría Z, entre otras - preconizan este aspecto como factor deseable".[139] Nosotros también aceptamos este punto de vista. La diferencia es que no transformamos la" permanencia" y estabilidad en un vínculo automático vitalicio independiente del desempeño concreto y evaluación del personal.

---

[139] Vid.*Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas,* 1995, p.103.

Estamos de acuerdo con U.BATTIS.[140] El factor "tiempo de servicio" o el carácter vitalicio son sólo elementos auxiliares de la organización del personal. BATTIS llama "Pervertierung des Leistungsprinzips" la consideración exclusiva de criterios cuantitativos del trabajo y no de criterios cualitativos. Interesa sobre todo si la actividad del funcionario está bien cumplida o no. No se debe admitir el carácter vitalicio del empleo, como derecho adquirido del funcionario, en la base sólo de criterios cuantitativos de las prestaciones, esto es, independientemente de los "resultados".

Desde nuestro punto de vista, los "deberes ampliados " del personal pueden ser incrementados en caso de necesidad de defensa de los intereses generales. Se debe apoyar la "permanencia" de la relación funcionarial, pero no el régimen vitalicio de caracter automático y cuantitativo. Así, vamos a proponer, en esta Tesis, la retirada de un derecho clásico de los funcionarios, desde una perspectiva de "deberes especiales o ampliados ", por motivo de la protección de los intereses generales.No nos satisface la existencia de privilegios "corporativos" de los funcionarios. La deseable permanencia de la relación de trabajo (seguiendo el modelo suizo), la especial protección jurídica, familiar y social de los funcionarios tiene como contrapartida los "deberes ampliados", algunas "excepciones " y "limitaciones " (ejemplos: fuerzas armadas, cuerpos sometidos a disciplina militar) o "peculiaridades" en el ejercicio de los derechos fundamentales (ejemplo:funcionarios públicos). Vd art.28.1 CE.Art.270º CP. *En conclusión, no se admite un derecho "especial" de la función pública sólo para dar "privilegios corporativos", sin la contrapartida de los "deberes ampliados". Sigue siendo válida la fórmula clásica de equilíbrio: a mayores derechos de los funcionarios = mayores deberes. Lo que ha cambiado es el objeto de las "limitaciones".* Por ejemplo, hoy los funcionarios pueden hacer huelga y poseen el derecho de negociación colectiva. No obstante, si algun día desaparecieran de las leyes todas las "peculiaridades "del ejercicio de ciertos derechos de los funcionarios (ejemplo: funcionarios policiales, de establecimientos penitenciarios etc.), en ese momento, no se podría hablar más de la función pública como "relación especial de derecho administrativo " diferenciada del derecho laboral común.La "justificación" de la

[140] Vid.*Modernisierungsanforderungen an das Offentliche Diensrecht*, p.72.

función pública como institución autónoma de derecho público sólo es válida si la conducta de los funcionarios en el ejercicio de funciones pretende la defensa exclusiva de los intereses generales, lo que tiene como consecuencia la existencia de algunas "peculiaridades " en el ejercicio de ciertos derechos (las limitaciones no son absolutas ni automáticas).Art.103°1 CE. Art. 269°1 CP.

El sistema político-constitucional aceptó el hecho de que, según la tradición histórica y la experiencia política, para compensar la "inestabilidad" político-partidaria y social, y asegurar el equilibrio de los diferentes intereses sociales, se continúe justificando la existencia de profesionales permanentes en la Administración, pero con el "fin" exclusivo de defender con objetividad los intereses generales. Vd.103°1 CE.Art.269°1 CP. Si ese "fin" desapareciera, la función pública no sería una institución "justificada ", y debería ser sustituída por un régimen de personal laboral, debido al principio de igualdad de los trabajadores en general.

4.**La "fundamentación" del régimen jurídico especial de derecho público en la *función pública***.

Algunos criterios no son suficientes para "fundamentar" éste régimen jurídico especial.

4.1. *No es suficiente que sea una relación de servicio al Estado* o a una persona jurídica de derecho público para fundamentar el régimen especial de derecho público del personal.

Por un lado, puede haber tareas públicas ejecutadas por personal en régimen de derecho privado. Los "Angestellten"(empleados) y "Arbeiter"(trabajadores) en régimen de derecho privado, en Alemania, desempeñan tareas públicas. Por otro lado, por ejemplo, en la reciente privatización de los servicios de Correos y Ferrocarriles alemanes se discutió sobre el destino de los "Beamten" que son funcionarios de derecho público. El "Bundesverwaltungsgericht" admitió la continuidad, en esas empresas, de los "Beamten" después de la privatización, con fundamento en el &55 Satz 2 BBG.

La colocación de "Beamten" bajo dirección privada es admitida por la nueva redacción de la Ley sobre el "Landesbank Berlin ".[141]

La construcción de la función pública en estrecha vinculación con el Estado se apoya en la diferenciación Estado-sociedad, que hoy no es válida, por motivo de la proximidad creciente Estado-sociedad.

4.2. *Para fundamentar el régimen especial de derecho público del personal no es suficiente el criterio del "ejercicio del poder público".*

El personal público no ejerce sólo tareas de soberanía o de autoridad. Los funcionarios ejercen también funciones auxiliares, de "staff", sociales, de ensenãnza, en el ámbito de la salud, etc. La administración de prestaciones es tan "pública" como la aministración de autoridad.La función pública tiene un ámbito más extenso que el ejercicio del poder (ejemplo:profesorado).En España, Portugal, y Francia hay millares de funcionarios que desempeñan tareas preparatorias, o auxiliares del procedimento de decisión y que se sitúan en un régimen de derecho público. Así, el ejercicio del poder público no es criterio suficiente para fundamentar el régimen especial del personal.

4.3. *El criterio de la defensa del "interés general" no es suficiente para fundamentar el derecho especial de la función pública.*

El interés general es cada vez más difuso. Pueden existir intereses individuales, por ejemplo, en el ámbito laboral, que se consideran públicos (por ejemplo:garantías ofrecidas al delegado sindical, derecho de los sindicatos a la información, protección contra el despido).Por otro lado, los empresarios privados pueden cumplir varios deberes de derecho público(por ejemplo:deber del empresario de recaudar y transferir las cuotas a los sindicatos, o impuestos para el Fisco).

4.4. *Todos estos criterios tienen alguna influencia en el régimen especial de la función pública, pero no son suficientes.*

---

[141] Vid.H.LECHELER-"BayVBl."1994 hf.18, s.559.

El Estado no es un empresario cualquiera. Las organizaciones privadas y públicas son diferentes.*Tiene razón ALEJANDRO NIETO*: "La integración de las modernas técnicas de gestión en la Administración Pública nunca podrá producirse en la misma manera que en las empresas privadas, por cuanto la naturaleza pública de la institución, el que la razón política predomine sobre la racionalidad técnica, hace que muchos progresos técnicos, utilizados con éxito habitualmente en las Empresas Privadas, no puedan serlo en la Administración Pública pués podrían distorsionar *principios como el de igualdad, imparcialidad y legalidad, muy distintos al de la eficacia y el lucro que son los motores fundamentales que mueven el sector privado* ".[142] Con base en la autoridad del pueblo puede el funcionario, en representación del Estado, dar órdenes, las cuales vinculan a los ciudadanos. El ciudadano debe obediencia al Estado, no al funcionario directamente. La función pública participa directamente en el ejercicio del poder estatal. Los intereses generales del ejercicio de las competencias públicas condicionan y tienen preferencia sobre los intereses individuales del personal. Los intereses del empresario privado y de los trabajadores se situan en un plano privado de igual grado, y el acuerdo es posible en los convenios colectivos. El cumplimiento de las tareas externas del Estado no está sujeto a la discusión previa con sus funcionarios.Esas tareas administrativas que son de interés general determinan y fundamentan el régimen jurídico especial del personal público. Pero, es la cualidad y características de las tareas administrativas concretas las que exigen el régimen jurídico especial, y no los intereses generales, o el poder público como realidades "absolutas".

El elemento "Estado", el "ejercicio del poder público"y los "intereses generales" caracterizan la organización pública como algo diferente de las organizaciones privadas. No obstante, *una cosa es la cuestión de la "organización", y otra diferente es la cuestión del "régimen jurídico del personal"*que sirve esa organización.

Las organizaciones públicas pueden incluir elementos del personal en régimen de derecho privado. Ejemplo: los "Angestellten" y "Arbeiter"en Alemania son la mayoría del personal de la organización pública llamada "Die

---

[142] Citado por CASTILLO BLANCO, p.102, en *Los Recursos Humanos* cit.

Verwaltung".Una escuela, una universidad, un hospital privados ejercen las mismas actividades, supuestamente con las mismas exigencias que las entidades públicas similares.En éstos casos, y en otros semejantes, por qué el régimen del personal es diferente ?

Las organizaciones no se justifican *a se*, " hacia dentro ", y sí por sus actividades, por sus tareas. Por qué razón, en Alemania, la seguridad aérea, el correo y el ferrocarril fueron privatizados ? La Administración (Verwaltung) alemana continuó siendo pública, pero dejaron de existir razones objetivas para que esas tareas fueron ejercidas por personal en régimen de derecho público.*Las características concretas de esas tareas, a diferencia del pasado histórico, ya no exigen personal en régimen "especial" de derecho público*, ni el monopolio estatal de esas actividades.

Las organizaciones públicas y privadas pertenecen a especies distintas, [143] pero el regímen jurídico de su personal no es automáticamente diferente. Depende aún de la adecuación y compatibilidad con las tareas ejercidas predominantemente por cada grupo de personal. Apoyamos un criterio diferente de ARENILLA SÁEZ, que en este punto defiende que:"ambas organizaciones pública y privada pertenecen a especies distintas, y ésto es suficiente para que aparezcan diferencias esenciales entre las mismas."[144] Pensamos que todavía es necesario investigar las características de las tareas públicas predominantes, desempeñadas por cada grupo de personal.

"La característica más importante es que el fin de la Administración pública es lograr el equilíbrio y la integración sociales. Gracias a la Administración es posible ejercer la dominación propia del poder."[145] "Vista así la Administración, su personal, adquiere una cualificación muy diferente de las organizaciones privadas ".[146]

---

[143] Vid. BAENAdel ALCAZAR, 1993, p.33.ARENILLA SÁEZ-*La Estructura de la Administración Pública -Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, p.67.
[144] Vid. *La Estructura de la Administración* cit.p.67.
[145] Vid. BAENA del ALCAZAR, 1992.
[146] Vid.ARENILLA SÁEZ, cit.p.70. 5, p.67.
[146] Vid. *La Estructura de la Administración* cit.p.67.
[146] Vid. BAENA del ALCAZAR, 1992.

Siguiendo el razonamiento de estos autores, pensamos que cuando no existen, en la actividad administrativa que es múltiple, las funciones de "equilibrio e integración sociales " el régimen jurídico del personal público no debe ser automáticamente un régimen "especial". En una empresa se puede identificar organización y régimen del personal, pero en las organizaciones públicas, esta identificación no es automática: depende de las actividades o tareas ejercidas concretamente por el personal. La Administración es una estructura formal, que depende de su personal para ejercer sus tareas (funciones).El régimen jurídico del personal debe estar inmediatamente condicionado por las características de la tareas (funciones) ejercidas por el personal.*Cuando el condicionamiento régimen jurídico - tareas públicas concretas no se da puede haber una pérdida de "eficacia"de la actividad administrativa o un aumento de "burocratismo* ", debido a la no adecuación del régimen jurídico del personal a la tarea concreta.

4.5. *Crítica al criterio de los "Tres Cortes* "simultáneos (ARENILLA SÁEZ).

Apoyamos a ARENILLA SÁEZ, en que la "decisión política" y la "referencia a la sociedad" diferencian la actividad pública del sector privado.[147] No obstante, pensamos, al contrario que esta autora, que son ilusorios y sin correspondencia con la realidad los "tres cortes" propuestos [148]:"el que separa las funciones de autoridad de las de prestación de servicios; el que separa la zona decisional de la zona operativa; y el que separa a los altos funcionarios o directivos del resto de los servidores públicos"." Los tres cortes muestran la vinculación entre la idea de autoridad, la decisión política y los directivos públicos". Podemos adelantar algunas críticas al punto de vista de los tres "cortes"simultáneos.

Por un lado, es posible, que existan funciones de autoridad también en la administración de prestaciones(ejemplo: sanciones por incumplimiento de obligaciones a la seguridad social). La separación entre la zona decisional y la operativa puede ser perjudicial para la "eficacia" del cumplimiento de las tareas

---

[146] Vid.ARENILLA SÁEZ, cit.p.70.
[147] Vid. La Estructura de la Administración cit.p.95
[148] Vid.ARENILLA SÁEZ- *La Estructura de la Administración cit.* p.95.

(funciones), porque quien decide muchas veces no conoce las cuestiones concretas. Por otro lado, suponemos que la aplicación de la informática a la Administración va a hacer desaparecer la clásica separación de los altos funcionarios en relación al resto del personal. La tendencia será la de aproximación por vía "informática" del personal de base a sus dirigentes, en un flujo de información recíproca. Por fin, si son las tareas públicas concretas las que "fundamentan " el régimen especial del personal, será útil distinguir, desde el punto de vista del régimen del personal, la "zona decisional de la operativa " ?De hecho, la decisión administrativa incide sobre una cuestión o tarea concretas.

5. **Razones que pueden impedir en la actualidad la "relación especial de derecho administrativo" de la función pública**.

5.1.*Crítica a la doctrina de SONTHEIMER-BLEEK*

SONTHEIMER-BLEEK no defienden cualquier especificidad del personal público.[149] Se trata de funcionarios al servicio de la comunidad como un todo.La comunidad se divide funcionalmente en Estado y sociedad. La función pública es sólo una parte de la organización socio-comunitaria global.El Estado y la sociedad son dos elementos funcionales de la misma comunidad global.

Pensamos que este punto de vista es erróneo.

La Administración donde se incluye al personal público puede defender intereses funcionalmente distintos de los simples intereses sociales (ejemplo: recaudación de impuestos, policía, expropiaciones, etc.). Estado y sociedad pertenecen ambos a la "comunidad "política en sentido amplio, pero existen diferenciaciones de funciones y de estructuras organizatorias. La comunidad puede perseguir intereses tan públicos como los intereses inmediatamente estatales.La función pública tiene un régimen jurídico especial sólo de tipo "funcional", organizativo, con la finalidad de cumplir tareas(funciones) constitucionales concretas, y sólo en la medida en que esas tareas(funciones) lo exijan. Entonces, *la función pública no tiene un régimen sustancialmente "especial", diferente del derecho laboral, ni existe un "status" especial, o una "moral" especial del*

---

[149] Vid. *Verfassungspolitische Probleme einer Reform del offentl.Dienstrechts*, 1973, p.260.

personal (ejemplo: un profesor privado o público debe tener la misma "moral").La "función pública" no es éticamente superior a las "funciones privadas de la comunidad".Lo que las diferencia son los intereses (pero no hay que olvidar que una fundación o asociación privadas pueden perseguir intereses generales)y las estructuras organizativas y del personal que deben ser adecuadas para el cumplimiento de las tareas administrativas consignadas en las leyes.

5.2.*La crítica al Estado Social y de Bien-Estar. La desreglamentación.*

En los últimos años, el Estado es inculpado de muchas deficiencias en los planos económico, laboral y social. Algunos autores defienden una disminuición del papel del Estado, y la transferencia de mayores responsabilidades para los actores privados. La crítica a la burocracia está motivada, entre otras cosas, por causas presupuestarias. Antes de la emisión de normas debe comprobarse si el fin de la reglamentación también puede ser cumplido por medios más afines a los derechos de libertad y del mercado.El Estado debería regular los intereses sociales como tarea, sólo si no fuera posible su cumplimiento por los privados o por organizaciones fuera de la administración estatal inmediata. El neoliberalismo, la subsidiaridad y el pluralismo se dan las manos para disminuir el papel de los funcionarios. También incrementan su interés las relaciones de cooperación entre las Administraciones públicas y sus "clientes", y que son diferentes de las clásicas relaciones poder-súbditos.

Estas opiniones neoliberales sobre la pérdida de importancia del Estado y de los funcionarios me parecen demasiado radicales. Su intención puede ser buena, pero en la práctica las cosas no se cumplen.

Como reacción a la privatización y a la desreglamentación aumenta la importancia de las necesarias funciones estatales de orientación y control. [150] Supongo que J.HESSE tiene razón cuando habla de la creciente inseguridad de los ciudadanos, por causa de nuevos sectores, aún poco conocidos: nuevas tecnologías, telecomunicaciones, satélites, cuestiones energéticas, medio

---

[150] Vid.J.J.HESSE cit.en E.TREUTNER- *"Ruckzug" des Staates oder subtilere Steuerung im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik?*, p.354-*Abschied vom Staat-Ruckehr zum Staat*?-hrsg RUDIGER VOIGT, 1993.

ambiente, desarme, genética, etc. El Estado debe cumplir el papel de evitar cualquier perjuicio a la comunidad. Se afirma la importancia de la planificación pública, del cálculo de los peligros y de la necesidad de nuevos procedimientos decisorios adaptados a estos nuevos sectores(ejemplo:consulta a los interesados por motivo de la construcción de un gran aeoropuerto).

En materia de protección del medio ambiente, de la lucha contra la droga, etc. continúa siendo imprescindible el papel de las organizaciones públicas y del personal público especializado, pero con nuevos moldes.En un sector de grandes intereses económicos como el medio ambiente (los causantes de daños al ambiente son muchas veces grandes empresas, etc.)es necesario personal con un régimen de incompatibilidades, estabilidad en el empleo, etc, ésto es, reglas que el derecho privado no acostumbra a poseer.

Coincidimos con J.ESSER y J.HIRSCH [151]que en la actualidad no se trata propiamente de un retroceso del Estado Social, sino más bien de su restructuracción con nuevos papeles. Existe un nuevo modelo de administración, más descentralizado y por segmentos.No hay una disminución del Estado, lo que existen son nuevas formas de estadualización de la sociedad de modo descentralizado y por segmentos.

Los problemas sociales crecen en complejidad (ejemplo:droga, paro, envejecimiento de las poblaciones, crisis en la seguridad social, y problemas antiguos como la pobreza y el analfabetismo...), hay cambios sociales (migraciones de las poblaciones de África...), y por tanto también la forma de la actividad estatal necesita modificarse.En algunos ámbitos puede existir desreglamentación, pero en otros puede aumentar de intensidad la intervención del Estado.El Estado debe tener formas de intervención más "subtis", más eficientes, más adecuadas a los problemas, tareas, y necesidades de los "clientes". La modificada relación Estado-Sociedad se posiciona siempre en nuevos equilibrios, esto es, no es una relación estática.[152]

Lo que más me convence en cuanto a la necesidad del personal público profesional y permanente es: *no interesa un personal público en régimen de*

---

[151] Cit.en E.TREUTNER-*ob.ant.*cit.
[152] Vid.E.TREUTNER cit.p.351, 354, 369.

"sujeción", "igualitario", de régimen "universal" para todos, y sí un personal cuyo régimen sea adecuado para el cumplimiento eficaz de cada "tarea" pública. Ejemplo: un funcionario del Fisco puede tener un régimen diferente del personal que dá apoyo a los consumidores de droga, o de aquel que asegura la "privacidad" informática y de las comunicaciones, o del personal de investigación.La Administración y su personal para ser eficaces no pueden actuar para la Sociedad en su globalidad (eso era posible en la época del Estado liberal, en que las tareas públicas eran reducidas), y si intervenir según los problemas, las tareas concretas y los clientes.El régimen del personal público debe ser "contractualizado" para permitir alguna "especialidad" de regímenes que permite la mejor adecuación a cada "tarea" o "problema" administrativo. Ejemplo:el régimen de incompatibilidades debe existir rígidamente para el personal del Fisco, pero puede no existir para el personal que da apoyo social y médico a los drogadictos,... Estas últimas cuestiones que referiero deben ser dejadas para la "negociación" entre las partes. No obstante, siempre con el límite, que sigue siendo el límite clásico: cualquier "negociación" entre la Administración y el personal puede ser de contenidos amplios, pero no debe perjudicar los intereses generales (estos intereses no son una propiedad "sustancial" del Estado, y sí de la comunidad de los ciudadanos).

5.3. *La nueva formulación de la relación Estado-Mercado.*

El dinamismo del mercado puede ser visto como obstáculo para la existencia de personal público en régimen especial. Se citan varias razones de crítica al regímen especial del personal público: la existencia del personal de derecho público, en la Administración, produciría desvantajas ante la concurrencia privada que tiene mayor flexibilidad en la negociación colectiva, etc.; el régimen vitalicio y de carrera públicos no serían adecuados y configuran un régimen del personal demasiado rígido; el derecho del personal público, inclusive el régimen contractual de los empleados privados de la Administración, serían poco flexibiles, y perjudicarían la competencia de las empresas públicas nacionales en los mercados internacionales (ejemplos:Telefónica, Televisión pública...).

No compartimos esta opinión.Las grandes empresas privadas tampoco son modelos completos de eficacia. El nivel de eficacia y productividad de las empresas privadas europeas es menor que el de las empresas japonesas y estado-unidenses.Casi todas las grandes empresas privadas, antes de las inversiones, solicitan ayudas o subsidios estatales.La elección de la forma pública o laboral del personal de la Administración no tiene una importancia decisiva en la cuestión del dinamismo y competencia de la administración en el "mercado". Pensamos que son excesivas las opiniones de H.LECHELER [153] y de W.LEISNER[154] sobre el Correo y el Ferrocarril como formas de administración de prestaciones muy influenciadas por principios de poder público, y que deberían ser confiadas a personal en regímen estricto de derecho público. Suponemos que la evolución tecnológica de estas tareas que hace poco tiempo eran automáticamente públicas, levanta muchas dudas sobre su carácter "público"automático en la actualidad.Aquí, se trata más de un espacio para la política de gestión pública. El significado clásico del art.33 Abs.4 Grundgesetz (tareas de soberanía o de poder público), o su significado actual (tareas desempeñadas necesariamente por el Estado, para salvaguardar los intereses generales, sean o no tareas de soberanía) no se aplica con carácter de necesidad al Correo y Ferrocarril, ni a la enseñanza, como pretende W.LEISNER. [155]

En un estudio de 1991, P.BADURA afirma que la posibilidad de aumentar el poder competencial del "Deutsche Bundespost Telekom" es la creación de filiales en el extranjero.Tampoco considera esta actividad como de "poder público "que obligue a la existencia de personal de derecho público.[156]

Esta situación, en general sólo reafirma la importancia de la reforma de la función pública en el sentido de su adecuación a las características de cada tarea pública. Por ser ahora una tarea pública, no tiene que continuar siéndola durante 100 años, y así el régimen de su personal puede cambiar según el criterio de adecuación a las tareas (funciones). El personal en régimen especial de derecho público (no tiene que ser un regímen universal, porque la contractualización que

---

[153] Vid."ZBR" 1980, S.69 ff.
[154] Vid."DVBL".1978, S.733 ff..
[155] Vid. "ZBR", 1980, S.71.
[156] Vid.*Rechtsgutachten*, Munchen, S.72.

proponemos va a establecer diferenciaciones en el espacio permitido por las leyes-ejempos: dedicación exclusiva, domicilio, formación, horario extraordinario, etc.) debe ser utilizado en tareas necesariamente públicas, o en que razones instrumentales ligadas a esas tareas públicas aconsejen esa solución (ejemplo: puede ser aconsejable que el personal auxiliar de polícia, informática, laboratorios, etc. - posea un régimen semejante al personal con funciones policiales estrictas).

En este momento, el "modus" específico de intervención y control estatal aún no ha encontrado un sustituto creíble, y no lo es el "Mercado", porque es demasiado desreglamentado para servir como controlador del poder público.[157]

5.4. *La modificación de los papeles de los sectores público y privado. El "tercer sector".*

Es posible que la existencia del "tercer sector "disminuya el papel de los burócratas clásicos.

Entre el Estado y el Mercado existe múltiples organizaciones que cumplen tareas públicas. Este "tercer sector " no se incluye en la administración estatal inmediata, ni en el sector de las empresas privadas orientadas al mercado y al lucro. El modelo público-privado, como única alternativa, está sobrepasado. Pueden existir organizaciones estatales, semiestatales, privadas y cooperativas. Es el "Welfare Mix" de LESTER SALOMON.[158]

No obstante, pensamos que la opinión del "Spiegel" - Nr.32/1991, 5.August es exagerada: los "Beamten" estarían en la lista roja de las especies vivas amenazadas. Coincidimos con R.ROSE, [159] en que existen tres grupos de tareas. El primer grupo incluye las "Sine Qua Non-Activities" cuyo ejercicio es necesario para el Estado moderno. Las "defining activities" se encargarían de la protección de la integridad territorial, la ordén interna, los impuestos. Estas actividades corresponden a los negocios exteriores, guerra, justicia, seguridad interna, hacienda pública.

---

[157] Vd.C.OFFE- cit. en BLANKE/STERZEL-*Ab die Post?Die Auseinandersetzung um die Privatisierung der Deutschen Bundespost* - "Kritische Justiz", 1993, S.305.
[158] Cit. in G.F.SCHUPPERT-*Privatisierung Offentlicher Aufgaben*, 1994, S.18, 19, 28.
[159] Cit. in G.F.SCHUPPERT, ant. cit.S.28.

En estos ámbitos no debe haber privatización, y la función pública debe continuar cumpliendo esas tareas. Son sectores de "monopolio" estatal que exigen personal público en régimen especial muy vinculado al Estado.Al menos, en estos sectores no hay peligro de extinción del personal público en régimen especial. Aquí hay una evidente vinculación, como hemos defendido várias veces, entre especie de tarea administrativa y régimen del personal. *El personal público en "régimen especial" puede existir también en sectores modernos(ejemplo:protección del secreto informático, privacidad de las telecomunicaciones, protección del ambiente*, etc.).Todo depende de que se entienda que el "régimen especial" es el más adecuado para determinadas tareas públicas, las cuales serán mejor desempeñadas por personal público.

5.5. *Las privatizaciones*.

En el caso de que hubiera un cambio generalizado de la forma jurídica, para el cumplimiento de las tareas estatales, en un regímen de derecho privado, el regímen funcionarial perdería completamente su base de "fundamentación".El pasaje continuo de las tareas adminmistrativas para las empresas privadas estrecha el mercado laboral público y disminuye la importancia del Estado como potencial interventor en el mercado laboral (lucha contra el paro, etc.).En los países mediterráneos, por ejemplo, el Estado era un importante "patrón".Si las actividades pasan a las empresas privadas sujetas a la regla del lucro y de la competencia, se pierde toda la hipótesis de "fundamentación" y de "justificación " del personal funcionarial de derecho público. Pierde sentido la relación del régimen funcionarial a "específicas vinculaciones de los derechos fundamentales".Entendemos, como decimos arriba en el n° 3., que sólo tiene sentido el régimen especial de función pública, y no el derecho laboral común, en una ecuación de "deberes ampliados " justificados por el cumplimiento eficaz de las "tareas-funciones públicas ".

Mejor que dejar la mayoría de las actividades administrativas a los regímenes de derecho privado o a empresas privadas, es hacer una reforma del régimen funcionarial, pero, en nuestra opinión, dentro de una lógica predominante de derecho público.El ejemplo de la confusión creada es lo que ocurre en

Alemania. La seguridad aéra es asegurada por personal que puede hacer huelga. Y el personal de Correo y Ferrocarril es asegurado por personal de derecho privado que no debe hacer huelga.

No parece posible el pasaje obligatorio e inmediato del personal de derecho público vinculado a personas jurídicas de derecho público para personas jurídicas de derecho privado, por motivo de la "privatización". Por otro lado, al menos en la Administración de prestaciones, hay potestad de organización estatal para elegir las formas jurídicas de derecho privado para el cumplimiento de las tareas públicas. Esta potestad de organización estatal no estaría limitada por cualquier derecho subjetivo del funcionario singular de ejercer siempre su actividad en una organización de derecho público.[160]

No estamos contra las privatizaciones. Hay sectores que pueden perfectamente ser privatizados con ventajas (ejemplo:televisión, empresas públicas industriales o financieras).Lo que decimos es que en la situación actual, sigue habiendo ventajas en que numerosas "tareas-funciones" administrativas continúen confiadas a un personal público profesional "próximo y leal" a la Administración.

Existen límites constitucionales y legales para la privatización de actividades administrativas:

a) Las tareas estatales de" poder público"

Existen actividades estatales que no pueden ser privatizadas y que deben ser ejercidas por personal público. Hay aquí un espacio importante para la función pública. Así que, no es una especie en extinción como decía el "Spiegel".[161] En primer lugar, tenemos los casos de la administración coactiva: justicia, polícia, fuerzas armadas, fronteras, prisones, ejecución de las sentencias, impuestos. Puede haber otras actividades necesariamente estatales incluso en la administración de prestaciones. La ley puede declarar el "monopolio" del ejercicio estatal de determinada actividad.

b) Los límites a la privatización pueden resultar de normas organizatorias y competenciales que definen el Estado como sujeto de tareas

---

[160] Vid.A.KROLLS-*Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik,* S.141-Gewerbe Archiv-4/95.BLANKE/ STERZEL-*Probleme der Personaluberleitung im Falle einer Privatisierung der Bundesverwaltung*-"Arbeitrecht "9/93, S.275.

[161] Nr.32/1991, 5.August.

públicas determinadas o vinculan a una forma organizatoria de derecho público el cumplimiento de determinada tarea.

c) El principio del Estado Social como límite a la privatización.

Existe el límite mínimo de no perjudicar el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social y el Servicio Nacional de Salud previstos en la Constitución y las leyes.

d) Los derechos fundamentales pueden ser impedimentos para la privatización.

ALBERT KROLLS [162] defiende que los derechos subjetivos a prestaciones de los ciudadanos y los derechos fundamentales no son limitaciones para las privatizaciones. Apunta, como única excepción, si debido al principio del Estado Social, existe un deber estatal concreto de cumplimiento de la tarea administrativa.

Suponemos que esta opinión no es segura.

En el nº2 apoyamos una "nueva legitimación" para la función pública. Entre otras cosas, *defendimos que las organizaciones públicas en situaciones determinadas podrían asegurar mejor el respeto de los derechos fundamentales de los propios funcionarios y del público en general.* Existe una cierta ignorancia sobre el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de los trabajadores en las empresas privadas (ejemplos: discriminación hombre/mujer, protección de la mujer embarazada, secreto de la ficha médica de los empleados, edad máxima en que es posible, en la práctica, obtener empleo en las empresas privadas). Por ejemplo, en la privatización de las telecomunicaciones, debe preguntarse como va a asegurarse la privacidad de las telecomunicaciones, que es una cuestión de derechos fundamentales que no pueden ser violados por la privatización.

e) Conclusión a la cuestión de los límites a la privatización.

La definición de las tareas públicas se modifica en el tiempo histórico. Lo que ayer era estatal puede ser privatizado mañana por decisión política y viceversa, puede surgir una situación nueva que exija necesariamente el

---

[162] A.KROLLS- *Rechtliche Grenzen* cit.s. 135, 136, 139, 141, 142.

cumplimiento de la tarea pública por agentes públicos.[163] Ejemplo: la eventual liberalización del consumo de droga podría exigir la tarea pública del control y acción directa sobre la distribución y comercio legal de droga de buena cualidad y a bajos precios, con el fin de acabar con los grandes traficantes y disminuir la inseguridad social actual.

Suponemos tener toda la razón E.GRANDE.[164] *En la actualidad, no hay una renuncia general del Estado a sus funciones, y sí un cambio funcional*, en el que surgen numerosas tareas públicas nuevas.Por ejemplo, la liberalización de las telecomunicaciones confiere importancia al papel del Estado en los siguientes puntos:eficiencia económica del nuevo modelo, garantía de su eficiencia social, protección de la privacidad (existen peligros, por ejemplo, de la parte del sistema bancario y de las aseguradoras: quien tiene un" pequeño" problema de salud puede ver denegada una solicitud de un crédito o un seguro de vida). E. GRANDE refiere que el Estado puede pasar de Estado de prestaciones a "Estado reglamentador", pero seguirán surgiendo nuevas actividades estatales bajo la forma de leyes, reglamentos, controles, y sanciones.

Pensamos que van a continuar surgiendo importantes tareas públicas necesarias para la defensa de los intereses generales, para las cuales es conveniente la presencia de un personal profesional, permanente, independiente, imparcial y que cumpla las leyes con objetividad. La función pública es una actividad para profesionales, y no para "aficcionados". Sin embargo, los problemas continúan incluso en los ámbitos clásicos de la actividad administrativa (ejemplo: es conocida la falta de capacidad y la ineficacia de la policía para combatir la droga. Ciertas autoridades policiales hacen "reglas de conducta propias" completamente ilegales para combatir el crimen organizado).[165] Por eso, debe ser permanente la idea de reforma de la función pública, y no la obsesión de "privatizar" la mayoría de actividades posibles.

---

[163] Vid. J.GRUNEWALD-*Privatisierung Offentlicher Aufgaben*-Hrsg.J.IPSEN, 1994, S.14.

[164] Vid.*Entlastung des Staates durch Liberalisierung und Privatisierung*?-Hrsg.R.VOIGT-*Abschied vom Staat-Ruckkehr zum Staat*?, 1993, S.371, 382, 388.

[165] Vid.T. HALDENWANG-*Die Neugestaltung der Teilzeitregelungen im Beamtenrecht* –"ZBR" hf.3/1995, S.64.

6. **El problema de la orientación predominante del régimen de la función pública.La orientación de la función pública al cumplimiento de las "tareas públicas" es el punto de vista adoptado en la tesis.**

6.1. *La orientación de la función pública al Estado.*

El modelo de M. WEBER sigue la orientación al Estado. " La moderna aparición de una organización burocrática no obedece al azar, sino que es el resultado de unos presupuestos económicos y sociales muy concretos, que sólo han surgido en un modelo histórico determinado"(ALEJANDRO NIETO).[166]

La función pública está apartada de la división del trabajo social, y se refiere al poder y al Estado.

Suponemos que hoy está sobrepasado este punto de vista. Se acentúa demasiado la soberanía del Estado y de su "aparejo". Los funcionarios no pueden ser entendidos autónomos de la sociedad. La tareas del Estado no están más separadas de la sociedad. Desapareció la separación Estado-sociedad propia del siglo XIX, entendida como supremacía del Estado sobre la sociedad. La representación del Estado era hecha por el Ejecutivo y sus funcionarios.

Como se sabe, las cosas se han modificado mucho: con la segunda revolución industrial, la administración económica de la Guerra, el aumento de prestaciones sociales post-guerra,, las nuevas tareas sociales del Estado, el intervencionismo en la economía, la redistribución de la riqueza, los planes, etc. El Estado se socializa, y la sociedad se politiza. El ámbito estricto de lo "político" se pierde.[167]

6.2. *La orientación de la burocracia a la sociedad.*

La orientación de la función pública a la sociedad surge con más evidencia donde el Estado se identifica con "government" (ejemplo: Estados Unidos en el siglo XIX). La función pública se incluye en la sociedad y en la división general del trabajo. Hay pocas diferencias entre la función pública y los otros empleos, además, el personal cambia con facilidad de la función pública a los

---

[166] Vid.*La Burocracia*, I, 1976, p.489.
[167] Vid.-T.ELLWEIN-R.ZOLL-*Berufsbeamtentum*, 1973, p.15ss, 58ss.

empleos privados, y viceversa. Ejemplos:administración local inglesa y americana y administración federal de Estados Unidos. Existe flexibilidad y movilidad, y la fase del "spoils system" se ha sobrepasado.

En Estados Unidos, después de 1945, la orientación a la sociedad disminuyó de importancia con motivo de la necesidad de formación de funcionarios profesionales. En Alemania, el camino fue inverso: predominaba la orientación al Estado, pero se sintió la necesidad de permitir alguna influencia de la sociedad (ejemplo:derechos colectivos de los funcionarios).

La idea de funcionarios no profesionales nos parece poco adecuada para las necesidades administrativas actuales, cada vez más complejas y que exijen conocimientos técnicos y experiencia.

6.3. *La orientación de la función pública a las tareas (punto de vista adoptado en la tesis).*

Este punto de vista es el adoptado en esta tesis.

Permite la apertura de la función pública a la sociedad, y su inclusión en el sector de la prestación de servicios. Las tareas públicas determinan la mayor o menor extensión de la función pública y la organización de la administración. Hoy la Administración no tiene sólo tareas de soberanía y funcionarios de la administración general, como en el Estado liberal. Se amplió a profesores, investigadores, ingenieros, médicos, informáticos, etc. con necesidades de formación propias, y con expectativas profesionales específicas. El reclutamiento del personal se hace en la base de las tareas desarolladas, y las políticas del personal pueden ser diferentes, según los sectores de las tareas. No debe haber un derecho unitario del personal con base al principio de soberanía. Las tareas públicas se diferencian y hay necesidad de especialización del personal. Las tareas administrativas son múltiples, la cantidad del personal aumentó, hay diferentes estilos de trabajo y "culturas" en la administración, y hay necesidad de planificación. La influencia de los partidos políticos es enorme, y se ejerce en la elección para los cargos funcionariales dirigentes próximos al Gobierno (directores-generales, etc.). La orientación a las tareas permite apreciar mejor la

eficiencia del trabajo de los funcionarios, porque éstos tienen una formación adecuada para cada tarea.

A la Administración actual no le interesa más el "leal servidor "en una relación especial de sujeción. Interesa más el empleado participativo, profesional, permanente, que muchas veces será especialista o técnico, o" especialista de la generalidad ", con buenos conocimientos informáticos que permiten su aproximación a los dirigentes, ésto es, menos grados jerárquicos. Las tareas públicas concretas pueden exigir, en su caso, "deberes ampliados ".Como casi todo el personal, según nuestra propuesta, debe estar en situación contractual, podrá "negociar " esa situación de "deberes ampliados "con la Administración.

a) Modificación de las condiciones de vigencia del derecho de la función pública.

Se modificarán las condiciones de vigencia de la función pública.

La mejora de las condiciones sociales y de salud determinó un aumento de la población en los países del tercer mundo, y un aumento de esperanza de vida en los países desarollados.

Si el sistema funcionarial moderno parece ser un producto de la monarquía absoluta, hoy la forma del Estado es democrática.

No hay antinomia política entre Estado y Sociedad.

Se está desarollando un profundo movimiento de democratización en el interior de la función pública.

En la Sociedad pluralista de masas dominan las grandes organizaciones sociales e ideológicas, siendo una de ellas la función pública. El concepto de Sociedad no delimita a la burguesía de las otras clases, como en el Estado liberal.

La sociedad pluralista multiplica la división de los papeles y la división económica del trabajo. Ésto condiciona la función pública como elemento integrador de la estadualidad.

Las decisiones administrativas son cada vez más complejas e inciertas en una sociedad dinámica y de cambio. Esto crea nuevas exigencias para el personal público.

Las funciones del Estado se modificarán mucho desde el Estado liberal. El Estado de prestaciones exige medidas de planificación también en los sectores clásicos de la Administración.[168]

Con todas estas modificaciones, es evidente que no es aceptable una función pública del tipo del inicio del siglo, según el modelo de "relación especial sujeción". Hoy, el funcionario debe tener iniciativa en el cumplimiento de las tareas (ejemplo:en el cumplimiento de la tarea de protección social a los drogodependientes, en la tarea de protección del ambiente, etc., porque son tareas muy complejas y nuevas que las leyes no pueden reglamentar con pormenor). No es suficiente el "status de sujeción "sólo preocupado por el cumplimiento estricto de las normas jurídicas, y no por los resultados.

b) Consecuencias para la función pública de la modificación de las tareas del Estado.

El aumento del papel del Estado en las tareas económicas y sociales aproxima el regímen laboral privado a la función pública. La modificación de las tareas del Estado impone específicas exigencias a la función pública de cualificación profesional, técnica y de experiencia. La democratización de la función exige una diferente relación con la "publicidad" y la política (apoyo a las decisiones políticas del Gobierno).

El Estado ha perdido "sustancia". En el régimen no democrático, la relación era con el Estado, como titular de la idea del Estado, en un plan de fidelidad que incluya la entera personalidad del agente. Hoy, la relación funcionarial es de tipo laboral, y se admite al funcionario a tiempo parcial.

En el anónimo Estado de prestaciones no hay un deber de lealtad personal que existia sólo en la monarquía. La lealtad se debe a la Constitución. Se da protección a la dignidad humana del funcionario, y hay una creciente juridificación. El crecimiento de las tareas administrativas aumentó la cantidad del personal. Se pierde la homogeneidad social de la función pública, la consciencia de

---

[168] *Vid.Verfassunspolitische Probleme einer Reform des offentlichen Dienstrechts, 1973-DAGTOGLOU, p.113ss, 166ss.*

grupo, y el ethos profesional.Los funcionarios provienen de todos los sectores de la población. No tienen bienes propios, y dependen del pago de su trabajo.

La función pública se destina a la ejecución de las decisiones políticas.Los funcionarios no tienen competencia política de decisión.Las decisiones quedan centralizadas en el Gobierno.La Constitución confió una misión específica a la función pública - actividad de servicio de los intereses generales, con subordinación a las leyes, con justicia, imparcialidad, igualdad, y proporcionalidad - CE art.103.1 y 3. CP arts.266.2 y 269.

No obstante, el control del Parlamento sobre el Ejecutivo, la función pública es un ámbito de relativa autonomía.Los funcionarios obedecen a las leyes e instrucciones del Gobierno, pero responden personalmente por sus actos(art.271.1 CP).Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 145-146. El empleo permanente y el principio de legalidad de las sanciones disciplinarias protegen al funcionario que aparece con voluntad propia en la ejecución de las tareas administrativas. El personal público no es agente de la mayoría parlamentaria o del Gobierno. Un sencillo punto de vista político-instrumental y radical-democrático no coincide con la autonomía y referencia expresa al estatuto de los funcionarios en el art.103.3 CE y 269 CP. Las características de la Administración referidas en el art.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y Art.103.1CP (eficacia, etc) exigen un personal no pasivo e instrumental, y sí activo y participativo. Un régimen de responsabilidad personal de los funcionarios por sus actos, y el deber de obediencia limitado por el respeto a la Constitución y a las leyes, no se adecua al papel pasivo de los funcionarios según el modelo de la "sujeción especial".

Como se ve, son numerosas las consecuencias para la función pública de la modificación de las tareas del Estado.

c) Las tareas de la función pública y las tareas de la administración no son siempre coincidentes.

No se confunde Administración con función pública. Como se sabe, las tareas administrativas pueden también ser ejecutadas por personal en régimen laboral (función pública de derecho privado), o en régimen de concesión (no hay función pública). La función pública constitucional no es idéntica al modelo

burocrático clásico. Las Constituciones española y portuguesa tienen una filosofía de democratización, participación y "desburocratización" - 103 CE. Art.267.1 CP que exige una función pública diferente a la del modelo clásico de "sujeción especial "-art.10.1 CE. Art.18.1 CP.

d) Hay funciones específicas de la función pública, con base en la Constitución?

Las tareas específicas de la función pública en régimen especial son las tareas de *"poder público y soberanía"*. Se incluyen la administración coactiva y partes de la administración de prestaciones. También se incluyen las actividades preparatorias o consultivas del procedimiento administrativo, incluso sin competencia decisoria vinculativa. No es conveniente separar a determinados funcionarios dirigentes de la mayoría del personal que colabora en el procedimiento. Muchas veces las tareas ejecutivas o auxiliares son tan importantes como las funciones decisorias. Discriminar de forma radical la minoría dirigente de la mayoría del personal es contrario al principio de la igualdad. El criterio decisivo para nosotros es la "tarea o función " ejercida, y no se se trata de ejercicio del "poder público" o no. Desempeñan el mismo tipo de tarea quienes deciden, o quienes colaboran en actividades sólo preparatorias o consultivas.

No son específicas de la función pública las actividades temporales, la simple prestación de servicios sin contenido decisorio o de seguridad, las actividades mecánicas auxiliares, o la actividad del profesor, del médico, etc.[169]

e) Algunas tareas o funciones ejercidas no son exclusivas de la función pública

Hemos coincidido con el punto de vista de que las Constituciones española y portuguesa han confiado algunas tareas públicas muy importantes a la función publica, bajo un régimen de relación especial de derecho administrativo. Este "régimen especial "no tiene las mismas características que el régimen estatutario unilateral clásico. La Constitución ha optado por este modelo como

---

[169] Vd.U.BATTIS –"BBG", 1980, S.34.

régimen preferencial (vid.Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio).

No obstante, éso no significa que todas las tareas administrativas o públicas sean cumplidas por funcionarios.Por ejemplo, la "función de administración" es también cumplida por las empresas públicas que no forman parte de la función pública, y cuyos empleados están normalmente en régimen laboral. La "función de integración" es también cumplida por los partidos políticos, asociaciones patronales o sindicales, las iglesias, etc.que tampoco se incluyen en la función pública.

7. **Examen de algunas tareas o funciones desempeñadas por la función pública**.

Vamos a examinar algunas tareas o funciones cuyo cumplimiento efectivo fundamenta y explica la existencia de personal en régimen especial de derecho administrativo, que volvemos a insistir no tiene que ser el clásico régimen estatutario y unilateral.

El punto de partida de la investigación no es la tarea concreta de cada funcionario, o las diferentes tareas concretas del personal, y sí una teoría de las funciones de los funcionarios en abstracto.

El mismo método es compartido por MONTORO CHINER:" Es la organización y los intereses públicos que requieren estructuras concretas, los que también requieren funcionarios o personal laboral para ejecutar los fines atribuídos. El criterio de la función se alza en el elemento clave de la distinción".[170] También sigue el mismo método RIVERO LAMAS: "La piedra de toque para la delimitación del estatuto funcionarial y para la opción por un régimen peculiar presidido por una caracterización pública del empleo, distinto del régimen laboral, parece que se debe situar en la función desempeñada. La función pública sometida a un régimen diferenciado y, en su caso con reserva de su desempeño a los funcionarios públicos, debe partir de una determinación de tareas que sólo pueden desempeñar funcionarios (ejercicio de autoridad, fe pública, asesoriamento legal

[170] Vid *Para la Nueva Reforma del Empleo Público: "Nueve Proposiciones* -Rev.Administración Pública "nº136, 1995, p.186.

preceptivo..., como contiene la Ley 7/1985, art.92.2 reguladora de las Bases del Régimen Local) o también del acompañamiento de otros criterios razonables y objetivos que no desvirtúen la primacía del criterio funcional".[171]

7.1. *Funciones o tareas que non son suficientes en la actualidad para fundamentar la relación especial de derecho administrativo de la función pública.*

Vamos a hacer referencia a las siguientes funciones: de manutención del sistema político, de estabilización, de innovación, de elemento de la división de los poderes, de representación, y la función política. Suponemos que estas tareas no son suficientes para fundamentar lo que se quiere, porque no tienen bastante importancia en la actualidad(ejemplo:función política), o no existen con autonomía (ejemplo:función de representación).

a) Función de manutención del sistema político.

Esta tarea parece más primordial en España que en Portugal. Primero, porque puede existir la discusión sobre el régimen:monarquía-república y después porque existe el Estado de las Autonomías.En Portugal, no se discute la cuestión de la república, y no hay "Autonomías".

La Administración y su personal están vinculados al cumplimiento de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios en el ejercicio de funciones están próximos a los principios constitucionales. Existe deber de obediencia sólo a las normas y principios constitucionales y a las leyes y reglamentos conformes a la Constitución.

La fórmula de juramento o promesa de honor de los funcionarios no se refiere directamente a la función de manutención del sistema. Pero, la fórmula del juramento del Rey (art.61.1 CE - guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes) si alude directamente a esta función. Lo mismo ocurre con el Presidente de la República (art.103.3 CP).

No parece lógico que en el ejercicio de funciones, el agente se subordine a la Constitución y cumpla la función de manutención del sistema político, y al contrario, fuera del ejercicio de funciones pueda practicar actos contra la

---

[171] Vid.El Proceso de Laboralización de la Función Pública: Aspectos Críticos y Límites, p.90

manutención del sistema.El art.46.4 CP prohíbe las organizaciones armadas o que defienden la violencia. Como el agente está subordinado a la Constitución podrá ser objeto de sanciones si seguir perteneciendo a una asociación de ese tipo cuya actividad haya sido prohibida. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, son ilegales. Se prohíben las asociaciones secretas y de carácter paramilitar - art.22 CE.

Si el régimen especial de la función pública atribuye al personal ciertos privilegios en comparación con otros regímenes laborales, es de gran interés para los funcionarios la manutención del sistema. En el sistema continental, la actividad en la Administración es muchas veces el único empleo del funcionalismo, y no hay gran movilidad del personal hacia el sector privado de la economía.

El acatamiento de la Constitución es un deber necesario para que se obtenga el nombramiento, y un deber posterior de respeto a las normas constitucionales en el ejercicio de funciones. Vd. arts. 36 y 76 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.Arts.9.1, 103.1 CE.Sentencia del TC 101/1983, 18 de Noviembre.Real Decreto 707/1979, de 5 de abril. ALEJANDRO NIETO refiere "la función de la burocracia de mantener un sistema sociopolítico ". [172]

b) Función de estabilidad.

No se pretende defender la "autonomia"absoluta de la administración ante la "inestabilidad" del sector político.

En épocas de crisis políticas o de frecuentes cambios de gobierno, como la experiencia de la 4ªRepública francesa muestra, la función pública es un elemento de estabilidad, si la crisis política se desarolla según las reglas de la democracia parlamentaria, y no conforme a la lucha existencial amigo/enemigo(C.SCHMITT).

La función de estabilidad es consecuencia de la "función de equilibrio de los intereses ". La función pública estabiliza el sistema, ayuda al equilibrio de los intereses contrapuestos y a la paz social, conduce los conflictos a procesos objetivos. Se garantiza la continuidad administrativa porque el gobierno y los ministros pasan, mientras que los funcionarios permanecen.

---

[172] Vid. La Burocracia, Madrid, 1976, p.862. KRUMMREY, W.-Offentlicher Dienst, p.1072.

La garantía de la continuidad exige la existencia de personal con empleo duradero, que no cambie con la sustitución del gobierno. La existencia poco numerosa de funcionarios políticos no perjudica la función de continuidad. Es necesaria también la neutralidad político-partidaria de la función pública y su disponibilidad para la colaboración con cualquier gobierno.[173]

Esta "función de estabilidad" parece más importante y concreta que la anterior "función de manutención del sistema político". Pero ambas son consecuencia de otras tareas o funciones más objetivas e importantes (ejemplo: función de administración, y función de integración).

c) Función de innovación

La función pública con buena formación técnica, con disponibilidad política, abierta a reformas, con buenas relaciones con el gobierno, la oposición y el público contiene un potencial de innovación y de solución de los problemas en contrapunto a otros hipotéticos puntos de vista de solucionar los problemas de forma radical. U. BATTIS admite que la función pública puede continuar siendo motor de modificaciones y cuadro de referencia para las relaciones laborales.[174] Apunta como ejemplos recientes: el trabajo a tiempo parcial, la actividad administrativa de "cooperación", y la entrada de ciudadanos de otros países de la CEE en la función pública alemana.

La capacidad de innovación depende de la relación de la función pública con la dirección política. Si existe confianza, aumenta la capacidad de innovación. Si hay desconfianza, las propuestas de innovación o reforma de la dirección política o de la propia función pública obtendrán la desconfianza mutua y falta de entusiasmo.

La burocracia prusiana del siglo XIX era un "partido" reformador y de innovación, y representaba a la burguesía que apoyaba al rey en su lucha de clases. "La llamada Edad Contemporánea no comienza en Rusia como en Francia con una revolución, sino con una reforma, y más concretamente con una reforma

---

[173] Vid. *Verfassungspolitische Probleme einer Reform des Offentlichen Diensrechts*, 1973, p.74ss. H.ARNIM-*Staatslehre der BRD*, 1984, p.355.

[174] Vid.*Modernisierungsanforderungen* cit. p.67.

burocrática, que cumple en este país, a su modo, los mismos objetivos que la Revolución francesa".[175] La relación de confianza política-burocracia exije neutralidad político-partidaria y disponibilidad política de la función pública. Es importante también la relación con los partidos de oposición y sus propuestas de reforma. La tarea de la función pública es mantener la dirección política informada de todos los puntos de vista, incluso de las críticas de la oposición, pero sin olvidar la linea política y las prioridades del gobierno. Lo mismo sucede con los grupos de interés, con el "público", y con los "media". La función pública informa objetivamente al gobierno sobre las propuestas de reforma y debe calcular la reacción del "público" a las propuestas de reforma. Esta "función de innovación" puede ser desarollada por planes de modernización administrativa adoptados por la dirección política.[176]

Juzgamos que esta "función de innovación" *no tiene suficiente autonomía* para fundamentar el "régimen especial " de la función pública. Un régimen de "derecho privado especial" de la función pública podría desempeñar la "función de innovación" tan bien o mejor que el régimen de derecho público.

d) Función de representación.

Es metafisico y no tiene en cuenta la realidad el punto de vista que considera al agente como representante del Estado y de la "Idea del Estado", en relación psiquica o metafisica con el Estado. La función de representación es apoyada por KOTTGEN, oponiéndose a LEIBHOLZ.

Se niega el papel de representación política, pero la función pública debe ser socialmente representativa, en su composición, de todos los grupos sociales (función de representación social), y debe poseer un sentido de "ethos" profesional de servicio a la democracia y al Estado de derecho.No se apoya la opinión de W.WIESE de que el agente representaba la idea del Estado tanto en el

---

[175] Vid.ALEJANDRO NIETO-*La Burocracia* cit.p.164.

[176] Vid.KINGSLEY -*Representative Bureaucracie1944*, p.269.SUBRAMANIAN-Representative Bureaucracy-Amer.Pol.Science Rev.v.61, 1967, p.1010.N.LANG-Bureaucracy and Constitucionalism, 1962, cap.5.R.PRANGER-The Eclipse of citizenship, 1968, p.15.REESE/SEIBEL-Verwaltungsarchiv, 1987, hf.4, p.391. Verfassungspolitische Probleme cit.p.78ss.

desempeño de su función, como en el hecho de ser ciudadano. Se prefiere en este punto la doctrina de las Constituciones francesas de 1791 y de 1793: los administradores no tienen cualquier carácter representativo.[177] El carácter "representativo" depende, para los revolucionarios franceses, del mandato democrático que los funcionarios no tienen.

Consecuente con la negación y la crítica del papel de "representación política", se elimina la suficiencia de este punto de vista para fundamentar el "régimen de derecho especial " de la función pública.

e) Función de elemento de la división de poderes.

El Parlamento y el Gobierno forman la esfera unitaria del "político" diferente del elemento "apolítico" funcionarial, caracterizado por su conocimiento "técnico".[178]

La Constitución ha organizado la función pública como institución (art.103.3CE.Art.269 CP). La clásica división de poderes entre parlamento y gobierno ha disminuido en cuanto a su importancia. Es útil la creación de nuevos equilibrios para la moderación del ejercicio del poder, en el sentido de MONTESQUIEU. Interesa la dialéctica entre los diferentes partidos políticos, que puede ser complementada por la "dialéctica" entre poder político y función pública políticamente "neutral". Esto sería un fundamento más para la existencia de la función pública en el Estado actual.

La función pública tiene una autonomía relativa. El funcionario desempeña con voluntad propia, en cierta medida, las tareas, y responde directamente por la práctica de sus actos en funciones.Arts.43 a 49 - Ley de Régimen Jurídico de Administración del Estado.Art.81-Ley de Funcionarios de 1964. Art.271 CP. El funcionario debe desobedecer si la orden implica la práctica de un crimen o es un acto nulo, también se libera al funcionario de obediencia si la orden constituye "infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general - art.410.2 Código Penal.Art.271.2 CP. El

---

[177] Vid.KOTTGEN-Staatslexikon, 1960, p.1202. ULE-Grunrechte, IV/2, p.537.M.LEGENDRE-*"Rev.Française Science Politique", " 1987, 37, p.62. W.WIESE-der Staatsdienst in der BRD,* 1972, p.119ss.Verfassungspolitische Probleme cit. 76ss.

[178] Vid.W.THIEME, "ZBR"101960, p.174.

funcionario mantiene un empleo duradero (el régimen clásico es vitalicio), y las sanciones disciplinarias son prefijadas por la ley. Al no aceptarse el "spoil system", hay división de poderes entre el ámbito de formación de la voluntad política por el Parlamento y Gobierno y el ámbito de ejecución de esa voluntad política por la función pública (H. GORG).

Según ZIPPELIUS, la burocracia tiene un papel en el sistema real de división de poderes. El modelo organizatorio de división de poderes de MONTESQUIEU es insuficiente. El partido o coalición mayoritarios dominan al gobierno y al parlamento. El control partidario impide la división de poderes entre gobierno y parlamento. Como la burocracia es políticamente neutral tiene un papel propio: consejo técnico a los ministros, preparación de proyectos, funciones auxiliares. Entre el poder burocrático del conocimiento técnico y la voluntad política del gobierno y del parlamento existe una "dialéctica" de poderes. La separación relativa de la burocracia ante los intereses específicos y los partidos políticos permite el equilibrio entre los intereses y es un elemento relativamente autónomo en el juego de las fuerzas políticas.

Qué comentario habrá que hacer a esta teoría, apoyada por distintos autores ?[179]

Suponemos que esta función no tiene suficiente autonomía para fundamentar la relación especial de derecho administrativo de la función pública. La separación de los poderes no se limita a los poderes clásicos, sino que existen otros poderes importantes en la práctica. Interesa su reconocimiento jurídico-constitucional, no bastando el plan sociológico.

*La debilidad de esta doctrina reside en la difícil diferencia, en la práctica, entre el ámbito "político" y el ámbito "no-político".*Estos dos ámbitos están muy unidos. La citada división de poderes no tiene validad en general. Sólo funcionará con una concepción auténtica de función pública, y no con esquemas

---

[179] Como W.THIEME –"ZBR", 1960, *Der Beamte im Soziales Rechtsstaat*, p.123ss, GORG, H. - Staatslexikon 1960, p.965ss, ZIPPELIUS-*Die Rolle der Burokratie im Pluralistischen Staat* - in "Berufsbeamtentum ", p.220ss, H.JARASS - *Politik und Burokratie als Elemente der Gewaltenteilung*, 1975, p. 153 ss.

alternativos de agentes políticos, de funcionarios honorarios, o de agentes laborales sin garantías especiales de autonomía. [180]

f) Función política

No se puede separar política y función pública. Las decisiones políticas esenciales pertenecen a las instancias políticas, pero los funcionarios superiores tienen influencia en el ámbito político. Los partidos influyen de hecho en el nombramiento y la elección de cargos públicos, y se permite la actividad partidaria a los agentes.

Siendo ejecutada la ley por la función pública, se cumplen las decisiones políticas esenciales del parlamento y del gobierno.Estas decisiones pueden ser preparadas y estar influídas por la función pública. El funcionario es un simples consejero en la formación de la voluntad política. La burocracia ministerial, situada entre el gobierno y la administración, tiene un poder secundario. No participa directamente en la formación de la voluntad política. Ya no se adopta el sistema alemán de antes del 1918, en el que los ministros eran funcionarios superiores.

El ámbito político tiene fuerza de expansión, lo mismo ocurre con los partidos políticos. Éstos participan en la formación de la voluntad popular (art.6 CE. Art.51.1 CP). Los límites entre la formación de la voluntad política y la ejecución de las leyes son flexibles.La ejecución de las decisiones parlamentarias y del gobierno por el personal administrativo exige la emisión de preceptos administrativos de ejecución, la interpretación de conceptos legales indeterminados, y el uso de competencias discrecionales.

A diferencia de H. LECHELER, no parece contradictoria la función pública no-partidaria y la participación activa de los funcionarios en la vida partidaria. No se pueden restringir sin proporcionalidad los derechos políticos de los funcionarios (ejemplo:art.127.1 CE.Arts.269.1 y 2, 270, 18.2 CP). Es dudosa, ante el Estado de derecho, por ser demasiado vaga, la exigencia de la ley alemana de reserva en las actividades políticas.La actividad política "en servicio" tiene

---

[180] Vid. N.ACHTERBERG-*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982, p.105. K.STERN-*Das Staatsreht der BRD*, 1977, I, p.272.

muchas más limitaciones que" fuera" de dicho servicio.La actividad partidaria del funcionario puede influir de hecho en el desempeño de funciones. La CE y la CP no siguen el modelo de la Constitución de WEIMAR: para mantener la neutralidad no se permitía la actividad política de los funcionarios.

La Constitución ha contrapuesto la función pública no-partidaria (defiende los intereses generales - art.103.1CE. Art.269.1 CP) y los partidos políticos que defienden intereses partidistas. La tarea de éstos es la formación de la voluntad popular. La tarea de la función pública es la ejecución de las decisiones de los representantes populares en el Parlamento y Gobierno sin ninguna voluntad política autónoma.

Los valores políticos constitucionales (Estado de derecho, Estado social, democracia...) vinculan al funcionario lo que, en ese sentido, es "político."

La función pública cumple un papel en la capacidad funcional del Estado de derecho democrático como instancia para la resolución de problemas que sobrepasan la capacidad de auto-reglamentación de la sociedad pluralista.Incluso en la sociedad pluralista, el poder del Estado como poder político permanente y poder jurídico organizado no es pluralista. La soberanía reside en el pueblo (art.1.2 CE.Art.3.1 CP), siendo el poder estatal indivisible. No hay poder estatal cuyo titular no sea el pueblo. Existe diferencia entre el poder estatal en el que se incluye la función pública y los poderes sociales en los que se incluye, por ejemplo, a los partidos políticos.

Las cosas podrán cambiar si se pasa de un Estado de servicios (Estado centralizado, representativo), a un Estado supermercado (mercado - centro)o a un Estado autogobernado (sociedad - centro).[181] En el primero caso, la reglamentación de los intereses colectivos pertenece al Estado. En el segundo pasa al mercado, y en el tercer caso pasa a la sociedad civil. Las hipótesis de auto-reglamentación de la sociedad civil y del mercado no son completas, por eso debe continuar el espacio para la reglamentación mediante papéles públicos. El Estado supermercado y el Estado autogobernado necesitan personal que desempeñe "papeles públicos". Quizá sea más adecuado para esas formas del Estado la existencia de personal en régimen de derecho privado. Se prevé un aumento del

[181] Vid. WALSH, PRIOR, y JORGENSEN-citados por C.BOIX-GAP nº1, 1994, p.43.

papel de los ciudadanos y una disminuición de los elementos burocratizados y centralizados. No obstante, suponemos que la "función política" del personal administrativo podría incrementarse en estas dos formas nuevas del Estado. *Con un Estado más "débil ", pluralista, descentralizado y participativo, pero que no puede prescindir de la estructura de la administración, el personal administrativo en "régimen especial"(incompatibilidades, etc.)adaptado a las nuevas necesidades funciona como medio de compensación al vacio que ha creado dicho Estado debilitado.* [182]

Qué se puede pensar de esta" función política" ?

Juzgamos que no es fundamento suficiente para la relación especial de derecho administrativo de la función pública. Diferentemente de MINZ y KRUMMREY, *pensamos que la "función política"no es autónoma.*La función pública no participa inmediatamente en la formación de la voluntad política. Sólo se puede hablar de función pública en sentido muy amplio, pero continúa siendo un fundamento insuficiente. [183]

7.2. *Funciones o tareas que son suficientes para fundamentar el "régimen especial" de la función pública.*

Vamos a examinar las funciones o tareas de la administración, de equilibrio de intereses, de neutralidad política, de integración, de garantía de la legalidad y del Estado de derecho, y de justicia administrativa. Suponemos que las características de estas tareas o actividades son suficientes para fundamentar el régimen especial de derecho administrativo de la función pública.

a) La función de "administración"

La administración no es una simple ejecución de tareas concretas. Es una actividad con características materiales específicas (interés general) y formales (respeto de la legalidad y garantía de los derechos fundamentales).La

---

[182] *Vid. la conclusión parcialmente semejante de C.BOIX-Hacia una administración Pública eficaz:modelo institucional y cultura profesional en la prestación de servicios públicos-Gestión y Análisis de Políticas Públicas -septiembre, 1994, p.43.*

[183] *Vid. W.RUDOLF-VVDSTRL, 37, 1979, s.183ss, 196ss. MINZ, H.-Das Recht des Offentlichen Dienstes, 1981, s.3ss. KOTTGEN, A.-Staatslexikon, 1960, s.1200ss. KRUMMREY, W.-Offentlicher Dienst, s.1071. LECHELER, H.-Grundprobleme des Beamtenrechts, JURA, 1979, hf.8, s.416ss.*

administración es una actividad global que abarca múltiples tareas o actividades. La Constitución y la ley suponen que el cumplimiento de algunas de esas tareas está mejor asegurado por personal en régimen especial de derecho administrativo.

La función de "administración", esto es, la ejecución de las tareas administrativas estatales en concreto, no se sitúa sólo en la administración autoritaria, también lo hace en la administración de prestaciones. Se supone que el cumplimiento de las tareas administrativas estatales está mejor garantizado si es confiado a personal en una relación especial con el Estado. Eso está influenciado por la tradición del modelo napoleónico.La función pública no se orienta hacia el interés público con autonomía, antes persigue finalidades definidas por terceros (parlamento y gobierno), incluso en los ámbitos discrecionales. La Constitución no garantiza sólo la seguridad pública y el orden, también la seguridad social del Estado social.

La función pública no debe respetar sólo el Estado de derecho. Debe además concretizar un programa material bajo ciertas condiciones y finalidades: servicio del interés general, desempeño de las funciones con igualdad, proporcionalidad, justicia, imparcialidad.Arts.9.1, 103.1 CE. Arts.266.2, 269.1 CP.La actividad de la función pública no es una actividad cualquiera: realiza el interés general, la justicia y la imparcialidad. Se trata de una función pública activa:está vinculada a la realización de esos valores. Es neutral ante los intereses particulares.

Los intereses generales de la sociedad pluralista no son unívocos y unidimensionales. No hay homogeneidad de intereses y comprensión sustancial del Estado para la vinculación de esos intereses. Existe un concepto funcional de interés público en relación con la tarea concreta y la orden de competencias. H.J.WOLFF refiere la neutralidad funcional del agente en dirección a la imparcialidad. No se acepta el punto de vista de SCHNUR que da un sentido objetivo del concepto de interés público, porque se trata más de un concepto descriptivo.

Con este sentido funcional u operativo del concepto de interés público, la función pública adquiere un nuevo significado. La seguridad jurídica (ejemplos:legalidad de las sanciones disciplinarias, estabilidad del empleo) y la

autonomía relativa de los funcionarios (ejemplo: la orden del superior sólo es legítima si es confome a la ley) no son "privilegios", y sí la garantía del procedimiento de realización del interés público y de la justicia de la acción administrativa.La formación profesional y el empleo duradero permiten contrariar las presiones ilícitas de los partidos políticos, de los grupos de presión formales o informales, de las grandes empresas, de algunos ciudadanos "contestadores" más por hábito que por necesidad, y de la propia dirección política del Gobierno.Sobre todo cerca de las elecciones, los dirigentes políticos pueden practicar actos u omisiones ilícitas.

Se piensa que ciertas actividades administrativas son mejor ejecutadas por personal en "régimen jurídico especial". Por ejemplo, un funcionario que haga una encuesta oficial en un procedimiento para concesión de subvenciones a una empresa debe estar protegido por un régimen especial de derecho público, porque el derecho privado no conoce estas "peculiaridades". El "régimen especial" de estabilidad en el empleo, incompatibilidades, formación profesional, protección jurídica y social, vinculación a la legalidad, reglas anticorrupción es exigido a causa de la garantía de los intereses generales en ese procedimiento, por ejemplo, de atribución de subvenciones.

Las leyes también defienden los intereses particulares. La Constitución apoya la libertad del ciudadano y de sus intereses.Es importante el reconocimiento de los grupos de intereses y asociaciones que cumplen funciones importantes en la sociedad actual. El Estado de derecho democrático y social reconoce los intereses particulares con protección legal (art.9.2 CE.Art.266.1 CP).La función pública como cualquier otra parte del Estado, atiende a los intereses particulares en la actividad administrativa. La neutralidad, la imparcialidad, y el interés público no quieren apartar el pluralismo y conducir el Estado a la "unidad ".La cuestión del pluralismo es más una cuestión de los partidos políticos que del Gobierno. Pero la función pública, con su neutralidad, es una garantía importante del pluralismo. La neutralidad está próxima a la imparcialidad, pero no es pasiva. Los criterios de imparcialidad del agente y del juez son diferentes, porque la Administración no se agota en la aplicación de las leyes.

El agente defiende los intereses generales, incluso sin directivas concretas de los superiores, con sujeción a la definición por los órganos competentes de los intereses generales, conforme a las leyes. No hay obediencia, como se sabe, a órdenes que incluyan la práctica de un crímen. El funcionario no se debe orientar sólo por la utilidad económica de la medida, y debe obedecer a los criterios constitucionales vinculativos (ejemplo:imparcialidad), y formular el equilibrio de los intereses.

El servicio al Estado es un servicio a los intereses generales, y no a intereses particulares o de los partidos políticos. Esta orientación a los intereses generales diferencia la función pública de la relación laboral, que puede tener también aquella orientación, pero de forma limitada, mediata y no necesaria. La Constitución presupone que la función pública no es economía privada, y que el Estado no es un empresario cualquiera (Art.103.1 y 3 CE. Art. 269.1 CP). Un simple y formal servicio de "ejecución"o actividad material o técnica podría ser ejercido por empleados de derecho privado. La función pública sobrepasa este limitado aspecto de "ejecución", pues es un servicio de los intereses generales con imparcialidad.

La administración, a diferencia de otras funciones del Estado, es una actividad permanente, ubicua, siempre presente, y con legitimación democrática.[184]. No se admiten vacaciones administrativas, pero son conocidas las vacaciones de los diputados y de los jueces en los meses de verano. La actividad administrativa abarca todos los ámbitos. La jurisdicción sólo aprecia y decide el caso concreto.La presencia administrativa asegura en cada minuto la permanencia del aparejo estatal. *Estas características de la actividad administrativa influencian y pueden exigir el "régimen especial" del personal público.* La actividad permanente de la Administración exige la profesionalidad del funcionario, porque el "aficionado"no da garantías de permanencia a la Administración. La actividad ubicua exige una formación continua y no sólo especializada en sectores

[184] Vid. F.OSSENBUHL- *Verwaltungsvorschriften und GG*, 1968, s. 196.

restrictivos. La actividad siempre presente exige gran disponibilidad y movibilidad del personal, y no la inmovilidad absoluta y rígida.[185]

b) La función de "equilibrio de los intereses".

En la sociedad pluralista, de acuerdo con W. KRUMMREY, *la función pública produce el equilibrio entre los diferentes intereses, incluyendo los intereses de partes de la población que no están suficientemente organizados y que no pueden hacerse escuchar.Se trata, en la función de "equilibrio de los intereses", de un equilibrio entre los diferentes intereses particulares (ejemplo: la atribución de subvenciones a diferentes empresas del sector textil), o de un equilibrio entre los intereses generales y los intereses particulares (ejemplo:expropiación por utilidad pública).*El interés público no debe ser impuesto sin respeto proporcional hacia los derechos y intereses legítimos de los ciudadanos. ALEJANDRO NIETO refiere que "la burocracia estatal afirma su legitimación sobre un factor, que hace años hubiera parecido inesperado, a saber: en su cualidad de árbitro neutral, equilibrador de intereses contrapuestos y particulares". [186]

La teoría del Estado y de la sociedad indica la necesidad de una instancia reglamentadora para el equilibrio justo y la coordinación de los intereses. No interesa sólo la coordinación formal de los intereses. Esta dialéctica fue indicada por HEGEL:la oposición entre la sociedad como sistema de necesidades y el Estado como institución moral. La teoría del Estado de von STEIN refiere también la diferencia entre la sociedad como dominio de los intereses particulares egoístas y el Estado como unidad de voluntad de todos los particulares que poseen una igual libertad. La formación de la voluntad estatal no debe hacer referencia al

---

[185] Vid. W.WIESE-*Der Staatsdienst in der BRD*, 1972, s.115. W.KRUMMREY, cit.p. 1070ss. K. SCHLAICH - *Neutralitat als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, s.55ss.H.GORG-Staatslexikon, 1960, s.965ss.MINZ, H.-*das Recht des offentlichen Dienstes*, 1981, s.3ss.W.THIEME-ZBR, 1960, s.174 y ZBR, 1965, s.33ss.H.LECHELER, JURA, 1979, hf.8, s.415. H.BULL-die Staatsaufgaben nach dem GG, 1973, s.47ss. H.FRIAUF-Der offentliche Dienst am Scheideweg, 1972, s.70ss. J. JUNG Schr.z. Offentl.Recht, bd.138(1971), s.90ss.W.JUNCKER-ZBR, 1967, s.65ss.M.KRAUTZBERGER-Schr.z. Offentl.Recht bd.150, 1971, s.37ss. W. LEISNER-*Der Beamte als Leistungstrager*, s.122. H. LANGE-DOV, 1985, hf.5, s.169ss.E.MADING-vd.*Die Verwaltung*, 1973, s.257ss.

[186] Vid.*La Burocracia*, 1976, p.832.

egoísmo de los intereses de los particulares. En la formación de la voluntad estatal, cada ciudadano debe ser igual y libre en relación con los otros ciudadanos.

No siendo, en la democracia, el interés público fijo y absoluto, antes el resultado de la discusión dialéctica de los grupos, no impide la tarea de realización de la justicia social. De acuerdo con E.FRAENKEL y R. ZIPPELIUS se trata de un equilibrio entre los distintos intereses que corresponde a las exigencias mínimas de un orden social justo. En el proceso de confrontación de los intereses se debe garantizar la justicia procedimental, la igualdad de oportunidades y el control público. Los intereses en colisión deben ser recíprocamente limitados con justicia segun las ideas ético-sociales dominantes y con el mayor apoyo social posible.La moderna teoría del Estado admite la diferenciación de funciones y papeles entre Estado y sociedad. Para la reglamentación de las tareas estatales sírven principios específicos de acción. El diputado, el funcionario y el juez no pueden preferir los intereses particulares a los intereses generales. La función pública es una institución fundada en la competencia y leal cumplimiento de los deberes y es un factor de equilibrio ante las fuerzas políticas. Los partidos políticos y los diputados introducen los intereses organizados en el proceso político. El papel de diputado no se separa tanto de los intereses particulares de los ciudadanos, como el juez o el funcionario, los cuales aseguran una confrontación imparcial de intereses.

El BVG alemán afirma que la función pública es una institución fundada en la competencia técnica y en el leal cumplimiento de los deberes que asegura la estabilidad de la administración y es un factor de equilibrio ante las fuerzas políticas. Este punto de vista del BVG fue criticado por motivar la desconfianza entre los partidos políticos, más propia del tiempo de WEIMAR, pero que no es adecuada a la actual democracia parlamentaria.

En la preparación de los proyectos de ley, planes y programas los funcionarios deben considerar los diferentes intereses y exponer al ministro la alternativa equilibrada y justa de los intereses. Para KOTTGEN, en el Estado parlamentario, la burocracia es un centro político propio que garantiza la estabilidad del Estado y sirve de punto de equilibrio entre el movimiento de las fuerzas políticas. Los funcionarios pueden desempeñar funciones de mediación,

conciliación y arbitraje en los órganos colegiales paritarios. Las decisiones discrecionales presuponen el equilibrio de intereses. La realización de los intereses generales no debe perjudicar en absoluto los intereses de los ciudadanos. El principio de proporcionalidad necesita de un juicio de equilibrio. Por motivo de la dificultad de conjecturar y de las exigencias de la justicia en el caso concreto, el equilibrio de los intereses no puede ser sólo realizado por el legislador en abstracto, sino también por las autoridades administrativas en concreto. Las claúsulas generales y las decisiones discrecionales no son contrarias al Estado de derecho, porque permiten mayor justicia en un caso concreto.

Como complemento de la función de equilibrio se exige la neutralidad político-partidaria y la imparcialidad objetivas. Esto es difícil a causa de la proximidad de la función pública a los partidos, de la influencia de los grupos políticos, y de la creciente pérdida de su conciencia profesional. Debe existir disponibilidad política para cualquier gobierno constitucional en efecto recíproco con la neutralidad político-partidaria y la imparcialidad. No son sólo las fuerzas armadas las que no deben ser partidarias, lo mismo ocurre con la función pública. Según la fórmula de la Constitución de WEIMAR(art.130), los funcionarios son agentes de los intereses generales y no de un partido. A diferencia de KOTTGEN, GORG, y DAGTOGLOU, defiende W.BLEEK que la idea del equilibrio neutral y justo ante la influencia de los grupos de interés oculta la oposición a la democracia pluralista, que ya RADBRUCH relacionaba con el Estado autoritario.Pensamos que este punto de vista de W.BLEEK no es correcto, porque la Constitución presupone que" la administración pública sirve con objetividad los intereses generales "(art.103.1CE.Art.269.1 CP).

En conclusión, pensamos que la afirmación del BVG alemán continúa siendo correcta: la función pública es una institución fundada en la competencia técnica y profesional que asegura una institución estable y es un factor de equilibrio ante las fuerzas políticas. Apoyamos totalmente lo defendido por U.BATTIS[187]:" esta opinión del BVG alemán es aún más necesaria hoy que ayer", y pensamos que se debe aplicar en España y en Portugal.

---

[187] Vid. *Offentliche Verwaltung von Morgen*, 1995, s.74.

Poe eso, *la defensa del equilibrio entre las fuerzas sociales y politicas está mejor asegurada por quien pertenece a una lógica diferente de esas fuerzas sociales, ésto es, por personal con régimen jurídico especial adaptado al cumplimientos de las tareas públicas concretas. El "régimen especial" del personal público - acceso por mérito, peculiaridades del ejercicio de derechos, incompatibilidades, garantías para la imparcialidad, permanencia en el empleo, especial responsabilidad administrativa, vinculación a la legalidad, protección jurídica, medidas anticorrupción, etc. - se fundamenta y justifica por motivo del desempeño por la función pública de la tarea de "equilibrio de los intereses".* [188]

c) La función de "neutralidad política".

La neutralidad político-partidaria, que es presupuesto del funcionamento de la democracia parlamentaria, significa que los funcionarios deben ser agentes de la colectividad y de los intereses generales, y no de los partidos o grupos de interés particulares.

No existe una separación absoluta de papeles entre política y administración, entre el criterio político y la decisión burocrática.*ALEJANDRO NIETO afirma: "queda ya mucho más matizada la separación entre política y Administración, en la medida en que exista* ".[189]

Después del cambio de gobierno por motivo de elecciones, la función pública debe continuar con la misma disponibilidad político-administrativa para colaborar con el nuevo Gobierno. Si tal hecho no ocurre, la consecuencia sería el aumento de los funcionarios políticos, el sistema de"patronage", o el "spoils system ". El cambio del gobierno posibilita que la función pública no se identifique con el partido del gobierno de forma semejante a la fidelidad del funcionario al Estado absolutista. El cambio de gobierno exige la disponibilidad de la función pública que sólo es posible con neutralidad estricta político-partidaria. La moderna democracia no necesita de la función pública neutral y de lealtad pasiva, y si de una disponibilidad activa para colaborar con cualquier Gobierno constitucional.

---

[188] Vid. R.ZIPPELIUS-*Die Rolle der Burokratie im Pluralistischen staat*, s.217ss. A.KOTTGEN-Staatslexikon, 1960, s.1200ss. Verfassungspolitische Probleme, cit.s.71ss.H.GORG*Staatslexikon*, 1960, s.965.W.BLEEK*Beamtentum*, s.407ss. W.THIEME, ZBR 1960, s.173.

[189] Vid.*La Burocracia*, 1976, p.812.

Hay varias maneras de asegurar la disponibilidad política de la función pública. En el "spoils system", el gobierno puede despedir a los agentes, y reclutar personas en las que tenga confianza. Este sistema fue introducido en 1829, en los Estados Unidos, por el presidente JACKSON. Tiene varios defectos: corrupción, perjuicio de la continuidad, falta de formación profesional. En Europa, este sistema no fue adoptado.

En el sistema de "Patronage ", el gobierno no actúa de forma amplia como en el "spoils system", pero en numerosos casos escoge personal de confianza. No hay un despido total del personal no identificado con el gobierno. Este sistema corrompe el "ethos" de la función. Pueden acceder a los cargos personas poco cualificadas. El futuro gobierno se encuentra confrontado con personal cuya principal cualificación es la fidelidad al anterior gobierno. Se acaba por permitir un "spoils system" y éste supone una gran influencia de los partidos políticos en la administración.

También se utiliza un sistema proporcional político-partidario.Se distribuyen los cargos, por ejemplo, de los órganos colegiales, de forma rotativa. Este método termina con los conflictos innecesarios entre los partidos, establece la igualdad entre ellos, y permite la continuidad administrativa. Pero, es contraria a la libertad e igualdad de acceso por mérito, y se permite el "spoils system ".

Los puestos jerárquicamente más altos del funcionalismo pueden tener especial relevancia política. Aquí, se permite nombrar y destituir sin invocar fundamento.Son los funcionarios políticos. Compensa la falta de confianza de los partidos en la burocracia ministerial. Aumenta la disponibilidad política de la función pública, con respeto de su neutralidad político-partidaria. Es un compromiso entre la lealtad al gobierno y la disponibilidad política, por un lado, y la neutralidad político-partidaria y la continuidad administrativa, por otro. Es contrario a la democracia parlamentaria obligar a un ministro, reciente en su cargo, a trabajar con funcionarios directivos sin garantías de disponibilidad política o de innovación para concretar la nueva política.Los cargos políticos exigen conformidad con los criterios políticos gubernamentales. La oposición a la existencia de funcionarios políticos parte de un supuesto, aún no verificado: el de la completa disponibilidad política del personal para cualquier gobierno.

Un caso semejante a los funcionarios políticos, es el personal de confianza de los gabinetes. Se pueden reclutar buenos técnicos. Pero, hay discriminación del personal no vinculado a partidos políticos, y se crea un grupo que separa al ministro de la función pública.

La Constitución pretende impedir la influencia político-partidaria en el acceso a la función pública.No se puede ser privilegiado por motivos políticos e ideológicos. El acceso se produce en condiciones de igualdad y libertad. Nadie puede ser perjudicado por ejercer sus derechos políticos. La práctica del "spoils system" está prohibida porque introduce discriminación ideológica. En cuanto a los agentes políticos, el texto de la Constitución prevé el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. No obstante, es práctica habitual la existencia de agentes políticos en España y Portugal (ejemplo:personal de los gabinetes).Vd.art.103.3 CE. Arts.13, 47, 50 CP).

Según la tesis de la separación política-administración, la política es dirección general y programación de actividades. Las ciencias sociales consideran la administración como sistema de acción, y la política se incluye en el "ambiente" del sistema. Política son los procesos de comunicación, en zona neutral ante la burocracia, que sirven para la formación del poder legítimo. En las órdenes sociales poco diferenciadas, y hoy en los países en desarollo, la función política es también ejercida por la burocracia del Estado. En las democracias parlamentarias, la burocracia no tiene esta tarea. La política, en zona neutra en relación a la burocracia, se ciñe a la competencia por un número limitado de plazas en el parlamento y el gobierno. La política y la administración se diferencian por sus papeles y principios de "racionalidad".

No es fácil separar el ámbito técnico (burocrático) del ámbito político. Los argumentos técnicos esgrimidos por los funcionarios, como limitaciones presupuestarias, falta de cualidad técnica del proyecto, etc. pueden tener efectos de "moderación "en la actividad política. Pero, entre los técnicos pueden existir representantes de intereses, y un juicio técnico puede también ser un juicio político. Ejemplo: la construcción de una autopista puede contener finalidades políticas.

Otra fórmula de separación entre el ámbito técnico-burocrático y el ámbito político consiste en incluir al funcionario en la función jurídica,

contrapuesto al ámbito político autónomo. El principio de legalidad excluye la influencia política. Pero, la cuestión es otra. Si administración y la política no se pueden separar desde el punto de vista material de la actividades, parece bastante perjudicial la politización del funcionariado desde el punto de vista organizatorio.

El punto de vista de separación política-administración desconoce que la política no interviene sólo en zona neutral en relación a la burocracia. Existe un trabajo conjunto entre el gobierno y los altos funcionarios. La diferencia, propia del sistema americano, entre "politics" como decisión fundamental programática y "administration" como ejecución de programas, no se aplica sistemáticamente a la relación legislativo-ejecutivo. La burocracia condiciona las decisiones políticas.Si no hay entusiasmo y formación adecuada del personal para realizar una reforma cualquiera del Gobierno, la mejor reforma del mundo podrá quedar sin efectividad. El gobierno es un órgano político, pero también es el órgano dirigente de la administración (art.97 CE. Art.185 CP). Política y administración se relacionan intensamente, porque el órgano dirigente es el mismo para los dos sectores.

La tesis de separación política - administración era tan imposible en el siglo XIX como lo es hoy. No tiene base histórica el punto de vista de que el funcionario en la época pré-parlamentaria era políticamente neutral y estaba orientado al interés del Estado y al bien común. El funcionario pré-parlamentario estaba más influenciado por la dirección política del Estado que en la actualidad. M. WEBER considera una "fantasía" la falta de partidismo del funcionalismo del tiempo de BISMARCK. HANS PETERS refiere el "partido " del rey, al cual se vinculaban los funcionarios por juramento.

El punto de vista de la despolitización administrativa en las sociedades diferenciadas, desarolladas y democráticas no se aplica, al menos, al personal dirigente. Tampoco vale el punto de vista que antes de la democracia parlamentaria, en el tiempo de la monarquía, el funcionalismo era neutral, pues se relacionaba con la persona del rey situado fuera de los grupos sociales. En una época sin partidos políticos organizados, la administración no tiene influencias político-partidarias, pero no es politicamente indiferente.En el sentido amplio de "político" siempre se administró políticamente. Nunca existirán administración y funcionalismo neutrales. En este sentido, vid. MENZEL, SPANNER, GERBER,

MORSTEIN MARX. Tampoco aceptan el mito de la falta de partidismo del funcionalismo pré-parlamentario LEIBHOLZ y SCHEUNER.

La relación con la política alcanza más a los agentes en un punto de transición entre la dirección política y el aparejo ejecutivo, sobre todo los funcionarios dirigentes estatales, autonómicos y de los ayuntamientos. La mayoría del personal no se relaciona con la función de "policy-making ", y sólo para éstos es correcta la idea de separación entre política y administración. El funcionalismo no es políticamente neutral, ni un poder neutro. "La historia demuestra que las burocracias en tal sentido neutrales han sido contraproducentes" - ALEJANDRO NIETO. [190] No es conveniente la completa despolitización de la función pública, pues podría colocar ésta eventualmente al servicio de una dictadura. Los funcionarios no son neutrales en cuanto a la orden constitucional democrática libre, y su actividad se subordina a los principios constitucionales. La neutralidad de la función pública no es democraticámente deseable, ni se puede alcanzar. Se llega más facilmente a la identificación con la orientación política dominante, que a la neutralidad.

Es posible y necesaria la neutralidad político-partidaria y ante los grupos de intereses. Esta neutralidad no se fundamenta ni en la desconfianza ante los partidos, ni en la oposición entre el valor del Estado y el valor de los partidos, ni entre la política del Estado y la política del partido mayoritario, ni siquiera porque los funcionarios sean agentes de la colectividad y no de un partido, o porque la influencia de los partidos se centre en el legislativo y no en el ejecutivo. La neutralidad político-partidaria de la función pública posibilita su trabajo conjunto con el gobierno y los ministros, y es un presupuesto para el funcionamento de la democracia parlamentaria. [191]En esta última idea de "presupuesto del funcionamento de la democracia" está el fundamento de la neutralidad político-partidaria.

Se admite la neutralidad político-partidaria, pero no la neutralidad política, ni la despolitización de la función pública. Los agentes deben colaborar permanentemente en la ejecución de la política gubernamental.Los funcionarios

---

[190] Vid. *La Burocracia*, 1976, p.823.
[191] Vid.*Verfassungspolitische Probleme* cit.s.46ss.

deben estar disponibles para cualquier gobierno constitucional y deben intentar obtener objetivamente el éxito de la política gubernamental. Eso impide los peligros del funcionariado despolitizado. Se exige más de los funcionarios que la simple lealtad pasiva, se exige un papel activo. [192]

La neutralidad político-partidaria se distingue de la imparcialidad. La neutralidad es un concepto negativo, en el sentido de la no-intervención. La imparcialidad es un concepto positivo de acción justa y proporcionada.

La neutralidad política, social y partidaria de la administración está mejor garantizada por personal en "régimen especial " que no se confunda con simple comisarios políticos que obedecen a órdenes del partido mayoritario, o con personal en régimen laboral de más fácil despido, etc. La estabilidad en el empleo (no defendemos la relación vitalicia como regla absoluta, y si como tendencia que depende del buen trabajo prestado), la vinculación a las leyes, las peculiaridades del ejercicio de algunos derechos(ejemplo:derechos colectivos), las garantías de imparcialidad, las reglas anticorrupción son necesarias para el cumplimiento de la función de" neutralidad."

Ejemplo: la administración fiscal no debe perseguir "preferencialmente"por delitos fiscales a los miembros de la oposición. Este deber está mejor cumplido por agentes vinculados al principio de legalidad que por agentes escogidos según el "spoils system ". Si al contrario, el gobierno pretende un programa rápido y eficaz de lucha contra el fraude fiscal, tal vez sea mejor un contrato con equipos de profesionales no burocráticos, que pueden ser cogidos fuera de la administración, que van a ejercer durante un cierto período de tiempo esa tarea. Pienso, cada vez más, que el criterio dominante para fundamentar el "régimen especial " del personal, es el que se orienta por las características de la tarea o función desempeñadas.

La influencia no transparente de los partidos políticos, de los grupos empresariales y sindicatos puede perjudicar la función de "neutralidad ".

Apoyamos completamente U.BATTIS sobre *la extrema importancia de la neutralidad y autonomía de la administración pública en la actualidad.*[193]

---

[192] Vid.*Verfassungspolitische Probleme* cit. p.49 ss.

[193] Vid. *Offentliche Verwaltung von Morgen*, 1995 s.70.

Juzgamos que la opinión de U.BATTIS sobre la función pública alemana se debe aplicar en los derechos español y portugués, porque el funcionamento del régimen democrático en las tres naciones es semejante.[194]

d) La función de "integración"

Esta función consiste en que las comunidades políticas posean más elementos de "convergencia" y de "integración" que elementos "centrífugos".La función pública es un importante factor de integración. El Estado y el poder, según la teoria democrática actual, no son un objeto preconcebido, en cuyo interior se desarrolla la vida de la sociedad. El Estado es una realidad dinámica, y es producto de la existencia humana (HESSE, SCHEUNER, BAUMLIN). La multiplicidad de los intereses y comportamientos existentes en la sociedad organizada en Estado pueden eventualmente no permitir la formación obligatoria y objetiva de una acción unitaria y de la unidad política y administrativa. La formación de la unidad política y administrativa es un proceso permanente nunca terminado. El actual Estado democrático es una orden de integración cuya unidad política no está presupuesta. En esta orden de integración, en que los conflictos de la sociedad se deciden en el plano político, la tarea de los funcionarios es ejecutar leal y objetivamente la voluntad de los órganos constitucionales formada en el proceso de lucha política. La función pública es un elemento, muy importante, que permite la "integración" de la sociedad y del Estado.

El funcionamento de este proceso democrático de formación de la voluntad política y de la ejecución leal de esta voluntad en el plan administrativo es un requisito de la sociedad organizada en Estado para mantener la unidad política. Una "mala" política también debe ser ejecutada por los funcionarios, aunque desde el punto de vista funcionarial esa política no corresponde a los intereses generales.

---

[194] Vid.W.WEBER-"Rev. Administracion Publica", 39, 1962, p.79ss. BAENA ALCAZAR-"RISA", 1/1987, p.105ss. GONZALEZ-GUISADO - "Documentación Administrativa"1983, p.198, 199ss. K. STAHLBERG "RISA", 3, 1987, p.423ss. *Verfassungs-politische Probleme* cit.p.43 a 70 ss. L. CARLASSARE, *Amministrazione e Potere Politico*, 1974, p.82. R. SCHOLZ, p.182. W. KRUMMREY, p.1071 ss. K. SCHLAICH -*Neutralitat als Verfassugsrechtliches Prinzip*, 1972, p.54. *Traité de Science Administrative*, 1966, Mouton, p.800.AUBY-ADER,.202ss. A. STEFANO, *Participacion des Fonctionnaires Civils à la Vie Politique*, 1979 p.111ss.

Los resultados de la política del Gobierno van a ser valorados por los ciudadanos en el momento de las elecciones. Las fuerzas sociales y políticas reunidas en el Estado deben confiar que la voluntad, con legitimación democrática, de los órganos político-constitucionales, es ejecutada sin impedimentos. La Constitución confió la ejecución de la voluntad de los órganos políticos, en el plan administrativo, a la función pública, cuyos miembros detentan alguna seguridad jurídica y autonomía entre los partidos y grupos, y así tienen condiciones para participar en el proceso de integración estatal. Si la función pública no tuviese autonomía entre estos grupos, no podría ser un elemento del proceso de integración estatal.

La democracia tiene una estructura y organización pluralistas y descentralización del poder social (Art.1 y 2 CE. Art.2 CP).El pluralismo social y la organización estatal tienen un elemento de autodisgregación. Cada grupo desea sobreponer sus intereses a los otros grupos. Si hay superposición en definitivo de un interés particular desaparece el pluralismo. Éste sólo existe si hay equilibrio permanente entre los diferentes intereses de los grupos. Sólo un pluralismo integrado es funcional. No significa que la función pública sea origen del pluralismo o ayude a la formación de los grupos sociales directamente, pero es una garantía del pluralismo porque se opone a la autodisolución del pluralismo, procura el equilibrio de los intereses contrapuestos, impide la superposición de los intereses particulares, y puede ser intermediaria de la solución de los conflictos sociales por medio de procesos objetivos.

La administración pública estatal desde el punto de vista "técnico" de su funcionamento no presupone necesariamente la función pública en "régimen especial ". Pero, la administración y la función pública son elementos de "integración" y garantizan los intereses generales. *La idea de "integración" se ajusta mejor al "régimen especial " del personal (empleo con estabilidad, legalidad, sanciones disciplinarias legales, responsabilidad administrativa, profesionalidad, especial protección jurídica). La "integración" es posible si el régimen del personal contiene una lógica y una racionalidad diferentes del pluralismo social, ésto es, en un sentido favorable a la idea de convergencia política, administrativa y social*.Ejemplos: la Policía Nacional es un instrumento

de integración en España. La función pública nacional es un instrumento que garantiza cierta igualdad e integración entre las regiones y comunidades autónomas más ricas y otras más pobres.si la función pública posee una lógica y estructura demasiado pluralistas, entonces no es posible la función de "integración" (ejemplo:un sistema de libre elección y dimisión de los funcionarios por los ciudadanos que pagan impuestos).

Las dos tareas esenciales de la función pública son la ejecución de las tareas administrativas y la participación en el proceso de integración. Las funciones "administrativa" y de "integración" se relacionan recíprocamente, y son los dos aspectos de la misma función administrativa en sentido amplio.Las dos tareas tienen consecuencias diferentes para el derecho disciplinario. El objetivo de las reglas disciplinarias es garantizar el cumplimiento de las tareas administrativas y la participación de la función pública en el proceso de integración estatal. El desempeño de la función administrativa exige capacidad de prestación y la disciplina interna. El desempeño de la función de integración presupone que la administración y la función pública tengan buena aceptación y credibilidad en la sociedad. Antes, en el período del Estado autoritario, en el derecho disciplinario se atribuía a la función de integración más importancia. Ahora la mayor importancia está en la función administrativa. Ya SMEND situaba la función de integración de los funcionarios en un plano de menor significado que la actividad técnica administrativa. El menor significado de la función de integración en relación a la función administrativa puede reducir las exigencias con respecto a la conduta del funcionario fuera del ejercicio de funciones.

El cambio de las tareas administrativas en el sentido de una administración de prestaciones, y la disminuición del papel de las tareas de autoridad disminuye el número de los funcionarios que cumplen un papel de integración.Esto es, el número de funcionarios aumentó, pero son funcionarios en general sin ningún papel de decisión, y sólo con una actividad técnica que desempeñan un pequeño papel en la integración.No obstante, la función administrativa pública es diferente de la función administrativa de la economía privada, pues tiene un sentido material y se relaciona con los intereses generales. Por otro lado, también hay una función de integración en la administración de

prestaciones. Ejemplo: los programas de Seguridad social no deben ser muy diferentes en las distintas Comunidades Autónomas El proceso autonómico en españa, y el proceso de regionalización en Portugal deben ser "compensados" por el efecto de "integración"de una función pública de ámbito nacional y con regímen diferente del derecho laboral.

Pensamos que se debe contrariar la tendencia a disminuir continuamente la importancia de la función de integración ante la función administrativa. Sobre todo en esta Europa con gran crisis de desempleo, con crisis del modelo industrial, etc., y cuando la "Europa social "de los trabajadores y ciudadanos continua sin concretización. La función pública comunitaria cumple con eficacia la función de integración en los distintos países comunitarios.Las funciones públicas nacionales de los Estados miembros deben cumplir con eficacia la función administrativa, pero sin abandonar el proyecto político-administrativo de la "integración".[195]

e) La función de garantía de la legalidad y del Estado de derecho.

Los funcionarios son una importante garantia para el cumplimiento de las leyes en la actividad administrativa concreta. Por un lado, los tribunales sólo intervienen si hay litigios. Por otro lado, los diputados están más cerca de las normas generales y abstractas que de las cuestiones administrativas concretas.

La función pública no es protectora inmediata de la Constitución. Esa tarea la cumple primariamente el Tribunal Constitucional, los tribunales en general u otros órganos constitucionales.

La garantía de legalidad en general y de los derechos fundamentales es una tarea importante. La mayor efectividad posible de los derechos fundamentales, sin perjuicio del equilibrio proporcional con los intereses generales realiza la "justicia". Si el funcionario, que tiene el deber funcional de garantizar el respeto de los los derechos fundamentales de los ciudadanos, no fuera titular completo de esos derechos, no estaría interesado en su respeto, debido al principio "tua res agitur". Las entidades públicas están más vinculadas que las privadas al respeto de

---

[195] Vid. *Verfassungspolitische Probleme* cit. p.73 ss. R.ZIPPELIUS-*Die Rolle der Burokratie im Pluralistischen Staat-vid.Berufsbeamtentum*, s.73ss.

los derechos fundamentales.No hay un "Drittwirkung" (eficacia hacia terceros de los derechos fundamentales) absoluto para las entidades privadas. La función pública continúa siendo un espacio de respeto para los derechos de los funcionarios, quizá mayor que en el derecho laboral. Véase la mayor estabilidad del empleo, el derecho al trabajo, el impedimento del trabajo precario, la protección de los jóvenes, la no discriminación de las mujeres, la protección de las mujeres embarazadas, la mejor seguridad social, la jubilación, los derechos sindicales y la representación de los trabajadores en las empresas públicas. El "régimen especial " del personal no es un impedimento que no garantice suficientemente sus derechos fundamentales. No es un "régimen especial " de sujeción, y sí un régimen en progreso para el mayor respeto de los derechos del personal de la Administración.

Estas garantías del "régimen jurídico especial " son importantes. Ejemplo: Puede un funcionario sin estabilidad de empleo, y sin el régimen de incompatibilidades cumplir la función de garantía de legalidad y del Estado de derecho, y por ejemplo, denunciar ilegalidades, o combatir la corrupción pública o privada, o informar contra la atribución de subsidio a un gran grupo económico?Como se sabe, los grandes grupos económicos están muchas veces próximos del poder, sobre todo en el período de las elecciones.

La función de garantía de la legalidad desempeñada por la función pública tiene un significado autónomo como garantía del Estado de derecho. *La estabilidad del empleo, las incompatibilidades, la formación jurídica y técnica, esto es, el régimen jurídico especial de derecho administrativo, posibilitan que el funcionario garantice la legalidad y la objetividad contra órdenes de los superiores con objetivos sólo político-partidarios o ilegales, o contra presiones ilegítimas de los ciudadanos "clientes" de la Administración.. El deber de obediencia de los subordinados no es absoluto.*Vd. art.8.12 Código Penal. Existe un deber de los funcionarios de que comuniquen las infracciones y crímenes de que tienen conocimiento, en el ejercicio de funciones, a las entidades competentes. A diferencia de W.BLEEK, [196] que defiende que la función de garantía de la legalidad es un deber de todos los ciudadanos, juzgamos que tiene, en la

[196] Vid. *Beamtentum*, s.407ss.

función pública, un significado activo específico, en el desempeño de funciones, y más intenso.

f) La función de "justicia administrativa"

Esta tarea aún puede obtener gran aceptación.Suponemos que es una propuesta con bastante futuro. La "justicia administrativa" consiste en la resolución por comisiones administrativas independientes de litigios entre la Administración y los ciudadanos, o entre ciudadanos. Estas comisiones administrativas pueden ser total o sólo parcialmente formadas por funcionarios. La actividad de los tribunales sigue con grandes dificultades en ciertos sectores (social, económico). Es necesario desarollar alternativas al "due process "judicial, que es complejo, demorado y costoso, para reforzar las garantías de los particulares.

J. MASHAW defiende que el control judicial de las decisiones sobre solicitud de prestaciones no garantiza que se adopten decisiones acertadas."Los Tribunales...son verdaderamente incompetentes para tratar de las complejidades y sutilezas que comporta la imbricación y la dirección de grandes procesos de decisión administrativa".[197] El control judicial de la Administración es un medio inferior, según J.MASHAW, si se le compara con las " praxis"y criterios organizativos organizativos y los métodos gerenciales que maximizan el acierto de las resoluciones. "Los funcionarios individuales que deciden, deben preocuparse de los hechos de la realidad que están relacionados con la veracidad o falsedad". Coincidimos con C. EDLEY, Jr.[198] en que "el intento de diferenciar la racionalidad burocrática de los otros elementos de la tricotomía, puede distorsionar y empobrecer el cuadro y la prescripción resultante ".La tricotomía está constituída por la política, la pericia técnica y la objetividad resolutoria. No obstante, pensamos que esta función de "justicia administrativa" puede ser importante, y exige un régimen jurídico especial de los funcionarios. *La aplicación de la racionalidad burocrática a la "justicia administrativa" depende del régimen jurídico especial de la estabilidad del empleo, del cuadro de*

---

[197] Vid.MASHAW, J.-Bureaucratic Justice, ps.4, 13ss, 185ss.

[198] Vid. *Derecho Administrativo*, Inap, 1994, p.193.

incompatibilidades, de la garantía de imparcialidad, de la formación profesional, etc. Ejemplo: la atribución, con imparcialidad, de subvenciones por incapacidad, o a empresas etc. según la justicia administrativa depende de las reglas de incompatibilidades, imparcialidad, estabilidad del empleo, etc. De otro modo, la justicia administrativa no obtendría la suficiente autonomía y seguridad jurídica. Por ejemplo, la justicia administrativa no tendría autonomía si fuera desempeñada por personal demasiado abierto al pluralismo partidario, del tipo "comisario político ", o más "dependiente" de los dirigentes como es el personal laboral.

8. **Conclusiones**

8.1. *Existe fundamento suficiente para la relación especial de derecho administrativo de la función pública.El criterio principal utilizado para llegar a esta conclusión son las funciones o tareas desempeñadas por la función pública*..

Presentamos las diferentes tareas o funciones que pueden fundamentarsegún la Tesis, la relación especial de derecho administrativo de la función pública (funciones administrativa, de equilibrio de intereses, de garantía de la neutralidad político-partidaria, de garantía de legalidad y del Estado de derecho, etc.). Nuestra opinión va *contra el punto de vista del Rapporto GIANNINI* que pretendía negar la tradicional especialidad de la relación funcionarial.*Debe continuar existiendo la diferencia entre el empleo público y la relación laboral si las tareas o funciones desempeñadas siguen siendo diferentes* en la Administración pública y en el sector privado.Incluso cuando la actividad de los funcionarios no es ejercicio de funciones públicas, se puede ejercer una actividad relacionada con los intereses generales, de la que los funcionarios no tienen libre disposición. Consideramos notable el Parere dell Adunanza Generale del Consejo de Estado italiano de 31 de agosto de 1992.[199] No es conveniente adoptar la disciplina laboral privada + destinada sólo a relaciones de dar y haber,

---

[199] Vid. MARINA JALVO- *Sobre las Ultimas Reformas Italianas del Empleo Público*, p.486 – "Rev. Administración Pública "n°137, 1995.

de hacer y dar, de dirigir con eficiencia y ejecutar con exactitud en el ámbito empresarial según las reglas del mercado ".

Cualquier reforma de la función pública debe orientarse a las tareas y funciones predominantes desempeñadas por los distintos grupos del personal. Existen tareas cumplidas, del mismo modo, por el sector público y por el sector privado (ejemplo: hospital público o privado, enseñanza pública o privada).En estos sectores, en general, las exigencias hechas al personal público y privado son idénticas en lo que concierne a las características de la prestación del trabajo. Pero, pueden resultar "peculiaridades" en estos sectores a causa de que la actividad administrativa se orienta a los intereses generales, y no al beneficio económico.Además, la gestión capitalista de estas entidades puede adoptar criterios de gestión empresarial que influencian la cualidad de las prestaciones. Ejemplo:la gestión capitalista de un hospital público, sobre todo, en un período de crisis económica, disminuye en principio, la cualidad y extensión de las prestaciones. *Puede existir un "régimen especial " del personal en la administración de autoridad, en la administración de planeamiento, o en la administración de prestaciones.*La regla debe consistir en que todo el personal que cumpla el mismo tipo de tareas o funciones, se incluya bajo el mismo régimen. *No apoyo la discriminación, contra el principio de igualdad, de las funciones simplemente mecánicas, técnicas, preparatorias o auxiliares.* Suponemos que el personal con actividad " preparatoria "o "auxiliar" en una función propia de la administración de autoridad, por ejemplo, debe poseer, en regla, un régimen básico semejante al personal que ejecuta la actividad principal, por motivo del principio de igualdad. *No defendemos sólo que una pequeña parte del personal necesita de un "régimen especial* "(el personal directivo, por ejemplo, o el personal relacionado con tareas de la seguridad del Estado o de la vida comunitaria). *El criterio principal para fundamentar el "régimen especial " es la ejecución de determinadas tareas.* Ejemplo: el personal auxiliar en el ámbito de la administración de autoridad puede estar también vinculado al "régimen especial".

Consecuencia del criterio defendido de las "tareas o funciones" desempeñadas por el personal *es la imposibilidad de un régimen unitario para*

toda la función pública. Como las diferentes actividades o tareas del personal tienen características y exigencias diferentes, el respectivo "régimen especial"también puede poseer "peculiaridades". Es *importante que haya un "régimen especial "básico, semejante en todo el personal público, pero no necesariamente un régimen unitario.* Así, se facilita la gestión del personal, que no aparece como un universo cerrado, y si en grandes sectores según la cualidad de las tareas predominantes desempeñadas.

8.2. *El criterio principal del "régimen jurídico especial"*

El "régimen jurídico especial " debe ser el *que permita a la función pública el cumplimiento eficaz de las tareas constitucionales confiadas a la administración.*Si el "régimen especial" fuese un impedimento para el cumplimiento de las tareas no debería ser adoptado. Ejemplo: en las empresas públicas, actividades técnicas, o actividades culturales puede no aplicarse el régimen jurídico especial del personal.

8.3. *Continua existiendo un espacio para el cumplimiento de tareas por la función pública.*

La función pública sigue teniendo futuro. Cuanto mayor es el pluralismo, cuanta más complejidad tienen las relaciones sociales, más crece el potencial decisorio y el papel de la función pública. Las normas legales no dominan las necesidades siempre cambiantes, por éso el espacio para la discrecionalidad y autonomía de la administración aumenta. Cuanto menor es el consenso en la sociedad pluralista, más necesaria es la reglamentación estatal y el papel de la función pública.

8.4. *Las ventajas del criterio de las tareas.*

a) Es un criterio que unifica el régimen jurídico del personal según un criterio de igualdad. Como el criterio principal es la tarea o función predominante, siempre que las características de la actividad no lo justifiquen, no se debe permitir la diferenciación del régimen básico del personal. Esto se aplica, tanto al sector público, como al sector privado de la Administración.

b) Es un criterio sustantivo, y no sólo formal.

Es importante para el "régimen jurídico especial", la tarea o función desempeñada, y no el criterio formal del vínculo contractual o estatutario que une el personal a la administración. El "régimen especial" es un regímen jurídico material. No es suficiente sólo la inclusión formal en el derecho público o en el laboral, para fundamentar las cosas. La homogeneidad del "régimen especial " básico según la tarea o función (ejemplo: legalidad, incompatibilidad, imparcialidad, acceso por mérito, peculiaridades del derecho a sindicación) no impide otras diferenciaciones (ejemplo:por motivo de su actividad - directivos, técnicos, o por motivos de sus especialidades - docentes, polícias, sanitarios). Tampoco es importante saber que puestos de trabajo se reservan al personal de carrera o cuales serán ocupados por personal contratado, porque lo más importante es la función o tarea, y no la carrera que es más una cuestión organizativa.

c) El criterio adoptado permite la medida de las funciones.

El método que parte de las funciones permite diferenciar y medir las funciones más difíciles, de mayor responsabilidad, más físicas o psíquicas. Las funciones, por ejemplo, que puedan causar daños a la salud y a la integridad física del personal, podrían obtener mayor pago. También se pueden obtener premios por el buen desempeño de las funciones.

9.**Secuencia**

En este capítulo, buscamos principalmente *el fundamento* de la relación especial de derecho administrativo de la función pública.

En el capítulo siguiente, vamos a entrar en el punto central de la tesis que trata de explicar *qué es esta "relación especial " y como se diferencia de la criticada "relación especial de sujeción* ".

CAPITULO V

LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO RELACIÓN ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

En el capítulo III defendimos que las funciones públicas portuguesa y española no se presentaban como una relación general de sujeción, ni como una relación de especial sujeción. Tampoco son, en la actualidad, o deben ser, *de jure condendo*, un régimen predominante o exclusivo de derecho laboral común o especial. En el capítulo IV concluímos en que había fundamento para la calidad de derecho especial del derecho de la función pública.

En este momento es necesario saber en que consiste la relación especial de derecho administrativo de la función pública.Después deberemos establecer las diferencias de la clásica relación especial de sujeción.

Para investigar esta parte de la tesis propongo el siguiente esquema:

Relación especial de derecho administrativo de la función pública =

= relación jurídica + procedimiento+ especial + derecho administrativo.

La función pública es una relación jurídica especial, un procedimiento especial, que pertenece al derecho administrativo especial. Lo que intento decir es que es necesario el análisis de estos cuatro elementos para saber qué es la relación especial de la función pública y hacer la distinción de la relación especial de sujeción. Es este el principal objetivo de la Tesis.

A) LA RELACIÓN JURÍDICA FUNCIONARIAL.

Conviene empezar por distinguir los argumentos contrarios al punto de vista de la función pública como "relación jurídica" de los argumentos que apoyan la función pública entendida bajo el esquema de la "relación jurídica ".

1. Argumentos contrarios a la concepción de la función pública como "relación jurídica".

El régimen de la función pública está muy influenciado por su origen histórico. Algunos institutos históricos del derecho administrativo prolongan sus efectos después de la época histórica de su nacimiento. En este punto vamos a ver que la concepción "unilateral" de la función pública opuesta a la concepción "relacional "debe ser comprendida en su génesis histórica. Ciertos institutos de la función pública, que apoyan la concepción "unilateral", no deben seguir teniendo vigencia en caso de oposición a las Constituciones democráticas actuales.La función pública principalmente disciplinada por actos administrativos unilaterales y por la ley clásica no se adecua ni a los derechos sindicales, ni a la participación y negociación colectiva. El acto administrativo no se adecua a la lógica de los derechos colectivos, al contrario del concepto de "relación jurídica".Es necesario distinguir en la teoría de la función pública entre el que está ultrapasado y lo que es conforme a la constitución democrática. "La situación y régimen de los empleados públicos es el resultado de una serie de factores que aparecen y se desarollan de una forma determinada en cada momento histórico".[200]

La cuestión de la "relación jurídica " es reciente en el derecho administrativo, al contrario de lo sucedido en el derecho civil. Éso se explica por el hecho de utilizar un concepto de derecho objetivo que limitaba las relaciones subjetivas de los súbditos, y la teoría de "impermeabilidad" del Estado.La dogmática del derecho civil hace mucho tiempo que entiende la relación jurídica como relación entre sujetos cuyo contenido son derechos y obligaciones. El derecho administrativo entendido como un conjunto de normas jurídicas objetivas no admite con facilidad el reconocimiento de los derechos subjetivos de los súbditos. El reconocimiento de los derechos subjetivos contra el Estado y otras personas públicas, y el reconocimiento de las relaciones internas como relaciones jurídicas permite la comprensión del derecho administrativo como una estructura relacional, como un orden de relaciones jurídicas.El acto administrativo es un instituto clásico de acción autoritaria, pero en el Estado social surgen numerosos ámbitos de "schlichte Hoheitsverwaltung ".En la concepción "unilateral" de la función pública, el acto administrativo detiene el papel de instrumento principal de actividad.El acto administrativo, sin embargo, ha perdido importancia como

---

[200] Vid.ALEJANDRO NIETO-*La Organización del Desgobierno*, 1984, p.115.

modelo explicativo porque cada vez hay más actividad que no consiste en actos administrativos, y además no siempre es necesaria la existencia de actos administrativos definitivos para que haya protección jurisdiccional. Tampoco en la actualidad la protección jurídica del ciudadano está condicionada por la existencia de actos administrativos definitivos. Todo esto significa la pérdida de importancia del acto administrativo en la teoría del derecho administrativo. Existen otros medios, además del recurso contencioso clásico contra los actos administrativos, como las acciones de reconocimiento de derechos, medidas de intimación y cautelares, etc.[201]

Nuestro punto de vista de la función pública como "relación jurídica" pretende impedir la comprensión de la función pública exclusivamente bajo la categoría del acto administrativo, porque esta comprensión no es la más adecuada para la Constitución democrática actual y para los derechos colectivos de los funcionarios.

Vamos a examinar algunos de esos institutos o teorías, que consideramos ultrapasados y que están por detrás de la concepción "unilateral" de la función pública, que es el objeto de crítica en la Tesis.

1.1. *La teoría de la impermeabilidad*

El punto de vista de la unidad de la Administración y del espacio libre del derecho en el ámbito interno eran un impedimiento para la consideración de las relaciones entre órganos, miembros de órganos y agentes, como relaciones jurídicas internas y derechos y obligaciones internos.

El ámbito jurídico de las relaciones administrativas se limita a las relaciones jurídicas Estado-ciudadano. Sólo estas normas son reconocidas como derecho, son normas jurídicas o leyes en sentido material. No se admite la cuestión de las relaciones jurídicas entre Estado y sus órganos o titulares de órganos, porque sólo hay relación jurídica en el ámbito externo entre ciudadano y la

---

[201] Vid. BAUER, DVBL 1986, p.217ss. A.RISKEN- *Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im offentlichen Dienst*, Berlin, 1969-"Schr.zum offentlichen Recht", bd.87, p.34ss.KNAPP, B.-*Précis de droit administratif*, 1982, p.110ss."DOV", 1986, hf.19, p.812ss.KOJA, F.-*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1986, p.261ss. MAURER, H.-*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1983, p.124ss.ACHTERBERG, N.-*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982, p.229ss, 305y *Theorie und Dogmatik des offentlichen Rechts*, 1980, p.138ss, 149ss.

persona-Estado. La fijación del tema principal en la discusión de la relación jurídica Estado-ciudadano y el olvido de las relaciones jurídicas del titular del órgano y el órgano derivan de la influencia de LABAND y JELLINEK sobre la impermeabilidad de la persona jurídica Estado. Los argumentos de JELLINEK son más prudentes, y no se deducen como en LABAND inmediatamente de posiciones del derecho privado.La teoría de la impermeabilidad considera las relaciones entre el Estado y sus órganos y titulares de órganos, en el interior de la persona, como excluidas del derecho. El derecho existe para delimitar los poderes y deberes de los sujetos singulares entre sí. Se presupone una pluralidad de titulares de voluntad, susceptibles de colisión entre sí. Las normas de conducta que un sujeto se da a si mismo no son preceptos jurídicos. Nadie puede ejercer contra si mismo una pretensión jurídica o tener una obligación jurídica, o producir contra sí una violación jurídica. Sólo cuando la esfera de voluntad de un sujeto por medio de órdenes, prohibiciones y garantías se delimita de las voluntades de terceros y hay protección contra las intervenciones de terceros, hay orden jurídica. Esto vale para el Estado, considerado no como el propio creador de la orden jurídica, y sí como la persona actuante en el interior de esa orden. Sólo si la voluntad de la Administración se pone en contacto con otras esferas de voluntad reconocidas por el derecho, o hay violación o colisión de derechos, existe la regla de derecho. Las reglas en el interior de la Administración que no definen límites o atribuciones de un sujeto situado en el exterior, que no garanticen, permitan o prohíban, no son preceptos jurídicos. [202]

1.2. *El concepto de ley material y de norma jurídica.*

Las teorías de LABAND y OTTO MAYER aún hoy influencian la teoría del Estado y de la función pública.

---

[202]Vid.H.H.RUPP *Grundfragenderheutigen Verwaltungsrechtslehere*, 1965, p.19ss. BATTIS, U.*AllgemeinesVerwaltungsrecht*, 1985, p.46ss.A.CATELANI-*Le Circolari della pubblica amministrazione*, 1984, p.5ss.U.HAFELIN-*Die Rechtspersonlichkeit des Staates*, 1959, p.395ss.ESTEVES OLIVEIRA-*Direito Administrativo*, 1980, p.55ss.SÉRVULOCORREIA *DireitoAdministrativo*, 1982, p.46ss.AFONSO QUEIRÓ-*Direito administrativo*, 1976, p.131ss, 140ss.

LABAND fundamenta el concepto de norma jurídica en su concepto de derecho. El derecho determina en la vida social las limitaciones de libertad de acción natural de los individuos.El derecho existe en la delimitación de los poderes y obligaciones recíprocos de los sujetos singulares.Presupone una pluralidad de titulares de voluntad que pueden entrar en colisión. Es un concepto de derecho derivado del derecho privado y del derecho racional. Se refiere sólo a individuos y grupos singularmente contrapuestos. LABAND defiende una construcción individualista y privada del Estado, apoyado en el concepto general de persona jurídica de derecho privado con capacidad unitaria de acción y voluntad. El Estado no es una personalidad colectiva compuesto jurídicamente por muchos miembros autónomos, como decía GIERKE, pero si un individuo, en sí, cerrado e impermeable que coexiste con las otras personas jurídicas. El derecho, como delimitación de esferas entre sujetos jurídicos, sólo incluye las relaciones externas del sujeto jurídico Estado, y no los procesos que se ejecutan dentro de la personalidad del Estado. Fuera del concepto de derecho está el derecho organizativo estadual. El derecho funcionarial, el derecho disciplinario, el control del presupuesto, todas las relaciones especiales de sujeción, están fuera del concepto de norma jurídica.

Varias críticas, aportan contra el punto de vista de LABAND del Estado como persona jurídica, que el Estado desde el punto de vista social no forma esa unidad, y si una unidad de acción y orden a través de la acción de sus miembros. Se presupone jurídicamente como unidad y sujeto unitario, lo que desde el punto de vista social resulta de la unidad de conexión de múltiples unidades personales. La teoría de LABAND, según GIERKE, sería aún absolutista, en el sentido de apoyo al poder de la monarquía. Separa al pueblo del Estado.La persona jurídica Estado es el punto de imputación de los derechos de soberanía estatales, y está fuera y sobre el pueblo. El pueblo no es unidad, ni "sujeto" de derecho estatal. El pueblo es una pluralidad modificable de individuos, y "objeto" de soberanía estatal.

O.MAYER parte del concepto de ley formal, pero no aislado como en LABAND y JELLINEK, ya que liga forma y contenido.La ley es la forma en que se manifiesta la voluntad del poder supremo como voluntad estatal con particular

poder jurídico y eficacia.No acepta la confrontación entre fuerza legal formal y material.El reglamento necesita de un específico título jurídico legal, pero eso sólo es necesario en la relación general de poder. En la relación especial de sujeción, la administración puede emitir disposiciones generales que no tienen como fundamento la norma jurídica, y sí la relación de poder. Las "disposiciones administrativas" en la relación especial de sujeción no vinculan como la norma jurídica bilateralmente, no tienen un lado externo e interno simultáneamente, antes vinculan unilateralmente como ejercicio del poder administrativo sobre los súbditos. Las disposiciones de la polícia se refieren a la libertad y propiedad de los ciudadanos, pero no es libertad la perturbación del buen orden de la sociedad. Cada ciudadano debe evitar disturbios sociales. El fundamento del derecho natural da la medida de lo que es admisible sin ordenamiento específico. En el derecho de *polícia, la reserva de ley es algo formal. El auténtico fundamento jurídico es una* obligación presupuesta del súbdito que es expresión de la naturaleza de las cosas. Las relaciones especiales de sujeción y el derecho de polícia son dos ámbitos de la autonomía funcional de la administración, que se legitiman en la práctica del Estado monárquico del absolutismo esclarecido, y son señales de la autonomía del Estado ante la sociedad.

Lo que podemos decir de la teoría de O.MAYER es que su argumentación levanta dudas desde el punto de vista del Estado de derecho: son demasiado amplios el papel de la relación especial sujeción y de la autonomía funcional administrativa.

No tenemos duda de que las teorías de LABAND y O.MAYER aún influencian, en la actualidad, las concepciones más clásicas de función pública. Pero, estas posiciones ya no son convincentes. En ciertos aspectos, pensamos que las críticas de HAENEL y H. KRUGER son certeras. HAENEL tiene razón, al considerar el derecho como un fenómeno de la vida social inter-humana que fija las normas reguladoras de los efectos sociales de las acciones de voluntad humanas. No apoya la restricción del concepto de derecho a la delimitación de las esferas de voluntad de los sujetos singulares, porque se olvida de la otra función del derecho de reglamentar la actuación común de la sociedad humana, de la creación de reglas para la vinculación positiva de las fuerzas de voluntad.

HAENEL considera las normas intra-estatales como preceptos jurídicos.El Estado no es una personalidad abstracta con voluntad, es antes una pluralidad social de hombres cuya unidad se deduce de la organización de relaciones jurídicas entre sus miembros.El Estado no es una persona sóla, y si sociedad, esto es, la relación jurídica de una pluralidad de personas.

H. KRUGER también produce críticas certeras a LABAND y O.MAYER. La separación entre un ámbito libre del derecho y un ámbito jurídico es contraria a los principios del Estado de derecho y al principio constitucional de protección jurídica. Critica la aceptación de las "disposiciones administrativas" porque no son vinculativas jurídicamente de la administración, no tienen protección jurisdiccional, y permiten a la administración el abuso de forma.Para huir del control jurisdiccional, la Administración no emana reglamentos, emana disposiciones administrativas. La administración cuando emana la disposición administrativa cuenta con que queda exenta del control jurisdiccional, que sólo alcanza los actos externos de la Administración.En la teoría de la función pública no se debe dar demasiada importancia a las "disposiciones administrativas", porque la protección jurisdiccional del funcionario puede salir perjudicada.[203]

1.3. *Conclusión: la necesidad de sobrepasar el dogmatismo autoritario*

La relación funcionarial se vincula con el concepto de derecho adoptado. Algunos institutos funcionariales fueron influenciados por contextos históricos anteriores. No pueden tener de ninguna manera validez atemporal (ejemplo:la jerarquía rígida, la obediencia absoluta a órdenes).Se deben abandonar los conceptos que tienen una explicación histórica, pero no son actuales, ni resuelven los problemas actuales(sindicación, negociación colectiva, etc.). El Estado de derecho democrático no admite ámbitos libres del derecho, ni el dualismo constitucional (ejecutivo con poderes legislativo y reglamentario autónomos de la ley).

Como ejemplos de la *disminución de la importancia de la dogmática autoritaria,* podemos apuntar: la reglamentación jurídica de ámbitos antes consi-

---

[203] Vid. P.LABAND-*Le droit public de l'empire allemand*, Paris, 1901, I, p.158.O.MAYER *DeutschesVerwaltungsrecht*, 1924, I, p.107, 16IIp.19. HAENEL-*Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, 1888, p.20ss.H.KRUGER-Festscrift fur SMEND, 1952, p.228.

derados como libres del derecho; el reconocimiento del derecho a la decisión discrecional sin vicios; el alargamiento del papel de los derechos fundamentales, de los derechos subjetivos, del principio de proporcionalidad, del principio del resarcimiento. El ciudadano es sujeto de derechos, y no objeto del poder. El funcionario también es sujeto de derechos, y no objeto del poder.

Apoyamos a GIANNINI que defiende que, en la actualidad, no hay un ordenamiento organizatorio administrativo interno.[204] *Sólo existen ordenamientos jurídicos particulares fundados en hechos organizativos.* Falta en el ordenamiento organizativo la reglamentación específica y diferenciada del ordenamiento general. En este sentido, la función pública no es un ordenamiento organizatorio interno donde no se aplican los principios generales del derecho administrativo.La función pública es un ordenamiento jurídico particular muy influenciado por hechos y condiciones organizatorias (ejemplo: los derechos sindicales, o el derecho a vacaciones no deben perturbar el normal funcionamiento del servicio), pero en el que se aplican los principios generales del derecho administrativo (ejemplo:como los servicios públicos no pueden cerrar, ni todos los funcionarios pueden gozar de sus vacaciones en el mes de Agosto).

No obstante, no podemos quedarnos sólo con esta afirmación que es demasiado genérica de GIANNINI. Sin embargo, su opinión en términos genéricos parece certera.Es necesario investigar cuales son las características de la función pública, por quê es ordenamiento jurídico particular. Es necesario conocer la influencia de los hechos organizatorios sobre el ordenamiento jurídico particular llamado función pública, y también conocer lo que es particular o especial en la función pública a causa de las tareas públicas confiadas a dicha función. [205]

Hemos visto los argumentos contrarios a la concepción de la función pública como "relación jurídica". Vamos a ver ahora los argumentos que apoyan el entendimiento de la función pública como relación jurídica.

---

[204] Vid.*Diritto amministrativo*, Milano, 1972, p.162.

[205] Vid.F.BASSI-*Norma Interna*, 1963, p.17ss.W.KREBS-*Handbuch des Staatesrechts*, hrsg.ISENSEE/KIRCHHOF, p.583ss. N.ACHTERBERG-*Theorie und Dogmatik des Offentlichen Rechts*, 1980, p.138ss.H.ERICHSEN-"Verwaltungsarchiv", 71 bd., 1980, p.430ss, y" DVBL", Feb.1982, p.95ss.W.SCHENKE-"DOV", 1979, hf.17, p.622ss.

2. **Argumentos que apoyan la existencia de la relación jurídica de la función pública** como explicación que sustituye la función pública exclusivamente comprendida según el modelo "unilateral" del acto administrativo.

2.1. *La teoría del acto administrativo no es suficiente para explicar la función pública moderna.*

La relación funcionarial también puede ser fundada por contrato. En Portugal son numerosos los contratos administrativos.En España tienen gran aplicación los contratos laborales.Para éstos la teoría del acto administrativo no es suficiente. El fenómeno de "laboralización "de la función pública es un movimiento creciente en países como Italia y es importante en España, por ejemplo. El derecho laboral es un derecho relacional.Se cuestiona porqué dos ámbitos cercanos, como el trabajo para el patrón Estado y el trabajo para el patrón privado, deben tener principios reglamentadores tan diferentes: el primero, el acto administrativo unilateral, el segundo la relación bilateral.

La negociación colectiva, los derechos sindicales, el derecho a la huelga, son todos elementos que escapan a la lógica del acto administrativo unilateral y autoritario, al contrario, exigen un punto de vista de "relación". La negociación colectiva exige una relación de derechos y deberes entre dos o más partes. Los derechos de sindicación no se ejercen contra el Estado como titular de la soberanía, y si contra el Estado u otras entidades públicas como sujetos de derechos.

2.2. *El acto administrativo no debe ser eliminado de la función pública*

No hay una vinculación necesaria entre acto administrativo y relación funcionarial. La Administración puede intervenir por otros medios, y no sólo mediante medios unilaterales, por ejemplo, los contractuales. El Estado de derecho democrático no considera al funcionario como objeto en situación de "sujeción " de un poder unilateral.

Se prefiere una situación "relacional"de un poder jurídico democrático.

No obstante, no se elimina el papel del acto administrativo, ni tampoco la importancia de la organización administrativa. El acto administrativo continua siendo importante.Por ejemplo:la aplicación de sanciones disciplinarias o los instrumentos de movilidad obligatoria del personal son medios, en última

instancia, unilaterales. Nadie puede explicar bajo una lógica consensual, la aplicación de una sanción disciplinaria. Tampoco la organización administrativa puede fundamentarse esencialmente en una lógica "relacional, así, las competencias de los órganos y sus titulares son de derecho objetivo, al mismo tiempo que la "relación jurídica" tiene un fundamento y una lógica subjetiva. El funcionario o sus representantes sindicales no tienen legitimidad democrática para intervenir en materia de competencias fijadas por la ley.

*La teoría de la función pública no puede prescindir de los conceptos de acto interno, relación jurídica y de acto administrativo.*El concepto de acto interno es importante, por ejemplo, un acto de distribución del servicio o de tareas por los distintos funcionarios. El concepto de relación jurídica es importante, por ejemplo, en la relación disciplinaria, en las negociaciones colectivas, etc. El concepto de acto administrativo ha perdido algo de su anterior relevancia central, pero continua siendo importante.Por ejemplo: clasificación del servicio, permisos, licencias, extinción de la relación funcionarial, etc.

En la teoría de la relación especial de sujeción, el punto central estaba ocupado por el acto administrativo.Suponemos que en la actualidad el punto central debe ser el concepto de "relación jurídica". La razón principal es que la relación funcionarial es esencialmente una relación de empleo, una relación de derechos y deberes entre dos partes. Esta relación jurídica parece ser la clave dogmática de la relación funcionarial. Pero, coincidimos con W.SCHMIDT, "en la necesidad de no olvidar los conceptos de organización, de decisión administrativa ", [206] y nosotros acrecentamos el concepto de procedimiento. Pero al contrario de algunos autores italianos, y más conforme con la teoría alemana, suponemos que no hay que sobrevalorar el concepto de procedimiento por el hecho de que la relación de empleo funcionarial sea una actividad que está bajo la dirección de órganos públicos que ejercen poder jurídico democrático con legitimación constitucional. No coincidimos en la existencia de procedimientos demasiado complejos en la función pública.En materia disciplinaria se comprende la existencia de procedimientos que garanticen la defensa de los interesados. Pero la garantía de la imparcialidad no debe complicar demasiado los procedimientos,

---

[206] Vid.*Einfuhrung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, 1982, p.252.

por ejemplo, de provisión de puestos de trabajo y de promoción profesional. En Portugal, por ejemplo, hay lugares públicos que permanecen muchos meses sin titular por motivo del complejo procedimiento de provisión de puestos de trabajo.

2.3. *El ámbito interno es jurídico.*

El ámbito interno es jurídico, y existen relaciones jurídicas entre los órganos y en el interior de los órganos.En el primer caso, se trata de delimitar las competencias y del ejercicio de las competencias de control, en el segundo caso de los derechos de los miembros del órgano. Aquí se cuestiona si los preceptos organizatorios y procesales pueden fundar posiciones subjetivas con legitimidad procesal.El ámbito interno es jurídico por las siguientes razones:

1. Cada organización *está internamente diferenciada.*Son posibles las relaciones jurídicas entre los elementos de la organización, entre los diferentes centros de competencia y órganos.

2. *Los preceptos sobre competencia*_siempre tuvieron efectos externos. La eficacia externa de los vicios de competencia en el ámbito funcional puede perjudicar a los particulares.

3. La inclusión del funcionario en la relación especial de sujeción no significa que la relación de titular de función no sea relación jurídica. Las normas sobre la relación de titular del órgano son normas jurídicas de derecho interno específico.Las normas internas y externas se distinguen porque tienen destinatarios diferentes, pero los dos ámbitos son jurídicos.

4. Las normas jurídicas con eficacia interna vinculan en un plan *diferente del plan ético.* Vease las consecuencias coercitivas de las sanciones disciplinarias. La Ley de presupuesto, siendo una ley "formal", contiene normas jurídicas.

5. La diferencia entre ámbitos jurídico y no jurídico no permitía la utilización eficaz de las *garantías jurisdiccionales.* La extensión del control jurisdiccional, el Estado de derecho, los derechos fundamentales de la Constitución que vinculan inmediatamente las entidades públicas no permiten la separación entre ámbitos jurídico y no jurídico. No es constitucional la impermeabilidad de la persona estatal, y la distinción entre un ámbito interno y

externo. Si el criterio fuera el de la eficacia externa, entonces sería jurídica sólo la relación de derecho internacional.

6. El principio del Estado de derecho produjo la disolución de las relaciones especiales de sujeción como ámbito interno de la administración.La mayoría de los aspectos de las relaciones especiales de sujeción pertenecen a las relaciones externas, incluyendo no sólo la entrada en la relación u organización especial, como su utilización.La diferencia de C.H.ULE, en el interior de las relaciones especiales, entre la relación fundamental y la relación orgánica, tiene objetivos procesales, y en ese aspecto es provechosa, porque impedía la acumulación superflua de procesos en los tribunales. Pero, *la teoría de ULE no es suficiente para distinguir* en el interior de la relación especial, entre los ámbitos interno y externo, y no consigue adelantar criterios materiales de diferenciación.

7. *El funcionario en sí no es una pieza del propio Estado.*La total identificación de las obligaciones del Estado con las obligaciones o deberes del agente o titular del cargo volvería a activar la teoría de la impermeabilidad. Los deberes del titular del cargo o función que surgen de las leyes no son idénticos a los deberes externos del Estado para terceros.No se acepta el punto de vista de que en el órgano se manifesta la propia existencia y persona del Estado. El "aparejo "no es el Estado, ni lo son sus componentes singulares. Por ejemplo, el funcionario no debe obediencia a todas las órdenes de sus superiores, sólo a las órdenes legítimas, en materia de servicio, o no contrarias a los derechos fundamentales. En este sentido se observa que los deberes de los funcionarios no se confunden con los deberes de los superiores y titulares de los órganos. Por actos ilícitos y perjudiciales de terceros, los interesados pueden solicitar resarcimiento directamente a los funcionarios, a través de su responsabilidad personal, y no directamente a la entidad pública. La responsabilidad personal del funcionario es diferente de la reponsabilidad directa de la entidad pública. *No hay confusión jurídica ni orgánica entre funcionario, titular del órgano y Estado.* Por ese motivo, son posibles las relaciones jurídicas entre estas entidades distintas.La existencia de relaciones jurídicas exige la presencia de dos o más sujetos de derecho distintos. [207]

---

[207] Vid. F.SCHNAPP-*Amtsrecht und Beamtenrecht*, 1977, p.161ss.

2.4. *El funcionario es en cualquier caso una personalidad humana*

Tiene razón H. RUPP contra BACHOF en la cuestión de los criterios de separación entre los ámbitos interno y externo. BACHOF sigue los puntos de vista de G.JELLINEK y H.WOLFF que distinguen entre órgano y persona física titular del órgano. Órgano es una institución en sentido técnico-jurídico, un complejo de competencias, un sujeto de coordinación jurídica de determinadas relaciones. El órgano es un concepto técnico-jurídico, tal como la persona jurídica, pero detrás de ese concepto existe una realidad sociológica. El titular del órgano es la persona físico-psíquica que realiza los objetivos de la institución.

BACHOF entendía la separación entre los ámbitos interno y externo, y los ámbitos libre del derecho y el jurídico, a través de las relaciones, por un lado, entre el Estado y el órgano, y por otro lado, entre el Estado y el titular del órgano. No hay problema en el hecho de que BACHOF observa desde diferentes perspectivas la persona del titular del órgano: como elemento de la organización estadual o como personalidad propia(tercero). Pero este criterio no sirve para diferenciar dos ámbitos, uno jurídico y otro no jurídico, en la organización estatal. En este aspecto, la crítica de H.RUPP es certera:la diferencia entre la personalidad del funcionario y su inclusión en el interior del organismo administrativo podría obtener significado en la cuestión de la cualidad jurídica de las relaciones, si el funcionario se pudiese dividir en una parte individual-personal y en otra técnico-mecánica, o si en la orden de servicio o reglamento interno se tratase sólo de un impulso o factor físico-técnico, y no de una obligación jurídica de un concreto sujeto de derecho. *Está fundamentada la idea de H.RUPP al decir que el funcionario es en cualquier caso una personalidad humana y un sujeto de relaciones jurídicas.* Los impulsos sobre el titular del órgano no pertenecen al mundo ético, y sí al jurídico, vease, por ejemplo, las consecuencias jurídicas de la infracción disciplinaria (ejemplo:separación del servicio, suspensión de funciones, traslado con cambio de residencia).

3. Además de los argumentos teóricos que apoyan en general la existencia de la relación jurídica de la función pública hay otros elementos

concretos que explican la existencia de la relación jurídica de la función pública.

3.1. La función pública es una *situación personal y duradera.* La persona del funcionario es titular de derechos subjetivos.Él ejerce su actividad laboral, que tiene que ver con sus derechos personales (el trabajo es desarollo de la personalidad), de una forma duradera, en ciertos casos, de forma casi vitalicia. Se trata de una situación clara de derechos y deberes recíprocos, propia del esquema de relación jurídica, y no propia del esquema del acto administrativo.No existe sólo el respeto al principio de la dignidad humana para explicar la existencia de la relación jurídica de la función pública. Existen otras razones concretas de la propia relación funcionarial que vamos a presentar.

3.2. La Constitución española y la portuguesa *no consideran a los funcionarios en una situación desquilibrada de derechos y deberes*, esto es, en una relación de sujeción o poder. Ejemplo: arts.53.1 CE - los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, 18.1 CP - los derechos fundamentales vinculan las entidades públicas y privadas. En materia de derechos fundamentales, existe una primacía de dichos derechos en el aspecto del contenido esencial ante los intereses públicos. En aspectos que están fuera del contenido esencial debe hacerse una concordancia práctica entre los derechos fundamentales del funcionario y los intereses generales. Se trata de una relación simétrica entre la situación jurídica del funcionario y los intereses generales que es propia del esquema de la relación jurídica que prevé la existencia de dos o más sujetos de derecho.[208] El acto administrativo parte de una lógica diferente: la existencia de un comando autoritario ejercido sobre un objeto (en su caso, el funcionario). Por eso la Tesis defiende la sustitución de esta lógica de "desiquilibrio" por otro sistema dogmático más proporcional.

3.3. En el sector del derecho disciplinario no es novedosa la existencia de relación jurídica, ésto es, se reconoció la existencia de derechos y deberes, igual

---

[208] Vid.GARCIA DE ENTERRIA-*Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, 1992, p.54.

que en la época del positivismo jurídico y político (ejemplo: MARCELO CAETANO en Portugal).*La novedad es, actualmente, una nueva simetria derechos-deberes, principalmente en materia de derechos fundamentales*, que apunta al reconocimiento del contenido esencial de los derechos fundamentales del funcionario incluso en el ámbito organizatorio interno (ejemplos:derecho a la salud y buenas condiciones del trabajo. Derecho de expresar sus opiniones en materia de servicio. Derecho a no cumplir órdenes ilegítimas en materia del servicio).

3.4. *Hay sectores organizatorios*, también disciplinados en términos de relación jurídica.Por ejemplo, el funcionario no está obligado a aceptar una movilidad o traslado permanente de funciones con modificación del puesto de trabajo sin ninguna garantía. El funcionario tiene algunos derechos y puede oponerse en ciertas condiciones al cambio permanente de funciones o al traslado de puesto de trabajo. Ejemplo:si la adscripción supone cambio de municipio, sólo podrá efectuarse con la conformidad de los titulares. Vid.arts.59 y 61.1 del Reglamento de Ingreso.

3.5. El control objetivo de la legalidad de la actividad administrativa a cargo de los funcionarios, y el derecho de "representación" (Remonstrationspflicht. Art. 271.2 CP - se excluye la responsabilidad del funcionario que antes de cumplir las órdenes del superior haya reclamado o solicitado su confirmación escrita) sólo parecen eficaces en una lógica "relacional", de derechos y deberes, equilibrada. Sin una relación simétrica *equilibrada y proporcional de derechos y deberes* cómo podrá el funcionario denunciar situaciones de ilegalidad en la organización pública, u oponerse a órdenes ilegales, bajo la presión de sanciones futuras de sus superiores o de fuerzas partidarias con influencia en los nombramientos, etc? El mandato ilegítimo del superior puede justificar la desobediencia. Vid. art.8.12 del Código Penal.

3.6. Las relaciones entre los funcionarios y los ciudadanos usuarios tampoco excluyen la necesidad del esquema relacional. Por ejemplo, los usuarios

del servicio público pueden exigir la *responsabilidad personal del funcionario*, y no sólo de la entidad pública, porque los funcionarios están en situación de relación jurídica, no existiendo en términos jurídicos sólo las entidades públicas. El funcionario también es parte de una relación jurídica que puede darse entre los usuarios que, por ejemplo, sufran daños y los funcionarios que decidan o ejecuten órdenes ilegales. Vid.artículo 146.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3.7. *El cumplimiento eficaz de las tareas públicas* de la función pública exige el esquema "relacional" de derechos y deberes.La eficacia exige el cumplimiento objetivo de tareas sin corrupción y con diligencia. El control objetivo de legalidad de la actividad administrativa, y la lucha contra la corrupción no pueden ser realizadas sin un esquema "relacional" simétrico y proporcional de derechos y deberes. La existencia de funcionarios con derechos significa el posible control de la legalidad y de la corrupción. Si hay una relación "desequilibrada" de poder o sujeción (es lo que ocurría en MARCELO CAETANO), el funcionario no se expondrá a los peligros personales de denunciar las situaciones de corrupción, etc.

3.8. Es conocida la influencia de las teorías de "gestión" sobre la administración pública. La "relación "es una palabra importante en la teoría moderna de gestión de las empresas privadas, que viene a sustituir la gestión clásica jerárquica y unilateral. No es suficiente el "brainstorming", ésto es, la primera línea del proceso.Dentro de las organizaciones deben existir *tecnologías relacionales que aseguren la interactividad y la comunicación* más que lo permitido por la organización escrita y oficial de las tareas.En las empresas privadas también se sustituyó la gestión autoritaria por una gestión relacional. [209]

Después de examinar los argumentos que apoyan la existencia de la relación jurídica de la función pública, *la tesis piensa adoptar la "relación jurídica" como concepto con importancia central.Pensamos que los argumentos*

---

[209] Vid.JOHN KAO - *Jamming-The Art and Disciplin of Corporate Creativity*, HarperCollins, 1996 (Expreso, 15/6/96).

a favor de la relación jurídica de la función pública son más fuertes que los que van contra su existencia.

4. Conclusión

Nuestro punto de vista no significa el desconocimiento de que la existencia del acto administrativo no excluye la existencia de relaciones jurídicas.La relación jurídica puede ser constituida por actos administrativos. La relación de especial sujeción es una relación juridica. La relación funcionarial no es una relación necesariamente equilibrada en el sentido del equilibrio perfecto entre los derechos de los órganos públicos y de sus funcionarios. La importancia que damos al concepto de "relación jurídica" no significa el desconocimiento de estas cosas. A nosotros nos interesa, sobre todo, afirmar lo siguiente: *pensamos que la función pública no es sólo el ejercicio de funciones públicas objetivas, sino que también es una relación de empleo personal y voluntaria.*

La administración pública no debe ser comprendida, en cuanto al personal público, exclusivamente como poder público, como defiende la "relación de especial sujeción", que tiene como principal forma de actividad el acto administrativo autoritario.Es más adecuado a la Constitución democrática y a los derechos colectivos de los funcionarios, el entendimiento de las entidades públicas como personas jurídicas que establecen relaciones jurídicas con terceros, en su caso, los funcionarios.

La opción principal es esta: vamos a organizar la función pública bajo la Administración pública como poder público que emana comandos autoritarios(actos administrativos), o *vamos a admitir como concepto fundamental la relación jurídica y a investigar cuales son los derechos y deberes entre la Administración pública y el personal funcionarial. Por estar más cerca del concepto actual de Constitución democrática, la Tesis ha preferido la segunda opción.*

Puede organizarse la administración pública como una estructura objetiva de cargos y normas, separada de la existencia y papel del personal. O puede admitirse que *el personal sea un elemento de la organización administrativa en sentido jurídico. Para esta segunda perspectiva, que es la*

apoyada en la tesis, es conveniente el concepto de "relación jurídica", porque el personal no tiene sólo un papel jurídico-individual, también desempeña un papel jurídico-organizatorio.

Las relaciones jurídico-administrativas pueden ser constituidas por ley, reglamento, acto administrativo, contrato administrativo u otros hechos jurídicos. La aceptación de la importancia dogmática del concepto de "relación jurídica funcionarial" no significa que sean sustituidos los conceptos tradicionales de derecho subjetivo público o de acto administrativo. Sólo se pretende, en la función pública, que es una relación de empleo voluntaria y personal, atribuir al acto administrativo y al contrato administrativo otra posición distinta. Sobre todo se pretende evaluar el papel del contrato administrativo en el sector del derecho administrativo particular llamado "función pública".

El acto administrativo es sólo una de las formas posibles de la actividad administrativa, y que va a continuar siendo importante.Sin embargo, el contrato administrativo debe poseer un papel importante en el ámbito de la función pública, que es una relación de empleo personal y voluntaria, un papel más importante que el desempeñado hasta ahora (punto de vista de la Tesis).

La relación especial de poder era considerada una relación libre del derecho, donde no se aplicaban los principios del Estado de derecho.La Tesis ha criticado la inclusión de la función pública en el ámbito de la relación especial de poder. Los derechos fundamentales y la reserva de ley deben aplicarse a los funcionarios en lo que se refiere a su situación jurídica general como personas. Así, *entendemos que la relación funcionarial no tiene lugar como relación de poder o sujeción, y sí como relación especial de derecho administrativo. Es esta la idea principal de la tesis.* La relación de especial sujeción sólo es relación jurídica según el entendimiento actual del constitucionalismo democrático, antes era sólo ámbito libre del derecho.

No se pretende en la relación funcionarial un equilibrio perfecto derechos-deberes. La Tesis sólo ha criticado la idea de la relación de especial sujeción y de la presunción de la supremacia jurídica del Estado. Este, en cuanto a la relación orgánica, no está en un ámbito libre del derecho. El Estado y las entidades públicas se sujetan a la misma órden jurídica que los ciudadanos en

general, y los funcionarios en particular. Esto no significa la parálisis de la actividad estatal.*El Estado, los funcionarios y los colectivos de funcionarios poseen derechos y deberes diferenciados, pero ninguna parte tiene ab initio una situación de prevalecencia jurídica absoluta sobre la otra parte.*

B) CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La relación jurídica funcionarial tiene varias características que vamos a examinar y que la diferencian de otras relaciones jurídicas.

Se trata de una relación de empleo con una entidad pública bajo régimen jurídico especial de derecho administrativo.

La relación funcionarial es una relación especial de derecho administrativo situada en el ordenamiento jurídico general, y es una mezcla de normas jurídicas internas y externas. La diferencia entre los ámbitos interno y externo es predominantemente sistemática-didáctica. Los dos ámbitos son jurídicos. La función pública se sitúa dentro del ordenamiento jurídico global. La diferencia entre normas internas y externas presenta varios problemas dogmáticos, pero no otorga las soluciones.

La relación especial de derecho administrativo de la función pública es un ordenamiento jurídico parcial.En la orden jurídica estatal, hay *ordenamientos jurídicos parciales, estructuras jurídicas relacionales,* en cuyo interior se puede desarollar una multiplicidad de relaciones jurídicas según un régimen jurídico especial. Una de esas estructuras jurídicas relacionales es la función pública regulada según *régimen jurídico especial apto para cumplimiento eficaz de las tareas públicas* concretas confiadas por la Constitución a la función pública. Este régimen especial no es contrario, en principio, a los principios generales del derecho administrativo general.

1. Es una relación de empleo.

La función pública era clásicamente definida como "empleo". Fue la influencia del positivismo posterior la que transformó el "empleo" en "función". El punto de vista de la "función" es objetivo y olvida la persona del funcionario. Suponemos que, en la actualidad, la función pública debe ser considerada, de nuevo, como la relación de "empleo" entre entidades públicas. Los regímenes de la función pública y del trabajo por cuenta ajena se están aproximando. El funcionario "trabajador" presta sus servicios voluntariamente por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona - el empleador, percibiendo remuneración por tiempo de trabajo. No es relevante que en el Derecho del Trabajo el empleador pueda ser una persona física, mientras en el empleo público el empleador es siempre una persona jurídica.[210] La concepción de la función pública como relación de empleo no significa que *aceptemos la total "subjetivización" de la relación jurídica funcionarial, con un equilibrio total de posiciones* entre los funcionarios y los órganos administrativos. En primer lugar, porque se trata de una relación de empleo, y, por éso, de una relación subordinada al poder de dirección de los dirigentes públicos.Por otro lado, la "función pública " (fin del interés general, cumplimiento de las tareas públicas constitucionales. Ejemplo:protección del ambiente, polícia, etc.) introduce un elemento de "objetivización" en la relación, que sirve para garantizar el cumplimiento de los intereses generales.

2. La relación jurídica funcionarial significa la existencia de derechos y obligaciones recíprocos.

a) La doctrina cuestiona si la relación administrativa consiste en derechos y obligaciones recíprocos del Estado y de los particulares, o si hay sólo competencias del derecho objetivo.

Siendo la relación funcionarial una relación de empleo personal y voluntaria, no apoyamos las teorías de G.JELLINEK, H.KELSEN, y de Z.GIACOMETTI.Por el contrario, A.GRISEL defiende la teoría de los derechos públicos subjetivos.

---

[210] Cfr. PALOMEQUE LOPEZ-DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 1994, p.593. JOÃO ALFAIA-*Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público*, 1985, I, p.25.

G.JELLINEK apoya su teoría de los derechos públicos subjetivos bajo el principio de autolimitación del Estado, siendo el Estado superior al derecho. La teoría normativa de H.KELSEN reduce el derecho subjetivo al derecho objetivo.El Estado no tiene personalidad de derecho público, y no tendría derechos y obligaciones de derecho público correspondientes a los de los individuos. Si el órgano estatal responde a una pretensión de derecho público de un ciudadano, no estamos ante una relación derecho-deber, y sí ante el ejercicio de competencias legales. Para Z.GIACOMETTI los derechos subjetivos serían sólo efectos reflejos del derecho objetivo.[211]

Estas teorías están ultrapasadas.*La relación funcionarial no es sólo un conjunto de competencias de derecho objetivo.* Vease, por ejemplo, los arts. 63 a 75 de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 - derecho al cargo, derechos inherentes al desempeño del cargo, derechos de información y participación en la gestión, y los arts.76 a 81 (deberes) de la misma Ley. *Estos derechos son claramente derechos subjetivos, y significan la existencia de la relación jurídica funcionarial.* Vid. Decreto-lei 45-A/84 - Derecho de negociación colectiva y participación.

b) La cuestión del funcionario como titular de órgano y como sujeto de una especial relación orgánica.

Nos podemos preguntar, a propósito del funcionario titular de órgano, si el funcionario tiene derechos subjetivos ante la entidad pública, los otros titulares de órganos, u órganos de la ejecución de su "competencia "de titular de órgano, o si su competencia sólo consiste en un deber jurídico.

En cuanto a la relación orgánica, pensamos que H. RUPP tiene razón: el criterio principal, pero no exclusivo, de esta relación es la obligación jurídica subjetiva, y no el derecho subjetivo.Sin embargo, la responsabilidad propia y la exclusividad del ejercicio de competencia fundamentan la existencia de derechos subjetivos en la relación interorgánica. Pero con limitaciones. Deben

---

[211] Vid.BAUER, "DVBL", 1986, p.217ss.A.RISKEN cit., p.34ss.KNAPP cit.p.110ss. "DOV", 1986, hf.19, p.812ss. KOJA cit.p.261ss. MAURER cit.p.124ss. ACHTERBERG-*AVR* cit.p.229ss, 305.

reconocerse posiciones jurídicas subjetivas de los órganos y de las partes de los órganos. No obstante, a causa de su carácter no personal y de la prioridad de las obligaciones en materia de competencias, no se trata de posiciones idénticas a los derechos subjetivos públicos de la relación Estado-ciudadano.Los derechos fundamentales que protegen las libertades, sólo excepcionalmente se aplicarán a complejos de competencias o funciones. Los derechos de los órganos estatales (ejemplo: procesos de conflictos de órganos) no se equiparan a los derechos subjetivos privados. El derecho subjetivo es un concepto abierto, que puede tener contenidos distintos. En cuanto a *la relación de empleo del funcionario, es una relación externa, y no se reduce de ninguna manera a la relación orgánica clásica, en el sentido de RANELLETTI* que unificaba la relación orgánica y la de servicio, pero el primer aspecto era el que dominaba. La Tesis no unifica la relación de servicio y la orgánica, ni esta domina la relación de servicio. Con esto nos apartamos de la teoría de la relación de especial sujeción.[212]

c) La doctrina de H. H. RUPP según la cual todas las relaciones jurídicas del titular del órgano son exclusivamente relaciones de derecho interno.Crítica y superación.

H. H. RUPP cuestiona si al funcionario, en su papel de titular del órgano, le cabe una relación jurídica con el Estado-administración en el sentido de una *relación interna*. Para RUPP, la relación de titular del órgano, fundada en ley u otra norma jurídica, es una relación exclusiva con la entidad pública.Afirma RUPP que todas las relaciones jurídicas del titular del órgano tienden al ámbito interno y no al externo. El funcionario puede tener derechos y obligaciones para el público, pero éso no es obstáculo.Las obligaciones del titular del órgano pertenecen al ámbito interno. En el ejercicio, por el titular del órgano, de funciones de soberanía, el funcionario, en la relación externa, no es el titular, y sí el ejecutante. El funcionario sólo ejerce los derechos que son atribuídos a la entidad

---

[212] Vid.KREBS - *Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Organstreits*, "Jura ", 1981, hf.11, S.575, RUPP H.- *Grundfragen der Heutigen Verwaltungsrechtlehere*, 1965, S.25ss-, MAURER - *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1983, S.402, SCHNAPP, F. -*Uberlegungen zu einer Theorie des Organisationsrechts*-"AOR", 1980, S.255, BOCKENFORDE, E.W.-*Gesetz und Gesetzgebende Gewalt*, 1981, S.380ss.

pública. En el proceso de los tribunales administrativos no se discuten las obligaciones del titular del órgano o del órgano, y sí de la persona jurídica titular. En el derecho administrativo, no se dirigen los derechos subjetivos públicos del ciudadano a las obligaciones funcionales del titular del órgano. Los deberes del titular del órgano son internos, y en la relación externa sólo el Estado-*administración es el titular funcional del poder público.*

Qué se puede pensar de esta teoría ?

En primer lugar, pensamos que es excesivo decir que "las relaciones del titular del órgano son exclusivamente relaciones de derecho interno". Damos en parte la razón a ACHTERBERG contra RUPP que entiende las separaciones entre relación externa e interna, entre relación general y especial de poder, entre relación orgánica y del titular del órgano bastante "groseras", y no demostrativas de la complejidad de las relaciones jurídicas, para la cual no son suficientes las dicotomías. El funcionario puede tener derechos y obligaciones ante los particulares.Vease el tema de la responsabilidad civil. Los particulares pueden exigir responsabilidad personal por actos ilícitos practicados en el ejercicio de funciones a los funcionarios.Por otro lado, los funcionarios no tienen un deber de obediencia absoluta a los superiores. En caso de lesión ilegítima de los derechos de los ciudadanos ellos no deben obedecer. En el proceso contencioso se demanda el órgano que practicó el acto administrativo ilegal, y no directamente la persona jurídica. Los deberes del titular del órgano no son siempre internos. Vease, por ejemplo, que es disciplinariamente ilícito la atención a los ciudadanos sin respeto y urbanidad. Este punto de vista de RUPP aún permanece dentro de la concepción "orgánica", pero con modificaciones de la teoría de GIERKE de la personalidad colectiva real, y con negación de la absolutización y personaficación del Estado como aparejo organizatorio. [213]

d) La relación funcionarial es una mezcla de normas jurídicas internas y externas.

---

[213] Vid.H.H.RUPP-*Grunfragen der Heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, S.25ss.
N.ACHTERBERG-*Theorie und Dogmatik des offentlichen Rechts*, 1980, S.138.

Distintamente a H. RUPP, defendemos que la relación de titular del cargo (relación funcionarial) se sitúa en el punto de intersección del derecho interno y del derecho externo. No mezclamos "empleo" y "función". Se admite la definición de RUPP de las relaciones internas como referidas exclusivamente al ejercicio de la función orgánica entre los titulares del órgano, los órganos, y el ente. Pero, con total fundamento, SCHNAPP aparta de la función orgánica al funcionario en el ejercicio de la "función" o cargo.El ejercicio del cargo no está reglado por el derecho organizatorio, y sí por el derecho funcionarial, como obligación de ejercicio del cargo del derecho externo. El deber vinculativo del ejercicio del cargo, según el derecho externo, no se deduce de las instrucciones y disposiciones funcionales generales y organizatorias, y sí del deber del ejercicio del cargo del derecho de la función pública y del deber de obediencia a las instrucciones. Al contrario, el contenido de la "función" se forma por normas jurídicas internas que se dirigen al cargo y que alcanzan al funcionario mediatamente a través de la obligación de ejercer la función. La relación funcionarial no es sólo un derecho interno, o sólo un derecho externo: es una mezcla de normas jurídicas internas y externas."La posición del funcionario no se situa sólo en la relación general Estado-ciudadano, también se incluye en el aparejo administrativo estatal". "En esta segunda relación, el funcionario se situa en la intersección de dos conjuntos de normas que definen el ejercicio del cargo:las normas del servicio referidas a aspectos personales y las normas funcionales referidas a aspectos organizatorios".[214] Los dos puntos de vista son importantes. El deber de desempeño del cargo pertenece a la relación de servicio o empleo, pero su contenido, en concreto, resulta también de las normas organizatorias relativas a la "función".Hay relaciones en las que el funcionario desempeña funciones estatales no referidas a aspectos personales.Existen otras normas del derecho funcionarial referidas a aspectos personales. "Las normas internas se refieren a las relaciones de exclusivo carácter funcional u organizatorio entre los titulares, los órganos y las personas jurídicas. Las normas externas se refieren a la relación entre la

[214] Vid.F. SCHNAPP-*Amtsrecht und Beamtenrecht*, 1977, s.285.

organización y otros sujetos que no están en situación de desempeñar funciones orgánicas". [215]

e) Se apoya la diferenciación relativa entre normas jurídicas internas y externas.

La negación de la teoría de la impermeabilidad ha permitido la conformación jurídica del ámbito interno de las organizaciones estatales, incluyéndose los conflictos entre los órganos. Éso no implica que se apliquen a las relaciones jurídicas internas, sin más, las instituciones jurídicas del derecho externo, como los derechos subjetivos públicos.*No se debe poner fin a la diferenciación relativa entre normas jurídicas internas y externas.*La teoría de la impermeabilidad era expresión de un concreto e histórico entendimiento de la Constitución y de las competencias. El aislamiento de esta teoría exige la inclusión de las relaciones de derecho interno en la estructura de competencias del actual derecho constitucional.Las relaciones jurídicas especiales (funcionario, estudiante, institucional, utilización de establecimiento) no pertenecen ya al ámbito administrativo interno, porque se ha superado la teoría de la impermeabilidad. Los actos emanados en el ámbito de esas relaciones pueden ser actos administrativos si alcanzan situaciones jurídicas o derechos individuales.Es posible distinguir, en las relaciones especiales, como criterio de orientación, entre acto administrativo referido a la relación personal y los actos de administración común u organizatorios de la relación funcional. Los segundos actos no son, en general, actos impugnables en recurso contencioso.

Las normas internas y externas son jurídicas, pero tienen destinatarios diferentes. "El derecho de la "función" es un derecho organizatorio, cuyo fundamento no es propiamente la institución de la función pública, sino la existencia de tareas públicas, sobre todo la ejecución de las leyes".[216] La voluntad del pueblo definida por ley necesita de normas de segundo grado u organizatorias que garanticen la ejecución de las normas legales. *El derecho organizatorio de la "función"se legitima por la necesidad de garantía, por el Ejecutivo, del derecho*

---

[215] Vid.H. RUPP-*Grundfragen cit.*s.19.F.SCHNAPP-*Amtsrecht cit.*s.160.
[216] Vid. F.SCHNAPP - *Amtsrecht cit.* p.284.

externo definido por ley. La aplicación de los derechos fundamentales tiene el límite de la "función", si esta forma también parte de la órden de competencias, reconocida en la Constitución(Art.103.3 CE.Art.269.1 CP).*La tesis no acepta la "subjetivización"del ámbito funcional que perjudique la capacidad de operar de la función pública.*Ejemplo: no se deben reconocer demasiados derechos colectivos a la polícia o a las fuerzas armadas, si esos derechos ponen en grave peligro la capacidad funcional de estas organizaciones, que es un interés protegido en la Constitución.

f) Conclusión: La relación jurídica funcionarial significa la existencia de derechos y obligaciones recíprocas.

Es una relación jurídica diferente del preso o del servicio militar obligatorio, donde la carga de deberes es mayor que la de derechos. En la relación funcionarial existen derechos y deberes recíprocos(ejemplo:remuneración, seguridad social, etc.).La relación general de poder absolutista y autoritaria ha perdido influencia a causa del principio constitucional de dignidad humana, y de los derechos fundamentales, lo que permite la existencia de derechos subjetivos. La personalidad humana no es algo creado por el Estado. En el Estado de derecho democrático no hay relación de poder. Todas las relaciones entre Estado y ciudadanos son relaciones jurídicas.El derecho subjetivo público no se aplica sólo a la relación general Estado-ciudadanos, también se aplica a la relación funcionarial. Sin embargo, el derecho subjetivo público puede tener una pluralidad de formas, lo que dificulta su definición unitaria. Se trata de un concepto abierto, apto para recibir diferentes contenidos y posibilidades de actuación. *Un derecho subjetivo en la relación funcionarial puede tener un régimen y sentido diferentes* de un derecho subjetivo en materia de expropiaciones, o en el ámbito de las garantías fiscales.Es este el sentido de la relación funcionarial: ser una relación *especial* de derecho administrativo, y no una relación general Estado-ciudadano, ni una relación laboral común.

3. Significado de la relación de simetria entre los órganos dirigentes públicos y los funcionarios.

Las relaciones general y especial de sujeción se ligan al punto de vista autoritario que no reconoce la idea liberal de separación entre poderes constituyente y constituído, y que considera la Constitución como un medio de conformación social, y no como un límite. La Tesis defiende que hay una relación de equilibrio proporcional, y no una relación de sujeción. Este equilibrio no sirve para paralizar la acción estatal. El Estado y el funcionario tienen, como ya se ha dicho atrás, diferentes derechos y obligaciones:el órgano público dirigente posee el poder de dirección, disciplinario, etc. El funcionario tiene derecho a permisos, vacaciones, licencias, retribuciones, etc. Hay una relación jurídica de simetria, pero de derechos y obligaciones desiguales. La relación de simetria equilibrada resulta sobre todo de la *necesidad de respeto de los derechos fundamentales de los funcionarios, que producen influencia igualmente en el interior de la organización administrativa.*Hay un segundo punto de la idea de la simetria equilibrada: *la subordinación jurídica del funcionario al poder de dirección del órgano dirigente se limita al cumplimiento de órdenes legítimas en materia del servicio y bajo la forma legal.*

Esta relación de simetria aconseja trasladar el acto administrativo, de la posición central que ocupaba desde O.MAYER.El criterio de la "relación jurídica"está más acorde con la Constitución democrática, pero no se va a eliminar el acto administrativo, o el derecho subjetivo público de la dogmática funcionarial, sólo se pretende atribuirle otro lugar, como se ya dicho atrás. La categoría de la "relación jurídica" facilita la comprensión de lo que es la función pública.Pero, no se pretende que sea la categoría exclusiva que sustituye toda la construcción tradicional del acto administrativo.

a) La idea de "simetria" no impide el papel de los actos internos y organizatorios.

El punto central de esta relación de simetria equilibrada es el respeto de los derechos fundamentales del personal."Los derechos fundamentales son resistentes absolutamente frente a la pretensión de superioridad posicional general

que la Administración tiene el hábito de invocar ". [217] Pero, este punto de vista de GARCIA DE ENTERRIA se refiere a la relación básica entre administración y administrado.En la función pública, que es una relación especial de derecho administrativo, este punto de vista está incluído en un esquema más amplio que en aquella relación básica: *decisión +acto interno y organizatorio+relación especial +procedimiento especial.*La relación especial funcionarial está concretizada y condicionada por actos organizatorios y procedimientos especiales. Puede haber necesidad de *concordancia práctica* entre los intereses generales y el contenido esencial de los derechos fundamentales de los funcionarios. En este sentido, no hay más que una relación desequilibrada en que domina el poder preconstitucional y prejurídico y la posición especial de la Administración.Pero, la Administración que ejerce un p*oder jurídico con legitimidad constitucional* no es un empresario cualquiera. El régimen jurídico "especial"de la función pública no se fundamenta en el poder, o en la superioridad moral de los intereses generales ante los intereses de los particulares. Al contrario, *se fundamenta en las tareas públicas* que la Constitución ha confiado a la Administración, y que aconseja un régimen jurídico "especial"del personal (ejemplo: los investigadores de un laboratorio sanitario o centro de investigación públicos, o los médicos de un hospital público pueden estar en un régimen de incompatibilidades diferente al del sector laboral privado a causa de neutralidad e imparcialidad ante los intereses de las grandes industrias multinacionales del sector).

La idea de simetria también se deduce de lo siguiente:la función pública es también parte de la sociedad, y su tarea es cumplir determinados intereses de la sociedad que, por motivo de su especificidad, no son por ésta directamente desempeñados.El Estado es complementario de la sociedad, no es absolutamente autónomo. Los funcionarios sirven a la sociedad como un todo, ésto es, la comunidad se divide funcionalmente en Estado y sociedad.La función pública desempeña las funciones de la sociedad consideradas públicas porque respetan los intereses de todos. La unión de la función pública con los intereses y fines públicos de la comunidad no significa que otros intereses no públicamente organizados sean

---

[217] Vid.GARCIA DE ENTERRIA-*Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, 1992, p.55.V.PEREIRA DA SILVA-*Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, 1996, p.196.

menos públicos, ésto es, que desempeñen en menor medida los intereses de la sociedad. La función pública que cumple una función específica para la comunidad, puede tener especificas formas de organización, modos de comportamiento y criterios de valor. La diferenciación, en relación a la sociedad, es de tipo funcional porque tiene "tareas públicas" diferentes. No es necesario un "status" especial o una "moral"particular en la que el interés público aparezca con superioridad moral sobre el interés particular. [218]

b) La idea de simetria no nos lleva a aceptar la "laboralización" total de la función pública.

Estamos contra el punto de vista exclusivamente laboral de la función pública. No obstante, la idea de servicio público no excluye, en absoluto, el punto de vista laboral si hay diferenciación entre la relación orgánica y la relación de servicio. La actividad de los funcionarios está al servicio de la sociedad y del interés público. Esa actividad se relaciona con la autoridad pública (Art.103.1 CE. El interés público es definido, según la ley, por los órganos competentes de la Administración - los órganos de gobierno - vd.art.269.1 - CP). El derecho laboral no se adecua a las características de determinadas "tareas públicas" confiadas a la función pública por la Constitución (ejemplo:polícia, fisco, etc.).

c) La idea de simetria no impide el punto de vista de autonomía y neutralidad de los órganos estatales.

Igualmente, en el actual Estado democrático (Estado póst-social), el ámbito político-organizatorio está separado del ámbito político-social.*La relación de "empleo público" que se fundamenta en el respeto de los derechos fundamentales en general y de los derechos de los trabajadores en particular (el funcionario es un trabajador) no anula el aspecto de la función pública como derecho organizativo del Estado.* La función pública sigue formando el substrato personal de los órganos administrativos estatales y es sujeto de la organización estatal. El Estado tiene una especialidad funcional en relación a las otras organizaciones. Las "tareas públicas de cumplimiento obligatorio"son diferentes de las tareas llevadas a cabo por las empresas privadas. La autonomía y neutralidad de los órganos estatales es cada vez más necesaria en esta situación post-social del

[218] Vid.*Verfassugspolitische Probleme einer Reform des offentliches Dienstrechts*, 1973, s.260ss.

Estado. *La "privatización" de las funciones y la "desreglamentación" producen cada vez más grupos poderosos de interés* (Ejemplos: en Portugal, es muy visible la influencia de los clubes de fútbol sobre los políticos.Se constata, que algunos dirigentes, en Portugal, de cuerpos privados de bomberos considerados de utilidad pública tienen intereses patrimoniales en industrias y comercios relativos al combate de los fuegos forestales, etc. que envuelven millones).[219]

4. **La Administración forma parte de la relación funcionarial. No detenta el poder de "supremacía especial" sobre los funcionarios.**

La concepción que criticamos, y que estuvo vigente en España y Portugal durante bastante tiempo se asienta sobre todo en cuatro puntos (por ejemplo, MARCELO CAETANO. JOÃO ALFAIA [220] que es uno de los autores actuales más citados en materia de funcionalismo, aún defiende estos cuatro puntos)que para nosotros están todos fundados en la teoría de la relación especial de sujeción.

Estos cuatro aspectos son los siguientes: 1) La administración tiene una *supremacía especial* sobre el personal, diferente del poder de los empresarios privados sobre el personal laboral. 2) Los poderes especiales de la administración se fundan en la *naturaleza de las cosas*. 3) *El acto administrativo y la ley estatutaria* son los elementos jurídicos predominantes del derecho funcionarial. 4) Si existe algún litigio con los funcionarios, *la administración es parte y juez simultaneamente*, porque para esta concepción los tribunales administrativos son aún parte de la Administración.

Ninguno de estos cuatro puntos tiene cabida en las Constituciones española y portuguesa actuales. No pensamos que la Administración tenga una supremacía sobre los funcionarios cualitativamente muy diferente del poder de dirección y del poder de organización del empresario privado. Suponemos que existe mayor subordinación de hecho en el sector privado que en el sector público. De poco vale que el derecho disciplinario público esté más desarollado que el derecho disciplinario del sector privado, en el caso de que a las autoridades

---

[219] Vid. *BBG* -U.BATTIS, 1980, s.22.

[220] Vid.*Conceitos Fundamentais* cit., ps.446-447.

competentes no les guste usar las sanciones disciplinarias, por no ser una medida "popular" entre los funcionarios, o porque estén próximas las elecciones, etc."Con el agravante, además, de que el nivel inferior no encuentra límites, desde el momento en que los mecanismos disciplinarios, que son los únicos que podrían garantizar un mínimo de rendimiento, no funcionan ".[221]

La función pública es una relación de "subordinación jurídica"en un sentido próximo del Derecho del Trabajo, y no una relación de "sujeción interna" al poder del superior jerárquico, sólo con posiciones pasivas y especialmente intensa.

La relación funcionarial es una relación jurídica en la que el funcionario es parte de dicha relación, y no objeto de ella. En la relación de general y especial sujeción también hay posiciones activas, en ciertos casos ejercitables contra la Administración. La cuestión es que el principio de legalidad y de respeto de los derechos fundamentales no está lo suficientemente aplicado en esas relaciones de "sujeción" que dan primacía indiscriminada al poder del superior jerárquico, en perjuicio, por ejemplo, de los derechos subjetivos del personal. Nosotros defendemos la concordancia práctica entre los intereses generales y los derechos fundamentales del personal. La relación de empleo público adopta el concepto jurídico de la subordinación, como *sometimiento al poder de dirección de los dirigentes y órganos en un sentido próximo al derecho del trabajo.*[222]

Los poderes de la administración sobre el personal no se fundan en la naturaleza de las cosas, y sí en la ley.El punto de vista de la "naturaleza de las cosas " era propio de la doctrina de OTTO MAYER, pero no es adecuado al Estado de derecho democrático que se funda esencialmente en el principio de legalidad.

En cuanto a la concepción estatutaria y del acto administrativo, suponemos que está más conforme con los derechos constitucionales de los trabajadores y con el punto de vista de la relación de empleo público que admite el derecho de negociación colectiva, y otros derechos colectivos, etc. una

---

[221] Vid.ALEJANDRO NIETO-*La Organización del Desgobierno*, 1984, p.111.
[222] Vid.PALOMEQUE LOPEZ-DE LA ROSA cit.p.596.AFONSO OLEA -*Introducción al Derecho del Trabajo*, 1994.

concepción "relacional " y "contractual" administrativa, porque el derecho aplicable en concreto no aparece fijado de forma unilateral.

En cuanto a la justicia, hoy es un hecho firme que los tribunales administrativos no se deben incluir dentro de la administración, y si deben pertenecer al tercer poder, debido al Estado de derecho y a las garantías de los ciudadanos.

El " poder" que ejerce el Estado sobre el personal en la relación de empleo no es cualitativamente muy diferente del poder del empresario privado. Pero, algunas tareas de la función pública, sin correspondencia con el sector privado, exigen o aconsejan un régimen jurídico especial del personal(ejemplo:policía, fisco).Esta supremacia especial puede no dar los resultados esperados:la polícia nacional en Portugal tiene superiores que ejercen una supremacía de tipo militar, pero su eficiencia y disciplina como cuerpo no es muy buena.

La supremacía que la administración tiene sobre los administrados existe en toda relación jurídica administrativa, y no sólo para los funcionarios. La administración puede hacer valer sus decisiones, aun en contra de la voluntad de los administrados, independientemente de la autorización de los tribunales. Esta supremacía es común a todos los administrados, y no es especial de los funcionarios, lo que es especial de los funcionarios es el régimen jurídico aplicable. Para LÓPEZ BENÍTEZ, " lo que cambia, con respecto a las llamadas relaciones especiales de sujeción, es la intensidad de esta supremacía ". [223]*Suponemos que no es necesaria esta supremacía especial* en la relación de empleo público, que es una relación de derechos y deberes. Es *más importante el régimen jurídico especial de cada relación especial, y no la supremacía especial para acrecentar a la supremacía general.* Esta idea de "supremacía especial " es todavía el resultado de la influencia de la doctrina de la relación especial de sujeción, que es ampliamente criticada en este trabajo.

Esta idea de "supremacía especial "más intensa en la Administración permite a LOPEZ BENITEZ[224] considerar" la relación especial de sujeción" como relación jurídico-administrativa. El concepto de "relación jurídica "que

---

[223] Vid. *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales* cit. p.172.
[224] Vid.*Naturaleza y Presupuestos Constitucionales* cit. ps.162, 172, 171.

proponemos para la función pública no acepta el punto de vista formal, positivista, y que se fundamenta en una relación desiquilibrada y de poder especial Estado-funcionario. El concepto, propuesto por nosotros, para la relación jurídica se fundamenta en una relación de simetria equilibrada y proporcional Estado-funcionarios (respeto completo del contenido esencial de los derechos fundamentales del personal).Nuestro punto de vista de la relación especial de la función pública nada tiene que ver con la antigua "relación especial de sujeción" considerada como espacio libre del derecho donde se ejerce "supremacía especial".

5. La relación funcionarial está creada por un hecho jurídico concreto, cuya forma no es relevante para el concepto de relación especial de la función pública.

Esta relación no está creada directamente por la norma jurídica. En la relación funcionarial pueden fundarse derechos relativos, y no derechos absolutos como en la relación jurídica general entre Estado y ciudadanos.[225] Las Constituciones española y portuguesa no exigen un tipo concreto de acto constitutivo de la relación funcionarial. Es equivalente el acto administrativo o el contrato.Lo que tiene un tratamiento desfavorable es la constitución de la relación jurídica, fundada en una situación de hecho (agente putativo).

En su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, a propósito del artículo 103, el Tribunal Constitucional se declaró que la Constitución ha optado "por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos".Damos la razón a M.SANCHEZ MORÓN [226] al afirmar que ni en ésta ni en ninguna otra sentencia, el Tribunal "ha considerado que la contratación de empleados públicos, conforme al derecho del trabajo, deba considerarse contraria a la Constitución".No se "acierta a leer en el texto de la Constitución que las Administraciones públicas no puedan contratar trabajadores".

---

[225] Vid. W.HENKE - *Das Subjektive Recht in System des offentlichen Rechts* - "DOV", nº17, 1980, S. 624.

[226] Vid. *Derecho de la Función Pública* cit.p.57-8.

Sin embargo, no interpretamos de este modo el contenido de esta Sentencia.Lo que el Tribunal Constitucional ha defendido es que *la Constitución ha dado preferencia al " régimen jurídico especial" de la función pública.* Ésta no sigue el régimen normal de los trabajadores en general, y sí el régimen especial más adecuado y eficaz para cumplimiento de las tareas públicas, que es un régimen especial de derecho administrativo. Lo *importante es el régimen jurídico especial, y no el hecho concreto constitutivo de la relación.* Para el cumplimiento eficaz de las tareas públicas no es muy relevante si, por ejemplo, el policía o el funcionario del fisco, etc. fue nombrado por acto administrativo o por contrato, o si hay régimen estatutario o régimen contractual.El "estatuto de los trabajadores" previsto por la Constitución también es un régimen estatutario (art.35.2 CE).

Más relevante es la existencia de un régimen jurídico especial (incompatibilidades, formación cívica obligatoria, disponiblidad permanente al servicio, peculiaridades de los derechos colectivos, prueba de consumo de alcohol, etc) aplicable a la función policial, por ejemplo. También es *muy relevante el régimen sustantivo* que diferencia el empleo público del empleo laboral.Por el contrario es menos importante la cualidad del vínculo jurídico que une el personal a la administración. Esta opinión es también apoyada por M.SANCHEZ MORÓN. [227] Es esta precisamente la posición del derecho alemán. En la práctica, no es muy relevante para los alemanes si las "Offentliche Aufgaben" son desempeñadas por "Beamten" o "Angestellten". Lo más importante es que, sean los "Beamten", sean los "Angestellten", estén bajo un régimen jurídico especial, que, incluso, es relativamente semejante en los dos casos.

6. Tiene razón I.MARTÍNEZ DE PISÓN:" La relación jurídica es la que determina lo que debe entenderse por funcionario". "La naturaleza jurídica de una institución no determina su régimen jurídico, sino más bien al contrario".El régimen jurídico es lo principal, la naturaleza jurídica de la relación es la consecuencia.La misma opinión tienen FERNANDEZ FARRERES y MARTIN

[227] Vid. *Derecho de la Función Pública* cit. p.60-61.

REBOLLO.[228] No obstante, apoyamos sólo en parte esta doctrina. Son *más importantes que el "régimen jurídico", las "tareas públicas concretas"* confiadas por la Constitución al personal administrativo. Tareas públicas diferentes pueden exigir regímenes del personal diferenciados. Por ejemplo, los ingenieros del Estado pueden poseer un régimen jurídico diferente al de los polícias. *Si las tareas públicas son distintas, no es conveniente que exista el mismo régimen jurídico para todo el personal. El régimen jurídico del personal debe ser adecuado a las concretas tareas públicas desempeñadas.*

En la función pública, no se trata de relación de "estatus".

G. ZANOBINI considera el "estatus" como la posición jurídica de los particulares que pertenecen a una comunidad necesaria (municipio, familia, etc).G. MIELE diferencia entre estatus fundamental que es duradero (ciudadano) y estatus accidental (estatus profesional).G. JELLINEK considera que "por el hecho de pertenecer al Estado, de ser miembro de él, el individuo está cualificado bajo diversos aspectos. Las posibles relaciones en las que pueden encontrarse con el Estado lo sitúan en una serie de condiciones jurídicas relevantes ".[229]

Las relaciones de "estatus"fundadas en la idea de "comunidad necesaria" fundamentan sus efectos de imposición de obligaciones en ellas mismas. En este aspecto las relaciones de estatus y las relaciones especiales de sujeción llegan a resultados semejantes. Aplicándose esto a la función pública, resultaría que el funcionario, por el hecho de entrar al servicio público, estaría necesariamente incluído en una comunidad de derechos y deberes.

Nuestra propuesta no es ésta. A la relación funcionarial se le aplica el régimen jurídico especial por exigencia de las tareas concretas que según la Constitución caben a la función pública. *Son las tareas concretas las que exigen un determinado régimen jurídico, y no la inclusión automática del funcionario en la función pública. No es el "estatus", esto es, la " comunidad necesaria"la* que puede determinar el ámbito de derechos y obligaciones que caben a los funcionarios. El concepto de "estatus" se asienta en ideas objetivas preestablecidas,

---

[228] Citados en I.MARTÍNEZ DE PISÓN -*Régimen Jurídico de la Función Pública y Derecho al Cargo*, 1995, p.189.

[229] Cit. de LOPEZ BENITEZ-*Naturaleza y Presupuestos Constitucionales* cit. p.168.

y no es adaptable al cumplimiento, en concreto, de tareas públicas que son mutables por naturaleza. Tampoco es aplicable la idea de "comunidad necesaria" con régimen jurídico homogéneo y posición uniforme, porque las características de las tareas públicas pueden ser diferentes, lo que también puede justificar regímenes del personal diferenciados.Por otro lado, al aplicarse el concepto de "estatus" como "comunidad necesaria" se olvida que pertenecen a la función pública tanto el personal funcionarial como el personal laboral de dicha función, siendo los respectivos regímenes jurídicos diferentes.

7. La relación especial de la función pública es una relación jurídica material.

Debe darse mayor atención al concepto de "relación jurídica administrativa" en la función pública. Coincidimos con la opinión de H. MAURER al considerar que el concepto de " relación jurídica administrativa" se puede aplicar a ámbitos administrativos específicos (ejemplo:función pública, derecho fiscal, derecho de la seguridad social). En este momento, en la función pública debe considerarse la relación jurídica administrativa como un concepto central del derecho administrativo, pero sin olvido del acto administrativo ni de la organización administrativa, etc. Siendo el concepto adoptado el de relación jurídica "material", no es conveniente que sea transformado en un concepto único o exclusivo de la dogmática del derecho funcionarial porque el mismo régimen material no es aplicable a todos los ámbitos de la función pública. Para este concepto exclusivo sería más adecuada, en este caso, la relación jurídica "formal, " idea que rechazamos desde este momento. La relación de especial sujeción es una relación jurídica "formal" que acentua más las posiciones pasivas que las activas según un entendimiento que no parece adecuado a la Constitución.

Nuestra opinión es diferente a la de otros autores que también han aplicado el concepto de relación jurídica a la función pública.No apoyamos a los autores que apartan por completo el concepto de relación jurídica(teoría positivista - KELSEN, MERKL). Pero, tampoco aceptamos el concepto sólo *formal* de relación jurídica. Esta última posición es defendida por los autores que

conciben la relación jurídica sólo como *derecho interno* (Alemania - H. H. RUPP), o sólo como *relación de poder* (MARCELO CAETANO).[230] Concebir la "relación jurídica" sólo como "derecho interno" o sólo como "relación de poder" significa la primacía no proporcional de las posiciones pasivas sobre las activas, y disminuye la admisibilidad de la acción contenciosa administrativa, porque no hay recurso contra actos que solo internos.

Es imposible aplicar hoy la concepción positivista a la función pública. El positivismo no utiliza el concepto de relación jurídica porque el particular es considerado sólo como objeto de la relación jurídica y del acto administrativo. En el caso del empleo público, donde existen claros derechos y obligaciones desde ambas partes, es evidente que la relación jurídica es útil para encuadrar los numerosos derechos y obligaciones recíprocos.El funcionario no es sólo objeto de la relación jurídica y del acto administrativo(ejemplo:derechos de participación).

La teoría de la relación jurídica del titular del órgano, como exclusivamente de derecho interno, es criticada por nosotros porque concebimos la relación funcionarial como una mezcla de relaciones y normas jurídicas internas y externas.

La relación jurídica como relación de poder fue apoyada, en Portugal, en cierto momento, por MARCELO CAETANO[231], por NOBRE DE MELO, o FEZAS VITAL[232].La relación jurídica para el primero de estos autores consiste en el derecho a la legalidad objetiva, y es vista como relación procesal. Este punto de vista es propio de la teoría de la "relación especial de sujeción ", que ha sido la teoría, hasta ahora, más criticada en esta Tesis. La relación de poder aplicada a la relación funcionarial produce el desquilibrio, a favor de la Administración, de los derechos y deberes del personal y de la administración, en un sentido contrario a la Constitución democrática. El funcionario es considerado más como objeto de deberes que como titular de derechos o posiciones activas. Este punto de vista también es el de BOQUERA OLIVER, al definir la "relación jurídica como creada

---

[230] Vid.M.CAETANO- *Estudos de Direito Administrativo*, 1974, p.243 ss.V.PEREIRA DA SILVA-*Em Busca do Acto Administrativo Perdido* 1996, p.150 ss.

[231] Vid.*Direito Administrativo*, cit.p.690.

[232] Vid.*A Situação dos Funcionários*, 1915, ps155-157.

por el poder administrativo", ésto es, como "relación creada e impuesta por actos administrativos ".[233]

Esta opinión de BOQUERA OLIVER no es válida para la función pública. Esta no está obligatoriamente sólo regulada por actos administrativos (en Portugal, son numerosos los contratos administrativos, en España lo son los contratos laborales).En la actualidad, no es más eficiente la visión "autoritaria" del acto administrativo como único modo de resolución de los problemas de la función pública (ejemplos: la dificultad de imponer sanciones disciplinarias, la dificil movilidad del personal por acto administrativo que muchas veces origina recursos contenciosos morosos). El acto administrativo, por ejemplo, no es adecuado a la reglamentación de todo el sector de los derechos colectivos funcionariales, negociación colectiva, etc.*Más importante que la "relación de poder " que sólo funciona en términos formales y reducidos en el actual Estado democrático* (por ejemplo, los criterios de convergencia de la CEE han hecho desaparecer los objetivos y el poder de intervención en el mercado a los Estados nacionales, lo que significa que hoy los Estados pueden ejercer menos "poderes".Otro ejemplo:en Portugal, el Gobierno no tiene poder "de hecho" para oponerse a las reivindicaciones relativas a los derechos colectivos de la polícia nacional) es *una relación jurídica ascendente, de abajo hacia arriba, que responsabilice a cada funcionario, y a cada colectivo de funcionarios por los resultados eficientes del cumplimiento de las tareas públicas* (ejemplo:evaluación de los resultados y de la productividad en la función pública realizada por comisiones independientes, en la que el personal tenga posibilidad de participación y defensa).

La relación especial de derecho administrativo funcionarial es una relación jurídica material. Eso significa el siguiente:

Existen derechos y deberes recíprocos entre el Estado y los funcionarios, según el modelo de la actual Constitución democrática, y no hay primacía absoluta de las posiciones activas de la Administración. Los funcionarios no son "súbditos", ni "objetos" del poder jerárquico absoluto de los superiores. Se trata de funcionarios activos y responsables que participan en los procedimientos (ejemplo:el interesado tiene un plazo de diez días para hacer alegaciones y aportar

---

[233] Vid. *Estudios sobre el Acto Administrativo*, 1988, p.273.

los documentos útiles para su defensa en el procedimiento de remoción del puesto de trabajo).No se trata sólo de una relación jurídica en sentido "procesal", tiene que ver con derechos sustantivos y deberes recíprocos de la Administración y del personal.

Tampoco se trata, como hemos dicho, de una relación jurídica "positivista, " con claro predominio de las posiciones activas de la Administración (ejemplos:un sistema de concurso sin órganos imparciales de valoración, o la redistribución forzosa de efectivos, lo mismo con el cambio de municipio, sin limitaciones legales y con carácter discrecional).

No es tampoco una relación "formal" como pretendía M. CAETANO. Los funcionarios tenían derechos, pero, de carácter un poco "formal".El derecho existía con la condición de no contrariar de forma grave la definición de los intereses generales hecha por la Administración. Ejemplo: en Portugal, los funcionarios no podían ejercer de forma libre sus derechos políticos, no podían hacer huelga, debían jurar fidelidad al régimen político, la ausencia por viaje al extranjero necesitaba una autorización previa, no existía el derecho subjetivo a vacaciones y sólo la licencia "graciosa" de vacaciones, etc.

En conclusión, la relación jurídica "material" exige lo siguiente:

a) La aplicación a la relación funcionarial de los principios generales del derecho administrativo (legalidad, proporcionalidad, etc.).

b) La concordancia práctica entre los intereses generales definidos por la ley y la Administración y los derechos fundamentales del personal (respeto del contenido esencial del derecho).

c) La relación simétrica proporcional de derechos y deberes recíprocos en la relación de empleo público.

d) La aceptación de derechos subjetivos de los funcionarios en el ámbito de la organización administrativa, y no sólo de poderes funcionales (ejemplo:libertad de expresar su opinión en materias de servicio consideradas de interés general).

e) Los actos internos u organizatorios son actos impugnables como objeto del recurso contencioso administrativo, si producen efectos en la situación jurídica general de los funcionarios.

f) No existe el deber de obediencia a órdenes ilegítimas y sin forma legal.

g) El sistema de prerrogativa administrativa, en la relación funcionarial, que es una relación de empleo voluntaria y con derechos y deberes recíprocos, exige precepto legal expreso, genérico o especifico, que la autorice.

h) La relación jurídica "material" tiene dos sentidos (derechos y deberes). Damos más importancia al deber de colaboración de los funcionarios que propiamente al deber de obediencia. La administración actual se preocupa más por la "eficiencia" que por la obediencia "formal".Art.76 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Es más adecuado, para la eficiencia, la colaboración activa que la obediencia *sin entusiasmo*.

i) Es pieza fundamental de la relación jurídica "material" la existencia de responsabilidad penal y civil directa y inmediata de los funcionarios por conductas dolosas o culposas. Art.146.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Art.270.1 CP. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se encuentra recogida en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Si los funcionarios no fueran responsables directos de sus actos, no tendría lugar una verdadera relación jurídica, pues, los funcionarios se confundirían, como elementos no autónomos, en el interior de la organización administrativa.

8. Conclusión

La relación jurídica especial de la función pública es antipositivista y antiformalista. Fija la *relación simétrica y proporcional* de derechos y deberes recíprocos en la relación de empleo público. La relación simétrica se asienta en la *concordancia práctica* entre los derechos fundamentales de los funcionarios y los intereses generales, y en la aceptación de *derechos subjetivos de los funcionarios en el ámbito de la organización administrativa*, como a vamos ver más adelante.

La relación funcionarial es una relación de empleo. El personal ejerce verdaderos derechos subjetivos. Hay simetria proporcional entre los derechos y deberes recíprocos de la Administración y de los funcionarios (principalmente los aspectos de la prestación del trabajo, remuneración y seguridad social).El empleador público no ejerce una supremacia especial que no esté prevista en la

ley. La forma de la relación no es muy relevante. La relación funcionarial tiene un sentido material.

Después de investigar el concepto y las características de la relación especial de derecho administrativo funcionarial, vamos a examinar las diferentes clases de relaciones jurídicas en el derecho funcionarial.

C) CLASES DE RELACIONES JURÍDICAS EN EL DERECHO FUNCIONARIAL.

1. Motivos de investigación de las clases de relaciones jurídicas.

Hemos dicho que la relación jurídica, que significa un conjunto de derechos y deberes recíprocos, es un concepto central del derecho funcionarial. Ahora debe investigarse si hay diferentes clases de relaciones jurídicas.

El *primer motivo* de la investigación es que las clases de relaciones jurídicas no son sólo conceptos sistemático-didácticos sino que también son conceptos dogmáticos.Pretendemos relacionar las cuestiones, y hacer así más comprensiva la compleja estructura funcionarial.Para comprender la función pública, que es una estructura un poco "cerrada, "conviene dividir la estructura normativa compleja total en diferentes clases de relaciones jurídicas sectoriales, convirtiéndose en estructuras más simples.

Las "clases de relaciones jurídicas funcionariales" son conceptos dogmáticos porque presentan solución a algunos problemas.Vamos a ver en seguida el interés práctico que pueden tener las "clases de relaciones jurídicas funcionariales".

Un *segundo motivo* de la investigación es que las situaciones jurídicas funcionariales, al contrario del período anterior a las actuales Constituciones democrática(pós 1945), ya no obtienen suficiente fundamento y explicación a través de las relaciones clásicas de la relación general y especial de poder. Ejemplo: los derechos colectivos de los funcionarios no encuentran explicación en la relación

de especial sujeción, por eso, es necesario buscar otra clasificación de relaciones jurídicas.

La tercera razón de la investigación, es que las relaciones jurídicas funcionariales son diferentes de las relaciones de derecho civil o laboral común. Si no hubiera diferencias entre las relaciones jurídicas funcionariales y las relaciones de derecho civil, etc., no sería necesaria esta investigación sobre las clases de relaciones jurídicas. Las relaciones jurídicas en el derecho civil se pueden clasificar según la "causa" u "objeto", porque se trata siempre de "intereses de las personas".

En el derecho funcionarial, la diferencia más importante se encuentra entre la relación básica y de funcionamento. La "causa"u "objeto" de estas dos relaciones esenciales del derecho funcionarial es diferente.

En la relación básica se trata de la situación jurídica personal y laboral de los funcionarios. En la relación de funcionamento y orgánica es mucho más importante el interés público de la organización administrativa. *La relación "básica"(o relación de "empleo" o "servicio")no es diferente de las otras relaciones laborales desde el punto de vista estructural.* Pero, como "relación especial de derecho administrativo"tiene una conformación especial de derecho público, a causa de la influencia de la organización pública y de los intereses generales. *La "relación básica" tiene las peculiaridades adecuadas para el cumplimiento de las "tareas públicas"de la función pública.*Ejemplos: los derechos a la huelga, negociación colectiva, las incompatibilidades pueden contener algunas "peculiaridades" para su ejercicio. *La relación de "funcionamiento", desde el punto de vista estructural, se distingue de las relaciones de derecho civil o laboral porque tiene un carácter organizatorio público.* Las organizaciones públicas son diferentes de las empresas privadas, y necesitan de mayor "transparencia", y mayor vinculación a las leyes. Esta relación de funcionamiento u orgánica no se encuentra en otras "relaciones de especial sujeción"(estudiante, preso), que no son relaciones laborales, ni se desempeñan cargos.

2. El interés prático de la investigación sobre las diferentes "clases de relaciones jurídicas en el derecho funcionarial ".

Existe un interés prático en la distinción de diferentes relaciones jurídicas básicas en el derecho funcionarial, porque permite dar explicación a algunas cuestiones. Por ejemplo, la existencia de derechos subjetivos y de derechos fundamentales, actos impugnables y admisión del recurso, la protección jurídica en general, derechos colectivos, etc.

La existencia de derechos fundamentales en la organización administrativa es problemática, porque se trata de un ámbito objetivo y no de una situación personal. En la esfera funcional u orgánica, el funcionario no tiene derechos propios. En la relación de titular del órgano, en general, no hay derechos subjetivos, según algunos autores, por el contrario, en la relación " básica ", se aplican los derechos fundamentales y los derechos subjetivos.

La existencia de un acto administrativo es un presupuesto de admisibilidad de la *acción contenciosa-administrativa*. En la relación orgánica ocurren más actos internos u organizatorios que actos administrativos. Para impugnar actos organizatorios hace falta la legitimación de las partes porque no hay interés directo en la anulación.

La *protección jurídica* es más reducida en la relación orgánica o de funcionamento que en la relación básica, porque en la primera no hay una situación jurídica individualizada y falta legitimidad para demandar.

También es más fácil admitir *derechos colectivos* de los funcionarios con respecto a la relación "básica"(o de "empleo" - ejemplo:retribución), que a respecto de cuestiones de la relación orgánica que son derecho objetivo (ejemplo: competencias).

Estos son algunos puntos que muestran el interés práctico de distinguir las diferentes relaciones jurídicas. Los derechos y obligaciones no son los mismos conforme a la relación jurídica en concreto: la relación básica o la relación orgánica.

3. Los intereses públicos que están en juego (protección jurídica, eficiencia, organización administrativa).

Las relaciones jurídicas funcionariales deben permitir el ejercicio sin restricciones de los derechos subjetivos legales de los funcionarios, la protección

jurídica efectiva de sus derechos, pero no pueden ser un obstáculo para la eficiencia de la organización administrativa. No se puede paralizar la máquina administrativa, pero es importante que exista una amplia protección jurisdiccional de los funcionarios y ciudadanos. La comprensión de la función pública bajo el esquema de las relaciones jurídicas podría complicar demasiado la organización administrativa, y producir una cierta parálisis de la actividad administrativa. No es este nuestro deseo. Ejemplo: si el poder organizatorio está demasiado vinculado a la ley, habrá menor poder discrecional, etc.

Tampoco olvidamos el papel del acto administrativo en la función pública que continua siendo importante(ejemplo:sanción disciplinaria, promoción). Así, estamos atentos a la preocupación de DURIG sobre impedimentos eventuales a la actividad administrativa. [234] La amplia protección jurisdiccional no debe conducir a impedimentos de la actividad administrativa (ejemplo:muchos recursos contenciosos, difícil movilidad, derecho disciplinario moroso).

El *contenido de la relación jurídica funcionarial debe permitir el equilibrio entre la eficiencia de la organización administrativa y la necesaria protección jurídica de los funcionarios* (ejemplo:derecho a vacaciones, huelga, etc.).Pero, las cosas, en la actualidad, son más complicadas. Por un lado, es necesaria la protección de los funcionarios contra los ciudadanos y los grandes grupos económicos, etc.Puede existir una tendencia a la disminuición de la protección del Estado a sus funcionarios.En Portugal, algunos funcionarios, con funciones de jefatura, realizan seguros de responsabilidad civil, que los pueda proteger de daños causados a los particulares, en el ejercicio de funciones, porque piensan que el Estado puede verse tentado a huir, en algunos casos, de sus responsabilidades patrimoniales. En el Estado de derecho democrático, la presión y corrupción activa de los funcionarios por los ciudadanos y empresas es grande. Por otro lado, es también necesaria la protección jurídica de los ciudadanos ante la Administración y sus agentes. *En este aspecto, las doctrinas de ULE y RUPP continúan estando vigentes.Para estos autores no siempre existe protección jurídica.*[235].La eficiencia de la organización administrativa no deberá ser afectada

---

[234] Vid.MAUNZ-DURIG, *GG*, art.19, Abs.IV, Rd.25.
[235] Vid.C.H.ULE -*Das BesondereGewaltverhaltnis*-"VVDStRL", 15(1957), S.133ff.

por una protección jurisdiccional excesiva. Si los funcionarios utilizan mucho el recurso contencioso contra la Administración, la eficiencia administrativa puede ser perjudicada porque las situaciones administrativas no se resuelven de modo definitivo. La relación de "servicio"(o empleo - Bedienstetenverhaltnis) admite siempre un recurso para los tribunales administrativos. El fundamento material de la acción depende de que el sujeto tenga un derecho subjetivo. [236] "En cuanto a la relación del titular del órgano, según RUPP, la situación procesal es diferente.Aquí, con algunas excepciones, no hay derechos subjetivos del titular del órgano y no se admite legitimidad procesal para impugnar actos organizatorios". RUPP diferencia "los actos jurídicos sobre la relación de servicio sin ninguna función orgánica y las instrucciones y órdenes internas relativas al titular del órgano". La admisibilidad procesal sólo existe para el primer ámbito (actos sobre la relación de servicio sin ninguna función orgánica). Con base a la distinción entre relación orgánica y relación de servicio, la necesaria protección jurídica de los funcionarios no perjudica la eficiencia de la organización administrativa.Los actos organizatorios de la relación orgánica en principio no son impugnables, por eso no se ve perjudicada la eficiencia de la organización administrativa.

Esta diferenciación de RUPP, en sus efectos procesales, es semejante al criterio de C.H.ULE que distingue entre relación básica y relación de funcionamiento.[237] Para ULE, los actos de la relación de funcionamiento no son en principio actos impugnables en un recurso contencioso administrativo.[238]

Esta necesidad de equilibrio entre la eficiencia de la organización administrativa y la protección jurídica de los funcionarios también es importante en la "relación jurídica general".*Los derechos fundamentales admiten "peculiaridades" a su ejercicio en el ámbito funcionarial.En este ámbito el equilibrio es mucho más favorable a los derechos fundamentales que al interés de eficiencia de la organización administrativa, en cuanto al ámbito esencial e irrenunciable de los derechos fundamentales* (ejemplo:no se debe negar el derecho

---

[236] Vid.H.H.RUPP-*Grundfragen cit*.p.75ss.
[237] Vid. *Das Besondere Gewaltverhaltnis*-"VVDStRL", 15, 1957, s.133ff.
[238] Vid.H.H.RUPP-*Grundfragen* cit.75ss, 17ss.F.SCHNAPP-*Amtsrecht* cit., s.119.

a la huelga con el argumento del perjuicio de la eficiencia de la organización administrativa).

El significado de la necesidad del equilibrio entre la eficiencia de la organización administrativa y la protección jurídica de los funcionarios es diferente en la relación básica (o empleo) y en la relación orgánica (o de funcionamento). En la "relación básica ", el equilibrio y la concordancia práctica deben ser más favorables a los derechos fundamentales. *En la relación de "empleo" o "básica ", la protección de los derechos fundamentales debe ser la máxima posible que sea permitida por la concordancia práctica,* pero sin perjuicio grave de la eficiencia(ejemplo: el régimen de jornada y horario, el derecho a vacaciones deben ser adecuados para el buen funcionamento de la administración).

El régimen jurídico de la relación de empleo público debe ser favorable y adecuado a las necesidades de la "relación de funcionamento".*El punto de vista más importante en la relación orgánica es la protección de la organización admi-nistrativa que debe ser adecuada al cumplimiento de las "tareas públicas*".En esta relación orgánica no está en primer plano el punto de vista de protección de los derechos fundamentales. El "equilibrio" es más favorable al interés de eficiencia de la organizacion administrativa(ejemplos:la movilidad y la redistribución de efectivos deben permitir la gestión eficiente de la función pública).

4. No hay una situación jurídica unidimensional.

En el caso de existir una situación jurídica unidimensional funcionario-Administración, no habría relaciones jurídicas verdaderas. Estas exigen dos o más partes con derechos y deberes recíprocos.

No se puede aceptar, en el actual Estado de derecho democrático, la teoría de RANELLETTI que unifica la relación orgánica y la relación de servicio, identifica Estado y administración, e identifica "empleo" y "función pública". La crítica principal a esta teoría es en la que RANELLETTI hace predominar la relación orgánica sobre la relación de servicio, olvidando que la relación funcionarial es también una relación laboral. No se debe identificar Estado y Administración, porque hay numerosas personas jurídicas autónomas y diferentes

del Estado.El "empleo", como prestación laboral, no se debe confundir con "función" que es una competencia objetiva.

Èl punto de vista de la "relación especial sujeción" es precisamente que el personal está en una situación jurídica unidimensional. Apoyamos la crítica de A.RISKEN contra el punto de vista de la situación jurídica unidimensional del funcionario. [239] A. RISKEN no divide al individuo en dos partes, esto es, como persona y como elemento integrante de la Administración. Pero es posible la distinción de diferentes cualidades de la misma persona con su significado autónomo. Bajo un criterio sociológico, el individuo puede tener diferentes papeles, esto es, expectativas de comportamiento institucionalizados para una persona. En la prestación de trabajo, bajo un criterio sociológico, se puede distinguir la función de la persona que la desempeña, o las disposiciones sobre la función de las disposiciones sobre la persona independientemente de dicha función. La "función" no es un concepto específicamente jurídico.Se puede distinguir entre cargo o función y persona. Los sistemas organizativos no se basan primariamente en personas, y sí en papeles.Se pueden separar el desempeño objetivo de la función y la situación jurídica personal. El cargo no pertenece a la definición de funcionario. Los "excedentes" y los jubilados, que no ejercen funciones, continúan siendo funcionarios. El funcionario ejerce un "trabajo", un "empleo", y puede mantener la relación de empleo independientemente del "cargo" o "función" que concretamente desempeñe.

A la separación entre persona y función, en sentido sociológico, corresponde la diferencia entre la relación básica (relación entre el funcionario como individuo y la persona jurídica) y la relación de funcionamiento(relación entre Administración y función como centro de competencias).Se puede distinguir entre la relación funcional concreta (relación entre Administración e individuo que ejerce funciones) y la relación funcional abstracta(la función como tarea independiente del funcionario).

Vamos a investigar las relaciones jurídicas esenciales (básica y orgánica) en el derecho funcionarial. Para esta clasificación no es muy importante

---

[239] Vid. *Grenzen Amtlicher und Dienstlicher Weisungen im Offentlicher Dienst* 1969, S.34ss.

el carácter público o privado de la relación, ni las clasificaciones con base a criterios de "dignidad social" o "ética" de las funciones desempeñadas.

Ahora vamos a tratar sólo *las relaciones esenciales,* donde se pueden deducir las otras relaciones más concretizadas(relaciones disciplinaria, de reforma, de seguridad social, de indemnización por razón del servicio, etc.).El criterio para distinguir las diferentes relaciones jurídicas no es formal, y si material.No es criterio suficiente, para distinguir las diferentes relaciones jurídicas, los criterios formales no vinculados al "regímen jurídico", esto es, al aspecto "sustantivo" de la relación.Consideramos como criterios formales la forma de derecho privado o derecho público de la relación, o un criterio basado en la dignidad social de los cargos ejercidos.

4.1. *En cuanto a las clases de relaciones jurídicas, no hay diferencias importantes entre la relación laboral privada y la relación de derecho público al servicio de personas jurídicas de derecho público.*

Lo importante es que las tareas públicas sean cumplidas con eficiencia y legalidad. Algunas tareas públicas son mejor desempeñadas por personal en régimen especial de derecho administrativo, ésto es, ciertas "tareas" exijen personal en régimen especial de derecho administrativo (ejemplos:policía, fisco, etc.).Este "régimen jurídico especial"(ejemplo:incompatibilidades, etc.), que puede ser aplicado a la relación laboral privada o pública, es más importante que el propio carácter público o privado de la relación laboral. Esta es la lección de la experiencia de los "Angestellten" y "Arbeiter" en el derecho alemán, los cuales se sitúan en una relación de derecho privado, pero pueden tener deberes muy semejantes a los "Beamten" en regímen de derecho público, y pueden desempeñar cargos que implican el ejercicio de autoridad. Las características de la relación"básica"(o empleo) no cambian mucho por tratarse de una relación de derecho privado o derecho público.Interesa más el "régimen jurídico aplicable"que la forma privada o pública de la relación. Eso sucede así en la "relación básica ". La "relación orgánica"es diferente: tiene carácter de derecho público.La "relación básica "puede ser de derecho público o de derecho privado. Ejemplo:no es muy importante que los médicos de un hospital público sean regulados por una relación

laboral privada, o por una relación de derecho público. Es más importante que el régimen jurídico aplicable (disciplina, faltas, servicios esenciales y huelga, exclusividad, jornada y horario de trabajo, sigilo, etc.) sea adecuado al cumplimiento de las tareas públicas relativas a la salud pública.

4.2.*Las diferentes clases de relaciones jurídicas no se basan en criterios de dignidad ética o social.*

El concepto de función o cargo está libre de una valoración ética o de cualquier otro tipo.Hace algunos años, los funcionarios tenían mayor prestigio social que los trabajadores en general, y dentro de la función pública, por ejemplo, los juristas eran mejor considerados que los inginieros, etc. También se refería la diferencia entre funciones de autoridad y funciones de gestión, siendo las primeras las más importantes.

KOTTGEN y L.STEIN se ocuparon del contenido ético y de la dignidad social del cargo.Coincidimos con RISKEN que no entiende la dignidad del cargo a través de la actividad. La dignidad es un fenómeno social externo. El concepto de función está libre de valoración, y no exige una actividad cualificada. El operario, empleado de la Administración, también puede ejercer cargos públicos y ser objeto de disposiciones funcionales u organizativas públicas.

Así, para establecer las clases de relaciones jurídicas en el derecho funcionarial, hemos visto que no es muy importante el carácter público o privado de la relación laboral, ni tampoco el criterio de la "dignidad"social de la actividad desempeñada.

Estas relaciones, que ahora vamos a tratar, son las más básicas de todo el derecho funcionarial, ésto es, son el presupuesto de todas las demás.

5.El contenido de las diferentes relaciones jurídicas funcionariales.

La ventaja de la utilización del concepto de "relación jurídica"es que se puede dar un contenido diferente, según los intereses políticos y administrativos, en

cada situación, a la relación funcionarial.El contenido de cada relación jurídica depende de lo que se introduce dentro de la relación.

El sistema funcionarial puede estar más orientado a la idea de eficiencia, o a un criterio político, o al punto de vista de la Constitución democrática.

El sistema funcionarial *orientado más a la idea de eficiencia* privilegia una estructura semejante a las empresas privadas, y la "gestión privada".La relación "básica" funcionarial se aproxima mucho a la relación"laboral"común.La relación"orgánica" está casi olvidada. Las "disposiciones funcionales" son actos materiales, y no jurídicos. El punto de vista de eficiencia funciona mejor en espacios libres del derecho que en ámbitos jurídicos con muchas reglas legales estrictas.

Pensemos ahora en un sistema funcionarial *orientado por un criterio político.* La función pública está más orientada por los principios generales de la política, que por la ley estricta. El objetivo de la función pública es cumplir el programa administrativo del partido político o de la mayoría dominantes.La obediencia de la función pública a los criterios políticos se obtiene con la "privatización" de las funciones públicas, y con la existencia de grupos de trabajo *ad hoc* que ejecutan los programas administrativos. Esta orientación a la política también exige "espacios libres del derecho", y "disposiciones funcionales" como actos materiales. La relación "básica"es una relación de tipo "laboral" común. La relación orgánica es jurídico-formal: está muy condicionada por juicios políticos.

El sistema funcionarial *orientado hacia el punto de vista de la Constitución democrática* es diferente.El punto de vista de la "legalidad" es más importante que la eficiencia y la obediencia a criterios políticos.No hay "espacios libres del derecho". Las "disposiciones funcionales" son actos jurídicos.La relación de "titular de función" es jurídica.El funcionario obedece a la ley, y no sólo a la voluntad "política".Existe una autonomía relativa entre la relación básica y la relación orgánica, que también es jurídica.

La orientación de las relaciones funcionariales a la *"eficiencia"*, a la *"política"*, y a la *"Constitución democrática"* son "tipos ideales", en el sentido de M.WEBER, que permiten dar coherencia lógica a esta materia.Así, el sentido y

contenido de las relaciones jurídicas funcionariales es diferente conforme a la orientación dominante a la eficiencia, a la política, o a la Constitución democrática.

*El punto de vista de la tesis es el de la vinculación de las relaciones funcionariales a la Constitución democrática.*Entre la función pública bajo un régimen de principios administrativos generales y principios políticos y la función pública entendida como un conjunto de relaciones jurídicas, la Tesis prefiere este segundo punto de vista.La relación entre los órganos públicos y el personal es regulada conforme al principio de legalidad del Estado democrático, esto es, por la ley y la Constitución.Está ultrapasado el punto de vista de HABERLIN que consideraba la relación Estado-agentes como regulada sólo por principios generales estatales (Staatsrecht)y principios políticos.

El principio constitucional de legalidad democrática exige la comprensión de la función pública como un conjunto de relaciones jurídicas, pero estas no tienen todas el mismo contenido e importancia. La relación de titular de función es una relación jurídica, porque la teoría de la impermeabilidad no tiene aplicación en el actual Estado de derecho(art.9.1 CE, art.18.1 CP).

Las relaciones básica y orgánica son ambas jurídicas, y poseen una autonomía relativa (Arts.9.1, 103.1, 2, 3 CE. Art.18.1, 266.2 CP).El punto de vista de la Tesis tampoco impide la "eficiencia"si hubiera una crítica permanente y si se diera una superación del "burocratismo".Por otro lado, el punto de vista de la Tesis que considera las relaciones fundamental y orgánica completamente subordinadas a criterios jurídicos, permite una mejor lucha contra la corrupción, etc., porque los ámbitos "discrecionales" están por debajo de los criterios legales.

*Existen consecuencias prácticas*__ que se deducen de estas consideraciones.Por ejemplo, la "movilidad" de los funcionarios es muy conveniente para los puntos de vista de la "eficiencia"y de la "política".Podría haber redistribución de los funcionarios según las conveniencias de la gestión del personal, y se podría asignar a los programas político-administrativos más importantes, al personal considerado de una mayor confianza política.Para el punto de vista de la relación funcionarial orientado por los criterios constitucionales, la movilidad del personal obedece a criterios legales objetivos y debe respetar algunos derechos adquiridos.

Otro ejemplo: los derechos sindicales de la policía no deben ser negados por el punto de vista de eficiencia que defiende la "gestión privada".Si existen derechos sindicales en las empresas, también podrían existir, sin cualquier "peculiaridad, "en la policía.El punto de vista "político"de la relación funcionarial sólo considera como "buenos" los derechos sindicales de la policía, en el caso de que estos fueran compatibles con la política del partido dominante. El punto de vista de la Tesis apoya los derechos sindicales de la polícia, con base a los criterios constitucionales, sin embargo deben ser reconocidas "peculiaridades" a los derechos sindicales de la policía, en materia de huelga, servicios esenciales, etc.(Arts.28.2, 103.3 CE).

6.La construcción orgánica y no orgánica de la relación funcionarial.

La construcción orgánica no separa el "Dienstgewalt" del "Organisationsgewalt". En KOTTGEN, no se distinguía la relación organizativa de la relación de servicio.El poder de dirección de los funcionarios resultaba de la relación orgánica.Esta relación es principal, y domina la relación de servicio.El titular del órgano y el agente están en una relación de servicio interna.La relación orgánica interna no es jurídica.Existen más competencias objetivas que derechos y obligaciones recíprocos.La "función" es una unidad organizativa con abstracción del agente.El funcionario es más un objeto del poder estatal, que un sujeto de los derechos y obligaciones.

Las conclusiones de la construcción no orgánica son diferentes: existe separación entre potestad organizatoria y potestad de dirección de la relación de empleo; no hay sujeción de la relación fundamental a la relación orgánica; la relación fundamental es completada por la relación orgánica; el titular del órgano y el agente se encuentran en una relación de servicio de derecho externo; la relación orgánica es jurídica; existen verdaderos derechos y obligaciones recíprocos, y no sólo competencias; el funcionario es sujeto de derechos y obligaciones, incluso en

la relación de titular de función. Por último, el funcionario no es sólo objeto del poder estatal, es también sujeto de derechos y obligaciones.

Defendemos en esta tesis la construcción no orgánica de la relación de servicio público.La prestación laboral del funcionario goza de la protección constitucional de los derechos fundamentales, como cualquier trabajador por cuenta ajena (Art.53.1 CE.Art.18.1 CP). Ya no se apoya en la Tesis, como hemos dicho, la teoría de RANELLETTI que unificaba la relación orgánica y la relación de servicio, porque, en este autor, el "empleo" se confundía con la "función", y la relación orgánica dominaba la relación de servicio. Para nosotros, el "empleo, "en la función pública, es una prestación "laboral", al contrario de lo que piensa NIKISCH, que diferencia "prestación de servicio"y "prestación de trabajo".[240]

Se puede separar la relación de "servicio"de la relación de "titular de función", porque hay funcionarios sin función(ejemplo:los excedentes, los suspendidos, los jubilados). Estamos de acuerdo con H.WOLFF en el aspecto de la "relación de servicio necesitar del complemento de la relación de titular de función, porque la entidad pública necesita del derecho organizatorio para cumplir las tareas de derecho externo".[241] Al contrario de KOTTGEN, el "Dienstgewalt" y el "Organisationsgewalt" deben ser considerados como poderes con regímenes jurídicos diversos, aunque coordinados entre sí; es necesaria la buena coordinación entre el poder de dirección del personal y el poder organizativo de las competencias y funciones.Ejemplo:hay funcionarios en edad cercana a la jubilación que hacen cursos de informática muy costosos para el Estado. Otro ejemplo:hay servicios equipados con costosos medios informáticos, pero los funcionarios no saben utilizarlos[242]. Antes del actual constitucionalismo democrático, KOTTGEN unificaba el "Diensgewalt" y el "Organisatiosgewalt".Este último no se sujetaba completamente al principio de legalidad. En la actualidad, tanto el poder de organización de los centros de competencia, como el poder de dirección de los empleados se sujetan al principio

---

[240] Vid. A.NIKISCH-*Arbeitsrecht*, bd.1, 1961, s.270ff..
[241] Vid.H.J.WOLFF-*Verwaltungsrecht*, II, &73, IIIc.
[242] Vid.F.SCHNAPP-*Amtsrecht* cit.s.132ss.H.J.WOLFF-*Verwaltungsrecht*, I, 46, VII. R.ALESSI-*Diritto Amministrativo*, 1978, p.104.H.RUPP-*Grundfragen* cit.s.80.

de legalidad, pero el grado de vinculación al principio de legalidad puede ser diferente.

7. **La relación jurídica general**

Esta relación no se confunde con la relación básica (de servicio). La relación general liga a los ciudadanos, en general, con la Administración. Por el contrario, la relación básica es una relación de empleo o servicio entre la Administración pública y algunos ciudadanos determinados (ejemplo:los funcionarios).

7.1. *Teoría que no apoya el entendimiento de la relación general como relación jurídica.*

Esta teoría sigue un concepto estricto de relación jurídica. La relación jurídica está prevista por normas jurídicas, pero su concretización depende de un hecho jurídico. H.MAURER[243], y H.P.BULL[244] no consideran las relaciones jurídicas generales como auténticas relaciones jurídicas, pues su concretización depende de un hecho jurídico concreto. La sencilla previsión normativa es general y abstracta, y no es suficiente para dar contenido a cualquier relación jurídica. No es suficiente la previsión por las normas, y son necesarios hechos jurídicos concretos y dos o más sujetos determinados. PEREIRA DA SILVA " no entiende la necesidad teórica de la relación jurídica general, pues la relación general Estado-ciudadano prevista en la Constitución es sólo una relación abstracta que necesita aún de un hecho jurídico para su transformación en relación jurídica concreta.".[245] Para este punto de vista la relación jurídica general no se aplica al funcionario en ejercicio de funciones.

---

[243] Vid. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, s.152ss.
[244] Vid. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, s.263ss.
[245] Vid. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido* cit.p.176.

7.2. *Teoría que apoya la importancia de la "relación jurídica general" en la función pública.*

Esta teoría parte de un entendimiento amplio de la relación jurídica. Ésta puede ser creada directamente por la norma jurídica, con independencia de un hecho jurídico concreto. La relación jurídica general entre el Estado y los ciudadanos es una relación que presupone las otras relaciones más particularizadas. Con las Constituciones democráticas, esta relación general no es una relación de poder, y sí una relación jurídica. El funcionario en funciones o fuera del ejercicio de funciones continua siendo un ciudadano. *La relación jurídica general se sigue aplicando al funcionario en ejercicio de funciones.* Los derechos fundamentales de la relación jurídica general se aplican a la relación funcionarial (Art.53.1 CE. Art.18.1 CP).

La relación órganos estatales-ciudadano no es una relación de sujeción o poder, y sí una relación jurídica. La Administración ejerce poderes jurídicos fundados en la Constitución democrática. En el Estado de Derecho, se da la relación jurídica general entre Estado y ciudadanos que consiste en derechos absolutos o latentes. [246]

En el Estado de derecho democrático siguen existiendo relaciones de subordinación entre el Estado y los ciudadanos, pero éstas no son relaciones de poder pre-jurídico sino relaciones jurídicas. La otra parte de la relación jurídica no es propiamente el Estado todopoderoso como persona abstracta, son los diferentes órganos estatales constituídos por las leyes.[247]La relación funcionarial es una de esas relaciones de subordinación jurídica entre los órganos estatales y los agentes en concreto. La relación jurídica general no impide la existencia de relaciones de subordinación jurídica que respetan las normas constitucionales democráticas.

---

[246] Vid. W.HENKE-*Das Subjektive cit.* -DOV, s.624. H.BAUER- *Verwaltungsrechtslehre im U. ?-die Verwaltung*, s.318.

[247] Vid. HENKE, cit.-*Wandel der D...*-"Juristen Z.", s.543.

7.3. *Argumentos favorables para admitir el entendimiento amplio de la relación jurídica, ésto es, que dicha relación no exige la existencia de un hecho jurídico concreto, o de dos o más sujetos determinados.*

a) En las obligaciones de derecho civil hay autores que hablan de obligaciones de sujeto indeterminado.La indeterminación se produce por que es indirecta la ligazón entre la relación obligacional y los sujetos, o porque depende de un suceso futuro e incierto de la identificación del acreedor. La indeterminación puede ser activa o pasiva.[248]

b) "Relación jurídica es toda relación de la vida social que está regulada por el derecho. Es la relación de la vida renocida, determinada y disciplinada por el derecho objetivo ". [249]El ejercicio de los poderes atribuídos por ley no es necesario para la existencia del derecho subjetivo. Es suficiente la facultad moral de practicar, o no, un hecho para la existencia del derecho.

c) "Por el simple hecho de nacer y vivir, el hombre se sitúa como "sujeto " en las relaciones jurídicas con todos los otros hombres, lo mismo ocurre antes de la práctica de cualquier acto jurídico, igualmente antes de tener voluntad. Todos deben respetar esos derechos, que son llamados derechos de personalidad". [250]

Hemos realizado una investigación sobre el concepto de "relación jurídica"en algunos autores portugueses clásicos, para dar una amplia información. Estamos convencidos de que este concepto también admite una acepción amplia. Debemos hacer una investigación histórica, siempre que los conceptos actuales no parezcan claros. La existencia, según estos autores, de obligaciones de sujeto indeterminado, la suficiencia de la facultad moral de practicar o no un hecho, el régimen de los derechos de personalidad, son razones favorables para una acepción amplia.

---

[248] Vid. MANUEL ANDRADE - *Teoria Geral das Obrigações,* 1958, p.103.
[249] Vid.ALVES MOREIRA-*Instituições*, I p.127. JOSE TAVARES - *Direito Civil*, p.57.
[250] Vid.CABRAL MONCADA -*Lições de Direito civil*, 1932, p.245.

7.4. *Las diferencias entre la relación jurídica general y las relaciones especiales de derecho administrativo.*

La relación jurídica general se establece entre el Estado, o mejor, entre los órganos estatales y los ciudadanos. No se deduce de hechos jurídicos concretos, pero, por ejemplo, los derechos fundamentales se aplican por motivo de la existencia de algunos supuestos concretos, como la nacionalidad(ejemplo:la pertenencia a países de la CEE es condición para ser candidato a la función pública), el domicilio(ejemplo:el domicilio en territorio nacional es condición para la aplicación de algunos derechos), el nacimiento, etc. La relación jurídica general no se destina al cumplimiento de tareas concretas.

La relación especial funcionarial, al contrario, es una relación condicionada e influenciada por la relación jurídica general (esta relación no es fundamento inmediato de la relación especial funcionarial), pero se desarolla entre órganos estatales y ciudadanos determinados (los funcionarios), también se incluye en la organización administrativa y se destina a tareas específicas concretas además de resultar de hechos jurídicos concretos (acto administrativo, contrato).

No parece confusa la distinción entre "relación jurídica general" y "relación especial de derecho administrativo" de la función pública, al contrario de lo que piensa LOPEZ BENITEZ ("Ya de por sí suficientemente problemática es la distinción relación general/relación de especial sujeción..".)[251].Esta "relación especial"de derecho administrativo goza de un régimen jurídico autónomo, y puede fundamentar derechos y obligaciones en ella misma. En este sentido, no es accesoria de la "relación jurídica general".El "ciudadano" se sitúa en la relación jurídica general desde su nacimiento.Al contrario, el "funcionario-ciudadano" sólo desempeña funciones después del acto administrativo o contrato que da inicio a la" relación especial de empleo público".

7.5. *La relación jurídica general produce consecuencias jurídicas.*

Un acto administrativo contrario a la relación jurídica general del funcionario es inconstitucional y anulable. Por otro lado, no hay sólo derechos

[251] Vid. *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales* cit. p.174.

fundamentales en el caso, por ejemplo, de actos lesivos concretos de los poderes públicos, o de otros ciudadanos. No hay sólo "libertad de expresión"si es necesario la réplica o el ejercicio del derecho de rectificación, ni derecho a la salud si el ciudadano está enfermo. Los derechos fundamentales exigen la creación concreta de condiciones para su ejercicio por los ciudadanos (ejemplo:el derecho de información exije medidas contra los monopolios informativos). Los derechos fundamentales existen con autonomía de hechos jurídicos concretos, al contrario del concepto estricto de relación jurídica que no fue el adoptado en la Tesis. Los derechos fundamentales de los funcionarios existen independientemente de cualquier acto concreto lesivo.Esto puede impedir, por ejemplo, formular propuestas de reforma del régimen funcionarial contra los derechos de los funcionarios.

7.6. *La relación jurídica general permite distinguir la "relación especial de derecho administrativo " de la "relación especial de sujeción", e interesa para la teoría de la función pública.*

La relación jurídica general produce efectos en la relación funcionarial, lo mismo en el ejercicio de funciones (ejemplo: libertad de expresión del funcionario a propósito de cuestiones de servicio que tengan interés público, derechos sindicales - ejemplo: hacer propaganda sindical en el interior de las instalaciones del servicio público, etc.).

La relación especial de sujeción no concede importancia a la "relación jurídica general" en la relación funcionarial, porque admite que el funcionario, al entrar en la función pública, renuncia voluntariamente al ejercicio de algunos derechos fundamentales. Al contrario, la "relación especial de derecho administrativo" funcionarial no impide la aplicación y reconocimiento de la relación jurídica general al ámbito funcionarial. De otro modo, volveríamos a la antigua concepción de la "relación de especial sujeción ".

8. **Las relaciones básica y orgánica**

Se puede distinguir en la relación especial de derecho administrativo funcionarial entre relación básica y relación orgánica (o de funcionamiento).

Vamos a desarollar esta cuestión que consideramos esencial para que se perciban cuales son las clases de relaciones jurídicas funcionariales. La doctrina alemana y italiana se preocupan siempre por esta cuestión.Estas dos relaciones de base van a permitir fundamentar las otras relaciones funcionariales más concretizadas(ejemplos:relación disciplinaria, de seguridad social, situaciones administrativas, etc).

8.1. *La diferencia entre relación básica y orgánica.*

Según la teoría que diferencia la relación básica de la relación orgánica (Grund-und Betriebsverhaltnis) hay tres aspectos que distinguen las dos relaciones. La relación orgánica, al contrario de la relación básica, es un ámbito libre del derecho, los derechos fundamentales no tienen aquí aplicación, y la Administración tiene una posición de autoridad.

Los derechos fundamentales, en la relación orgánica, sólo valen en la constitución, modificación o fin de la relación funcionarial. La actividad de "funcionamiento" sería un ámbito libre del derecho, esto es, no vinculado a normas legales.

En la relación básica, la posición de la Administración sería como la de cualquier otro empleador. Los derechos sindicales y de huelga significarían que la Administración no gozaría de una posición de autoridad en la organización laboral. En la relación básica hay paridad de posiciones jurídicas. En la relación orgánica, la Administración ocuparía la posición de derecho público. Pero la relación orgánica no atiende a la mayoría de los empleados públicos (la doctrina italiana sólo incluye los titulares de centros de función o titulares de órgano y los elementos más responsables del "staff").

Como se sabe, la teoría de la relación de especial sujeción fue abandonada porque los derechos fundamentales vinculaban inmediatamente todos los poderes estatales (Artículos 9.1, 10.1 CE; 18.1 CP). Así, desaparece el fundamento de la existencia de la relación de especial sujeción como instituto autónomo de derecho administrativo.También desaparece el fundamento para

diferenciar la relación básica regulada por el derecho, y la relación de funcionamiento (u orgánica) como ámbito libre del derecho.*La distinción entre relación básica y relación de funcionamiento(u orgánica) no puede ser la misma que la defendida por los autores clásicos, porque las dos relaciones son reguladas por el derecho.* De otro modo, aún estaríamos defendiendo la tesis de la relación de especial sujeción (la relación de funcionamento como ámbito libre del derecho).

8.2. *La doctrina italiana y alemana de las relaciones de servicio y orgánica.*

a) En general, existen puntos comunes entre la doctrina italiana y alemana.

Pero, hay un punto en el que parecen divergir.La doctrina italiana admite para los agentes profesionales la diferencia entre relación orgánica y relación de servicio. Si para todos los agentes profesionales hay relación de servicio, la relación orgánica sólo se incluye en las categorías laborales exclusivas de las organizaciones públicas, ésto es, los titulares de centros de función u organo, y algunos elementos del "staff". Son considerados los titulares efectivos o los titulares por sustitución. Los titulares de esta categoría son llamados de "funzionari", "dirigenti", "direttivi", "Beamter", o "senior class".Para el personal de las cualificaciones laborales generales sólo una hay relación de servicio que es idéntica para todas las categorías, ésto es, trabajo y retribución. Relación orgánica y relación de servicio, son sólo relativamente independientes.

Para los autores alemanes, en general, no hay esta restricción de la relación orgánica. El funcionario que ejerce el "Amt", también es parte de la relación orgánica.

b) La doctrina italiana.

No se confunde titular de función y centro de función(o titular del órgano y órgano). Los titulares de funciones pueden ser personas jurídicas, empresas, órganos de otras entidades, y titulares profesionales, honorarios y

colegios.Lo más frecuente, en el aparejo burocrático de los entes públicos, es que el titular de función sea una persona física profesional.

La relación de servicio liga el titular de función al ente a que pertenece el centro de funciones. Es una relación patrimonial de remuneración de las prestaciones del titular de función.En el caso de los titulares honorarios existe un pago de los gastos inherentes a la función. Se relaciona con las situaciones subjetivas directa o mediatamente con influencia patrimonial o material: carrera, vacaciones, puesto de trabajo, etc.

Diferente de esta relación es la relación orgánica que es organizatoria. Ejemplo: el jefe de policía, como individuo, no podría ordenar a las fuerzas policiales para entrar coactivamente en una propiedad privada. Quien tiene ese poder es el Estado, que lo atribuye al órgano, siendo ejercido por el titular del órgano. La relación orgánica no se refiere al titular de función en su materialidad de sujeto, y sí en su cualidad jurídica, ésto es, la norma atribuye al titular de función capacidad de producción de efectos jurídicos. Esta relación es la base de la imputación y atribución de poder. Ejemplo:es la relación por la cual una determinada persona física es ministro. Para la relación orgánica es indeferente quien es el sujeto titular de la relación de servicio. Ejemplo: la competencia de un ministro puede ser delegada en otro ministro o en un secretario, pero los efectos jurídicos son los mismos.[252]

Consideramos completamente sobrepasado (es igualmente una idea dominante de esta tesis) el punto de vista de L. DELPINO - F.GIUDICE [253] que considera la relación orgánica como relación no jurídica, interna y organizatoria entre el titular del cargo o del órgano, y el ente. Ya la relación de servicio es externa y jurídica. La relación jurídica presupone dos personas diferentes. En la relación orgánica hay una relación de inmediación, y no de contraposición. Esta misma diferencia existe en R. ALESSI: si la relación de"representación orgánica" tiene relevancia externa, hay otra relación que liga el funcionario a la entidad pública con relevancia sólo interna.[254]

---

[252] Vid.M.S.GIANNINI-*DirittoAmministrativo*, 1970, p.247ss. GIANNINI-*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, p.85ss. R.ALESSI- *Diritto Amministrativo*, p.248ss.
[253] Vid. *Diritto Amministrativo*, 1985, p.89ss.
[254] Vid. *Scritti Minori*, cit.p.332.

Para nosotros, *en la relación orgánica no hay inmediación, ni contraposición*. No hay inmediación, porque el titular del órgano no desaparece en terminos jurídicos dentro de la entidad pública. Ejemplo: la responsabilidad del titular del órgano o del cargo no coincide siempre con la responsabilidad de la propia entidad pública. Hay responsabilidad específica de los titulares de órganos o cargos públicos por su desempeño de funciones.

Por otro lado, *no se debe admitir un esquema de contraposición* dentro de las diversas administraciones por motivo de creación de obstáculos a la actividad administrativa. *Hay una relación de colaboración vinculada y leal de los titulares de órganos en la concretización de los intereses generales* fijados en las leyes. La clásica relación de "inmediación "no permite el cómputo y control claro de los "resultados" obtenidos por cada titular del cargo u órgano en su actividad.

Estoy a favor de la apreciación de los"resultados" obtenidos por cada titular de órgano o cargo, en su actividad. Para eso es conveniente que la persona del titular no "desaparezca" dentro de la inmediación orgánica. Cuando un sujeto jurídico cualquiera "desaparece" dentro de una entidad más amplia, desaparece el sentido y la medida de las responsabilidades. Es lo que ha sucedido casi siempre en la función pública, donde todo se hace, pero nadie pregunta por los "resultados".

La doctrina de S.FODERARO nos parece mucho más certera.[255] Concibe el órgano como "ufficio", no siendo el agente órgano. *La posición jurídica que liga las personas propuestas al "ufficio" y el Estado están fuera de la teoría de la organización*. La relación entre el funcionario y el Estado es una relación de servicio. La actividad del funcionario no es la actividad inmediata y directa del "ufficio", y sí actividad de la persona del funcionario que tiene siempre una voluntad propia. Esta voluntad propia, a través de la relación de servicio, está a disposición del Estado.

Esta doctrina de S.FODERARO parece mucho más conveniente desde nuestro punto de vista de la necesidad de la función pública profesional y eficiente. Los funcionarios no aparecen "incógnitos" o "inmersos" dentro de la

---

[255] Vid. *Personalita Interorganica*, cit.p.54ss.

globalidad de la entidad pública. Son sujetos con voluntad propia que responden de sus "resultados".

Los diferentes puntos de vista de DELPINO-GIUDICE y S.FODERARO tienen también paralelo con la discusión de los autores alemanes.

En cuanto a la doctrina alemana, pensamos que la teoría de F.SCHNAPP está más conforme con las necesidades de la función pública que la de H. ERICHSEN[256]. *Juzgamos que F.SCHNAPP tiene razón cuando defiende que la posición del titular del órgano y del agente no se define por normas del derecho organizatorio, y sí por la relación de servicio como derecho externo. Estas relaciones jurídicas no pertenecen al derecho interno.*[257]

Este punto de vista es criticado por ERICHSEN que distingue el funcionario del titular del órgano y del cargo. Si el funcionario, en relación jurídica especial, es sujeto de derecho externo ante la organización, el titular del órgano o cargo es un sujeto funcional en el interior de la organización. El funcionario y los titulares del órgano o cargo son fisicamente idénticos, pero son dos fenómenos diferentes. El primero es sujeto de derecho externo. Los segundos pertenecen al ámbito del derecho interno.[258] Pensamos que los funcionarios y los titulares de órganos deben ser sujetos con una voluntad jurídica propia, sea en la relación orgánica, sea en la relación básica (o de servicio), porque existe la necesidad de una función pública profesional, en que los agentes respondan por los "resultados" de su actividad.Así, pensamos que son más convenientes los puntos de vista de S.FODERARO y de F.SCHNAPP.

c) La doctrina alemana. Las relaciones externa, de base y orgánica.

En primer lugar, se afirma la importancia del agente. Sin el agente no se concretiza el sentido de la "función" como centro del ejercicio de competencias. El agente es la persona física que desempeña concretamente las competencias del "centro de funciones". El Estado y las otras unidades organizatorias sólo actuan en la vida social y jurídica por medio de personas físicas que cumplen los fines de la

---

[256] Vid.*System des Verw.Ger.Rechtsschtzes* cit. s.216s.
[257] Vid.F.SCHNAPP-*Amtsrecht cit.*s.127ss.
[258] Vid.H.ERICHSEN-*System des Verw. Ger. Rechtsschutzes* cit.s.216ss.

organización. A la función le es inherente el agente, que se incluye en tres diferentes relaciones jurídicas, de las cuales resultan diferentes derechos y deberes.

La relación externa - el agente ejerce la competencia en la relación externa ante los otros órganos y centros de funciones de la misma, o de otras unidades organizatorias.

La relación orgánica - el agente como persona"jurídica" se liga al cargo o función por la relación de titular del cargo (Amtswalterverhaltnis) que lo vincula al ejercicio de sus deberes.

La relación de base (Grundverhaltnis) presupone una relación jurídica entre el agente y la persona jurídica cuyas atribuciones deben ser cumplidas. El agente es una persona "jurídica" autónoma.

La relación de base puede ser de derecho público:relación profesional, honoraria o de representación; relación vitalicia o temporal; relación de funcionario, de juez, de militar, etc. La relación de base también puede ser de derecho privado (contrato de trabajo) que es una relación profesional en la que el empleado ejerce el cargo en sentido funcional.

La relación de base es completada por la relación orgánica, pero esta no domina la primera. En el funcionario administrativo y en el juez es primaria la relación básica. En el diputado y el ministro es primaria la relación funcional.

Al contrario de la teoría de la impermeabilidad de LABAND y JELLINEK, según la cual las relaciones entre el Estado y sus órganos, titulares de órganos y agentes no poseían cualidad jurídica, pensamos que esas relaciones se deben considerar jurídicas. El agente ejerce en la relación externa los derechos y deberes de la persona jurídica. Representa a la persona jurídica sólo en cuanto a su competencia.. La actividad es imputada al órgano, y a través de éste, a la organización.

Respecto a la esfera funcional (amtlichen Sphare), al contrario de la esfera del servicio (dienstlichen Sphare), el agente no posee derechos propios que puedan ser violados por ley o reglamentos administrativos.No hay actos administrativos, lo que hay son órdenes e instrucciones del superior. Las reglas organizatorias no son normas jurídicas externas para los funcionarios. Los titulares

de los cargos públicos representan al Estado. Los cargos públicos en sentido estricto realizan la específica función del Estado, el ejercicio del poder soberano.

Como puntos más importantes a comentar de esta teoría que suponemos que es la teoría alemana dominante, podemos resumir:

El agente es una persona "jurídica" autónoma.

La relación de base puede ser de derecho público o de derecho privado.

La relación de base es completada por la relación orgánica.

En el funcionario administrativo (que es el núcleo principal de la función pública) es primaria la importancia de la relación de base.

Los autores alemanes defienden bastante la importancia de la relación de base (Grundverhaltnis) en la función pública. Afirman que esta relación fundamental es "completada "por la relación orgánica, esto es, no siguen la opinión de RANELLETTI que unificaba la relación orgánica y la relación de servicio. También coincidimos con esta opinión de los autores alemanes.[259]

8.3. *Las teorías de C. H. ULE, BOCKENFORDE y PODLECH sobre las relaciones de base y orgánica (Grundverhaltnis u. Betriebsverhaltnis).*

Según C. H. ULE, la relación de base contiene las medidas o actos que constituyen la relación especial de sujeción, modifican su contenido, terminan la relación, o se refieren esencialmente a la posición jurídica del sujeto.[260] Estas medidas son actos administrativos impugnables. De modo diverso, contra las medidas sobre la actividad o el funcionamiento interno del servicio no hay protección jurídica, porque no existe una reglamentación jurídica de situaciones personales.Una excepción serían las relaciones de funcionamiento en ciertos establecimientos. Por ejemplo: los "geschlossenen Anstalten" que sólo pueden ser frecuentados o utilizados por un ámbito determinado de personas según posean condiciones determinadas, materiales o personales.

BOCKENFORDE no sigue el criterio de C. H. ULE. Lo que diferencia, según BOCKENFORDE, la reglamentación de la relación de base

---

[259] Vid.H.WOLFF-O.BACHOF-*Verwaltungsrecht*-II, 1978, S.34ss.SCHEERBARTH/HOFFKEN-*Beamtenrecht* , 1985S.161ss.F.SCHNAPP-*Amtsrecht und Beamtenrecht*, 1977, S.119ss.

[260] Vid.C.H.ULE-*Das Besondere Gewaltverhaltnis*-"VVDStRL", 15, s.152.

(Grundverhaltnis) de la relación orgánica, no es el hecho de que una y no la otra se dirija directamente a la persona del alumno, del soldado, del funcionario o del prisionero, ésto es, aquellos que están en relación especial. Éso puede suceder en los dos casos. La diferencia es otra: las reglas de la relación orgánica tienen como fundamento un deber difuso de orden en la organización, de no perturbación, de obediencia al ordenamiento. En la relación de base, las reglas no tienen esos objetivos, y fijan derechos y deberes. Las reglas e instrucciones en la relación orgánica perjudican a la esfera jurídica del particular si sobrepasan el ámbito del deber de orden en la organización, de no perturbación o de obediencia.Lo mismo *sin esa invasión de la esfera jurídica de los particulares, las reglas e instrucciones* en la relación orgánica se pueden dirigir indirectamente a los particulares como personas, sin referencia sólo a la función o funcionamento, y pueden tener efecto externo.

En la actualidad, sobre la cuestión de la eficacia externa de las reglas sobre relaciones especiales, la diferencia entre relación de base y relación de funcionamiento viene siendo criticada.La cuestión es más simple: sólo se *cuestiona si el particular o el funcionario, como personas, son referenciados.* Para BOCKENFORDE, todas las reglas y medidas pueden poseer eficacia externa si hay referencia directa o indirecta a la situación personal del funcionario o particular.

El punto de vista de BOCKENFORDE se apoya en la investigación de PODLECH sobre el significado jurídico de las relaciones difusas de subordinación. El ordenamiento jurídico utiliza las "presunciones" a causa de la necesidad lógica de plenitud jurídica.Por la presunción de autorización se permite todo lo que no *está prohibido; por la presunción de prohibición se prohibe todo lo que no sea* permitido. Los ordenamientos jurídicos parciales en que se aplica la presunción de autorización son ordenamientos de autorización y los ordenamientos jurídicos parciales en que se aplica la presunción de prohibición, son ordenamientos de prohibición. La decisión acerca del carácter de estos ordenamientos es del derecho positivo, y no tiene como base motivos teóricos o lógicos. Para PODLECH, en la relación general de sujeción vale un principio de autorización: en su relación con el poder público se permite al ciudadano todo lo que no sea prohibido por leyes. Los ordenamientos jurídicos parciales que reglamentan

condutas vinculadas a competencias de derecho objetivo son ordenamientos de prohibición. La actividad de los órganos, al menos en la administración coactiva, sólo es legal si se apoya en norma de competencia anterior. En la relación de especial sujeción, en cuanto a la actividad de los órganos, la presunción de prohibición se modifica en presunción de autorización. Esta modificación del sentido de las presunciones no tiene valor en la propia entrada o admisión del ciudadano en las relaciones especiales de sujeción. Existen estructuras sociales cuya existencia y fines están condicionados por ordenamientos parciales de derecho público. El cumplimiento de eses fines sólo está garantizado si la actividad de sus miembros está reglada por relaciones difusas de subordinación.La relación de especial sujeción es una estructura social primaria cuyos miembros se incluyen en una relación difusa de subordinación. La relación especial de sujeción es un ordenamiento de autorización para el superior y un ordenamiento de prohibición para el subordinado, pero ambos están reglados jurídicamente.

PODLECH critica la tesis de DURIG que defiende que, incluso en la relación especial de sujeción, en cuanto a la relación entre los derechos fundamentales y la posibilidad de intervención administrativa vale la presunción a favor de los derechos fundamentales.[261]

A nosotros nos parece exagerada la opinión de DURIG que defiende, sin excepciones, la presunción a favor de los derechos fundamentales, al menos, en ciertas relaciones como las del preso, o del militar. Preferimos la teoría de la concordancia práctica entre los derechos fundamentales y los intereses generales.Debe haber un equilibrio que garantice el contenido esencial, sea de los derechos fundamentales, sea de los intereses generales.Por ejemplo, los derechos fundamentales no pueden perjudicar en absoluto los intereses generales, y viceversa. Se busca la eficacia óptima de todas las normas y bienes jurídicos en conflicto.Debe existir un equilibrio proporcionado, y no una preferencia absoluta o automática, bien a favor de los derechos de los funcionarios, bien a favor de los intereses generales. La "presunción "automática en DURIG a favor de los derechos fundamentales podría perjudicar los intereses generales, como en el caso de la

---

[261] Vid.A.PODLECH- *Das Grundrecht des Gewissensfreiheit* cit.s.62ss.

función pública (Art.103.1 CE.Art.269.1 CP). *Ésto es lo que nos incita a considerar la función pública como relación especial de derecho administrativo: la garantía del cumplimiento de los intereses generales* y de las "tareas públicas" que es el punto de vista principal.La presunción automática a favor de los derechos fundamentales de los funcionarios sólo se aplica a la relación jurídica general. En la relación de empleo(" básica ") y en la relación funcional("orgánica") se aplica el punto de vista de la concordancia práctica. Ninguno de los bienes o intereses tiene ab initio una preferencia absoluta.Sin embargo, los puntos de vista e intereses en la relación"funcional"y en la relación de "empleo"tienen un significado y una importancia diferentes.En la situación concreta se decide el equilibrio entre los diferentes puntos de vista. En la relación"funcional"(o orgánica) debe existir un "equilibrio" favorable al interés de la "organización administrativa".En la relación de "empleo"(o básica), el "equilibrio"proporcional no debe sacrificar el contenido esencial de los derechos fundamentales de los funcionarios, pero el punto de vista del respeto de los derechos fundamentales acepta las "peculiaridades" impuestas por la "función pública".El interés de la "organización administrativa" no debe ser esencialmente sacrificado por el punto de vista de los derechos fundamentales de los funcionarios, en la relación "funcional"(u "orgánica). Tanto la "organización administrativa" como los "derechos fundamentales" tienen igual base constitucional(Art. 103.1y3 CE.Arts.266, 269 CP).

Nuestro punto de vista es, así, diferente del de DURIG y de PODLECH. Pensamos que DURIG valoriza demasiado la presunción a favor de los derechos fundamentales(con perjuicio de la función pública y de la organización administrativa), y que PODLECH acentúa en exceso la relación difusa de subordinación (con perjuicio del principio de legalidad y de los derechos de los funcionarios).

En cuanto al criterio de C.H.ULE sobre la relación básica y la de funcionamiento, pensamos que tiene alguna aplicación y fuerza explicativa en las materias de protección jurisdiccional (es de fácil aplicación por los tribunales) y en la diferencia entre actos administrativos con efectos externos(que son impugnables por los interesados) y los actos de funcionamento(que no son impugnables). Pero, es confusa y no sirve para clasificar las relaciones jurídicas de la función pública,

porque *las llamadas relaciones básica y de funcionamento están más interrelacionadas de lo que pensaba C.H.ULE. Por éso, la teoría no resulta demasiado clara.*[262]

8.4. *Apreciación crítica de la teoría de C.H.ULE*

Por su importancia vamos a detenernos un poco más en la teoría de C. H. ULE.

Coincidimos con la opinión de G. PUTTNER, [263] según el cual el criterio de C. H. ULE aún tiene futuro. Pensamos que la posición de C. H. ULE apunta en una dirección relativamente correcta. No se ve otra alternativa posible. Pero esta teoría es sólo el punto de partida y de apoyo del intérprete para diferenciar entre los actos administrativos y los actos de funcionamento de la actividad organizatoria normal en las relaciones especiales.

Por razones de claridad, que en el nº 9 indicamos, preferimos utilizar en la Tesis dos términos diversos: *relación funcional y relación personal* en sustitución de las relaciones de funcionamiento y básica. Es "básica", para el derecho funcionarial, tanto la relación de funcionamiento, como la llamada relación de base, propuestas por C.H.ULE.

Para C.H.ULE, existe una protección jurisdiccional, sin excepción, para todos los actos de la relación básica. Esto no sucede para los actos de la relación de funcionamiento. Esta teoría de ULE no es una teoría especifica de la función pública, es una teoría general para resolver los problemas de protección jurídica de todas las formas de relaciones especiales de sujeción. Esta teoría continúa siendo utilizada por la jurisprudencia alemana. Los actos dirigidos, en primera línea, al funcionamento de la administración no podrán ser impugnados por recurso o acción jurisdiccional anulatorios, lo mismo ocurrirá en el caso de que tengan una intervención ilegal en el ámbito del titular del órgano o

---

[262] Vid. H. RUPP - *Grundfragen* cit.S.75ss, 17ss, 80ss. H. SCHNAPP - *Amtsrecht und Beamtenrecht*, cit.S.132ss, 135ss, 125ss. WOLFF-BACHOF - *Verwaltungsrecht*, II, S. 377. PODLECH, A.-*Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhaltnisse*, 1969 "Schr.z.offentl.Recht", bd. 92, p.62 ss. BOCKENFORDE, E.W.-*Gesetz u. gesetzgebende Gewalt*, 1981, 380ss.

[263] Vid." DVBL", 1987, s.190ss.

funcionario.De otro modo saldrían perjudicados los intereses públicos de la actividad y continuidad administrativos y los intereses de los administrados como destinatarios de las prestaciones.

Al contrario, los actos no relacionados con el funcionamiento y actividad de la administración, y sí con el status personal de los agentes se incluyen en la relación básica entre la administración y el agente (o usuario).Pero si estos actos también se refieren al desarollo y continuidad de funciones, y en su dirección principal se orientan a la esfera personal, pueden ser considerados actos administrativos anulables. Siendo el acto administrativo un acto con efecto externo, hay actos sin ese efecto externo, siendo internamente dirigidos. Es el caso de las medidas en la relación de funcionamiento.

No obstante considerarmos que la doctrina de C.H.ULE, como dijimos antes, aún tiene algún futuro, según G.PUTTNER[264], vamos también a apuntar importantes críticas a la misma.

a) La construcción de C.H.ULE no disolvió la relación especial de sujeción, pero la ha aceptado parcialmente. Bajo la forma de la "relación de funcionamiento" se crea una nueva especie de relación de especial sujeción libre del derecho. La línea de separación entre los ámbitos libre del derecho y jurídico pasa por el medio del sujeto. Con la división de la relación de especial sujeción en relación básica y relación de funcionamiento se presupone aún la relación especial de sujeción como concepto dogmático. C.H.ULE sólo ha corregido una parte de las consecuencias de la teoria de la "impermeabilidad ", pero el principio de la relación de especial sujeción continuó vigente. Aún así, los fundamentos jurídicos y políticos constitucionales han cambiado(Estado de derecho democrático). La relación especial de sujeción ha sido sustituida como espacio libre del derecho. En este aspecto, la teoría de C.H.ULE prestó servicios importantes, porque dió autonomía a la "relación básica ", pero esto no es suficiente como punto de resolución de las actuales preocupaciones dogmáticas sobre las estructuras normativas y organizatorias de la función pública.

C.H.ULE, a través de la diferencia entre" relación de base " y "relación de funcionamiento", rompió la relación de especial sujeción como espacio libre del

[264] Vid. "DVBL", 1987, p.190ss.

derecho.[265] La misma preocupación tuvo E.BOCKENFORDE, a causa de la garantía general de protección jurisdiccional(todos tienen el derecho a obtener la tutela judicial efectiva - Art.24.1 CE. Art.268.4 CP. Art.19.4 GG), con la separación entre poder de dirección o de servicio (Dienstgewalt) y poder de organización (Organisationsgewalt). Esta diferencia de E.BOCKENFORDE se aproxima bastante al sistema de H. J. WOLFF.[266] Pero el procedimiento en los dos autores es diferente. C. H. ULE, por motivo de la necesidad de protección jurídica, *divide la relación especial en dos categorías, lo que produce la creación de una* nueva relación especial de sujeción(la relación de funcionamento). Diversamente, H.WOLFF distingue "la función como institución y el agente como persona física".Así, H.WOLFF no sufre el riesgo de C. H. ULE de dejar pasar la frontera entre las relaciones general y especial de sujeción "en el interior de la propia persona del sujeto".[267]

b) La construcción de C.H.ULE no tiene seguridad dogmática, porque los conceptos de relación básica y relación de funcionamento no tienen fundamento normativo. Tienen más un sentido sociológico que normativo.

c) La cláusula general de protección jurídica es bastante relativa.

Según C.H.ULE, apoyado en el punto de vista clásico de la relación de especial sujeción, *la relación de funcionamiento no tendría garantía jurisdiccional*, y no se incluye en la cláusula general de protección jurídica.

d) La diferencia entre relación básica con protección jurisdiccional y relación de funcionamento sin protección jurisdiccional no ha sido mantenida en todos los aspectos por ULE, lo que confirma la falta de seguridad dogmática. El Estado de Derecho exige la aplicación del principio general de protección jurisdiccional también en la relación de funcionamento, al menos en las fuerzas armadas y en otras relaciones de "establecimiento" no abiertas.

e) La crítica principal a C.H.ULE puede ser resumida así: *debe ser prevista una protección jurisdiccional, incluso en la relación de funcionamiento,*

---

[265] Cit.en "VVDStRL", 15, S.152.

[266] Vid. E. BOCKENFORDE-*Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 1964, s.34ss; H. J. WOLFF - *Theorie der Vertretung*, s.224ss.

[267] Vid. H.KRUGER - *Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhaltnis*-"NJW", 1953, 1369ff. F.SCHNAPP-*Amtsrecht* cit.s.128.

al contrario del punto de vista de C.H.ULE, contra medidas o actos de la Administración notoriamente ilícitas o arbitrarias. De otro modo no se percibe la ventaja de considerar jurídicas las relaciones del titular del órgano y del órgano, para después no extender la garantía jurisdiccional a la relación de funcionamiento en aquellos supuestos de medidas notoriamente ilícitas o arbitrarias.[268]

9. **Las relaciones de empleo y funcional**

Vamos a intentar llegar a una conclusión, y resumir nuestro punto de vista. En la "relación especial de derecho administrativo funcionarial", se puede distinguir principalmente dos relaciones básicas:la relación de empleo y la relación funcional.Después de hacer la crítica a C.H.ULE, que fue el autor pionero es esta matéria, en el punto nº8.4 al.a.b.c.d.e., es conveniente sustituir los conceptos propuestos por este autor:"Grundverhaltnis-Betriebsverhaltnis"(relación fundamental, de base-relación de funcionamiento, orgánica) por otros términos que incluyan las críticas hechas.Los términos "empleo" y "funcional" se adecuan mejor a la función pública del Estado democrático y social, y tienen un régimen distinto de los conceptos de la teoría de C.H.ULE.

En cuanto a las relaciones entre los funcionarios y agentes (de derecho público o privado) conviene distinguir la relación funcional del funcionario como titular del cargo(función), y la relación personal (el funcionario permanece como sujeto autónomo).En el primer caso, se trata de derechos y deberes del Estado que son ejercidos por el agente. En el segundo caso, son derechos y deberes personales que el funcionario tiene ante el Estado.

Suponemos que es conveniente sustituir los términos relaciones "básica" y "orgánica" por otros términos:relación de "empleo" y "funcional". La preferencia por la relación de empleo resulta de suponer que la función pública profesional es un "trabajo " retribuído, un "empleo" próximo a las características de los restantes empleos privados. Un profesor de la universidad pública, un médico en un hospital público, tienen "empleos" semejantes a los empleos de entidades privadas que ejercen las mismas actividades.

---

[268] Vid. F. SCHNAPP-*Amtsrecht* cit. S.135ss, 125ss, 132ss.H.RUPP-*Grundfragen* cit., S.80.

La sustitución del término de relación orgánica resulta de la necesidad de apartar las reminiscencias de la teoría orgánica, en su sentido clásico, de la función pública. El concepto de relación "funcional" sirve a esa preocupación.

El fundamento para la vinculación de la persona física a la organización pública es la relación de empleo (que otros llaman relación de servicio o básica). A través de esta relación se coloca al individuo en actividad para la organización pública.

No obstante tratarse de derecho público en la función pública, *no se diferencia la relación de empleo (relación básica), desde el punto de vista estructural, de las otras relaciones laborales(todo es prestación de trabajo por cuenta ajena), y también puede resultar de un contrato de derecho privado.*

En el concepto de relación de "empleo" (o como otros llaman relación de servicio, básica) se incluyen todas las relaciones no vinculadas a la situación del funcionario como titular de funciones estatales, y sí cuestiones de remuneración, de gratificaciones, de indemnizaciones, de retribuciones complementarias, vacaciones, permisos, licencias, etc. De esta relación, resultan determinados derechos y deberes para el agente.

Distinta de esta relación es la relación funcional (que otros llaman relación del titular de función o relación orgánica - Amtswalterverhaltnis) que significa la vinculación del agente a la función para el ejercicio de tareas.

Las relaciones de servicio, del titular de función o orgánica - que nosotros llamamos relaciones de empleo y funcional - son relaciones jurídicas. Coincidimos con F.SCHNAPP en que, de hecho, el encontrarse la diferencia entre ambas relaciones, no es fácil. Decir que el deber principal de la relación básica es el desempeño de un cargo, o que el deber principal de la relación de titular de función es el ejercicio de las funciones del cargo, no supone diferencias cualitativas. Continuamos apoyando a F.SCHNAPP en que la relación de titular de la función u orgánica tiene una función de concretización ante la relación de servicio(o empleo). El deber de desempeño del cargo es un deber legal que pertenece a la relación de servicio(o empleo).[269]

---

[269] Vid.F.SCHNAPP-*Amtsrecht und Beamtenrecht* cit., S.132ss, 138ss, 125ss.

9.1. *La teoría de F. SCHNAPP sobre la relación básica, de titular de función y orgánica.*

Para este autor, la relación de titular de función tiene una sencilla función de concretización, y su diferencia sería más gradual que cualitativa. Niega, a la relación de titular de función, un papel autónomo. De aquí no se deduce nada para los deberes de conduta del agente, pues sólo reune diferentes especies de deberes del titular de función. Juzga dudoso que la relación del titular de función(relación de funcionamento) tenga significado autónomo, pues de ella no se deduce propiamente ningún deber. Sólo resume y localiza ciertos deberes. El deber del ejercicio del cargo como deber principal de la relación de servicio no es diferente del deber principal, del derecho del trabajo, de prestación del trabajo. No hay dos deberes distintos: uno resultante de la relación básica y el otro de la relación del titular de función. El deber de desempeñar el cargo es una obligación unitaria y el contenido de la relación funcionarial. Es dudosa la relación de "titular de función" desde el punto de vista dogmático, pero como concepto sistemático y didáctico no es conveniente renunciar a él. El deber de desempeño del cargo es el deber principal del servicio. Su contenido, en concreto, no se recoge de la "relación de servicio", pero resulta de su vinculación a las normas jurídicas de la "función". Para F.SCHNAPP, la relación de "titular de función" no es un concepto dogmático, es sólo una categoría sistemático-didáctica. "Es un concepto que no ofrece soluciones, sólo llama la atención para los problemas materiales."[270]

9.2. *Crítica de la teoría de F. SCHNAPP (punto de vista de la tesis).*

Defendemos, en la tesis, de modo diferente al punto de vista de F.SCHNAPP, que la relación funcional continúa teniendo un significado dogmático, y no tiene sólo un sentido de "concretización" de la relación de empleo. Juzgamos que tiene también un papel de "complemento" de la relación de empleo que es la relación básica.

El papel atribuido por F.SCHNAPP a la relación de" titular de función" es demasiado modesto. La relación de titular de función agrupa las relaciones en

---

[270] Vid. F.SCHNAPP-*Amtsrecht*cit.S.132ss, 138ss.H.MAURER-*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1983, S.408.

que el funcionario es titular de funciones estatales, ésto es, funciones que no son propias de la persona de los funcionarios. "Este es el punto de unión entre el derecho funcionarial orientado a la persona, y el derecho funcional estructurado no personalmente ".[271]

Pensamos que también hay derechos y deberes que resultan de la relación funcional. Entonces, juzgamos que debe mantenerse el papel dogmático de la relación funcional, al contrario de lo que sostiene F.SCHNAPP. La posición de este autor es más propia del Estado democrático y social póst-Grundgesetz de 1945. Se trata de un Estado de bien-estar, sin crisis económica!

Ahora la situación es diferente! La crisis económica y social se ha instalado en Europa (paro, etc.). La función pública continua siendo genéricamente ineficiente. *El modelo de función pública del Estado de Bien-Estar debe cambiar en el Estado post-Social.*

Contra la crisis del servicio público, la permanencia del déficit público y la crisis económica se necesita de una función pública más eficiente.Los ciudadanos se cuestionan el destino del dinero de los impuestos.Los presupuestos estatales siguen teniendo dificultades para satisfacer las exigencias mayores del público. Es necesario adoptar nuevas fórmulas organizatorias de la función pública. *El modelo organizatorio, que no tiene que ser único, está ganando importancia. La relación "funcional" tiene también un papel que desempeñar.*

Vamos a dar un ejemplo, tomando como modelo el derecho a vacaciones o el derecho a la huelga.

Es conocida la situación de muchos servicios públicos en los meses de verano. El derecho de vacaciones de la mayoría de los funcionarios coincide en los meses de Julio o Agusto, esto acarrea grandes inconvenientes para los usuarios.

Otro ejemplo sería el derecho a la huelga: la huelga de los funcionarios no deberá perjudicar a ninguno de los servicios esenciales (ejemplo:hospitales, etc.). Es conocida la situación de los servicios esenciales, que en largos períodos de huelga, salen muy perjudicados. Lo que intento decir es que estos dos derechos, pertenecientes a la relación de empleo (básica, o fundamental) - el derecho a vacaciones, el derecho a la huelga - deben ser concretizados por la

---

[271] Vid.F.SCHNAPP-*Amtsrecht* cit.s.138.

relación funcional (u "orgánica", ésto es, la relación ligada a la organización), para que no haya perjuicio de los intereses generales. Los intereses de los usuarios en los meses de verano, y los intereses de los usuarios de los servicios esenciales no deben ser *esencialmente* perjudicados. Por eso es necesario que la relación "funcional" permanezca operativa, y organice y condicione la relación de empleo.

De este modo, *consideramos la función pública como relación especial de derecho administrativo. Es una relación diferente de la relación de especial sujeción, porque no da, como ésta, primacía a la relación orgánica.* Pero, la relación especial de derecho administrativo funcionarial *es una relación de empleo "concretizada" y en su caso "complementada" por la relación funcional.* Si la función pública fuera sólo una relación de empleo, en el caso de las vacaciones de los funcionarios que son todas en los meses de verano, los servicios podrían tener que cerrar sus puertas.

Lo mismo es aplicable al ejercicio de la huelga: sin la relación"funcional"que organice los servicios esenciales, por ejemplo, en un gran hospital público, se podrían producir graves daños a los enfermos internados.

Una "buena" relación de empleo (o servicio) vale de poco si no está incluída dentro del modelo organizatorio. La cuestión de la técnica organizatoria es importante. La relación de empleo se integra en la organización administrativa. No son cuestiones menores, el diseño de los puestos de trabajo, las competencias, la definición de objetivos, la evaluación de los resultados, las responsabilidades del personal y de los dirigentes, etc.

Vamos a mostrar algunos casos de derechos, de deberes y de responsabilidad de los funcionarios *que se explican, sobre todo, por influencia de la "relación funcional"*, y no se deducen inmediatamente de la "relación de empleo".Esto sirve para justificar el punto de vista de la Tesis acerca del papel de "complemento" de la "relación funcional".

El derecho al cargo da garantía al funcionario contra la posibilidad de ser trasladado del cargo. El artículo 63.2 de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 afirma que "el Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la residencia".

Vease que la Ley dice "siempre que el servicio lo consienta" - aqui está el punto de vista "funcional" - y admite la redistribución de efectivos. Si el funcionario ha obtenido su puesto de trabajo a través de libre designación, sólo se garantiza el derecho a desempeñar el cargo si la autoridad que lo nombró lo considerara oportuno.

Los artículos 64 y 65 de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 contienen derechos de información y participación en la gestión que se explican para asegurar el funcionamento regular de los servicios. Según el artículo 64 "al incorporarse a su puesto de trabajo, los funcionarios son informados por sus jefes inmediatos de los fines, organización y funcionamento de la unidad administrativa (aquí está el punto de vista "funcional", porque es un derecho de información para asegurar el funcionamento de los servicios), de su dependencia jerárquica y de las atribuciones, deberes y responsabilidades que les incumbe ".

El artículo 65 de la "Ley de Funcionarios Civiles" de 1964 obliga a los jefes a solicitar periódicamente el parecer de cada uno de sus subordinados inmediatos acerca de las tareas que tienen encomendadas, con el fin de poder asignarles los trabajos más adecuados a sus aptitudes profesionales.Es un objetivo organizatorio:"con el fin de poder asignarles los trabajos más adecuados".

Algunos deberes se aplican más por la idea de la relación orgánica. El acatamiento de la Constitución es un requisito para la adquisición de la condición de funcionario público y un deber genérico (artículos 36 y 76 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado). El deber de respeto a la Constitución no resulta propiamente de la relación de empleo, y si de la necesidad de compatibilizar la actividad de los funcionarios dentro de un ámbito más amplio de la organización constitucional pública.

"Los funcionarios vienen obligados... a colaborar lealmente con sus jefes y compañeros, cooperar al mejoramiento de los servicios y a la consecución de los fines de la unidad administrativa " - artículo 76 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Este "cooperar al mejoramiento de los servicios y a la consecución de los fines de la unidad administrativa" se explica también por la necesidad del "buen funcionamento" de la organización, y no propiamente por la "prestación de trabajo" en sí.

Sin embargo, otros aspectos se explican más por la "relación de servicio. Ejemplos: el cumplimiento de la jornada, el sigilo profesional.

También hay normas sobre responsabilidad administrativa que se vinculan al punto de vista de la relación orgánica("funcional"). El artículo 41de la Ley 30/1992 afirma la responsabilidad directa de las autoridades y funcionarios en la tramitación y resolución de los expedientes que tuviesen a su cargo. Establece su obligación de "remover los obstáculos que impidan el ejercicio pleno de los derechos de los interesados, disponiendo lo necesario *para eliminar toda anormalidad en la tramitación de los procedimientos* ".

Artículo 42.3 de la Ley 30/1992: "los titulares de los órganos que tengan la competencia para resolver los procedimientos que se tramiten y el personal al servicio de las Administraciones públicas que tengan a su cargo el despacho de los asuntos, son responsables directos de que la obligación de resolución expresa se haga efectiva en los plazos establecidos.El cumplimiento de lo dispuesto dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria o será causa de remoción del puesto de trabajo.El cumplimiento de los "plazos establecidos" tiene que ver con la eficiencia y organización de la "relación funcional".

También ciertas normas penales se vinculan a la idea de la "relación orgánica". El artículo 400 del Código Penal de 1995 pune con inhabilitación especial para empleo o cargo público desde 6 meses a dos años, a la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejase intencionadamente de promover la persecución de los delitos de los que tuviera noticia o de sus responsables".

Los artículos 371 y 372 del Código Penal vigente y el artículo 404 del Código Penal de 1995 definen el delito de denegación de auxilio del funcionario que requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público".Es un principio importante vinculado a la idea de organización.

El artículo 404 del Código Penal vigente prevé que "los jueces, funcionarios del ministerio fiscal, los jefes militares, gubernativos o económicos, con excepción de los alcaldes, que durante el ejercicio de sus cargos se mezclasen directa o indirectamente en operaciones de agio, trafico o granjeria, dentro de los

límites de su jurisdicción o mando, sobre objetos que no fueren producto de sus bienes propios, serán castigados con las penas de suspensión y multa ".Se procura impedir la corrupción en la organización administrativa.

El Código Penal de 1995, artículo 432: "La autoridad o funcionario público que debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de comtrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o por interpuesta persona, en tales negociaciones o actuaciones ".Se trata de un deber "funcional" aprovechado hacia un objetivo ilegal.

Todos estos casos que hemos indicado de derechos, deberes y de responsabilidad de los funcionarios se justifican más por la relación "funcional " que por la relación de "empleo". Son aspectos más vinculados a la idea del "funcionamiento de la organización " que al punto de vista de la "prestación del trabajo".[272] Estos ejemplos, recogidos de las leyes, *sirven para diferenciar el punto de vista de la Tesis de la teoría de F. SCHNAPP. La Tesis defiende que el sistema organizativo debe aumentar su importancia. No es sólo la relación de empleo, también la relación funcional tiene un papel que desempeñar.La relación especial de derecho administrativo funcionarial es una relación de empleo concretizada y en su caso complementada por la relación funcional.*

10. **Conclusión**

Preferimos la construcción no orgánica de la relación funcionarial.Las relaciones jurídicas funcionariales son diferentes de las relaciones de derecho civil o laboral común. Apoyamos el entendimiento amplio de relación jurídica, y la importancia de la "relación jurídica general" en la función pública.Pensamos que los funcionarios y los titulares de órganos deben ser sujetos con voluntad jurídica propia, porque existe la necesidad de que los agentes respondan por los "resultados" de su actividad.

---

[272] Vid.A.PALOMAR OLMEDA-*Derecho de la Función Pública*, 3ªed.1966, p.433ss, 435, 437, 444, 446, 452, 456, 463.

Apoyamos el punto de vista de que *la relación funcional posee un signi-ficado dogmático, y no tiene sólo un sentido de concretización* de la relación de empleo. En la relación "funcional"debe existir una "simetria favorable"a la organización administrativa.Como relaciones funcionariales esenciales, distinguimos la relación de "empleo"y la relación"funcional".

Juzgamos que *la relación de empleo es la relación más de base, pero la relación funcional tiene un papel de concretización y complemento que es importante en la forma actual del Estado post-social.* El punto de vista de la Tesis es el de la vinculación de las relaciones funcionariales a la Constitución democrática, y no a criterios de "eficiencia" o "políticos".

Después de examinar las "relaciones funcionariales esenciales ", vamos a investigar un punto más:el significado de la función pública es un "procedimiento especial".Esto será un paso más para la comprensión del complejo concepto de "relación especial de derecho administrativo funcionarial" que es el objetivo central del presente capítulo.

D) EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ES UN "PROCEDIMIENTO ESPECIAL".

La función pública exige un procedimiento especial. La función pública es un conjunto personal de funcionarios y agentes. Además es una organización que cumple tareas, desarrolla actividades. A esa actividad debe aplicarse un procedimiento especial, que permita la colaboración activa de los distintos interesados: dirigentes, personal y los ciudadanos-usuarios.Sería una abstracción considerar a los funcionarios y a la función pública como separados de los dirigentes, y de los usuarios en general, por ejemplo.

La función pública es una organización necesaria para el Estado post-social, siempre que cumpla con eficiencia las tareas consignadas en la Constitución.En caso contrario, esto es, si no hay ninguna eficiencia, no será una institución necesaria, y si perjudicial para el Estado post-social.

Es necesaria la cooperación y participación de varios elementos para que se cumpla com eficiencia la actividad de la función pública:

el personal

los órganos dirigentes políticos y administrativos máximos

los usuarios y sus asociaciones

las asociaciones sindicales de funcionarios, comisiones de representación del personal, etc.

Es dificil para los funcionarios, sin la participación e información activa de los usuarios, concretizar las medidas administrativas. Veánse problemas como la droga, la seguridad en las grandes ciudadades, el fraude fiscal, etc.que no encuentran solución sin la participación de los propios interesados. Una cosa que a mí me impresiona es que la mayoría de los delitos o infracciones no son resultado del descubrimiento directo de la polícia o del ministerio fiscal, sino que resultan, muchas veces, del interés o investigación de los particulares o de los medios de comunicación social.

La función pública no es una organización "cerrada" a nivel político, ni a nivel de la participación de los usuarios.*No sería posible, ni eficaz administrar con una organización "cerrada".*

Hoy no interesa el tipo burocrático de WEBER. [273].El personal no está en relación especial de sujeción ante los dirigentes. La época actual es de "democratización" de la función pública.Por otro lado, los funcionarios no ejercen "poder " sobre los particulares, sino que los órganos y los funcionarios son parte en las relaciones jurídicas con los particulares.La actividad administrativa no es una actividad de "poder".Es la realización de los intereses generales, en la cual deben participar todos los interesados.

El modo de articular los diferentes elementos interesados en la función pública (personal+representantes sindicales y otros +dirigentes máximos+usuarios) es el procedimiento.

De poco vale decir que los funcionarios deben dar la mejor resolución posible a los asuntos de los particulares, si estos, por ejemplo, no poseen algunos derechos de información o participación en la organización administrativa. Ésto

[273] Cfr.M.NIGRO-*Procedimento Amministrativo*, cit.

es lo que quiero decir cuando me refiero al "procedimiento" en la función pública.

El problema de la función pública no es sólo investigar la cuestión estatutaria o contractual de la relación funcionarial, o los derechos y deberes de los funcionarios, o el poder jerárquico de los superiores sobre los subordinados.

Hoy hay cosas mucho más importantes en la función pública que se pueden comprender bajo el esquema del procedimento(ejemplos:negociación colectiva, derecho a la huelga, derecho disciplinario, derecho de participación institucional, etc.).[274] *La función pública debe estar incluída en el ámbito más amplio de la organización administrativa, y de la participación de los ciudadanos.*

El procedimiento debe permitir el cumplimiento eficaz de las tareas de la función pública, y no valorar demasiado los derechos de los ciudadanos, o, en compensación, los derechos de los funcionarios.Es este un critério básico a deducir de la"relación especial de derecho administrativo de la función pública." El procedimiento, además de la función organizativa, también tiene una dimensión material:fija las relaciones materiales y procedimentales entre dirigentes, funcionarios, organizaciones de representación de funcionarios, usuarios, y asociaciones de representación de los usuarios...Ejemplos:es necesaria prudencia por parte del legislador en lo que concierne al derecho de los ciudadanos "a exigir las responsabilidades de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, o sobre el derecho que "permite al interesado recabar datos sobre la identidad del responsable del procedimiento ". Por otro lado, con carácter previo al comienzo de las negociaciones deberá solicitarse autorización de masa salarial, y límite máximo en las obligaciones que puedan en los Convenios Colectivos contraerse.

Los ámbitos más importantes de la función pública están bajo el esquema del procedimiento. Ejemplos:el complejo procedimiento disciplinario, la participación de los sindicatos de funcionarios, la negociación colectiva, la valoración del trabajo desarollado, etc.

---

[274] Cfr. M.NIGRO-*Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione*-"Rivista di Diritto Processuale" nº2, 1980, p. 272ss.

La participación del funcionario y de los usuarios en el procedimiento no se destina sobre todo a la defensa de sus intereses y derechos subjetivos. La función pública no es sólo una "relación jurídica general", también es una "relación especial de derecho administrativo". La función pública es una relación especial para obtener las mejores prestaciones administrativas en el cumplimiento de las tareas constitucionales.

No se trata en el procedimiento de la función pública, de un equilibrio de intereses entre la Administración y los funcionarios, o de la "subjetivización" del procedimiento. Es más la "objetivización" del procedimiento para el cumplimiento más eficiente de las tareas administrativas. [275]

La función pública como" relación especial de derecho administrativo" se refiere a la relación material de los derechos y deberes entre el personal y los órganos administrativos. Pero, también se refiere a la relación procedimental.Para el cumplimiento de las tareas administrativas es necesario el *régimen jurídico especial* de la función pública, pero también los *procedimientos especiales* más propios para el cumplimiento eficiente de las tareas administrativas. Así se "puede explicar el fracaso de los intentos renovadores de iluminados que periódicamente agitan las aguas de la Administración con vendavales de reforma".[276]Las reformas inciden sólo en el "régimen jurídico" y desprecian los "procedimientos especiales" que son adecuados para el cumplimiento de las tareas.

Ejemplo: el derecho disciplinario está bajo reserva de ley como exigencia del Estado de derecho. Pero, el procedimiento disciplinario no se destina sólo a dar garantía de defensa al funcionario. También debe permitir la mayor eficacia posible para las resoluciones disciplinarias. El procedimiento disciplinario debe permitir la actuación eficiente y justa de la Administración. Un ejemplo de estas dos preocupaciones son las medidas provisionales. El artículo 33 del Reglamento Disciplinario afirma: "la autoridad que acordó la incoacción podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera dictarse ". La suspensión provisional del funcionario

---

[275] Vid.PEREIRA DA SILVA -*Em Busca do Acto Administrativo Perdido* cit.p.310.
[276] Vid.ALEJANDRO NIETO *La Organización del Desgobierno*, 1984, p.113.

no es una sanción, además el funcionario recibe en esta situación el 75 por 100 del sueldo y el complemento familiar. Pero, esta medida provisional debe ser acogida si fuera necesaria para el desarollo eficaz del procedimiento, y tiene como resultado que el funcionario queda sin poder ejercer sus funciones.

Otro ejemplo: es posible defender el punto de vista de que en la función pública debe existir un procedimiento especial de ejercicio del derecho a la huelga que asegure el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.El derecho material a la huelga de los funcionarios es indiscutible. Pero, puede ser conveniente reconocer un procedimiento especial de la huelga, en ciertas situaciones, en la función pública. Son importantes las siguientes condiciones del procedimiento de huelga: declaración de huelga, preaviso, comité de huelga, la prohibición de la ocupación del centro de trabajo, las excepciones a la imposibilidad de sustituir a la huelguistas.

El arbitraje obligatorio puede ser conveniente en caso de: duración muy prolongada de la huelga, posiciones de las partes excesivamente distantes o irreconciliables y un perjuicio grave para la economía nacional.El punto de vista de la "relación especial de derecho administrativo" de la función pública permite justificar, por ejemplo, que no se impongan a la Administración las mismas sanciones que se instituyen para los empresarios. Pero, el Gobierno debe dar cumplimiento al laudo del árbitro.En este punto, la teoría de la relación de especial sujeción, que es criticada en esta Tesis, tendría que defender la solución opuesta. No es razonable la diferenciación entre el Gobierno y los empresarios, o funcionarios en cuanto al deber de cumplir la decisión de arbitraje, pero se juzga razonable que las sanciones para el incumplimiento en los dos casos no sean iguales, pues, la función pública es una "relación especial de derecho administrativo".

E) LA FUNCIÓN PÚBLICA ES UNA RELACIÓN ESPECIAL

Después de defender el punto de vista que se basa en que la función pública es un "procedimiento especial", estamos en condiciones de investigar el significado del adjetivo "especial".

1. La relación "especial" no impide la aplicación de los principios generales del derecho administrativo.

"Especial" no tiene el sentido de "excepcional". A la función pública se le aplican todos los principios generales del derecho administrativo propios del Estado de derecho democrático.No se sigue la teoría propia de la "relación especial de sujeción" que consideraba la función pública como espacio libre del derecho.Los principios y limitaciones propias del Estado de derecho son aplicables bien a la "relación jurídica general", bien a las relaciones "especiales", o a la relación funcionarial.Los preceptos constitucionales no nos permiten distinguir, entre la relación jurídica general y las relaciones especiales, en cuanto a la aplicación genérica de los derechos fundamentales y del principio de reserva de ley.Vd. artículos 9.1, 10.1 CE, y art.18.1 CP. Ejemplo: al ejercicio de los derechos fundamentales de los funcionarios se le aplican los principios generales constitucionales.A propósito, por ejemplo, de la libertad de expresión, si no hay prohibición expresa, el funcionario puede hacer declaraciones sobre circunstancias genéricas del servicio. La eventual prohibición por el superior jerárquico en esta materia, debe respetar el principio de proporcionalidad.

2. La relación "especial" es un conjunto recíproco de derechos y deberes.

El hecho de que se hable de una relación "especial", no significa que se trate de una relación de la que resulte un único derecho o deber, y vice-versa, como sucede, por ejemplo, con el derecho a resarcimiento por daños por acto de la Administración. Se trata de un conjunto recíproco de derechos y deberes distinto, en su régimen jurídico, de la relación general Estado-ciudadano, o de la relación laboral común.

3. Crítica de la teoría según la cual el nombramiento para el cargo de funcionario produce una "relación especial más intensa".

Para esta teoría, "especial" significa más "intenso", una relación especial de poder más intensa que la "relación general de poder ", y que permite la vinculación especial del funcionario.

Suponemos que esta teoría de ULRICH BATTIS no es suficiente.[277] En primer lugar, es excesivo solicitar a un simple acto jurídico (el acto administrativo del nombramiento), que tiene un carácter más formal que sustancial, la producción de efectos jurídicos tan amplios: una relación de poder especial y más intensa que la relación general de poder. No se deben fundamentar relaciones sustanciales en la base de simples actos jurídicos formales.

El fundamento de la relación "especial" no son actos jurídicos como el nombramiento, y sí el cumplimiento de determinadas tareas públicas fijadas en las leyes. El régimen jurídico "especial" depende de las tareas públicas que concretamente se cumplen. El régimen "especial" no es de aplicación automática a todo el personal que entra a ejercer funciones en la función pública. Es necesario ver, en concreto, cuales son las funciones ejercidas por cada grupo o clase funcionarial, y si ellas son adecuadas y justifican aquel régimen "especial". Si las tareas públicas son diferentes, los distintos grupos del personal pueden tener regímenes "especiales" diferenciados. Aquí se diferencia la "relación especial de sujeción" y la "relación especial de derecho administrativo".En la "relación especial de sujeción" se aplica, en principio, el régimen especial automáticamente a todo el personal en funciones dentro de la organización administrativa. *En la "relación especial de derecho administrativo"no se procede automáticamente: sólo se debe aplicar régimen "especial" a cada clase o grupo de personal si las tareas públicas confiadas a esa clase o grupo del personal lo justifican.*

El "régimen jurídico especial"*no son sólo deberes o vinculaciones, también puede exigir mayor protección jurídica y mejores garantías* para el personal. Ejemplo: los militares y los jueces que no ejercen sus derechos políticos con plenitud, deben gozar de un régimen especial que los compense por esa situación de menos valor que la de los ciudadanos en general.

---

[277] Vid. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1985, s.71.

El problema de la relación "especial" no es la "intensidad". El derecho laboral puede establecer relaciones tan o más "intensas "que el derecho funcionarial. Suponemos que la intensidad de la supremacía de la Administración no es unitaria en toda la relación especial, al contrario de lo que piensa LÓPEZ BENÍTEZ. [278] Es necesario diferenciar la cualidad de las funciones desempeñadas. Por ejemplo, la función de profesor es diferente de la función del policía en cuanto a la necesidad de la supremacía de la administración. La "presión" sobre los derechos fundamentales de los policías, de los militares, y de los funcionarios en general no es la misma en todos los casos.No es necesaria, en la mayoría de los casos, una "intensidad" especial del poder administrativo, en la función pública, que es una relación de empleo muchas veces con características próximas a la relación laboral común.

4. "**Especial" no parece equivalente a "supremacía especial**".

La Administración está en situación de preeminencia ante los administrados. Según el régimen administrativo francés, que ha influído el derecho español y portugués, la Administración decide y ejecuta sus propias decisiones, sin necesidad de una previa autorización del tribunal, incluso contra la voluntad de los administrados. Esta idea de "supremacía" se aplica a todo tipo de relación jurídico-administrativa, y no sólo a la relación funcionarial. Por eso, no es esta idea de "supremacía" la única suficiente para caracterizar el carácter "especial" de la relación funcionarial. La atribución de potestades y privilegios a la Administración no parecen muy importantes, en la actualidad. La eficacia de la función pública no se consigue, en la actualidad, por medio de la "supremacía", sino por el control de los "resultados", por la "formación" permanente, por una política de" remuneraciones" atractiva, etc. " Hoy se sabe perfectamente que el rendimiento administrativo es mensurable y cada día se descubren técnicas más afinadas de cuantificación".[279]

5. "**Especial" no significa "relación especial de poder".**

---

[278] Vid. *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales* cit. p.172.
[279] Vid.ALEJANDRO NIETO- *La Organización del Desgobierno*, Barcelona, 1984, p.112.

Eso implicaría un punto de vista preconstitucional, ésto es, antes de las Constituciones democráticas del post-guerra. Entre el personal y la Administración existen derechos y deberes recíprocos entre sujetos de derecho. "Especial" adjetiva la relación de derecho administrativo, y no el poder. *"Especial" significa una constelación típica de derechos y deberes de carácter laboral, personal y funcional-administrativo, orientada al cumplimiento de tareas públicas determinadas.*

6. "Especial" no significa "relación social especial".

"Especial" no incluye cualquier "relación social especial". En cuanto a esta "relación social " no existen diferencias entre las relaciones establecidas, por ejemplo, entre médicos, ingenieros, profesores, o funcionarios administrativos al servicio de entidades públicas o de empresas privadas. Las características de estas relaciones de "empleo" son semejantes en el sector público, o en el sector privado.El médico es siempre médico, el profesor es siempre profesor en cualquiera de los dos sectores.

7. "Especial "no significa "fundamento especial a causa de la mayor operatividad "de la organización administrativa.

La relación general de sujeción tendría como fundamento la supremacía resultante del poder general del imperio del Estado. El "fundamento" de la relación especial de sujeción sería diferente:consistiría en la necesidad de aumentar la operatividad de la actividad administrativa en sectores con gran inmediación de los administrados.El fundamento específico resultante de la necesidad de dar mayor operatividad a la actividad administrativa no es suficiente.Ésto es, puede explicar algunas cosas, pero no todas las cosas. La misma necesidad de aumentar la operatividad en sectores con inmediación de los destinatarios puede existir también en las empresas privadas, y éstas no se comprenden en un esquema de relación de especial sujeción.

8. **"Especial" no significa "sujeción especial"**.

Ya hemos dicho que no comprendemos la necesidad de "sujeción" en la función pública. Ésta es un "empleo" con características de prestación próximas al sector de las empresas.La función pública es una actividad"voluntaria", no sólo en el momento de la admisión en la relación (eso ya era admitido por O.MAYER), también en el sucesivo desarollo de la actividad, y no debe ser comprendida bajo el esquema de la "sujeción ".La ideología de la "sujeción" fue necesaria en los regímenes autoritarios español y portugués. Por ejemplo, en Portugal le estaba prohibido a cierto personal contraer matrimonio sin autorización de un superior, o hacer viajes al extranjero sin permiso, incluso algún establecimiento de enseñanza perteniciente al Estado sólo debía tener directores femeninos, etc. Estos aspectos relacionados con una idea de "sujeción" están claramente sobrepasados.

A la Administración del Estado post-social no le interesa el personal "en sujeción", es más importante la existencia de un personal creativo y participativo.Conviene impedir la continuidad de la "tercera razón" de la que habla ALEJANDRO NIETO:"La conciencia que tiene la Administración de que el bajo rendimiento de sus servidores es consecuencia necesaria de su propia mala organización y de su pobreza imaginativa".[280]Es conveniente para la función pública una organización tipo "spaghetti":cuando se tira de un hilo, todo está en interrelación. [281] En la época de la "gobernación globalizada", las Administraciones Públicas no pueden perder la relación con la "sociedad del saber".El personal público no tiene el carácter sólo de "trabajadores de la información". Son sobre todo "trabajadores del conocimiento"(ejemplo:el funcionario que decide si hay derecho a subsidio, o investiga si hay fraude fiscal en un supuesto concreto).Este tipo de personal no se adapta a esquemas de "relación especial de sujeción", que permitan la pasividad y el desinterés del personal.[282]

9. "Especial" tampoco significa "estatus especial".

Esta teoría tiene su orígen en JELLINEK. Por el hecho de incluirse en la organización estatal, se aplican obligatoriamente a los funcionarios ciertas

---

[280] Vid.*La Organización del Desgobierno*, Barcelona, 1984, p.113.
[281] Vid.JOHN KAO-*The Art and Discipline of Business Creativity.*
[282] Vid.PETER DRUCKER-*The Age of Discontinuity*, 1978.

condiciones jurídicas. El estatus no es una relación jurídica, es una síntesis de condiciones sociales. Después de su admisión, el funcionario pasa a pertenecer a una "comunidad necesaria".

No parece que esta idea de "comunidad necesaria" interese a la función pública.Será que la "comunidad necesaria" de un profesor en una Universidad pública o privada, de un médico en un hospital público o privado es diferente? Todas estas "comunidades" son semejantes, ésto es, son comunidades de "trabajo "que cumplen fines de enseñanza, médicos, etc. La cuestión de "especial" es, entonces, diferente.

10. "Especial" significa "regímen jurídico especial" adecuado y exigido para el cumplimiento obligatorio de las "tareas públicas constitucionales y legales" de la función pública.

No se aplica el "régimen especial" de forma automática, según, por ejemplo, la teoría de la "comunidad necesaria"(vd.n°9). Habrá algunas tareas públicas que exijan un régimen jurídico especial, pero otras no lo exigen.El régimen de los médicos en un gran hospital público, puede tener alguna especialidad en el ejercicio de ciertos derechos en comparación con otros médicos de un hospital privado (ejemplo: servicios esenciales más amplios en el período de huelga).Por otro lado, hay otro tipo de personal necesita mayor protección jurídica y económica (ejemplo: protección de los inspectores del ambiente ante las empresas que causan daños ilegales al ambiente, o de los funcionarios que fiscalizan el cumplimiento de las leyes laborales por las empresas).

"Especial" no es la relación, o el poder. "Especial" es el régimen jurídico aplicable a la función, ésto es, un regímen especial de derecho administrativo.

El tipo de actividad concreta de una empresa de seguridad privada es semejante a la actividad de la polícia estatal, pero de ámbito más reducido (en el interior de los inmuebles, etc.).La diferencia no está propiamente en la actividad material desempeñada: seguridad y polícia son conceptos complementarios. Es más importante considerar que la polícia estatal tiene tareas públicas diferentes de las empresas de seguridad privadas. (Ejemplo:defensa del Estado de derecho). Lo principal no es la actividad o el "trabajo" desempeñado. Un ingeniero o un médico

públicos desempeñan actividades o "trabajos" iguales a sus colegas privados. *Las diferencias surgen si las tareas o funciones desempeñadas por el personal estatal son diferentes (función de dirección, función inspectiva, función de control, función de arbitraje, función de polícia, etc.).*Un ingeniero público con funciones de protección ambiental necesita de un "régimen jurídico especial "que lo defienda de presiones ilícitas de los grupos de presión, etc.Un médico con funciones directivas de un hospital público necesita de un "régimen jurídico especial"que lo defienda de presiones ilícitas, por parte de los industriales farmacéuticos, por ejemplo.

11.**Conclusión**

a) La función pública no es una "relación jurídica general" entre Estado y ciudadanos.

b) La función pública es una relación jurídica más especializada entre los órganos públicos y ciudadanos determinados (los empleados públicos).

c) Es una relación más concretizada a través de circunstancias adicionales: el cumplimiento de determinadas tareas públicas.

Esto no significa que de forma automática se acrecienten más deberes o restricciones de los derechos fundamentales. Todo depende de un juicio de conformidad con el cumplimiento de cada tarea pública. En su caso, puede no haber restricción de derechos y, al contrario, se puede dar mayor protección jurídica, o mayor retribución, o mejor estabilidad del empleo(pero, estoy contra los empleos vitalicios...)."El equilibrio se establece, pues, en el punto más bajo posible, en lugar de buscarse en el punto más alto, por ejemplo, pagar más y exigir más "[283]

d) La intensidad de las vinculaciones depende de la peculiaridad e importancia de las tareas públicas a cumplir. De estas tareas, funciones o finalidades de la organización constitucional llamada función pública resultan el sentido y los límites de las vinculaciones del personal necesarias para el cumplimiento eficaz de las tareas y funciones públicas.

---

[283] Vid. ALEJANDRO NIETO-*La Organización del Desgobierno*, Barcelona, 1984, p.112.

e) Las peculiaridades y especialidades del régimen jurídico "especial" de la función pública tienen un límite y punto de orientación lógico:el cumplimiento obligatorio, según las leyes, y eficaz de determinadas tareas públicas.La función pública es una organización en la que se deben cumplir determinadas tareas públicas que le son ajenas, esto es, que no se refieren a los intereses personales de los agentes.

12. Secuencia:

En el capítulo II, hemos dicho *lo que el regímen jurídico de la función pública no era*. Defendimos que la función pública no se presentaba como relación general de sujeción, ni como relación de especial sujeción. Nuestro punto de vista es que el régimen jurídico del personal no debe tener *de jure condendo* un carácter predominante de derecho laboral.

Ahora intentamos investigar *lo que es* o debe ser el régimen jurídico de la función pública, y hemos propuesto el siguiente esquema:

Relación especial de derecho administrativo de la función pública=

=relación jurídica+ procedimiento+especial+derecho administrativo.

A continuación, en la parte final del presente capítulo, vamos a hacer un análisis de este cuarto elemento, ésto es, analizar por qué la relación especial debe ser considerada predominantemente como de "derecho administrativo".

En el último capítulo, vamos a distinguir la "relación especial de sujeción" de la "relación especial de derecho administrativo", y deducir las respectivas consecuencias en algunos puntos esenciales del régimen jurídico de la función pública.

CAPITULO VI
FORMULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

Los derechos funcionariales actuales español y portugués son predominantemente relaciones de derecho administrativo. Vamos a seguir apoyando el punto de vista ya explicado en el cap.III, de que la función pública, *de jure condendo*, en su ámbito esencial, no debe ser un régimen laboral común, ni un régimen laboral especial, ni una relación general o especial de sujeción. Tampoco el régimen funcionarial debe ser predominantemente un sistema de "management " que sustituya, por técnicas de gestión, las reglas de derecho.

Continuamos apoyando el punto de vista de que la relación funcionarial debe ser predominantemente de derecho administrativo. Uno de los sujetos de la relación es siempre la Administración pública. Pero la presencia de la Administración y el sentido de su supremacía jurídica no es suficiente para justificar que la relación funcionarial sea predominantemente de derecho administrativo. Suponemos que no es suficiente considerar a la Administración como el sujeto "fuerte" de esa relación para caracterizar esa "supremacía", al contrario de lo afirmado por LÓPEZ BENÍTEZ. [284]También tiene supremacía el empresario privado, sobre sus empleados según las leyes laborales (ejemplo:poder de dirección, poder disciplinario, etc.).Es dudosa la cuestión de si la supremacía pública es mayor y más extensa que la privada o no. Los poderes del empresario privado están menos vinculados, en la práctica, al principio de legalidad que la Administración pública. Tampoco es suficiente para caracterizar la relación funcionarial como "de derecho administrativo", afirmar que el sentido de la supremacía es la potestad de la Administración de hacer valer sus propias decisiones, aun en contra de la voluntad de los particulares.Eso no caracteriza la relación funcionarial. Esta potestad caracteriza la mayoría de las relaciones administrativas, sean o no funcionariales, en los sistemas influenciados por el derecho francés clásico.Por otro lado, en Inglaterra existe un "Civil Service"

---

[284] Vid. *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales* cit. p.172.

distinto de las relaciones laborales, pero no existe de forma característica aquel"privilegio" de imponer sus propias decisiones aún en contra de la voluntad de los particulares. Tiene razón R.ALESSI al afirmar que el genérico poder de imperio sólo sirve para justificar la supremacía, en general, de la Administración.[285] Pero, pueden existir otras posiciones especiales de supremacía de la Administración, para las cuales no es suficiente la existencia del poder de imperio.

LÓPEZ BENÍTEZ deduce de la presencia de la Administración y de su supremacía una consecuencia importante:la función pública y otras relaciones especiales son relaciones de derecho administrativo.[286]En primer lugar, éste punto de vista no permite diferenciar entre la función pública y las otras relaciones especiales. Tratándose de relaciones especiales diferenciadas, no podrán tener todas el mismo fundamento y justificación.Por otro lado, esta doctrina es precisamente la que nosotros hemos criticado más en esta Tesis.

La presencia de la Administración y de su poder de supremacía son suficientes para caracterizar la función pública como "relación especial de sujeción".En consonancia con su perspectiva, LÓPEZ BENÍTEZ continúa utilizando en su teoría el concepto de "relación especial de sujeción ".Sin embargo, el Estado de Derecho democrático existente en las dos Constituciones democráticas peninsulares (después de varias decenas de años de régimenes autoritarios en que la función pública se comprendía perfectamente bajo el concepto de relación especial de sujeción), la importancia de los derechos fundamentales y de los derechos colectivos (ejemplo: la negociación colectiva no es imaginable en el régimen de "relación especial de sujeción) de los funcionarios convertirán en inaplicables en la actualidad los regímenes de "relación especial de sujeción ".

En la concepción defendida, *no se trata del fundamento formal (presencia de la Administración y supremacía) propio de la "relación especial de sujeción". La "relación especial de derecho administrativo"funcionarial se fundamenta y justifica en un sentido material, y es, antes todo, un "régimen*

---

[285] Vid. *Principi di Diritto Amministrativo*, 4ªed., I, p.286.
[286] Vid. *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales* cit.p.171.

jurídico." Se trata por un lado del cumplimiento obligatorio y eficaz de las tareas públicas fijadas en la Constitución y en las leyes (ejemplo: recaudación de impuestos, protección del ambiente, seguridad social, seguridad del empleo, etc.).*El cumplimiento obligatorio y eficiente de tareas públicas debe ser asegurado,* en general, por personal en régimen no laboral.El origen y la orientación del derecho laboral es la protección jurídica, social y económica del trabajador para compensar a la parte más débil.Al contrario, el régimen del derecho funcionarial, en sentido estricto, debe ser sobre todo adecuado para el cumplimiento de los intereses generales. El funcionario debe ser un profesional interesado en el cumplimiento de tareas públicas obligatorias.*Este interés, esta participación del funcionario en el cumplimiento de las tareas, en el Estado democrático, no se deduce de la "sujeción especial"y de la sencilla presencia de la Administración, sino de otra perspectiva:* respeto de los derechos fundamentales, y de los derechos colectivos, la contractualización de la relación de empleo, política de retribuciones diferenciada según la dificultad de las tareas y la productividad de cada funcionario, control de los resultados, y pérdida del vínculo vitalício automático. La "relación especial de derecho administrativo" funcionarial es también un régimen jurídico material, porque la función pública no consiste en cualquier sistema que pueda desconocer, por ejemplo, los valores de la igualdad en el acceso a las funciones, los criterios del mérito y capacidad, peculiaridades en el ejercicio del derecho de sindicación, las incompatibilidades, y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (Art.103.3 CE. Art.269.1 CP). Estos principios y garantías indicados en el art.103.3 de la CE como obligatorios para la función pública fueron los principios considerados más importantes por el legislador constituyente.Pero las leyes pueden aumentar en extensión el contenido de la "relación especial de derecho administrativo ", ésto es, esta relación puede tener un contenido mínimo o un contenido máximo, según las tareas públicas a cumplir.

Hay varios sistemas posibles, susceptibles de ser seguidos por los derechos peninsulares. Por ejemplo, los sistemas italiano, francés, alemán, inglés, y americano. Entre las varias posibilidades, las leyes española y portuguesa adoptarán un régimen especial de derecho administrativo. *Pero, es posible hacer*

una crítica al régimen positivo vigente que no es perfecto, y proponer otro régimen que supuestamente tenga mayores ventajas que el actualmente adoptado. Se recuerda el grado elevado de insatisfacción que los ciudadanos siguen sintiendo por la función pública en todas las naciones que conocemos, en ese caso será necesario cambiar las cosas. Y nosotros no sabemos cual va a ser la evolución del derecho funcionarial en los próximos años, sobre todo si se piensa en el desarollo de las Comunidades Europeas.Así, se justifica un examen crítico de los sistemas funcionariales más importantes.

Sólo se van a examinar los sistemas positivos compatibles con el Estado de derecho democrático.Es difícil probar que hay sistemas mejores que otros.Todos los sistemas que vamos a examinar son objeto de críticas en suspaíses.Por ejemplo, casi nunca esos sistemas positivos son considerados suficientemente eficientes.

No se trata de hacer un estudio desarollado de derecho comparado. Sólo se van hacer algunas referencias a otros sistemas jurídicos que sirvan para apoyar algunas opiniones de la Tesis.

A) LOS DIFERENTES SISTEMAS POSITIVOS DE FUNCIÓN PÚBLICA SUSCEPTIBLES DE SERVIR DE MODELO.

1. El sistema de privatización de la relación de empleo con las entidades públicas (Italia).

Se verifica en este momento un movimiento de amplia privatización del empleo público en Italia. Pero, la novedad no es total. Antes de la unificación política italiana, el empleo público era considerado privado, y no estaba diferenciado de los restantes empleos. Hoy, la posición a este respecto es semejante: hay privatización, porque se considera que no tiene sentido la clásica separación entre empleo público y privado, que era una construcción propia del Estado de derecho liberal.

La función pública italiana estuvo muy influenciada por las características de su desarollo histórico. La creación del Estado nacional italiano no se dió hasta el siglo pasado. Ha habido muchas luchas políticas cuyos autores

fueron la Iglesia y las potencias europeas. Estas experiencias con fuerzas extranjeras han dificultado la unificación, y han influido en el desarollo del derecho.Esto explica, en parte, que la función pública italiana sea muy numerosa e importante en el mundo laboral, pero nunca ha ocupado una posición social y político-constitucional idéntica a la que ha obtenido en otros países europeos. Antes de la unificación italiana, en la monarquía limitada, había empleo privado en una relación inmediata con el monarca.

Alrededor de 1860, los empleados públicos comienzan a adquirir conciencia de su importancia, y gana fuerza la mentalidad burocrática. Aparecen las primeras leyes sobre empleo público con algunos principios "revolucionarios" para la época:estabilidad del puesto del trabajo, asistencia en la enfermedad, y concesión de la pensión.En este período, el empleo público está en situación de privilegio ante el mundo laboral. Son los trabajadores privados los que reivindican su equiparación a la situación de los empleados públicos. Después, con la negociación colectiva permitida por el régimen corporativo, la situación de los trabajadores privados ha obtenido importantes mejoras. Entonces, son los empleados públicos los que pasan a solicitar equiparación con los empleados laborales. [287]

Aún así, hace un siglo la situación jurídica de los empleados de la Administración era privada. Después, los empleados públicos y privados pasan a reivindicar con alternancia las ventajas de las respectivas situaciones laborales. Fueron razones políticas específicas las que influenciaron el abandono del modelo del Estado patrimonial. Por semejanza en el raciocinio, en la actualidad, también pueden existir razones político-sociales que obligan al abandono del clásico modelo funcionarial de la "relación especial de sujeción". Es esta la lección de la historia y un punto esencial de la Tesis.

Con la llegada del Estado de derecho, del Estatuto Albertino, y de la Ley de 1853, el empleo público se tansforma en un aparejo burocrático impersonal e imparcial. Los funcionarios forman un cuerpo y un "status" propio.Pero, ya en el Estado patrimonial los jueces y los militares tenían una reglamentación diversa de los restantes trabajadores al servicio del monarca.Así, como el Estado liberal tenía

---

[287] Vid.F.BASSI-*Lezioni de Diritto amministrativo*, 1984, p.171ss.

una actividad económica reducida, la función pública estaba sobre todo constituída por funcionarios administrativos con conocimientos legales y capaces de aplicar las leyes. En un primer momento, este personal administrativo tenía un régimen diferente del restante personal auxiliar, técnico, etc. Después, este personal de menor categoría va a presionar en el sentido de obtener las mismas garantías de estabilidad y carrera que el restante personal, y que en su tiempo eran mejores que la situación de los trabajadores privados.

En la actualidad, la situación en Italia ha caminado hacia la laboralización. La situación no es nueva, como dije antes, y no es criticable en general. Responde a situaciones y objetivos político-sociales concretos.El Decreto legislativo de 3 de febrero de 1993 laboralizó a la casi totalidad de los empleados públicos; mantienen el estatuto de derecho público sólo algunos cuerpos especiales y los dirigentes generales y siguen siendo funcionarios de derecho público los Jueces y Magistrados, Fiscales, Abogados y Procuradores del Estado, Militares y Polícia, Diplomáticos a partir de Secretario de Legación y carrera prefectoral desde Viceconsejero de Prefectura. Los dirigentes generales aseguran la gestión administrativa, técnica y financiera, realizan los objetivos fijados por el ministro, y tienen competencia para dictar actos con efectos externos.La laboralización incluye a todo el personal de las Administraciones territoriales, regionales y locales, Entes institucionales, y Administración central. Pueden ejercer funciones de alta dirección funcionarios con cualificación directiva, o personal ajeno a la Administración vinculados por contratos de derecho privado con la duración máxima de cinco años y renovables por una sólo vez.

Informa SILVIA del SAZ que "esta reforma no hace sino reflejar la concepción según la cual no existen rasgos distintivos entre la relación de empleo con la Administración y la relación de empleo privado que expuso M.S.GIANNINI en su conocido Informe, en el que postuló la privatización de las relaciones laborales con el Estado cuando no estuvieran vinculadas al ejercicio del poder público, conservando, como relación estatutaria, las de aquellos a quienes tal ejercicio les estuviera confiado, es decir, los directivos o dirigentes ".[288]

---

[288] Vid. *Contrato Laboral* cit.p.12.

Esta laboralización radical se explica en parte por razones históricas específicas:la falta de un Estado nacional centralizado durante un largo período histórico.Pero, hay otras razones como los déficits públicos exagerados, la crisis económica, la convicción de que la eficiencia podía aumentar con la privatización, la crítica de la opinión pública a la burocracia.

1.1. *Apreciación crítica del sistema italiano.*

!Esta reforma no ha alcanzado hasta ahora grandes resultados !

Comparto, en parte, la idea de M.S.GIANNINI: no se justifican grandes diferencias entre el empleo público y el empleo privado.*Apoyo también el punto de vista de S.CASSESE* [289]: piensa que no es posible distinguir los empleos público y privado en base a los criterios tradicionales de la reglamentación legal unilateral, del concurso de provision, del acto del nombramiento, del grado de subordinación del dependiente público, y de la finalidad de protección del trabajador como parte más débil de la relación.

Sin embargo, las cosas parecen ser demasiado radicales en Italia.Lo mismo ocurre con las opiniones de GIANNINI y CASSESE, que eventualmente podrían ser buenas para Italia, pero poco convenientes para España o Portugal.

La posible diferencia entre empleo público y privado no está sólo en diferencias formales, como las indicadas por CASSESE. La clave de la diferencia es otra: son diferentes las características de las actividades pública y privada, las tareas públicas o funciones ejercidas. Estos aspectos no son sólo formales, también son materiales. *La laboralización italiana fue excesiva, y no fue hecha en conformidad con las tareas desempeñadas predominantemente, en su caso por cada grupo de funcionarios.* M.S.GIANNINI piensa que sólo deben seguir siendo funcionarios aquellos que ejerzan "poder público".Pero, podemos preguntar:hay grandes diferencias entre el poder ejercido por un juez, por un fiscal, por la autoridad policial, o por un funcionario administrativo que decide si existen o no condiciones para conceder pensión a un inválido sin familia, o para dar subsidio de paro a un padre pobre con varios hijos ? No se trata sólo de la existencia del "poder público " que justifica el régimen funcionarial.Puede haber otras actividades

[289] Vid. *Las Bases del Derecho Administrativo*, Madrid, 1994, p.204 ss.

sin el ejercicio del "poder público", donde también se puede justificar el régimen funcionarial. La reforma italiana no aprovecha las ventajas conocidas del régimen funcionarial en extensos sectores. Esas ventajas son la imparcialidad, la objetividad, las incompatibilidades, la defensa del interés general, etc.Se supone que la corrupción, o la defensa de intereses privados será menor en el sistema especial de derecho administrativo creado y proyectado para la defensa de los intereses generales. El régimen laboral no fue organizado según las exigencias de defensa de los intereses generales. El derecho laboral pretende sobre todo el equilíbrio de intereses entre los trabajadores y los empresarios. *La laboralización excesiva puede transformar el sistema en un sentido más favorable a la protección del trabajador que a la defensa de los intereses generales.*CASSESE afirma que en el derecho laboral y en derecho funcionarial existe "una regulación legal motivada por la protección de trabajo subordinado, motivación que es tan intensa en el área pública como en la privada y por lo tanto ha producido resultados similares ".[290]*Al contrario de CASSESE, pensamos que la motivación predominante del derecho funcionarial es el cumplimiento eficiente de tareas públicas obligatorias, y no la protección del trabajo subordinado. Es por eso que defendemos el concepto de función pública, como relación especial de derecho administrativo, y no como relación laboral.*Si no aceptamos esta distinción, sería mejor laboralizar todo el sistema.Pero surge un problema: abundarian los "comisarios políticos" en el servicio público, a causa de la disminución del papel del principio de legalidad en la función pública.

La laboralización, en Italia, ha afectado a gran parte del personal. Las típicas carreras administrativas, que fueron siempre el centro del personal funcionarial, están también incluídas en la laboralización. La pregunta es: para una parte de este personal administrativo no será más conveniente un régimen especial de derecho administrativo ? Algunas carreras administrativas y cargos no desempeñan tareas en las que es conveniente proteger la imparcialidad, la objetividad, etc ?También se introducen desigualdades entre el personal: por qué sólo se distingue al personal a partir del Secretario de Legación o desde el Viceconsejero de Prefectura ?Los dirigentes generales, que están cerca de los

[290] Vid.SILVIA SAZ, *Contrato Laboral* cit.p.13.

cargos políticos siguen en régimen público. El segundo nivel directivo de las subdirecciones generales, jefaturas de servicio y direcciones provinciales fueron laboralizados. ! Hay aquí un cierto elitismo !

La Administración no se forma sólo con dirigentes del primer nivel. Al haber una gran desigualdad entre el primer nivel y los restantes niveles subordinados puede darse un vacío de poder. Los dirigentes pueden tener dificultades, en la práctica, de dirigir a su personal, porque los poderes de dirección laboral son diferentes de los poderes públicos.

Al contrario de SILVIA SAZ, [291] pienso que no existen grandes problemas al no haber reserva total al estatuto funcionarial de las funciones de alta dirección. La entrada de personas ajenas a la Administración, vinculadas por contratos de derecho privado, puede permitir aumentar los criterios de competencia en la función pública, y aumentar la eficiencia de la Administración. Todo depende de las tareas públicas a cumplir por el personal de alta dirección. Por ejemplo, no me parece conveniente la existencia de personal de alta dirección privado en un instituto militar o en la organización policial o fiscal del Estado. Pero, no habrá problemas para que este personal ejerza sus funciones en organizaciones económicas, científicas, técnicas, etc. del Estado. *En un esquema de "relación especial sujeción", que es de derecho público, no sería lógico aceptar personal privado en funciones de alta dirección.En un esquema de "relación especial de derecho administrativo", orientado a las tareas o funciones ejercidas, no habrá problemas en aceptar este punto*, siempre que se trate de una práctica excepcional justificada por la concreta tarea o función desempeñadas.

2. El sistema predominante de derecho público de la relación de empleo con las entidades públicas (Francia).

El sistema francés es un claro ejemplo de la relación entre función pública y la idea del Estado.La función pública no es algo dado *a priori*, antes está influenciada por diferentes elementos político-sociales. En las sociedades en que hay un sentido de superioridad del Estado como "puissance publique", las relaciones entre el Estado y sus funcionarios no son igualitarias.

---

[291] Vid.*Contrato Laboral* cit.p14.

En el inicio del siglo XIX, la función pública francesa estaba dominada por el principio jerárquico.La autoridad de los funcionarios superiores se ejercía sin control y límites sobre los agentes subalternos y sobre los ciudadanos. Los funcionarios subalternos no entraban en los grandes cuerpos y niveles superiores. Había grandes diferencias entre los funcionarios en cuanto a la dignidad social, remuneraciones, etc.Los funcionarios no tenían derecho a la carrera, eran nombrados discrecionalmente por el gobierno. Exceptuados los casos de los jueces y de los militares, no existía derecho a resarcimiento en caso de despido. Este sistema jerárquico, semejante al ejército, exigía disciplina, obediencia, lealtad y conformismo.Era el contrapunto, en el inicio del siglo XIX, al sistema político autoritário, centralizador y absolutista de Napoleón, heredero simultáneo del Antiguo Régimen y de la Revolución.

En el siglo XX, esta concepción de típica "relación especial de sujeción"va a cambiar. La evolución social y la fuerza de las asociaciones de funcionarios van a disminuir la importancia de la obediencia, de la disciplina, y de la remuneración según la jerarquía de los puestos. Tienen influencia en esta evolución el desarollo del parlamentarismo, la descentralización, el aumento del número de los servicios y de los funcionarios que pasan a ser reclutados en todos los grupos sociales. La situación de los funcionarios va a mejorar:aceptación de libertades públicas, libertad de expresión, etc.Con el liberalismo disminuye la influencia política y la disciplina. Se organiza el control jurisdiccional y el procedimiento disciplinario. Disminuye la discrecionalidad en el nombramiento (sistema de concurso).Se reducen los diferentes niveles de remuneración y el desarollo de la carrera pasa de la base al último grado de la jerarquía, excepto en algunos lugares (Ley de 1882).

En esta concepción francesa, en el punto de vista inglés del Civil Service surgido en el siglo XIX por influencia del MACAULY, y en el punto de vista alemán (el funcionario vitalicio ejerce las tareas de soberanía) concurre la idea de la función política y social de la Administración y de su personal. Esta es la concepción europea de función pública que existe en los países donde el poder estatal ocupa un papel importante en la dirección y unificación histórica de las sociedades, y donde el derecho romano tenía influencia.

En el siglo actual, las mentalidades han cambiado, pero en lo fundamental la concepción francesa clásica permanece. El servicio al Estado es diferente del prestado a las empresas, independientemente de la dimensión de éstas. El derecho funcionarial se regula, sobre todo, por la necesidad del funcionamento continuo y eficaz del servicio público, y es diferente del derecho laboral.Hay semejanzas con los restantes trabajadores privados en aspectos como remuneraciones, seguridad social, huelga, sindicatos, etc. Sin embargo, la doctrina francesa sigue diciendo que el funcionario no puede poner en causa el régimen estatutario, que los deberes de los funcionarios son diferentes de los ciudadanos en general, y que para los litigios funcionarios-Administración son competentes los tribunales administrativos.

2.1. *Apreciación del modelo francés.*

*Esta concepción francesa parece ser, en la actualidad, el punto de vista europeo más próximo a la doctrina de la "relación especial de sujeción".*Parece ser uno de los regímenes jurídicos europeos menos abiertos a la idea de las Comunidades Europeas que sólo reservan a los nacionales un restringido número de tareas de soberanía (concepción muy restringida de la función pública diferente de la concepción francesa "universal" de función pública).Es un régimen lógicamente coherente con sus premisas, que tiene aún raíces en el sistema napoleónico.También es un sistema bien adaptado al sentimiento de la mayoría de los franceses hacia su Estado !

Suponemos que tienen razón los autores franceses cuando utilizan los criterios jurisprudenciales del servicio público y de las claúsulas exorbitantes.Este criterio del "servicio público" está próximo al criterio de las "tareas" o "funciones" ejercidas por el personal para decidir la aplicación al personal del régimen funcionarial de derecho administrativo, y que es el criterio principal apoyado en esta Tesis. Se deben apoyar ciertas decisiones del Consejo de Estado que recusan naturaleza administrativa al contrato para puestos de alto nivel en establecimientos públicos administrativos cuya actividad no sea servicio público, en sentido estricto.

No compartimos la opinión de J.GOURDON - J.CABANEL [292] sobre la ausencia de obstáculos jurídicos que prohíban la laboralización de todos los contratados. Pensamos que se debe diferenciar entre los contratados que desempeñan tareas típicas de derecho público y de servicio público (ejemplo:un ingeniero y los otros técnicos del sector de urbanismo y ambiente de un ayuntamiento) y que deben poseer contratos de derecho público, y los contratados que desempeñan tareas económicas, científicas, etc.Para estos últimos se comprende mejor la laboralización, porque no se trata de tareas específicas de servicio público.

No apoyamos el punto de vista del Consejo de Estado de que el Código de Trabajo no se adapta a las necesidades de los servicios públicos, aunque sean industriales o comerciales, y a sus trabajadores no se les aplica el Código laboral. Este es uno de los casos en que se manifesta con claridad *la importancia del criterio propuesto en esta Tesis de la "relación especial de derecho administrativo" vinculado a la idea de las"tareas" o "funciones"públicas ejercidas*. Pensamos que los servicios públicos industriales o comerciales deben permanecer en todos los niveles del personal, desde el más bajo hasta al nivel directivo, en régimen laboral. En principio, la actividad industrial o comercial pública tiene con exactitud las mismas características que esa actividad en manos privadas.*El Consejo de Estado defiende la opinión opuesta, porque aún se apoya en un criterio de "relación especial de sujeción", y no está aún preparado para renunciar al vínculo relación especial de sujeción-servicio público-"enterprises publiques à statut"*. Por eso no comprende que no haya ninguna ventaja en la eficiencia de la Administración en considerar los servicios públicos comerciales desde una óptica distinta a la de los servicios privados que desempeñan tareas semejantes.

3. El sistema dual de función pública (Alemania).

La contratación laboral aparece en Alemania en la Primera Guerra Mundial para reemplazar provisionalmente a los funcionarios llamados a filas o para desempeñar actividades relacionadas con el esfuerzo de guerra.Entre los años

---

[292] Vid.*Les Contractuels*, 1991, p.92ss.-cit.por SILVIA SAZ-*Contrato Laboral* cit.p.14, 15.

1969 y 1973, la Comisión nombrada por el gobierno social-liberal pretendía terminar con la distinción entre funcionarios y empleados públicos.Pero, esta propuesta de unificación del régimen jurídico de todo el personal público no obtuvo aprobación. El sistema dualista no es considerado perjudicial para la eficiencia del sistema. De otro modo, se habrían aprovechado las ideas de la Comisión para la reforma de la función pública (de 1973) para unificar los dos regímenes.

Hay una relación de servicio de derecho privado de los "empleados" y "trabajadores" que forman la mayoría del personal, y una relación de servicio de derecho público de los "Beamten". La posición intermedia está ocupada por personal de la seguridad social. Aún no se ha abandonado completamente la teoría de la relación especial de sujeción, ligada al punto de vista de O.MAYER y a la teoría de LABAND y JELLINEK de la impermabilidad de la persona jurídica estatal.*En este momento, la concepción de la relación especial de sujeción es más fuerte en Francia que en Alemania. En este país, las cosas han cambiado mucho en el sentido de la laboralización y democratización de la función pública.*

El régimen de la Grundgesetz es la segunda experiencia de liberalización de la función pública alemana, y es una etapa importante.Pero, hay tres períodos anteriores tan o más importantes que el período post - 1945: el período de FREDERICO-GUILLERME I de Prusia, la Codificación prusiana de 1794, y la República de WEIMAR. Las cosas realmente importantes sucedieron en estos tres períodos. La situación presente consiste en una evolución del régimen de WEIMAR, y no en una "revolución" del sistema clásico.

Cuando Frederico-Guillerme I subió al trono en 1713, encontró un Estado organizado.Este sistema se podía caracterizar como una relación especial de sujeción " moderna".El rey tenía el derecho de nombramiento de los funcionarios administrativos.La burguesía se convirtió en mayoritaria en todas las administraciones públicas.Se nombraron muchos militares para altos cargos administrativos, y también algunos profesores universitarios.Los funcionarios debían estudiar derecho, camarelismo y hacienda pública.Los candidatos hacían un período preparatorio no remunerado antes de la entrada definitiva al servicio

público. La función pública pasó a ser una carrera vitalicia. Todos los empleados debían poseer una instrucción elemental.El Rey centró su atención en la administración, como base del Estado, y que desempeñaba, en la orden interna, el papel del ejército en la orden externa. La justicia tenía un papel más relativo.Los funcionarios judiciales, abogados y auxiliares de justicia debían haber estudiado en una universidad prusiana y haber hecho un examen. La moralidad de estos funcionarios era superior a la del resto de los funcionarios alemanes y superior a la de los funcionarios franceses.Se establecieron reglamentos especiales para cada función, el pago en efectivo, el juramento, informaciones periódicas sobre el grado de cumplimiento de las tareas, el secreto profesional, el deber de residencia, la prohibición de ausencias sin permiso, la responsabilidad individual de todos los funcionarios compartida con la responsabilidad de los superiores jerárquicos, el deber de buena conduta ante los ciudadanos. Como se vé, todos éstos son aspectos de una función pública moderna.

Sin embargo, hay otros aspectos que estaban muy vinculados al concepto de" relación especial de sujeción ".No había auténticos derechos, eran sólo expectativas.No se admitía sentencia ejecutiva contra el rey.No había seguridad en cuanto a la remuneración, fijada cada año por el rey, conforme el estado de las finanzas públicas, pero de hecho el funcionario era siempre pagado. No había pensiones, y el rey podía fijar pagos anuales, pero después podían ser revocadas. El rey no utilizaba el poder de dimisión de forma arbitraria. El funcionario sabía que sólo sería dimitido por razones motivadas y mediante procedimiento administrativo.[293] Estos aspectos a los que nos referimos: concepto de derecho subjetivo inexistente, protección jurisdiccional incompleta, remuneración incierta, falta de seguridad social - son características fundamentales del concepto de "relación especial de sujeción".Por eso consideramos la función pública de FREDERICO-GUILLERME I como una relación especial de sujeción "moderna".

Esta situación jurídica será perfeccionada en la codificación prusiana de 1794. Por primera vez, en Alemania, se regula por ley general la situación de los funcionarios, que ya no son servidores privados del príncipe. Son agentes

[293] Vid.KAMMERER, A.-*La Fonction Publique en Allemagne*, Paris, 1899, p.32ss, 38ss.

ejecutivos de la persona abstracta - Estado. Los funcionarios administrativos no serán transferidos o cesados sin un procedimiento ante el Consejo de Estado. La "Hauptlandspragmatik" de Baviera, en ciertos aspectos está más avanzada que la codificación prusiana, y fija pensiones para los funcionarios jubilados, y para los huérfanos hijos de funcionarios.El fin de la monarquía produjo una crisis de conciencia de la función pública y del ejército, cuyos miembros habían jurado fidelidad al emperador.[294]

El sistema funcionarial de la Grundgesetz es sobre todo un perfeccionamento o una evolución del derecho de WEIMAR.No se trata de una transformación radical.La República busca defenderse de los funcionarios considerados como cuerpo despegado de la democracia, esto es de las prerrogativas de los funcionarios como un cuerpo. Al contrario de la costumbre del Imperio, no se reservaba a los funcionarios profesionales el ejercicio de las tareas esenciales del Estado.En este aspecto, la Grundgesetz es más conservadora que la Constitución de WEIMAR, porque confía a los "Beamten"el desempeño de los puestos que supongan el ejercicio de autoridad pública.

El régimen de WEIMAR procura integrar a los funcionarios en la "ciudad" política.Se desarrollan los derechos individuales políticos y estatutarios del funcionario, pero se limitan las prerrogativas de la función pública como un cuerpo.La irrevocabilidad del nombramiento no se deducía de la fidelidad, y si de garantías jurídicas y de protección contra sanciones disciplinarias ilegales. Los ministros no eran funcionarios.El Gobierno podía dispensar, por conveniencia, a los funcionarios incluidos en los dos niveles de remuneraciones más altos. Se protegía al funcionario de por vida contra la dimisión no autorizada por ley.El proceso jurisdiccional admitía recurso.Los tribunales ordinarios juzgaban las cuestiones pecuniarias.El carácter apolítico anterior de la función pública disminuyó. Se garantizó la libertad de opinión y de actividad política del funcionario. El ejercicio del mandato parlamentario no provocaba la pérdida de la cualidad del agente público.El primer estatuto general de la función pública

---

[294] Sobre el Estado burocrático prusiano vid.ALEJANDRO NIETO-*La Burocracia*, 1976, p.160 ss.

alemana es de 1937, está más desarollado y es más completo que el estatuto francés de 1946. [295]

El régimen de la Grundgesetz es la segunda experiencia de liberalización de la función pública.Hay funcionarios de carrera regulados según los principios tradicionales de la función pública.El art.33 de la GG reserva a los "funcionarios" el ejercicio de las prerrogativas de poder público.Los "empleados" y los "trabajadores" se vinculan a la Administración por una relación laboral definida por convenios colectivos firmados con los sindicatos.

3.1 *Apreciación del sistema alemán.*

El sistema dualista alemán parece estar mejor adaptado para el cumplimiento de las "tareas" administrativas, que son tan diversificadas, que el sistema francés predominantemente de derecho público. Por esta razón también el sistema alemán debe tener mayor flexibilidad que el francés. El derecho laboral debe y puede ser más flexible que el derecho estatutario público.Se ha abandonado la idea de unificación del régimen jurídico de todo el personal de la Administración. Las dificultades de gestión de un cuerpo tan numeroso, en el supuesto de unificación, serían mayores que la gestión del personal en el actual sistema dualista.

Las ventajas del sistema alemán son conocidas: funciona bien y es eficiente. Los ciudadanos tienen en estima a su administración y a los funcionarios. El "Offentlicher Dienst" desempeñó un papel importante en la unificación de las dos Alemanias, y fue uno de los primeros servicios europeos en permitir la entrada en sus filas de ciudadanos comunitarios.

Sin embargo, no todas las cosas son buenas.*El sistema alemán no se adapta bien a la tendencia de privatización de algunos servicios.* Por ejemplo, la privatización del Servicio de Correos y Telégrafos fue difícil. La reserva al régimen estatutario de las funciones públicas en la práctica funcionó como un límite a la política de privatización de importantes sectores.No es lógico que la Ley de 30 de Agosto de 1994, que privatiza el servicio de Correos y Telégrafos,

[295] Vid. A.KOENIG-*La Fonction Publique de la RFA*, 1962, ps. 13-15.

mantenga el régimen jurídico público del personal, después de la privatización.Una empresa privatizada no debe tener personal en régimen de derecho público.

! Hay una contradicción !

*Por otro lado, no fue saneada la parcial desorganización en cuanto al ejercicio de las funciones por los "funcionarios" y por los "empleados".*El insuficiente respeto del art.33.4 GG (reserva de las funciones de autoridad a los funcionarios) es la causa de esta confusión de funciones.Por un lado, las funciones de autoridad o soberanía pueden ser ejercidas de forma excepcional o temporal por no-funcionarios en régimen laboral. Por otro lado, los funcionarios pueden desempeñar tareas no soberanas, ni permanentes que son propias de los empleados laborales.[296]

También permanece la tensión entre el derecho funcionarial y el derecho laboral, que es una cierta fuente de desigualdad entre personal que cumple por veces tareas semejantes.U.BATTIS [297] *considera que el derecho de los empleados laborales no es más progresivo que el "Beamtenrecht", y llama al BAT(Bundes-Angestelltentarifvertrag) una ! peste ! Pensamos que la opinión de BATTIS tiene cierta razón.*De hecho, las dificultades de gestión del personal, derecho de representación del personal, etc. siguen estando presentes, esto es, el régimen del BAT no es más adecuado a una gestión flexible que el régimen estatutario público de los "Beamten". El derecho laboral no ha introducido la flexibilidad pretendida !

4. El sistema inglés descentralizado, de carrera, y con técnicas de management.

La tarea principal de la función pública inlesa, en el inicio, era auxiliar a los ministros de la Corona en el cumplimiento de las obligaciones públicas y parlamentarias.Los ministros escogían sus propios funcionarios y organizaban el trabajo según su criterio personal.La administración se ha complicado y ha crecido el número de los funcionarios. Aparecieron críticas contra el "patronage" y los

---

[296] Vid.U.BATTIS-*Bundesbeamtengesetz*, 1980, s.31.

[297] Vid.*Modernisierungsanforderungen an das Offentliche Dienstrecht*, s.67.

privilegios, y se ha pasado a un sistema más centralizado y controlado.La moderna función pública se ha desarollado a partir de 1854 con la publicación del Informe NORTHCOTE-TREVELYAN:el acceso a la función pública debe ser por examen, y no por "Patronage", y bajo la competencia de una comisión central de reclutamiento independiente.Debe existir separación entre trabajo intelectual y manual.Los funcionarios son reclutados para tareas concretas.El ascenso en la carrera debía considerar el trabajo prestado.

El sistema clásico inglés fue sometido a duras pruebas después del fracaso de la guerra de Crimea y de los problemas complejos de la administración colonial en India.[298] Era necesaria, en Inglaterra, una mayor eficacia del personal, que era considerado, en la época, menos interesado y preparado que la burocracia prusiana y francesa.

En la actualidad, las cosas han cambiado mucho en relación al modelo clásico. La causa, ahora es sobre todo de orden presupuestaria y del creciente déficit público. Vamos a indicar algunas características importantes que permiten distinguir el Civil Service de las otras funciones públicas europeas.

a) Es un sistema de carrera.

Se distingue en este aspecto del sistema norte-americano que no es de carrera.El Comité NOLAN supone que la carrera es un elemento que sostiene la moral de la función pública."Las organizaciones bien motivadas y con confianza en sí mismas encuentran mucho más fácil mantener buenos standards de conducta entre sus empleados". La seguridad en el empleo y la existencia de carrera aumentan la motivación del personal.La existencia de carrera defiende la neutralidad política del Civil Service contra la politización excesiva.Pero, el Civil Service "no está interesado en oferecer una carrera de por vida a todo el mundo".[299]

b) Es un sistema descentralizado.

---

[298] Vid.SANCHEZ MORÓN-*Derecho de la Función Pública* cit.p.30; PALOMAR OLMEDA-*Derecho de la Función Pública* cit.p.133.

[299] Vid.J.ANGEL-PASTOR-CARAMÉS-*La Regeneraciónn de la Administración Pública en Gran Bretaña*, 1996, p.102.

El derecho inglés, no ha conocido el "service publique", en el sentido de los franceses y alemanes, ni tiene un sistema de derecho público semejante.[300] Los servicios son separados en el plan institucional, cada uno con su sistema de reclutamiento, remuneración y condiciones de empleo. El personal del Civil Service, el personal de la Administración Local, del Servicio Sanitario, los 42 Servicios regionales de Polícia son entidades diferenciadas.La gran variedad de las instituciones y órganos públicos produce una multiplicidad de formas de empleo público. Los sistemas español y portugués son mucho más centralizados y uniformes que el sistema inglés.

c) Sigue existiendo neutralidad política.

Hay una nítida separación entre el ámbito político y el ámbito administrativo y de management. Es el punto de vista inglés de la forma de gobierno representativo el que justifica la neutralidad política de los funcionarios. La exigencia de neutralidad política es más fuerte en el régimen parlamentario inglés que en España y Portugal, que son regímenes con menor influencia del sistema parlamentario.

d) Es un sistema que tiene una gran especialización de tareas y competencias.

La especialización de funciones es acompañada por la multiplicidad organizatoria.No hay gran preocupación sobre la uniformidad del sistema. [301]

e) No hay separación nítida entre derecho público y derecho privado, al contrario de los derechos español y portugués.

Es difícil describir una línea de separación entre el derecho público y el derecho privado.El ámbito de aplicación del derecho público no está definido por la ley, o por principios jurídicos generales, y sí por las decisiones de los tribunales en los casos concretos. No hay un ámbito especial llamado "Estado", donde domina el derecho público.

f) La reglamentación no tiene un carácter predominantemente legal, al contrario de los derechos español y portugués.

---

[300] Vid. C.HOOD-"Rev. Française Administration Publique" nº70, 1994, p.295.

[301] Vid. N. JOHNSON, s.407ss-*Das Recht des Offentlichen Dienstes in den Mitgliedenstaaten der Europaischen Gemeinschaft*-Hrsg. S.MAGIERA, H.SIEDENTOPF, 1994.

El Código de Conducta contiene los principios generales, pero los Ministerios y las Agencias pueden producir reglamentaciones complementarias sobre la conducta de los funcionarios, que forman parte del contrato de empleo. El sistema actual se basa en un "uso" consolidadado y no en "Act" del Parlamento.La prerrogativa real significa que la administración puede contratar personal sin una autorización legislativa especial.Hay falta de reglamentación, sobre todo para asegurar el cumplimiento de las normas de conducta vigentes. La competencia para establecer las condiciones de empleo pertenece a la prerrogativa real. La reglamentación no tiene en general base legal, ni se refiere a un ámbito especial de derecho público. Cada sector tiene su reglamentación interna de derechos, deberes y condiciones de empleo. La Order in Council que respeta al Civil Service no se fundamenta en la ley, es expresión del poder de la Corona. El procedimiento disciplinario tiene un carácter de reglamentación interna. El propio principio de la soberanía legislativa del Parlamento se fundamenta en una decisión judicial.

g) La remuneración.

La política actual pretende sustituir el sistema tradicional de estructura rígida y unitaria a favor de un sistema de remuneración condicionado para el rendimiento o resultado de las prestaciones de los funcionarios.

h) La posición jurídica del personal es semejante a la de los empleados privados.

En este aspecto, existe una semejanza con el personal de la administración norteamericana.De modo diverso, en España y Portugal siempre existirán profundas diferencias entre el personal de las administraciones públicas y el personal de las empresas privadas. Existe una relación contractual con el personal público semejante a de los empleados privados, y se debe aplicar en muchos aspectos el derecho laboral general.

i) Es un sistema contractual.

Este es una de las más importantes diferencias con los sistemas estatutarios español y portugués.Es común el punto de vista de que una ley del Parlamento podría significar el fin de la Prerrogativa, entendida como el poder de la Administración de contratar personal sin una autoridad legislativa especial. Una ley especial sobre condiciones de contratación de los funcionarios no puede

impedir el entendimiento de que las bases del empleo de los funcionarios son contractuales. El derecho laboral general, que está compuesto principalmente por leyes, se aplica a las relaciones de empleo público y privado, con excepción de aspectos relacionados con la policía y fuerzas de seguridad.

j) Gran influencia de las técnicas de "management" propias de las empresas privadas.

Las "agencies" son una tentativa de incrementar la eficiencia. Muchas prestaciones públicas consisten en "bienes" con precio en el mercado. Los métodos de "management" del sector privado pueden aplicarse con éxito al sector público. No es prioritario, en este sector, la actividad de consejo jurídico y administrativo a los ministros o la regularidad formal de los procedimientos. A los "clientes" de la administración les interesa más la eficiencia. La actividad administrativa es una actividad que puede tener un precio más alto o más bajo, pero que es siempre pagado por los contribuyentes.

k) Apreciación crítica de la concepción inglesa.

k)1. Vamos a hablar de algunas características que suponemos que son ventajas del sistema inglés en comparación con otros sistemas.

En primer lugar, *el principio de igualdad.* Los empleados públicos no se distinguen cualitativamente de los otros empleados. El derecho laboral general se aplica a las relaciones de empleo privadas o públicas.

En segundo lugar, *la flexibilidad.*En principio, cualquier entidad pública puede, según preceptos jurídicos especiales, contratar el personal bajo la forma que más convenga.En este aspecto, la entidad pública se equipara a las empresas.

En tercer lugar, *la neutralidad política.* El Civil Service es aún un ejemplo de una administración según los valores de la neutralidad política y de la imparcialidad que permite el servicio profesional.El número de "funcionarios políticos" era en los años 70 cerca de 40 para todo el Gobierno. Es un número que no se puede considerar excesivo.

En cuarto lugar, *el sistema de remuneración* es actual.El sistema apunta más a la remuneración según las prestaciones, y no a una estructura unitaria y rígida.En los últimos años, el Gobierno establece grandes diferenciaciones según los grados y la cualidad de las prestaciones. Así se puede incrementar la eficiencia.

No está probado que el Civil Service sea la principal causa de los déficits presupuestarios. Lo mismo ocurre después de las privatizaciones y contratractualizaciones y con la gran reducción de efectivos del personal, los gastos públicos han continuado su progresión. Los gastos públicos del Civil Service se han estabilizado. Hay racionalización en los costes, pero no hay pruebas seguras de que haya un Estado más eficaz.

k)2.Sin embargo, *el sistema inglés tiene también desvantajas o dificultades.*

La reforma del Civil Service debería realizarse a través de una Ley del Parlamento(Act) para que se pueda obtener una estabilidad necesaria y la uniformidad del personal.De otra forma, esa reforma podrá ser abandonada por los sucesivos Gobiernos. El sistema actual basado en el "uso" y en intereses establecidos no permite introducir alteraciones substanciales al sistema.

La falta de legislación disminuye la posibilidad de aumentar la coherencia lógica del sistema y *dificulta la seguridad jurídica del personal*, por ejemplo, en materia disciplinaria. El único aspecto principal de la relación de empleo, objeto de auténtica legislación es la pensión de jubilación. No hay un verdadero código en materia disciplinaria que fije automáticamente las sanciones en las diferentes situaciones. El procedimiento disciplinario es una cosa de naturaleza interna al servicio, y no tiene el carácter estatutario y externo que caracterizan el derecho español y portugués. Hay falta de legislación en otros sectores como en el de la huelga. Según el derecho común, no habría protección suficiente para el personal público si hicieran huelga.En la práctica, los funcionarios pueden hacer huelga de forma semejante al personal laboral, pero sin reglamentación legal expresa.El ejercicio de un derecho tan importante como la huelga debería obtener mayor atención de la ley del Parlamento. En ciertos aspectos más importantes o sensibles, la competencia de la ley debería apartar el papel de la competencia de prerrogativa del ejecutivo.

Comprendemos las preocupaciones del Comite NOLAN. Le preocupa mantener la moral de la función pública, y para eso defiende que las "organizaciones bien motivadas y con confianza en sí mismas encuentran mucho más fácil mantener buenos *standards* de conducta entre sus empleados ". " Esa

motivación se verá favorecida por la seguridad en el empleo, por las posibilidades de carrera y por los esfuerzos de erradicar la arbitrariedad en la administración". [302] *Sólo coincido en la importancia de la "seguridad en el empleo", en la condición de dar mucha atención al resultado de las prestaciones, y a la competencia y cualidad de los dirigentes y de los agentes singulares. De otro modo, la "seguridad en el empleo" no sirve para aumentar la "motivación"* de los agentes.

Una dificultad razonable es la *delegación que hace el Código de Conducta en* los Ministerios y Agencias para la determinación de los principios generales de conducta que ese Código recoge.Esta descentralización va a producir gran heterogeneidad de reglamentación. El Cabinet Office, que es la instancia unificadora para estas regulaciones múltiples, tiene un papel muy difícil. Es un poco contradictorio, que por un lado se hable de descentralización como virtud, para después reconocer que hay necesidad de establecer una instancia unificadora del sistema.

La introducción de la remuneración según los resultados ha producido un cierto *"tumulto" en la cultura administrativa del personal.* Puede haber una pérdida de la cultura específica del "Civil service". Los reformadores del "Next Steps" se han olvidado un poco del carácter administrativo, y no empresarial, del Civil Service.Los autores hablan de "déculturation" y de "quasi-anomie"en relación a la presente situación del personal.[303].

*La quiebra de la unidad del Civil Service*_produce dificultades.Para el Gobierno lo importante es alcanzar un Civil Service unificado, pero no totalmente uniforme.Sin embargo, pretender alcanzar esa unificación a través de los valores esenciales del Civil Service, nos parece insuficiente. Son más importantes las medidas organizatorias concretas.

El Comité NOLAN reconoce que la falta de regulación es casi total, y que *tan los medios para asegurar el cumplimiento de las normas de conducta fal vigentes.* Los Códigos de Conducta, para ser cumplidos, deben contener los instrumentos necesarios para su ejecución. De otro modo sólo tendremos códigos

---

[302] Vid.J.ANGEL, F.PASTOR, J.CARAMÉS-*La Regeneración* cit.p.101.
[303] Vid. P.KERAUDREN-"RISA", 1, 1994, p.42

"éticos", y no códigos jurídicos. *Para nosotros, la función pública no debe ser una relación "ética", y sí una relación de "derecho administrativo".*

k)3. Resumen

Estas son algunas características del actual sistema funcionarial británico. *A esta tesis le interesan, sobre todo, los siguientes aspectos, que en gran medida apoyamos*:

En primer lugar, *la flexibilidad del sistema.*

En segundo lugar, *la influencia del management*, que en Inglaterra fue incluso mayor que en Estados Unidos.

Hay también otros puntos que están siempre presentes en esta Tesis, y que apoyamos: *la base contractual del empleo público.*

La ausencia de diferencias profundas entre el empleo público y privado. No hay fundamento racional para la existencia de un modelo burocrático clásico para buena parte del personal de las administraciones, ni tampoco para el derecho a la huelga muy diferenciado de la huelga en el sector laboral.

Por fin *la especialización de las tareas y competencias.* Siempre hemos dicho que son las "tareas o funciones"las que pueden exigir o no la "relación especial funcionarial de derecho administrativo ". *La función pública no debe ser un régimen estatutario unitario y en principio igual en todos los casos, independientemente de la cualidad de las tareas, como defiende el punto de vista de la "relación especial de sujeción".La especialidad de regímenes según las tareas es admitida por el punto de vista apoyado en esta Tesis de la "relación especial de derecho administrativo", pero no puede ser apoyada por la teoría de la "relación especial de sujeción", que parte sobre todo de la cualidad del sujeto público.* Si el sujeto público es siempre el mismo, para qué establecer diferenciaciones ? Entonces, la eficiencia y la buena cualidad de las prestaciones pueden disminuir. *La actual crisis política y social del Estado de tipo "burocrático-francés" exige un sistema de función pública que se parece menos al modelo clásico de la"relación especial de sujeción", y más a una "relación especial de derecho administrativo" adecuada a las "tareas o funciones". Suponemos que este modelo es más eficiente.*

La existencia de carrera es importante, porque la administración cada vez más compleja, necesita de verdaderos profesionales.*Pero, esta carrera no debe significar un empleo de por vida, esto es, automáticamente vitalicio.Los mejores profesionales deben tener un ascenso más rápido en la carrera, o al menos poseer alguna remuneración complementaria.*Estos son puntos de vista muy importantes para nuestra tesis, y que están presentes de cierta manera en la concepción inglesa.

5. La función pública norteamericana es un sistema de empleo, contractual y próximo a la sociedad civil.

a) Fundamentos históricos de la función pública americana.

La función pública norteamericana se diferencia del sistema inglés porque no es un sistema de carrera, ni un sistema elitista como fue el Civil Service. *También se diferencia del sistema francés o continental-europeo* porque está mucho más próximo a la sociedad que el modelo estatal y de "relación especial de sujeción" francés.

Factores históricos determinados han condicionado la función pública norteamericana. De distinto modo que en otros Estados modernos, el sistema de gobierno americano no tiene una gran tradición histórica. Los Estados Unidos alcanzan su independencia antes del desarollo de una estructura funcionarial firme. La base de la burocracia americana es una sociedad igualitaria relacionada con el espíritu pionero de la "frontier society ". Las formas modernas de la función pública referidas al sistema del mérito se basan en una reacción contra los abusos del "patronage" y del "spoils system". La función pública se desarolla en un periodo de crecimiento económico continuado. La administración pública se ha adaptado a las nuevas tecnologías, a la progresiva división del trabajo y a la especialización.Hay una gran movilidad social y geográfica de la población. Se ha mantenido la tendencia a impedir la formación de un cuerpo de funcionarios vitalicios separado de la sociedad. Predomina la formación práctica y se olvida la formación cultural, literaria o juridica de la función pública. Pero los juristas desempeñan un papel importante en los cargos directivos de los ministerios. La organización sindical no es muy amplia. Otras características que se pueden

apuntar son: la multiplicidad de las instancias decisorias semi-autónomas, la desconfianza del legislativo en cualquier forma de burocracia, la descentralización, que en parte resulta de la gran extensión territorial, y la importancia de las cuestiones del "management" y de las ciencias sociales.[304]

b) Características del modelo americano.

b)1. Es un sistema de empleo y de contratación.

Es un sistema próximo al de las empresas privadas.El personal es nombrado para desempeñar un cargo determinado, y no para ejercer una carrera vitalicia. Como en las empresas privadas se contrata al personal para ejercer las actividades concretas necesarias para la actividad de la empresa o servicio.Si el funcionario pierde el cargo que ocupa, cesa su condición de empleado público. Los empleados pueden ser despedidos por razones funcionales. Ellos no tienen derecho al cargo o a la permanencia en funciones. Es normal que el funcionario cambie de puesto, a lo largo de su vida profesional, entre el sector público y las empresas privadas.[305]

b)2. Es un sistema de "responsiveness".

El funcionario francés y continental(español, portugués, etc.) resulta del desarollo del absolutismo, y se relaciona con la persona del Estado y el ejercicio de autoridad.[306]

El funcionario americano nació con el Estado de Derecho, y *no recibe influencia del punto de vista de la "relación especial de sujeción"*.La democracia americana se fundamenta en el pueblo, y no en el Estado. La función pública americana no está aislada de la sociedad y debe adaptarse a las cambiantes necesidades sociales y políticas. La concepción del funcionario americano, tal como la de su administración, es democrática e igualitaria.El funcionario no ejerce, en sentido proprio, la autoridad del Estado, porque refleja más la idea de "trustee", o representante sujeto al control de los ciudadanos. El grupo actua a

---

[304] Vid *Studien Kom.R.O.Dienstrecht*, cit.bd.1, 289ss.M.S. GIANNINI-*Impiego Pubblico*-"Enc.del Diritto", cit. p.294.

[305] Vid. SANCHEZ MORÓN -*Derecho de la Función Pública* cit. p.31-32.

[306] Vid.CRUZ FERRER-*La Función Pública Superior en Estados-Unidos*, 1984, p.74ss.

través de personas físicas, y no como tal. No existe Estado como persona jurídica que actua por medio de órganos. El funcionario no está en relación especial de sujeción con el órgano. El funcionario es un ciudadano como otro cualquiera que actua por delegación del pueblo, entendido como conjunto de ciudadanos concretos.

Esta tesis tiene influencias del modelo americano, que al contrario del modelo inglés, no comparte la idea de la "relación especial de sujeción". Nosotros también deseamos apartar definitivamente la idea de la "relación especial de sujeción" funcionarial.La diferencia, como veremos adelante, de esta Tesis con la concepción americana, es que consideramos que el "Civil Service" no debe tener un régimen y práctica semejantes a las empresas privadas. El personal público es un conjunto de profesionales que deben actuar según los intereses públicos, y no según criterios empresariales o lucrativos. Por otro lado, *en el "Civil Service" no cuenta sólo la eficiencia, también es importante el Estado de Derecho,* los derechos fundamentales, el principio democrático, y la referencia al Estado.

c) Ventajas y críticas al sistema americano.

c)1. Las ventajas

La primera ventaja es el entendimiento del funcionario sin "relación especial sujeción", como delegado del pueblo. Está presente una concepción democrática e igualitaria del poder.

Otra ventaja que es también recibida y apoyada en esta tesis, es la importancia que se da a la función o al empleo ejercido por el funcionario. Esto es más importante que aplicar a la función pública un estatuto, de forma automática y sin diferenciación de las diversas tareas o funciones.

c)2. Las críticas.

En primer lugar, el Servicio Ejecutivo Superior no está suficientemente desarrollado. Es poco extenso para las necesidades. Por otro lado, los nombramientos de ejecutivos que no lo son de carrera posibilitan el acceso del personal de designación política, y no a causa del mérito, cuyo reclutamiento es facultad discrecional del director de cada agencia. La influencia del partido mayoritario en las elecciones puede incidir de este modo.

Sin embargo, se pueden hacer otras consideraciones críticas.Aún nadie ha probado que es más conveniente y eficiente la equiparación del sistema de gestión pública a la gestión de las empresas privadas. Los norteamericanos defienden bastante esta equiparación. *En esta tesis, seguimos convencidos de la especificidad de algunas de las más importantes tareas administrativas.*También sabemos que las grandes empresas europeas buscan siempre grandes apoyos estatales o beneficios fiscales antes de hacer inversiones en nuevos proyectos, esto es, el punto de vista que defiende que la gestión privada es siempre más eficiente que la gestión pública no tiene comprobación absoluta.

Las reglas estatutarias no se incluyen en un texto único, y sí están divididas por sectores de gestión. Existe una gran variedad de regímenes jurídicos, lo que produce dificultades en la gestión. Las garantías en el cargo son menores que en régimen de derecho administrativo. El simple licenciamento puede no dar lugar a indemnización, hecho que es motivo de gran inseguridad personal.

Pero, lo más importante, es lo que sigue: *Suponemos que el sistema norteamericano cambió su vía inicial en el sentido de apoyar en cierto modo a la concepción europea-continental,* en los siguientes puntos:

c)2.1. La existencia de nombramientos de carrera es opuesta al punto de vista inicial de la relación de empleo. El nombramiento de carrera es usual para el funcionario que entra en el SES(Servicio Ejecutivo Superior). Los funcionarios así nombrados sólo podrán ser cesados de su puesto por una causa justificada y están protegidos contra los abusos de poder.

c)2.2. El establecimiento del SES se destina a asegurar algunos principios y necesidades que estuvieron siempre presentes en la función pública continental-europea: la continuidad en la prestación de servicios y la neutralidad política de la administración. Esta idea de "continuidad" de la prestación del servicio estuvo siempre presente en la teoría francesa del "service public". La garantía de la neutralidad política de la Administración es un importante criterio, por ejemplo, del derecho funcionarial alemán.

c)2.3. La función pública superior pretende la defensa del interés público, que es independiente de la mayoría que domina el Congreso o el Ejecutivo. El funcionario superior no depende de la voluntad de sus superiores

políticos para conservar su puesto. Ocurre lo mismo con la concepción europea de la función pública como relación estatutaria.

c) 2.4. La existencia del SES exigió la creación de nuevas normas, diferentes del derecho común, adecuadas a los fines especificos del SES, y que deben ser respetados por el propio Ejecutivo. El SES necesita de algunas normas especiales que garanticen el sistema de méritos, los abusos del poder, etc. Esto es también lo que se defiende en esta Tesis con la "relación especial de derecho administrativo" funcionarial: la función pública, en sentido estricto, cumple algunas tareas públicas que exigen la relación especial de derecho administrativo distinta de la relación laboral general.

Podemos decir que hay una influencia recíproca en la actualidad, de los dos grandes modelos, que podrán condicionar el desarollo de los sistemas español y portugués, ésto es, el modelo de carrera continental-europeo y el modelo americano de empleo. El propio sistema americano admite que para el funcionamento del SES es necesaria la existencia de normas propias específicas diferentes del derecho común. Con la reserva de ciertos puestos a los funcionarios de carrera se confiere un cierto papel a la burocracia frente al Presidente y a los partidos políticos.[307]

d) El "Reinventing Government "

d)1. Esta concepción no tiene una única fuente de inspiración. Incluye en los últimos 10 o 15 años estudios teóricos y prácticos relativos a la administración pública en varias partes del mundo.Estuvo muy influenciada por autores conocidos del "public choice" como M.OLSON, E.S.SAVAS, GORDON TULLOCK, y WILLIAN NISKANEN. Muchos de estos autores estuvieron influenciados por su experiencia en el sector privado.[308] El punto de vista principal del "managerialism" afirma que sus principios se pueden aplicar al sector público o al sector privado. El "Reinventing Government" proclama el fin de la burocracia, defiende la innovación empresarial, y el mayor poder de los "clientes" y de los individuos.

d)2. Apreciación crítica al "managerialism".

---

[307] Vid. CRUZ FERRER, cit. p. 152.

[308] Vid. JOHN M. KAMENSKY –"Public Administration Review", may 1966, v.56, nº3, p.251.

El Vice-Presidente GORE ha apoyado bastante este punto de vista managerial, pero ha reclutado su "staff " de funcionarios de carrera en el Civil Service. Esto significa que continua existiendo alguna confianza en los burócratas americanos !

Hay puntos comunes al "New Public Management" y al "Public Choice". Se presupone que todo el comportamiento humano está dominado por los propios intereses. No se da importancia a conceptos como "public spirit" o "public service".

Este último punto de vista nos aparta claramente del "managerialism".*Para nosotros la función pública es una "relación especial de derecho administrativo", que no se confunde con la "relación especial de sujeción", pero que admite que algunas tareas públicas desempeñadas por la función pública constituyan importantes intereses generales.*

No estamos contra la disolución de algunas organizaciones burocráticas y su sustitución por agencias casi-autónomas si hay circunstancias objetivas que lo justifican. Sin embargo, la lógica economista de hacer más con menos medios no siempre produce resultados válidos(ejemplo:en un hospital público). Para los problemas sociales no basta el managerialism. Sigue siendo necesario el "Government", la competencia y el profesionalismo, esto es, los criterios que orientan la función pública profesional continental-europea..[309]

6. **Secuencia**

Estos son los principales modelos que podrían haber influenciado los derechos español y portugués. El punto de partida de los derechos peninsulares fue el sistema francés de carrera, estatutario, y de derecho público. *El actual derecho español, más que el portugués, se ha apartado del modelo francés.* Por ejemplo, en la clasificasión de los puestos de trabajo, y en la generalización de los contratos laborales(Ley 30/1984). El legislador constituyente tuvo presente estos distintos modelos.

---

[309] Vid.H.GEORGE FREDERICKSON- "Public Administration Review", May 1966, v.56, nº3, p.269.En cuanto a las limitaciones del mamagement vid.ALEJANDRO NIETO-*La Burocracia*, 1976, p.640.

?Será que optó por algun modelo ?

?Será esta posición vinculadora del legislador ordinario ?

Vamos a examinar estos puntos a continuación.

B) EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y LEGAL VIGENTE

1. La Constitución portuguesa establece el régimen específico de derecho administrativo de la función pública.

El texto de la Constitución de 1976 contiene disposiciones favorables para la interpretación de la existencia de un regímen funcionarial específico.Se confirma así la práctica existente y todo el derecho ordinario anterior a la Constitución de 1976.

a) La Constitución portuguesa prevé en el art.269 un régimen específico de la función pública.

b) Existe autonomía sistemática para la función pública(art.269) no coincidente con el régimen laboral general(arts.58 - derecho al trabajo, 59 - derechos de los trabajadores, 165.b, 165.t).

c) El art. 269.1 refiere que " en el ejercicio de sus funciones, los trabajadores de la Administración pública estan exclusivamente al servicio del interés público definido según la ley por los órganos competentes de la Administración".Esto permite establecer un regímen de "peculiaridades" diferente del derecho laboral común.

d) En el art.270 (restricciones del ejercicio de derechos) se posibilita la restricción de algunos derechos fundamentales de ciertas categorías del personal (fuerzas armadas, fuerzas de seguridad), lo que significa la existencia de un régimen jurídico especial diferente de los trabajadores en general.

e) El art.271 prevé un régimen específico de responsabilidad de los funcionarios y agentes, en el ejercicio de funciones, diferente de los trabajadores en general.

f) La actividad de los funcionarios se sujeta a la Constitución, a la ley y a los principios de justicia e imparcialidad de distinto modo que los trabajadores privados (art.260.2), que sólo defienden los objetivos de beneficio económico de las empresas.

g) La reserva relativa de competencia del Parlamento sobre las bases del régimen y ámbito de la función pública - art.165.t) se distingue del art.165.b - legislar sobre derechos, libertades y garantías de los ciudadanos en general.Se reconoce la existencia de un derecho estatutario legal específico de la función pública.

h) El derecho de las "comisiones obreras" de organizar la elección de los representantes de los trabajadores en los órganos sociales pertenecientes al Estado u a otras entidades públicas significa que en el sector público existe una lógica organizativa propia(art.89).

i) El derecho de acceso a los cargos públicos tiene autonomía sistemática(art.50) y garantías propias(principio de igualdad) diferentes de los empleos privados.

j) Existe diferenciación sistemática del nº2 - derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad en relación al nº1 del art.47 - libertad de escoger cualquier profesión en general.

k) La excepción del art.15.2 (se exceptua de la regla de equiparación entre portugueses y extranjeros en cuanto al gozo de derechos, los derechos políticos, el ejercicio de funciones públicas sin carácter predominantemente técnico, etc.) en cuanto a las funciones publicas sin carácter predominantemente técnico, implica, desde el punto de vista de la Constitución, una valoración

especial de cierto sector de la función pública, que debe poseer un régimen jurídico especial, y que queda fuera del principio de la libre circulación de los trabajadores.

l) Este régimen específico de la función pública debe ser de derecho público.El citado art.269.1 apunta al criterio del interés público, que es uno de los criterios principales de distinción entre el derecho público y el derecho privado. Lo mismo ocurría en la anterior Constitución de 1933, y en el derecho ordinario vigente en la actualidad.

m) Si la Constitución deseara otro régimen, lo debería declarar expresamente, lo que todavía no ha hecho. Por éso en el derecho portugués, no se necesita una norma como el art. 33.4 de la Grundgesetz sobre los principios tradicionales de la función pública, porque nunca se ha cuestionado la existencia de un régimen especial de función pública.

n) Sólo el régimen de derecho público se adecua, desde el punto de vista constitucional, a la protección del interés público. Es un derecho estatutario legal - arts.165.t), 198.c) - es competencia exclusiva del Parlamento legislar sobre las bases del régimen y el ámbito de la función pública. El Gobierno, por decreto-ley desarolla las bases generales de los regímenes jurídicos de las leyes, no pudiendo haber delegación de poderes (art.111.2).

o) Si el art.269.1 apunta hacia un régimen predominante del derecho público, tampoco se impide o prohíbe la existencia del personal de derecho privado. Esto es una práctica en la administración portuguesa, y también en el derecho comparado. Para este entendimiento *apunta la sustitución de la expresión "funcionarios y agentes" por "trabajadores de la administración pública"* en el art. 269 (en el ejercicio de funciones, los trabajadores de la Administración pública y los otros agentes del Estado y de las entidades públicas están en exclusivo al servicio del interés público), y el principio de desburocratización del art.267.1 (la Administración pública debe ser estructurada de forma que impida la burocratización).

2. **En la doctrina española existen varias opiniones sobre los regímenes de empleo en las Administraciones públicas**.

2.1. *Tesis del régimen exclusivo de derecho público.*

Es el punto de vista que está más próximo a la "relación especial de sujeción", que es el principal objeto crítico de esta Tesis. Es la opinión más clásica: sería contrario a la Constitución la utilización por las organizaciones públicas de empleados de régimen laboral. [310]

2.2. *Tesis del régimen exclusivo de derecho laboral.*

Se trata de la tesis opuesta a la que avanzamos en primer lugar. Hace una lectura contraria radicalmente al punto de vista clásico de la función pública y a la teoría de la "relación especial de sujeción". En esto punto de vista, se puede decir que no existe, como institución autónoma, una función pública.[311]

2.3. *Tesis del carácter neutral de la Constitución.*

La Constitución no tiene una postura rígida sobre el régimen jurídico del empleo público. No establece la exclusividad ni siquiera la preferencia por el régimen funcionarial público. SALA FRANCA [312] avanza que la definición de función pública no se contiene en la Constitución, y es tarea del Parlamento definirla a través de ley ordinaria.

2.4. *Tesis del Tribunal Constitucional.*

Esta tesis del Tribunal Constitucional español es semejante al punto de vista que defendimos para la Constitución y ley portuguesas. Juzgamos que es el punto de vista más conveniente y el que vamos a apoyar en esta Tesis.

---

[310] Es defendida por autores como PARADA VASQUEZ- *Derecho Admi-nistrativo:Organización* cit. p.319ss, CÁMARA DEL PORTILLO-*La Función Pública ante el Tribunal Constitucional:Una Oportunidad Perdida*-"REDA" nº57, 1988, p.101, DEL SAZ, S.- *Derecho y Crisis* cit. p.183ss, ENTRENA CUESTA-*Curso de Derecho Administrativo*, v-1/2, 1988, p.324.

[311] Vid. MAIRAL JIMÉNEZ, M.- *El Derecho Constitucional a la Igualdad en las Relaciones Juridicas de Empleo Público*, Málaga, 1990, ps.99 a 122.

[312] Vid.*Incidencia de la legislación laboral* cit. p.16.

El Tribunal Constitucional no ha entrado a fondo en el problema de si la dualidad de regímenes es contraria a la Constitución. Pero, se cuestiona si la diversidad de regímenes jurídicos viola el principio de igualdad. Es importante la sentencia del TC 99/1987, de 11 de junio:" habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts.103.3 y 149.1.18) habrá de ser la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública ", " pues no otra cosa se desprende de la opción genérica de la Constitución...en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos a la hora de decidir qué puestos concretos podrán ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario".

2.5. *La tesis de la garantía institucional de la función pública.*

M.J.MONTORO CHINER[313] piensa que el art.103.3 CE establece la garantía institucional de la función pública, en el sentido del art.127 de la Constitución de WEIMAR. El art.103.3 "directamente está protegiendo el estatuto de la función pública de una hipotética desaparición, transformación que lo hiciera incognoscible o vaciamiento de sus contenidos".

3. **Apreciación crítica de estas teorías.**

3.1. *La teoría de PARADA VÁZQUEZ.*

Este autor fundamenta la teoría estatutaria en el texto de la Constitución española (103.3, 149.1.18).[314] El funcionario se encuentra en una situación objetiva definida por leyes y reglamentos.La situación funcionarial está definida por actos administrativos unilaterales, y no por contratos individuales o colectivos.No se admiten derechos adquiridos. El principio de igualdad(art.14CE) sería violado si

---

[313] Vid.*Para la Reforma del Empleo Público:Nueve Proposiciones-*"Rev. de Administración Pública, "nº136, 1995, p.179.

[314] Vid.RAMÓN PARADA-*Derecho Administrativo*-II, 1993, p.420ss.

existieran dos colectivos de empleados que trabajaran para el mismo empresario, aplicándose a uno de los colectivos un régimen de privilegio. El principio de jerarquía fijado en el art.103.1CE exige la ordenación en grados y la potestad disciplinaria, que son características del régimen de derecho público.La eficacia administrativa está mejor garantizada por un sistema de derecho público creado para dar protección a los intereses públicos en primer lugar. La reserva de derecho administrativo contenida en el art.103.1 CE impide la aplicación en general del derecho privado a los funcionarios.

Como críticas a esta doctrina podemos adelantar las siguientes.

En primer lugar, esta teoría olvida una cosa muy sencilla:*el funcionario presta sobre todo "trabajo" a la administración con características semejantes a cualquier "trabajo" dependiente.*Esto es así sobre todo después de la 2ª Guerra Mundial, debido al crecimiento en cantidad y extensión de la actividad administrativa.

Esta teoría se identifica con la concepción de la "relación de especial sujeción" de derecho público que ya no es compatible, según el punto de vista defendido en nuestra tesis, con los principios constitucionales del Estado de derecho democrático, y de respeto a los derechos fundamentales.Después de la 2ªGuerra Mundial cesó la separación radical entre funcionarios y trabajadores, entre Estado y sociedad, y entre actividad de derecho público y actividad de derecho privado. Sobre esta radical separación imperaba la teoría de la relación de especial sujeción. La actividad administrativa consiste hoy más en la producción y prestación de bienes de forma semejante a las empresas, y menos en tareas de autoridad.Además los funcionarios pueden ejercer los derechos sindicales. Fue la evolución histórica la que convirtió en inaplicable el punto de vista de la "relación de especial sujeción".

El respeto por el principio de la igualdad no impide que se pueda diferenciar al personal según las distintas situaciones y funciones ejercidas. La igualdad no es "ciega".

El texto de la Constitución no está claro.Puede extraerse de dicho texto una conclusión, por ejemplo, favorable al régimen dual. En la base del mismo texto, el Tribunal Constitucional hace una interpretación diferente a la de

RAMÓN PARADA. La relación Constitución-ley es diferente de la relación ley-reglamento. En la primera hay mucha más libertad para el legislador que para el titular del poder reglamentario. Ya que la Constitución no habla del personal laboral, no se puede deducir que sea imposible su existencia.Tampoco habla la Constitución del contrato administrativo, y hoy nadie duda de su existencia.La admisibilidad del personal laboral resulta de la referencia en general de la Constitución a los "trabajadores "

El principio de jerarquía no es sólo propio del derecho público, también existe en las empresas privadas. Las órdenes de los directores de las empresas privadas son tan obligatorias como las de los jefes de servicio público.En varios sectores, la administración pública no necesita, ni es conveniente un sistema jerárquico rígido que pueda impedir las iniciativas de los subordinados. La jerarquía es más importante en las relaciones orgánicas que en las relaciones de servicio.

Es dudoso que la función pública sea más eficaz que el régimen laboral. Hoy lo típico es importar modelos del "managerialism" de las empresas, para el sector público. El derecho funcionarial también protege los intereses de los funcionarios, y no se ocupa sólo de la realización de los intereses públicos.El funcionario goza de mayor protección que los trabajadores laborales.Hoy el Derecho del Trabajo no se ocupa sólo de los intereses de los trabajadores. Pensemos, por ejemplo, en el sistema de flexibilidad de los despidos en toda Europa, que también protege la recuperación de las empresas y la situación económica global.

La existencia de la reserva de derecho administrativo no significa que esta sea una reserva absoluta, en el sentido de que se imposibilite la existencia de un régimen dual, en el cual está presente también el personal laboral de modo no predominante.La existencia de la reserva de derecho administrativo sólo significa que el régimen de derecho público debe ser predominante.

La tesis "publicista" apoya la total subordinación del personal a los intereses de la Administración. Eso es importante en el seno de la relación orgánica, y no en la relación de servicio.En esta última relación, la subordinación

no puede violar un contenido mínimo de derechos fundamentales y de derechos subjetivos de los funcionarios.

De la confrontación entre estatuto de los funcionarios públicos y estatuto de los trabajadores (arts.103.1 y 35.2 CE) puede no resultar la separación absoluta entre los dos ámbitos. Hay influencias recíprocas, y siempre existió personal laboral en la función pública.La Constitución establece la diferenciación mínima entre los dos colectivos, pero no prohíbe expresamente la existencia de algún personal laboral.Algún personal de las Instituciones sanitarias tiene naturaleza híbrida, esto es, se inspira en el régimen de derecho administrativo y en el estatuto de los trabajadores.

La Constitución es pluralista, y hablar del estatuto de los funcionarios no significa que este sea sólo el estatuto del período clásico de régimen unilateral (no contractual).La situación histórica ha cambiado. Las Constituciones española y portuguesa no se vinculan a los "hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums" del art.33.5 de la Grundgesetz(principios tradicionales del régimen funcionarial).[315]

3.2. *La teoría de T. SALA FRANCO.*

Este autor defiende un régimen laboral sin límites para la función pública.La reserva de ley estatal sólo alcanza las bases del estatuto de los funcionarios y el acceso según los principios de mérito y capacidad.La Constitución no fijó el carácter exclusivo o preferente del régimen de derecho público. La definición del sistema concreto de función pública atañe al Parlamento.La Constitución en este aspecto es neutral.Considera inconstitucional el régimen especial de derecho público y la dualidad de regímenes derecho público-derecho laboral en la función pública.El régimen especial de derecho público es contrario al principio de igualdad (arts.1 y 14 CE) y al art. 23.2 CE - todos los ciudadanos tienen derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos.El desempeño de los funcionarios es "trabajo" como tal, sujeto al Estatuto de los Trabajadores. La justificación de la función pública a

[315] Vid.SILVIA DEL SAZ-*Contrato Laboral* cit.p.37ss.LOPEZ GOMEZ-*El Regimen Juridico* cit.p.51ss, 62ss.

través del "imperium" ejercido por los funcionarios no es suficiente, porque ese poder de hecho sólo es ejercido por muy pocos funcionarios. El estatuto de los funcionarios públicos previsto en el art.103.3 CE se refiere a la relación orgánica de ese pequeño número de funcionarios que ejercen "auctoritas". La relación de servicio está regulada por el estatuto de los trabajadores.

Como principales críticas a la teoría de SALA FRANCO podemos adelantar las siguientes.

La Constitución no parece neutral con respeto a la función pública.Al contrario, es suficientemente clara, porque distingue entre estatuto de los funcionarios públicos y estatuto de los trabajadores (arts.103, 35 CE). Si la Constitución fuese neutral, la ley ordinaria podría suprimir el régimen funcionarial. Sin embargo, la Constitución no permite la supresión del estatuto público de los funcionarios. La diferencia entre relación orgánica y relación de servicio tiene carácter dogmático, y el estatuto de los funcionarios se aplica a los dos tipos de relaciones, y no sólo a la relación orgánica.Por ejemplo, el estatuto de los funcionarios tiene que ver con los derechos patrimoniales de los funcionarios, que forman parte de la relación de servicio.

No se sabe por qué la Constitución es neutral en materia funcionarial, y no en otros sectores (ejemplos:arts.1, 2, 3, 6, 7).La administración no es un empleador cualquiera porque pretende defender los intereses generales.Siendo los fines y funciones de la función pública diferentes de las actividades del personal de las empresas, es natural que el personal público goce de un régimen jurídico diferenciado del personal laboral.La peculiaridad del ejercicio de ciertos derechos es reconocida por la Constitución (ejemplo:28.1CE).

Una teoría semejante es la de ALONSO OLEA que también apoya el punto de vista de la laboralización casi universal.El régimen funcionarial de derecho administrativo sólo existiría para las funciones propias y exclusivas de la administración.En los resultados prácticos, se trata de un caso semejante al art.33.4 de la Grundgesetz que reserva a los "Beamten"las actividades clásicas del poder público.Este art.33.4GG ha sido fuente de no pocas complicaciones. Aparecen "Beamten", en la práctica, para ejercer funciones no soberanas, y empleados laborales para ejercer funciones de poder público.El concepto de "funciones

propias y exclusivas " de la administración es vago. Hoy, hay sectores del Estado-autoridad que en algunos Estados están privatizados (ejemplo:prisiones).Por otro lado, hay tareas que antes estaban desempeñadas por oficiales de justicia o por polícias, y que hoy pueden ser ejercidos por empresas privadas(ejemplo:entrega de notificaciones para comparecencia en tribunal).

*En la concepción de ALONSO OLEA, el funcionario es quién emana los actos administrativos.*El acto público unilateral sería el modo característico de actuación del funcionario.*Pensamos que este punto de vista es restrictivo.En funciones que nada tienen que ver con el ejercicio del poder público, como la protección del ambiente, o la asistencia social a los drogodependientes, pueden existir razones objetivas que aconsejen el desempeño de estas funciones al personal de derecho administrativo.* Ejemplo:la protección del medio ambiente puede exigir medidas de fiscalización y sancionadoras contra grandes empresas que lo perjudican. Es conveniente la aplicación a este personal de las medidas relativas a la imparcialidad, incompatibilidades, no corrupción, etc. que caracterizan el régimen administrativo del personal.

La separación entre funciones públicas y servicios públicos no puede ser utilizada para este efecto.Las mismas razones de imparcialidad, incompatibilidades, etc.pueden existir para el ejercicio de "funciones públicas", o para el caso de "servicios públicos".

Es un punto de vista "elitista", separar un pequeño número de personal de derecho público de la casi totalidad del personal en régimen laboral.Este punto de vista se fundamenta en que la gran mayoría de las tareas administrativas son semejantes en sus fines y características a las actividades empresariales.Pero, esto no ha sido aún probado en términos globales ! [316]

3.3. *La solución de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública.*

Esta Ley hace una interpretación radical de las distintas posibilidades abiertas al legislador.Cualquier función propia de los funcionarios podría también

---

[316] Vid.SILVIA DEL SAZ-*Contrato Lboral* cit.p.38s. LOPEZ GOMEZ-*El Regimen Juridiico* cit.p.72ss.

ser desempeñada por personal laboral.No hay reserva de funciones para el personal de derecho administrativo.Puestos de trabajo idénticos podrían ser desempeñados por personal laboral, o por personal funcionarial.También se prohíbe la contratación administrativa.

Aquí la relación especial de sujeción "pública" pasa a ser "privada". El personal laboral también se sujeta al poder de dirección del empresario. *Lo que sucede es que el personal laboral tiene menos garantías de legalidad y del Estado de Derecho contra sus superiores, en caso de necesidad, que el personal funcionarial.*El deber de obediencia en las empresas privadas está menos condicionado por reglas jurídicas.También había violación de la reserva de ley, porque el Gobierno determinaba los puestos de trabajo que podían ser desempeñados por el personal laboral y por los funcionarios.La claúsula relativa a los puestos de trabajo que "en atención a la naturaleza de su contenido"debían de reservarse a los funcionarios permitía excesiva discrecionalidad al Gobierno. Los funcionarios estaban perfectamente sometidos al poder de los políticos.Los contratos laborales son menos aptos que los contratos administrativos y que el sistema estatutario para salvaguardar el interés público, porque el derecho laboral presupone el antagonismo de intereses entre el empresario y sus empleados.*No parece adecuado para la defensa de los intereses de los funcionarios su pasaje para el régimen laboral en esta época de "crisis" del derecho laboral.* Vease la posibilidad de cambiar de puestos de trabajo, la flexibilidad en los despidos, etc., en el actual derecho laboral europeo.

3.4. *La Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987.*

Es la doctrina dominante en España.Se entiende que la Constitución optó por el régimen estatutario en general. El régimen laboral es excepcional. La ley ordinaria define las otras posibles vías de acceso a la función pública.

Pensamos que esta sentencia interpreta, en buen sentido, los preceptos constitucionales, al defender un régimen predominante de derecho público. Al mismo punto hemos llegado con respeto a la Constitución portuguesa (art.269 - régimen de la función pública)en el nº2.1.

Como análisis de este punto de vista, pensamos que esta Sentencia no está suficientemente fundamentada.La opinión de que la Constitución optó por un régimen estatutario, con carácter general, está sólo reflejada en los "considerandos", y no en el fallo de la Sentencia.Para esta conclusión no es suficiente el art.149.1.18 CE que se refiere al estatuto de los funcionarios, y silencia al personal laboral. La ley no cumple el criterio del Tribunal Constitucional a cerca de la admisión excepcional del personal laboral. Por ejemplo, la Ley 42/1992, de 30 diciembre amplió los casos de la contratación laboral a todos los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo. Se pueden incluir aquí los puestos que no implican el ejercicio del poder público, que son la mayoría.

Lo previsto en el art.103.3 y art.149.1.18 CE no es un sistema de regla general - excepción, y si de preferencia por el régimen funcionarial de derecho público cuando las razones de objetividad, imparcialidad, defensa del interés general y desempeño de las tareas públicas concretas lo exijan. Si no existen estas razones de objetividad y defensa del interés general, etc. pensamos que la solución es indiferente a la Constitución, pudiendo existir libremente en estos sectores la contratación laboral. Pero, debe existir una ley ordinaria que lo permita. *Es la cualidad de las "tareas o funciones"públicas concretas la que exige el régimen funcionarial o laboral, y no la aplicación automática de una regla general-excepción.* En caso de que en una actividad o función concreta no haya razones de defensa del interés público que exigen el régimen funcionarial público, tendría que haber flexibilidad y apertura de la ley para otras soluciones más dinámicas y con más futuro. La contratación administrativa y la contratación laboral son formas más adecuadas que el regímen estatutario unilateral, a los procesos recientes de partìcipación, negociación, y de modificación de las formas de la actividad administrativa.Esta Sentencia 99/1987 del Tribunal Constitucional no permite la adaptación de la función pública a las nuevas necesidades administrativas.

3.5. *Tesis de la opción constitucional relativamente neutra (J.M.LÓPEZ GÓMEZ).*

Se defiende en esta teoría que, estableciendo la CE el pluralismo político, la Constitución es relativamente neutra respeto al modelo organizativo y jurídico, y a la extensión de la función pública. Es imposible establecer la total laboralización de la función pública, a causa del art.103.3.Se admite la dualidad de regímenes del personal, pero con respeto de los principios de objetividad y proporcionalidad. El derecho laboral no puede ser la vía de escape para huir a los criterios constitucionales, y debe ser matizado con las características propias de la administración pública.

Vamos a hacer algunos comentarios a la teoría de LÓPEZ GÓMEZ.

En primer lugar, *seguimos pensando que la Constitución al ser pluralista, no tiene que ser obligatoriamente neutral*. La Constitución, en otros casos no es neutra o pluralista en este sentido, esto es, ha optado por orientaciones vinculativas. Ejemplos:arts.1, 2, 3, 6, 10 CE.

La tesis de la "Constitución neutra"representa el predominio del "político" sobre la función pública. Esta deja de cumplir una de las tareas más importantes, como la de asegurar el pluralismo político y social. La Constitución es entendida como un instrumento que sirve " de marco para llevar a cabo cualquiera de los programas de los partidos democráticos sin necesidad de proceder a su reforma". Siendo " el Parlamento el que vaya definiendo según la orientación política dominante en cada período el modelo de función pública y su correspondiente régimen jurídico".[317] Siendo los partidos políticos dominantes en el Parlamento los que definen, en cada período, el modelo y régimen de función pública, ésta deja de ser una organización con capacidad para asegurar el pluralismo político y social. Para nosotros, *se trata de una tarea pública concreta muy importante que sirve de fundamento al régimen especial de derecho administrativo de la función pública. Esta debe mantener una autonomía relativa ante el político.*De otra forma podemos caer en un sistema de Estado autoritario o, al contrario, en un sistema de "spoils system".En estos dos sistemas también existe un predominio del "político" sobre la función pública, y ésta pierde gran parte de su papel institucional (garantía del pluralismo, etc.).

---

[317] Vid.LÓPEZ GÓMEZ-*El Régimen Jurídico del Personal Laboral* cit.p.83ss.

Pensamos que es excesivo decir que "la Constitución no se define ni por un modelo, ni por el otro, ni por un concepto, ni por el contrario y...tampoco pone fuera de juego a ninguna de las opciones política o técnicamente propuestas".[318] *Pensamos que este punto de vista, como política constitucional, es peligroso*, porque se admite que la Constitución no mantiene una postura clara en una cuestión esencial, y que es la base de la organización del Estado: su modelo de función pública.

Para LÓPEZ GÓMEZ, la relación existente entre el estatuto de los trabajadores y el estatuto de los funcionarios es una relación entre el género y la especie. Por eso, también se podría decir que la relación derecho privado-derecho administrativo es una relación de género-especie. Este punto de vista está más próximo al sistema anglosajón que al modelo europeo-continental. En los derechos español y portugués, el derecho administrativo es el derecho común de la Administración, y no la"especie", y el derecho funcionarial de derecho público es el régimen normal del personal. En este punto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 tiene razón:"habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario con carácter general...".

Sujetos al régimen de derecho administrativo están, según LÓPEZ GÓMEZ, los funcionarios que ejercen funciones de soberanía, los altos directivos, las fuerzas y cuerpos de seguridad, jueces y magistrados, fiscales y personal de la administración de justicia.Pero no dice LÓPEZ GÓMEZ más, ya que no explica el criterio según el cual la ley determina el ámbito de extensión del estatuto de los funcionarios.Pensamos que estos casos son poco numerosos. El criterio del ejercicio de poder público y de las tareas de soberanía no es suficiente. Pueden existir razones objetivas de imparcialidad, incompatibilidades, y defensa del interés público presentes en otras actividades, por ejemplo, relacionadas con el ambiente, tareas asistenciales, y de prestación de servicios públicos, o hasta económicas (ejemplo:organismos que conceden ayudas o subsidios a las empresas, etc.), y que también aconsejan un régimen especial de derecho administrativo.

---

[318] Vid.LÓPEZ GÓMEZ cit.p.83.

Coincidimos con LÓPEZ GÓMEZ, [319] en no aceptar que la Administración pueda optar según sus conveniencias por la técnica de organización del trabajo laboral o funcionarial."Es la ley, y sólo la ley, la que puede determinar en qué circunstancias resulta adecuada una fórmula y en cuáles otra".Pensamos que esta noción es correcta, pero no está suficientemente desarrollada y explicada. El punto de vista de LÓPEZ GÓMEZ parece ser de derecho administrativo general. Nuestro punto de vista no es de relación especial sujeción, ni de derecho administrativo general. La función pública es una relación especial de derecho administrativo. Esto tiene consecuencias con respeto a la potestad de organización del ejecutivo. No se debe dar una importancia exclusiva a la ley, y olvidar el papel del Gobierno en la función pública.

El Gobierno también puede estructurar según criterios propios la administración pública, pero el poder de organización no pertenece exclusivamente al Ejecutivo.La Constitución no reconoce sólo al Gobierno un poder general de organización. La definición de las líneas esenciales de las estructuras administrativas compete a la ley ordinaria.Con fundamento en las leyes relativas a la estructura general de la administración pública se pueden emanar reglamentos externos o internos, o actos administrativos.La idea tradicional del poder de organización como "Hausgut" del Ejecutivo no es compatible con el derecho actual. En la administración de este "Hausgut", el ejecutivo reparte su poder con el poder legislativo. Hay un aumento en la importancia del legislativo, pero no existe un poder ilimitado de organización del legislativo. Ejemplo: la ley ordinaria no puede laboralizar la función pública en su totalidad.

La teoría de la relación especial sujeción entendía que el Ejecutivo tenía un amplio poder de organización, cuyo límite principal era el presupuesto del Estado.Los abusos del poder político sobre el aparejo administrativo eran constantes. Según la coyuntura y las amistades políticas se creaban o suprimían servicios, se despedía personal, etc. En algunos Estados se comenzaba a exigir la ley para crear o suprimir ministerios, y surgieron leyes sobre la situación jurídica del personal.El poder de organización del ejecutivo pasó al plano del principio de legalidad.En la actualidad, el poder de organización del ejecutivo se ha reducido

[319] Vid. *El régimen Jurídico del Personal* cit. p.87.

mucho ya que en todos los sectores de la actividad organizatoria predomina la ley. Esta actividad está disciplinada por actos normativos primarios, y sólo hay un reducido poder organizatorio que compete al gobierno y a la administración. *La función pública como relación especial de derecho administrativo significa que, en cuanto al principio de legalidad, la organización administrativa no está menos vinculada que la organización constitucional.* Sin embargo, debe seguir existiendo un poder organizativo en sentido propio del gobierno, pero reducido y de mucho menor ámbito que lo permitido, por ejemplo, por la teoría de la"relación especial de sujeción". Este punto parece no estar suficientemente desarollado y explicado en LÓPEZ GÓMEZ. [320]

Hay autores que defienden una gran influencia de la relación especial sujeción sobre el poder reglamentario. Si éste actúa en el ámbito organizativo interno, sólo lo hace de forma mediata sobre los hechos sujetos a la situación de sujeción especial. La administración tendría un poder de autodisposición sobre su propia organización, y sólo de forma mediata sobre las personas. Eso permitiría una amplia libertad del ejercicio por el ejecutivo de la potestad organizativa, pero sin abandonar los límites constitucionales y legales de la potestad reglamentaria.

Nosotros no aceptamos el punto de vista de la relación especial sujeción. En cuanto a la "relación fundamental", la administración no puede disponer de los derechos fundamentales y subjetivos de los ciudadanos con base en poderes internos, y sólo con fundamento en ley.En el ámbito de las "relaciones orgánicas, de funcionamento o instrumentales" se puede reconocer una mayor libertad de disposición de la Administración y de los reglamentos organizatorios, con acatamiento de los límites legales y constitucionales del poder reglamentario. Si concebimos la función pública no como relación administrativa en general (como pretende, según suponemos, LÓPEZ GÓMEZ [321], que comprende la relación entre estatuto de los trabajadores y estatuto de los funcionarios como la relación entre género y especie), y si *como relación especial de derecho administrativo, eso significaría que el Ejecutivo debería seguir teniendo poderes de organización de la función pública, pero respetando las leyes.* El

---

[320] Vid. *El Régimen Jurídico del Personal* cit.p.87.
[321] Vid. *El Régimen Jurídico del Personal* cit.p.85.

Gobierno no puede constituir situaciones del personal por reglamento organizatorio. Con fundamento en la ley, existe la potestad discrecional de la administración, y un poder de organización interno expreso o implícitamente atribuído. La organización de los servicios públicos, la definición de las competencias, las atribuciones, y la responsabilidad de los funcionarios son definidos por ley. Los reglamentos tienen sólo un limitado papel de organización.

3.6. *La doctrina de M. SÁNCHEZ MÓRON.*

Este autor propone una lectura diferente del art.103.3 CE.El estatuto de los funcionarios no se contrapone al estatuto de los trabajadores. Para la Constitución, el funcionario es un trabajador, pero sometido a ciertas peculiaridades a causa de los intereses que sirve.La cuestión del vínculo formal tiene mucho menos importancia que la cuestión de las diferencias sustantivas o de fondo.Los empleados deben ser diferenciados a causa de sus especialidades profesionales y funciones, y no por cuestiones de vínculo jurídico.

Esta Tesis concuerda con estos puntos de vista.

Sin embargo, hay algunas cosas que no comprendemos:

a) En primer lugar, la idea de SÁNCHEZ MORÓN [322] de que nada justifica el régimen peculiar en la Seguridad Social para los funcionarios. Opino que esto puede ser un juicio correcto para muchos casos, pero no debe ser una conclusión automática para todos. Ciertas tareas de la función pública exigen algunas restricciones de derechos fundamentales, etc de algunos colectivos de funcionarios. En estas situaciones es necesario compensar la restricción de derechos con regímenes peculiares, que pueden ser de la seguridad social, o la protección en el ejercicio del cargo, o cualquier otros. Si los policías, por ejemplo, no pueden hacer huelga, deben ser compensados por esa restricción. Otro ejemplo: *colectivos poco numerosos, como los jueces o fiscales del Estado no deben ser integrados en el sistema universal de seguridad social si fuera posible obtener un régimen particular más provechoso para esos colectivos.*

---

[322] Vid.*Derecho de la Función Pública* cit., p.58ss y 60ss.

b) Otra afirmación que nos parece difícil de fundamentar es la de que la Constitución no impide un régimen estatutario completo y diferenciado conforme al modelo clásico.Pensamos que con la aceptación de la libertad sindical, derechos de negociación colectiva y derecho a la huelga el modelo aceptado por la Constitución de ninguna manera puede ser el estatutario tradicional(régimen exclusivo de derecho público).

c) También acepta SANCHEZ MORÓN la idea de un estatuto unitario formalmente para funcionarios y laborales.Suponemos que esta idea tiene la misma pretensión que la teoría estatutaria universal. No se pueden negar todas las diferencias de tareas y funciones de los distintos colectivos del personal, a través de un estatuto unitario. Este autor primero defiendió un punto de vista sustantivo, pero ahora está optando, otra vez, por el criterio formalista. La confusión entre lo que es laboral y lo que es administrativo *olvida que en la práctica hay importantes tareas y funciones públicas que son diferentes de los criterios seguidos por las actividades empresariales y laborales.* En cuanto a este último caso, es más certera la opinión de M.J.MONTORO CHINER [323]que defiende límites no confusos entre el personal laboral y el personal funcionarial.

3.7. *La doctrina de M. J. MONTORO CHINER.*

Esta doctrina apunta a una relación norma general-excepción entre el derecho funcionarial y el derecho laboral, permaneciendo ambos en límites no confusos. La Constitución apoya el sistema profesional de función pública y la garantía institucional, en el sentido de que "directamente está protegiendo el estatuto de la función pública de una hipotética desaparición, transformación que lo hiciera incognoscible o vaciamiento de sus contenidos".[324]

La gran ventaja de esta doctrina es que defiende los límites entre el personal laboral y el funcionarial.

Sin embargo, no apoyamos otros aspectos de esta doctrina:

---

[323] Vid. *Para la Reforma* cit.p.182-"Revista Aragonesa de Administración Pública"6-7-Junio 1995.

[324] Vid.MONTORO CHINER-Para la Nueva Reforma cit.p.180ss.

La ya apuntada relación de norma general-excepción está contra la flexibilidad del personal.Si no existen razones especiales de interés público o de las "tareas", etc para un régimen estatutario público, por qué razón no permitir, en esos casos, como regla, un régimen contractual? Tampoco aparece explicado cuál es el contenido normativo del régimen estatutario, ni se ve el fundamento para que la Constitución opte por el régimen estatutario con carácter general. Para nosotros, *la función pública no es una institución como defiende MONTORO CHINER.* Instituciones son las organizaciones donde el personal desempeña funciones.

Nuestro punto de vista es que la función pública es más una relación jurídica que una institución. Cuando mucho es una institución material, en el sentido de un conjunto de normas que regulan las relaciones entre dos o más personas, pero que no son una unidad social o jurídica de acción o prestación. Al contrario, MONTORO CHINER [325] concibe la función pública como institución subjetiva, ésto es, una organización voluntaria en sentido amplio. [326]

C) LA INTERPRETACIÓN DE LA TESIS SOBRE EL ACTUAL SISTEMA ESPAÑOL CONSTITUCIONAL Y LEGAL (ARTS.103.1, 149.1.18 CE) DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Hemos presentado las principales opiniones acerca del régimen jurídico del empleo público, y hemos discutido sobre las ventajas y desvantajas de las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales. Ahora interesa presentar el punto de vista de esta Tesis sobre cual debe ser la interpretación más correcta de los preceptos constitucionales y legales.En la parte final de este capítulo vamos a investigar otro punto diferente a este: cuál debe ser de *jure condendo* la estructura y la evolución del régimen de la función pública.

---

[325] Vid.*Para la Nueva Reforma* cit.p.182ss, 186ss.

[326] Vid. WOLFF-BACHOF-*Verwaltungsrecht*, II, ps.3 y 4.

El Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública de 21 de enero de 1998 es un texto "abierto"en el sentido de que no regula nada por sí mismo de forma terminante sino que se remite a regulaciones posteriores: las leyes autonómicas, los reglamentos y, sobre todo, los acuerdos celebrados entre la Administración y los Sindicatos.Precisamente sobre la base de tales acuerdos, no es difícil prever que la función pública española va a experimentar un fuerte proceso de privatización de constitucionalidad muy dudosa.

1. Algunos puntos de vista, en los que casi todos están de acuerdo, a *propósito* de la interpretación del art.103 CE.

Antes de dar nuestra interpretación de los preceptos legales actuales, es interesante averiguar los puntos principales de encuentro entre las distintas posiciones, esto es, algunos puntos en los que hay más acuerdo que desacuerdo entre los autores.

a) El art.103 CE no apoya el punto de vista clásico, estatutario y unilateral de función pública, y que es defendido por la teoría de la relación especial de sujeción.

La referencia del texto al derecho a la sindicación, derecho a la huelga y de negociación colectiva (art.28) son indicaciones de que se trata de un modelo no apartado del ámbito de los trabajadores en general. El derecho a la huelga es reconocido a los trabajadores en general, y no se habla de los funcionarios.

b) En cuanto al ámbito del Estado-autoridad no hay dudas entre los autores.

En el ejercicio del poder público, propio del Estado-autoridad, todos los autores son unánimes en que el art.103CE exige el régimen estatutario de derecho público. Unicamente no estoy de acuerdo con estos autores porque identifican regímen estatutario con el modelo unilateral y autoritario. Al contrario, defiendo que es posible conciliar régimen estatutario con el régimen contractual de derecho público.Es este uno de los puntos esenciales de la Tesis sobre la"relación especial de derecho administrativo funcionarial " como superación de la tradicional teoría de la "relación especial de sujeción ". Las diferencias entre los autores son más a propósito del personal que está fuera del círculo del Estado-autoridad.

c) En las sociedades de capitales públicos o en las empresas públicas tampoco hay problemas de interpretación.

Todos los autores afirman que para estas empresas es válido el derecho laboral y el derecho comercial. No se percibe el punto de vista francés que exige para los directores de estas empresas un estatuto de derecho público, si en dicho caso no existen especiales razones de garantía de los intereses generales, porque son actividades de carácter económico y empresarial.

d) La Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987.

Me parece que es la interpretación de mayor influencia en la actualidad, ya que se trata de una sentencia de un alto tribunal, y no de una sencilla opinión doctrinal.

"Habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario con carácter general (arts. 103.3y 149.1.18CE) habrá de ser la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio ". Al no hacer la Constitución referencia al régimen laboral, se supone que se desprecia esa modalidad de prestación de servicios.

Pensamos que esta interpretación del Tribunal Constitucional es la que está más conforme con el texto escrito de la Constitución.

La interpretación que vamos a hacer del art.103 CE tiene que estar muy condicionada por esta Sentencia y por la Ley 23/1988, de 28 de julio.

Afirma esta Ley, como regla general, que los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos, así como de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social serían desempeñados por los funcionarios públicos, exceptuando los puestos de trabajo que podían desempeñarse por personal laboral.

Hemos indicado algunos puntos esenciales que obtienen gran aceptación entre los autores, o que son opciones legales vinculativas, como es el caso de la Ley 23/1988.

Vamos por lo tanto a presentar nuestra interpretación de los preceptos constitucionales y legales actuales.Podemos decir que nuestra opinión no está en contra, en general, de estas opiniones, que acabamos de examinar, y que son aceptadas por casi todos los autores. Continuamos posicionados en un criterio "de

jure condito", porque el criterio "de jure condendo" lo vamos a presentar más adelante en el nºF.4, y también presentaremos algunas sugerencias de modificación de los conceptos actuales que no parecen muy adecuados para la evolución político-social. La teoría estatutaria sostiene la tendencia de aplicar el mismo régimen, por ejemplo, a los funcionarios judiciales, a los funcionarios policiales, a los profesores, o al personal sanitario o médico de un hospital público. Desde nuestro punto de vista, *estos regímenes no tienen que ser idénticos en todos los casos. La"relación especial de derecho administrativo" funcionarial debe ser la más adecuada para cada "tarea o función" ejercidas.Si no existen especiales razones objetivas de defensa de los intereses generales, el régimen del personal debe ser el laboral a causa del principio de igualdad entre los trabajadores en general (art.14 CE).*

2. **Nuestro punto de vista presenta una fundamentación lógica y legal**.

Ante el texto del art.103.1 CE, hay autores como MONTORO CHINER [327], y la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 que parten del principio del carácter evidente y no dudan del hecho de que la Constitución haya optado por un régimen estatutario. Además, llegan a esta conclusión sin cuestionarse el porqué. Nuestro punto de vista no parte de ninguna idea establecida, al contrario, intenta dar una fundamentación lógica y legal del sistema legalmente adoptado, porque admitimos que la Constitución presenta un modelo relativamente abierto.

3 **Pensamos que la Constitución española no es neutral a propósito del concepto de función pública**.

Hay autores que defienden que la CE es abierta y neutral a propósito del concepto de función pública (ejemplo:LOPEZ GOMEZ)[328]. Otros autores defienden que la CE tiene una definición positiva del concepto de función pública

---

[327] Vid. *Para la Nueva Reforma* cit.p.180.
[328] Vid.*El Regimen Jurídico del Personal*, cit.p.83ss.

(ejemplo:PARADA VÁSQUEZ).[329] Apoyamos una lectura positiva, esto es, que encuentre un sentido no neutral en los preceptos constitucionales.

Todo depende de que el principio adoptado sea amplio o restringido. *Cuando hablamos de función pública, podemos referirnos a nociones de diferente extensión: el modelo de función pública, el sistema de función pública, la noción amplia o restringida del funcionario, el régimen jurídico, y la cuestión del vínculo formal a la Administración.* La CE puede tener una posición firme a propósito de alguna de estas materias, o tener una posición más abierta en relación a otros puntos, o incluso adoptar una posición neutral en algún punto.

En cuanto a la elección del modelo de función pública como cerrado y clásico o como un sistema abierto y próximo a la sociedad, suponemos que la CE se aparta del modelo clásico, unilateral y burocratizado. Se permite el derecho de libertad sindical y a la huelga, y el derecho de negociación colectiva (art.28 CE), los cuales caracterizan el modelo abierto de función pública.

Sobre el sistema de empleo o de carrera, la CE no toma posición. Se prevé sólo un sistema profesional de función pública. Estos profesionales pueden estar tanto en sistema de empleo, como en sistema de carrera.

La CE no propone directamente ninguna noción de funcionario. Será que la noción amplia de funcionario también incluye al personal laboral?

La CE tampoco adopta ninguna posición sobre la naturaleza del vínculo formal del personal a la Administración.La CE habla del estatuto de los funcionarios, pero eso no significa automáticamente que el vínculo tenga que ser el unilateral clásico. También se habla del estatuto de los trabajadores, y el vínculo entre empresa y empleado es contractual.

*En cuanto al régimen jurídico de la función pública, la Constitución no es neutral.*El art.103.1 indica cual es el régimen jurídico básico: régimen estatutario, igualdad de acceso, mérito, peculiaridad, sistema de incompatibilidades, garantía para la imparcialidad, derecho a sindicación y a la huelga, etc.

4. La CE no presenta un modelo de relación especial de sujeción.

---

[329] Vid.*Derecho Administrativo:Organización*, cit.p.319ss.

El funcionario no se contrapone al trabajador y lo mismo ocurre com los respectivos estatutos. El funcionario no es un "servidor" sino un "trabajador". Hay un diálogo permanente y complementario entre Estado y sociedad, entre derecho público y derecho privado, *al contrario de lo defendido por la teoría de la "relación de especial sujeción".Por ejemplo, la libertad sindical está regulada para todos los trabajadores, incluyendo a los funcionarios en el art.28 CE.*También el art.103 CE contiene principios diferentes de la "relación especial sujeción ": sometimiento pleno a la ley y al Derecho, los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley, y además existe el derecho a la sindicación.

5. En cuanto a la relación política-administración y Gobierno-administración, se confía a la función pública un papel con autonomía relativa ante el Gobierno y ante los dirigentes políticos en general.

En el Título IV de la CE se distingue el Gobierno de la Administración. El Gobierno ejerce la función ejecutiva de acuerdo con la Constitución y las leyes. La función pública sirve con objetividad a los intereses generales, con obediencia a la ley y al derecho, y con garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. El funcionario no obedece inmediatamente a criterios partidistas, si estos no fueren contenidos en leyes. [330]

6. El art.103.3 CE no prevé la división "clasista "entre funcionarios y personal laboral.

El concepto de funcionario público del art.103.3 CE está definido en sentido amplio, esto es, los principios ahí referidos (mérito, capacidad, etc.) se aplican en general, sea al personal funcionarial, sea al personal laboral. El derecho a la huelga de los trabajadores es reconocido para todos los trabajadores, y se incluyen a los funcionarios (art.28 CE).

---

[330] Para la relación entre políticos y funcionarios, vid. NIETO GARCIA, A.-*Los Primeros Pasos del Estado Constitucional,* 1996, p.412.

7. La lectura del art.103.1 CE debe ser funcional, y no estatutaria en sentido clásico.

No se debe deducir automáticamente de la referencia al "estatuto de los funcionarios "que el régimen sea el sistema funcionarial clásico, unilateral y jerárquico. Pienso que el art.103CE contiene algunos principios materiales y estructurales relativos a la función pública.Se trata de aplicar este peculiar régimen jurídico al personal, siempre que las especiales razones de defensa de los intereses generales lo aconsejen. *Son las "tareas o funciones"concretas ejercidas por los distintos colectivos del personal los que pueden exigir la aplicación del especial régimen jurídico funcionarial*; éste tiene que ver con las tareas o funciones concretas ejercidas para la defensa de intereses generales específicos, y no con el punto de vista de la personalidad del sujeto estatal que es apoyado por la concepción clásica y tradicional de la función pública y de la relación especial sujeción.Las referencias al derecho a sindicación, negociación colectiva, y derecho a la huelga son suficientes para percibir que el modelo constitucional está próximo al punto de vista laboral en general, pero con las peculiaridades necesarias para el cumplimiento de las tareas públicas (arts.103, y 28 CE).

8. Nuestro punto de vista es dualista.

Defendemos que el art.103CE apoya un régimen predominante de derecho público, pero admitimos la utilización del contrato laboral, en los casos consignados en las leyes, cuando no haya especiales razones objetivas de interés general, relacionados con el cumplimiento de tareas públicas concretas que aconsejan el régimen administrativo especial del personal.El servicio público no necesita, para todo su personal, la situación legal y reglamentaria de derecho público. Con el gran crecimiento de las tareas del Estado aumentó el número del personal público.Se comprende que todo este personal no necesita del mismo régimen. No se apoya un régimen exclusivamente público, porque hay actividades en la administración actual que no se distinguen en nada de actividades similares de los particulares (ejemplo:hospitales, televisión, teléfonos, bancos, universidades privadas, etc.).Tampoco se apoya un régimen exclusivamente laboral, porque hay tareas públicas inmediatamente relacionadas con intereses generales y de

cumplimiento obligatorio, que son mejor desempeñadas por personal, con régimen especial público que cumpla las exigencias del art.103.3 CE y 269.1 CP. Hay razones objetivas de oportunidad, de flexibilidad, o presupuestarias (por ejemplo, el Informe von HOPF, en Alemania, intenta demostrar que los funcionarios resultaban más baratos al presupuesto público que el personal privado con derecho a la negociación colectiva) que pueden aconsejar una situación contractual.No es contrario a los principios de los derechos español y portugués que haya personal contractual de derecho privado o de derecho público.En Portugal, es más común la utilización de los contratos administrativos que en España.Pienso que en este aspecto, el derecho portugués es más flexible que el español. La historia de la función pública nos enseña que no hay ninguna oposición lógica entre la cualidad de funcionario y el reclutamiento contractual. Esta oposición se ha instalado a causa de los hábitos y de una concepción positivista y estrecha de funcionario, la cual no es lógicamente necesaria.

No parece necesaria una norma legal especial que permita la posibilidad de contratos de trabajo por las entidades públicas. Es suficiente la norma legal de competencia genérica que permite contratar.La capacidad general de derecho civil y el principio de igualdad de derechos entre las personas públicas y las personas privadas permite la conclusión de contratos privados en el ámbito de las atribuciones y competencias. Si la ley concede competencia para contratar a un órgano, se incluyen, en principio, contratos de derecho privado y contratos administrativos.Los contratos de prestación de servicios sin fines de inmediata utilidad pública deben ser, en principio, de derecho privado.En cuanto a los actos pre-contratuales de procedimiento, en el caso de silencio legal, el órgano público podría utilizar actos administrativos o actos privados, pero sin contradicción con las normas orgánicas. Pero, la ley puede, expresa o implícitamente, permitir sólo el acto administrativo, preferir antes el contrato administrativo, o sólo el contrato laboral. Para aplicarse la ley laboral al personal de la Administración, debe existir una norma específica y expresa que lo autorice, porque se trata de un régimen que

no es el común.[331] Si la conclusión de un contrato de derecho público es una forma de "schlichtehoheitliche Verwaltung", los contratos laborales en la función pública son "fiskalische Verwaltung".Es posible la actividad según el derecho privado de los entes públicos, si ninguna ley específica de derecho público o de derecho privado expresa o implícitamente lo prohíbe. Es dudoso si en el Estado de Derecho democrático se exige una autorización específica por ley, para que la administración actúe, según el derecho privado, de forma semejante a la administración de autoridad o a la "sclichthoheitliche Verwaltung". En la actividad de derecho privado de la Administración hay menos necesidad de protección del ciudadano, porque este no puede ser obligado unilateralmente contra su voluntad. Aquí la ley puede dar mayor libertad de decisión a los órganos que en el ámbito de la administración de autoridad. Como regla, la Administración debe utilizar las formas de actividad que mejor se adecuan al cumplimiento de las tareas públicas. Al contrario de WOLFF-BACHOF, [332] pensamos que el Ejecutivo no tiene libertad total para escoger. La constitución de la relación de servicio no es arbitraria. La sustitución del medio de derecho público por un medio de derecho privado depende de los resultados para los intereses generales, que deben ser idénticos en los dos casos, y hay que suponer que la utilización del medio publicístico no es esencial desde el punto de vista de la ley para la satisfación de los intereses generales. No tenemos dudas de que, *en el punto de vista de las Constituciones española y portuguesa, es esencial la utilización del personal de derecho público para el desempeño de las funciones propias del poder público.*En los sistemas de la Europa continental, al contrario del sistema inglés, las personas jurídicas públicas tienen plena capacidad jurídica, y sólo se prohíben ciertos actos en la base de normas excepcionales.[333]

9. La Constitución española prevé el régimen estatutario.

---

[331] Sobre la cuestión de la libertad de escoger la forma del derecho privado en las tareas administrativas vd. H.FABER-*Verwaltungsrecht*, 1987, p.140. MAYER-KOPP-*Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985*, p.59ss.

[332] Vid.*Verwaltungsrecht*, II, 1987, p.626

[333] Vid.M.S.GIANNINI-*Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, p.461.

Este régimen estatutario tiene un carácter formal. El art.103.3 CE reserva a la Ley la regulación del régimen estatutario de los servidores públicos. "Habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos, habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración". "Estatutario" significa que hay un estatuto básico aprobado por ley, y que, en cuanto a estos elementos básicos, no puede haber, sin autorización legal, lugar para el contrato individual o colectivo."*Estatutario", no significa que se trata siempre del régimen clásico, unilateral y burocrático*, ni tampoco está utilizado en sentido propio, significando el conjunto de normas generales emanadas con autonomía por una entidad pública con personalidad jurídica distinta del Estado.

El régimen estatutario de los funcionarios públicos es distinto formalmente del estatuto de los trabajadores - arts. 103.3, 149.1.18, 35.2 CE. No significa que se trata de la relación estatutaria clásica, porque la CE prevé los derechos de sindicación, de huelga, etc. Tampoco se permite la laboralización total del servicio público. De otro modo, no se percibiría la diferencia entre los estatutos de los funcionarios y de los trabajadores.

Pero lo más importante no es esta distinción formal, lo más importante es que los principios jurídicos de uno y otro estatuto son diferentes. Como ejemplo de las peculiaridades (la ley puede introducir eventualmente otras peculiaridades) del estatuto de los funcionarios, podemos ver el art.103.3CE: acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho a sindicación, sistema de incompatibilidades y garantías para la imparcialidad en el ejercicio de funciones. Estos principios son diferentes y no se encuentran en el derecho laboral en general.*Por esta razón decimos que la CE prevé con carácter general un régimen predominante de derecho público.*

Si la CE quisiera transformar el existente, hasta ahora (durante decenas de años) régimen estatutario de derecho público, en otro régimen completamente diferente, por ejemplo, un sistema contractual o laboral, debería afirmarlo

expresamente, lo que no ha hecho, por eso, la interpretación va en el sentido de la continuación del régimen estatutario hasta ahora aplicado en la práctica.

10. La CE prefiere un régimen predominante de derecho público.

Pensamos que es suficiente el texto del art.103.3CE para apoyar la conclusión de que el régimen constitucional es, como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, un régimen preferencial, en general, de derecho público.En el mismo tipo de argumentación está MONTORO CHINER.[334]

Sin embargo, *a este argumento del texto del art.103.3 se debe añadir el punto de vista de la "presunción"*.

En los países continental-europeos, el derecho administrativo es el derecho común de la administración. Y debe continuar siéndolo en cuanto no se da modificación expresa de las leyes, por ejemplo, en el sentido de sujetar al control de los tribunales judiciales la actividad administrativa en general.Los poderes conferidos a una persona jurídica pública por ley expresa se presumen públicos, si otro carácter no se deduce de su naturaleza. La ley en general sólo enuncia los poderes públicos incluídos en la competencia. Los derechos privados se fundamentan de una forma sencilla a causa de la atribución de capacidad civil. La actividad administrativa en general se presume pública, incluso en materia contractual.Esto es válido en la función pública a causa de la orientación exclusiva a los intereses generales y a la referencia al régimen estatutario legal específico (art.103.3 CE, art.269CP).Como el contenido normativo de las reglas del estatuto son diferentes de los derechos privado y laboral general, se presume que las reglas del estatuto funcionarial deben ser públicas.La relación entre el personal y una entidad pública no económica se presume pública. Si se trata de una relación con una entidad pública económica la relación se presume laboral. En primer lugar, porque esta entidad no se encuentra dentro de la organización administrativa u orgánica, y sí en el sector económico; en segundo lugar, porque no se trata inmediatamente de la defensa de los intereses generales, y si de intereses de producción de bienes económicos.

---

[334] Vid.*Para la Nueva Reforma del Empleo Público*, cit.p.180.

En el sistema "francés", se presume que los órganos públicos se sirven, en general, del derecho administrativo. En general, las decisiones de un ministro, de un ayuntamiento, etc. tienen carácter administrativo, por tratarse de entidades incluídas en el ámbito de la organización administrativa, y por motivo de la realización inmediata de los intereses generales. Los contratos entre una entidad pública y una persona privada serían administrativos si fueran actos de gestión pública, a causa de sus cláusulas, objeto o régimen jurídico. En este caso, no concuerdo con G. VEDEL [335] que defiende la presunción de derecho privado de los contratos en que participen servicios públicos administrativos, porque entiende que sería normal que cuando la administración utiliza el contrato es por motivo de ampliar su ámbito de libertad y de sujetarse al derecho privado. Sin embargo, en la actualidad, el derecho común de la administración es el derecho administrativo, y no el derecho privado. La cualificación por la ley o por decisión de las partes es relevante para definir un contrato como administrativo o privado. El contrato o la actividad se presumen administrativos si se incluyen en el ámbito de atribuciones de la persona jurídica pública o cumplen fines de utilidad pública inmediata.La posibilidad de opción de la Administración entre la forma pública y privada de actividad se debe fundamentar en razones objetivas definidas por ley: necesidades permanentes y propias del servicio, flexibilidad, estructuras de proyecto, características de las tareas o funciones, etc.

11. La "relación especial de derecho administrativo"funcionarial puede ser de extensión mínima o máxima.

La extensión y contenido de esta relación depende de las características de las tareas o funciones públicas desempeñadas, en concreto, por el personal. *Pueden ser un contenido y una extensión mínimos* que incluya todos las exigencias constitucionales de garantía de los intereses generales del art.103 CE: principios de mérito y capacidad, peculiaridades del derecho a sindicación, incompatibilidades, garantías para la imparcialidad en el ejercicio de funciones. *Puede tener un contenido y una extensión máximos*, esto es, otras exigencias que la ley ordinaria entienda establecer con motivo de garantizar los intereses

---

[335] Vid.*Droit Administratif*, 1982, p.339.

generales de alguna tarea o función concreta, y que incluye también el vínculo estatutario unilateral de derecho público. La "relación especial de derecho administrativo" no se aplica a los servicios públicos industriales o comerciales porque ahí domina una lógica diferente de "management", etc. Esta relación se puede aplicar también, en su dimensión y contenido mínimos(exigencias constitucionales inmediatas del art.103.3 CE), al personal laboral de la Administración.Es lo que podemos llamar el "derecho privado administrativo"del personal con contenido material específico.[336]

*La "relación especial de derecho administrativo" es más una relación material (de reglas con contenido específico, derechos, deberes, posiciones jurídicas) que formal (el vínculo formal de la relación de empleo).*La relación de extensión mínima es "material".La relación de extensión máxima es "material" y también "formal", porque incluye el vínculo de derecho administrativo (unilateral y estatutario).Entre la relación de extensión máxima y la relación de extensión mínima puede haber relaciones de extensión material variable según las necesidades de garantía de los intereses generales.

La evolución del siglo XX y el Estado social desarollaran las tareas públicas mucho más que el ámbito de las tareas del Estado de autoridad.Las organizaciones públicas y privadas son semejantes en muchos aspectos (universidades, hospitales, televisión, etc), y el "management" invade el sector público. Lo que caracteriza las organizaciones es *la peculiaridad de las tareas o funciones* desempeñadas.Es más importante la aplicación del régimen jurídico especial de derecho administrativo al personal que la diferencia "formal" entre derecho público y derecho privado, esto es, la diferencia entre el vínculo unilateral-estatutario y el vínculo contractual laboral. Por ejemplo, en Alemania, los empleados laborales de la Administración pueden desempeñar también tareas propias del Estado autoridad, pero su régimen jurídico está sujeto a especiales vinculaciones de derecho público semejantes a los "Beamten".Las funciones públicas en Alemania, Italia y Francia son muy diferentes, pero todas cumplen tareas públicas semejantes (las tareas del Estado democrático social).Esto prueba que es más importante el "régimen jurídico especial" aplicable, que las diferencias

[336] Vid. WOLFF-BACHOF-*Verwaltungsrecht,* I, 9.Auf., s.108.

formales entre derecho público y privado. Esta diferencia fue muy importante en la época liberal, en que las organizaciones públicas y privadas eran bastantes diferentes entre sí.

La evolución del siglo XX y la multiplicidad de las tareas administrativas puede exigir la diversidad de regímenes del personal (ejemplo: médicos, ingenieros, profesores, informáticos, polícia económica, polícia ambiental, etc.).El empleo público no es igual al régimen funcionarial (ejemplos: Suecia - la regla es la aplicación del derecho privado a los empleados públicos, Alemania - los "Angestellten" y "Arbeiter" forman la mayoría del personal). Más importante que la diferencia formal entre derecho público y privado, es la aplicación de un "régimen jurídico especial" al personal si la "tarea o función"concreta lo exigen. Éste "régimen jurídico especial" sirve como punto de unificación básico de un personal tan heterogéneo entre sí.

Según la lectura "estatutaria" del art.103 CE, es importante distinguir la relación orgánica de la relación de servicio. En cuanto a los aspectos organizativos, dice SANCHÉZ MORÓN[337]que el precepto a aplicar es el art.103.2 que debe respetar la autonomía organizativa de la administración. A la relación de empleo o servicio se aplica el art. 103.3 CE.

*Según nuestra lectura "funcional" del art.103 CE, los aspectos organizativo y de empleo están más relacionados.*Por ejemplo, las actividades de médico, ingeniero, informático, profesor, en principio, no tienen "tareas o funciones " diferentes de las similares en el sector privado. Entonces, los respectivos regímenes jurídicos no deben ser muy diferentes en los dos casos.Las organizaciones deben ser adecuadas para el cumplimiento de las tareas, y no a la inversa. Otro ejemplo: el estatuto orgánico del ministerio fiscal o de juez tiene influencia en la relación de empleo, como no hacer huelga, etc. La "relación especial" de derecho administrativo no se interesa sólo por la eficacia como en las empresas privadas y el management. Tampoco defiende principalmente los intereses de los trabajadores como en el derecho laboral. Se busca un equilibrio entre los intereses del personal y los intereses generales en el sentido de la

---

[337] Vid.*Derecho de la Función Pública* cit.p.67.

concordancia práctica de la que nos habla KONRAD HESSE [338], pero si eso no fuera posible, debería afirmarse la primacía de los intereses generales.Esta es una de las características principales de la "relación especial de derecho administrativo"funcionarial.

12. La fuerza de cohesión no es la "relación de especial sujeción" y si la "relación especial de derecho administrativo" funcionarial.

Es necesario una relativa uniformidad y cohesión del personal de la Administración para apoyar el cumplimiento con eficiencia de las tareas públicas. Sin embargo, *esta cohesión organizativa y de actividad no se asegura mediante mecanismos de autoridad-sujeción, o mediante la prestación de servicio a la misma persona, la Administración pública, como pretendía el punto de vista de la "relación de especial sujeción".*No es esto lo que dá cohesión, por ejemplo, a un ingeniero, a un médico, a un profesor, a un polícia, o a un militar.Esta cohesión sólo puede ser asegurada por un "régimen jurídico especial" adecuado para el cumplimiento de cada tarea o función concretas desempeñadas por cada colectivo del personal.

13. Hay diferencias entre "relación especial de derecho administrativo", "estatuto funcionarial" y "régimen básico común".

Conviene distinguir estos tres conceptos para comprender mejor el concepto de "relación especial de derecho administrativo".

La primera relación es un régimen flexible aplicacable al personal según la concreta tarea o función desempeñada, donde se incluye también el personal laboral.

El "estatuto funcionarial" es una relación rígida de tipo "universal"aplicable directamente sólo a los funcionarios públicos, y no al personal laboral o a otro cualquier.

El "régimen básico común" es el régimen aplicable a todo el personal de la Administración, sin consideración de la especificidad de cada tarea o función desempeñadas.

---

[338] Vid.*Grundzuge des Verfassungsrechts der BRD*, 10Auf.s.135.

14. Resumen

Hemos investigado cual es el régimen del empleo público de las Constitución española(art.103) y portuguesa(art.269), según un criterio de "jure condito", esto es, de análisis de las leyes vigentes.

Vamos a terminar el presente capítulo, sólo después de explicar *nuestro punto de vista sobre cual debe ser la organización y régimen de la función pública en el futuro(de jure condendo), según una perspectiva de reforma de los conceptos jurídicos actuales_* que no parecen adecuados, en algunos aspectos. Debemos ser breves en esta parte.

Por fin, sólo nos falta un capítulo más para terminar la tesis:

La primera parte de este último capítulo explica y resume *las diferencias sustantivas y formales* entre la "relación especial de sujeción "y la "relación especial de derecho administrativo"funcionarial.

La segunda parte *enuncia cuales son las principales consecuencias jurídicas prácticas de la utilización del concepto* de "relación especial de derecho administrativo", por ejemplo, en el ámbito de los derechos subjetivos, derechos fundamentales, derechos colectivos, deberes funcionariales, etc. Aquí no vamos a desarollar todos los aspectos, sólo escogeremos algunos casos que consideramos más demostrativos y que sirven para fundamentar nuestra Tesis.

CAPITULO VII

EL MODELO DE FUNCIÓN PÚBLICA PROPUESTO EN LA TESIS.

1. Los objetivos del sistema propuesto en la Tesis.

El sistema propuesto en la Tesis es diferente del sistema actual.Se busca alcanzar los siguientes objetivos:

a) Adoptar un sistema de función pública más conforme a la orientación de las leyes constitucionales actuales.

La aceptación de los derechos colectivos funcionariales (sindicación, huelga, negociación colectiva) por la ley que sólo regulará las peculiaridades de su ejercicio (28.1 CE), la amplia consagración del derecho al trabajo (35 CE), la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico (9.1 CE), la definición del Estado como "social y democrático de derecho" que defiende como valores superiores la justicia y la igualdad (1°CE) exigen un nuevo modelo que está menos próximo a la relación unilateral de la "relación de especial sujeción", y más cercano a un modelo contractual efectivo. Tanto los derechos colectivos, como el modelo contractual atribuyen importancia a la voluntad negociadora de las partes.No tiene mucho sentido, por ejemplo, hacer huelga para modificar el sistema estatutario-unilateral que depende de la voluntad soberana del Parlamento.

b) Modificar y mejorar los elementos normativos para posibilitar mejor participación, interés, estímulo y eficiencia del personal.

Es conveniente una nueva cultura de la organización basada en la formación, retribución y promoción conforme a los resultados del desempeño, y no sólo anclada en valores como la antiguedad, autoridad y conformismo. La eficacia, en general, del modelo burocrático puede ser perfeccionada. El modelo en sí no está aún condenado. Es necesario un sistema cultural y jurídico fuerte que permita la identificación fácil del personal con los objetivos del sistema.Aquí no

es suficiente el punto de vista de la identificación cultural con el sistema, porque la función pública es un sistema de poder, y necesita también del medio jurídico.

La mejor eficiencia no se puede obtener con sistemas sobrepasados. Por ejemplo, con remuneración baja, jerarquía rígida, potestad disciplinaria amplia.

Las remuneraciones bajas hacen crecer la contestación y el desinterés. La jerarquía rígida no deja espacio para la desconcentración de competencias, etc.La potestad disciplinaria, en casi todos los países europeos, cada vez es aplicada con menos ánimo por los superiores, por motivos de presiones sindicales, elecciones próximas, etc.En el Estado democrático, el buen desempeño del personal no se obtiene con la "sujeción", sino con justas remuneraciones, buen ambiente del trabajo, control de los resultados, etc.

c) Se debe buscar un nuevo punto de equilibrio y sentido entre las restricciones de derechos a causa de la defensa de los intereses generales y la mejor protección jurídica y económica del personal.

En el ámbito de la teoría de la "relación de especial sujeción", casi todo el personal seguía el régimen de derecho administrativo y se sujetaba de forma "universal" a la restricción de derechos necesaria a la realización de los intereses generales. El régimen de las restricciones era relativamente homogéneo.El esquema funcionaba así, y era recíproco: el funcionario sufría restricciones fuertes en los derechos a la huelga, sindicalización y negociación colectiva. Como contrapartida, el Estado concedía al funcionario el vínculo vitalicio, privilegios en la seguridad social, el sistema de "alimentación", la protección jurídica, etc.Por ejemplo, si los funcionarios policiales no podían hacer huelga, entonces, era necesario que hubiera una compensación para eso, por ejemplo, mejor seguridad social.

.Estos intereses públicos concretos que son diferentes de los de la época de la relación de especial sujeción, pueden exigir del personal formación continuada, mayor movilidad, imparcialidad, transparencia y el servicio de atención al "cliente" de la Administración y no sólo al súbdito.

La "compensación", en el Estado democrático, para estas exigencias acrecidas que pueden justificar algunas restricciones de derechos, será también la mejor protección social y jurídica del personal, y las buenas remuneraciones.Pero, este sistema de "equilibrio" entre restricciones de derechos y "compensación" no es "universal" como en el sistema de la "relación de especial sujeción".Sólo se justifica para el personal que se somete a restricciones especiales de derechos. *Quizá la mayoría del personal público no cumple "tareas" que justifican restricciones de derechos diferentes del personal laboral en general.Aquí la idea de "compensación" a las restricciones deja de funcionar* y el respectivo régimen debe estar muy próximo a los trabajadores privados en general, para que no se viole el principio de igualdad. *El interés de la Administración aquí, será que el eventual aumento de remuneraciones obtenida en la negociación colectiva corresponda a una mejor productividad de los servicios.*

Existe otra diferencia. En la "relación de especial sujeción" los medios de "compensación "eran la "alimentación", la protección social y en menor medida la remuneración, y mucho menos los derechos colectivos.En el sistema defendido en la Tesis de la "relación especial de derecho administrativo", *la "compensación " se debe hacer con una mejor remuneración, porque el trabajo se paga con remuneración y no con "alimentación". También la "compensación" se puede hacer con mayores derechos colectivos,* porque la "relación especial de derecho administrativo funcionarial" no es "sujeción". Esta relación *parte de un esquema contractual en que se reconocen, ab initio, intereses divergentes, en cuanto a la relación de servicio, a las dos partes.*La "relación de especial sujeción" no reconocía derechos divergentes a las dos partes, en cuanto a la relación de servicio.Pero si puede haber conflictos, es necesario que el personal tenga derechos colectivos para su defensa. El Estado también tiene interés en que los derechos colectivos sean regulados por ley, y que no existan sólo por medios informales(ejemplo:huelgas ilícitas, presiones ilícitas, boicot, etc.) que pongan en peligro los intereses generales.

El cambio permanente de las tareas públicas en un período de gran crisis económica, y el surgimiento de nuevas tareas administrativas con diferentes

características (ejemplo: programas contra la Sida, contra la droga, contra el paro, etc.*) pueden exigir la supresión del carácter permanente y vitalicio de la relación funcionarial, la movilidad y flexibilidad, la formación permanente, la remuneración variable según los resultados, y las promociones también según los resultados.*Estas medidas selectivas exigen la consideración diferenciada de cada caso. Es difícil imponer estas medidas selectivas a nivel legislativo o de la negociación colectiva en general. Para comprometer al personal en estas medidas de reforma, *es conveniente la expresión individual de la voluntad del candidato, por medio de un contrato, con algunas claúsulas negociables*. En la parte restante, habrá una sencilla "adhesión" y "derecho necesario".El ámbito del "derecho necesario", por causa de los intereses generales, debe ser más amplio en la relación funcionarial que en la relación laboral privada.

La Tesis defiende la sustitución de la relación de especial sujeción unilateral-autoritaria por un sistema contractual administrativo, en lo que se refiere al personal que cumple las tareas públicas "esenciales".La Tesis prefiere para la función pública en sentido estricto el régimen del contrato administrativo.El personal que ejerce tareas o actividades idénticas a las actividades de los particulares debe estar en situación laboral, a causa del principio general de igualdad.El contrato administrativo es una forma de actividad que defiende los intereses generales mejor que el contrato laboral (situación de paridad jurídica), y está más conforme con la situación funcionarial prevista en la Constitución (derechos colectivos y democráticos de la Constitución).La Administración tiene importantes prerrogativas en la ejecución de los contratos.[339] *El contrato administrativo, que resulta de un acuerdo de voluntades y no de un acto unilateral-autoritario, permite un equilibrio más perfecto intereses generales - derechos del personal, según el modelo constitucional democrático y participativo (derechos colectivos, negociación colectiva, etc. Art. 103.3 CE; 269 CP)*, y que es diferente del modelo de la relación de especial sujeción. GARCIA ENTERRIA-RAMÓN FERNÁNDEZ[340] hablan de "equilibrio, proporcionalidad o

[339] Vid.GARCIA ENTERRIA-RAMÓN FERNÁNDEZ-*Curso de Derecho Administrativo*, 1982, I, p.618.
[340] *Curso de derecho administrativo* cit.p.617.

aequalitas de las prestaciones respectivas de las partes que es consustancial a la idea misma del contrato".

2. Razones que influencian nuestro punto de vista sobre el sistema funcionarial

a) La erosión del Estado democrático y social.

Continúa la crisis del Estado democrático y social que fue característico, en Europa después de la 2ª Guerra Mundial. Por ejemplo, Suecia continúa poseendo el primer sector público entre las naciones europeas. El punto de vista de la social-democracia era considerar el Estado como "providencia universal", que debía redistribuir los bienes que hacen falta a los ciudadanos según el principio de dar a los más necesitados.*Nuestra idea es que el concepto del Estado está cambiando en el sentido de que obliga a algunas modificaciones en la función pública.*No tiene sentido que el sistema funcionarial sea un modelo casi "universal" y obligatorio para la Administración. En algunos sectores de actividad no tiene sentido un régimen funcionarial distinto del régimen laboral. Se trata de condiciones objetivas, y no de cualquier "voluntarismo" de investigación.

En Suecia, con el propósito de libertar al Estado de las dificultades financieras, se sigue la estrategia de integrar las asociasiones, grupos y los ciudadanos-clientes en la "producción" de servicios públicos.Las entidades públicas surgen, como actores, entre los varios actores del sistema. La diferencia entre Estado-gobierno y sociedad, y la relación autoritaria de la "relación de especial sujeción" es sustituida por la "participación " y por el "Estado negociador".Puede surgir un nuevo modelo de administración, no de "gobierno", y si de "gouvernance" en el que hay colaboración conjunta entre instituciones públicas y privados. La reforma administrativa, en Suecia, incidió en la descentralización, en la aprobación de leyes -cuadro, en la disminuición del control estatal sobre las agencias y autoridades locales, y ha preferido la gestión por objetivos.

Este análisis de la situación en Suecia, nos sirve para apoyar dos puntos de vista de esta Tesis:

- Nuestra perspectiva futura admite que *la función pública va a seguir siendo un sistema socialmente útil e importante.*

- Se va a reducir la extensión de la función pública en sentido estricto.

Continua existiendo espacio para el papel de la función pública en el sistema de "gestión por objetivos", si el control político del Gobierno y del Parlamento no aumenta o incluso disminuye, como sucedió en Suecia.

La descentralización multiplió el número de los actores con poderes de decisión según la lectura que cada uno hace de los intereses generales. Pero, continua siendo necesario un grado de centralización último que defina cual de las prioridades debe prevalecer, y solucione los conflictos. Este papel de instancia final compete al Gobierno y al sistema funcionarial ejecutante que ejerce algunas funciones esenciales no descentralizadas.

Por otro lado, en muchos Estados se admite la conveniencia de reducir el sector público, de disminuir las prestaciones y los programas del Estado-Providencia. [341]

La modernización administrativa va acompañada, por ejemplo, en Francia de la ideología anti-estatal. La idea es disminuir los encargos financieros del Estado, la deuda, el déficit externo. La mayoría de los Estados europeos intentan disminuir el número de funcionarios (pero, esta política sólo tuvo éxito en Gran-Bretaña). La función pública no es considerada según su importancia social y política, y si bajo un punto de vista de racionalidad económica y de utilidad objetiva.

La modernización está influenciada por el "liberalismo político" que limita la intervención del Estado a las funciones colectivas que no puedan ser ejercidas por actores privados. El Estado "regulador" es contrario al modelo weberiano, a la administración"napoleónica", y al modelo de la relación de especial sujeción. No se trata del Estado liberal "mínimo ", y si de un Estado que garantice la coherencia del sistema político global.

No apoyamos la idea de la modernización por "management", porque hasta ahora no se conoce ninguna experiencia con éxito que admita la fijación contractual de las políticas públicas. Este punto de vista privilegia más el mercado

---

[341] Vid.JON PIERRE-*La Reforma Administrative en Suecia*. p.374ss-"Revue Franç. Adm.Publ"., n°75, 1995.

que la participación ciudadana, e implica la transformación profunda de la cultura funcionarial.*Si admitimos el punto de vista de la "modernización societaria" que no disminuye por completo el criterio del "poder estadual", el papel de la función pública es más evidente*. Esta modernización consiste en la participación de privados, en la desconcentración, y en la flexibilidad de gestión. Así, al contrario de la modernización por "management", en la "modernización societaria " continúa siendo importante el papel de la función pública.Sin embargo, también en la "modernización societaria" parece reducirse la extensión cuantitativa de la función pública, a causa de la intervención de los actores privados, etc.

La política de modernización más radical se desarolla en Inglaterra y tiene una fuerte dirección anti-estatal. La teoría francesa del Estado tuvo una gran influencia estado-unidense.En este momento, los EU de América se situan 10 u 15 años al frente del desarrollo europeo. Suponemos que en este desarrollo tienen alguna responsabilidad los cambios de la Administración y de la gestión pública americana. Así, no pensamos que sea negativa la aplicación limitada de las teorías norteamericanas en algunos Estados europeos. *Si esta influencia norteamericana continua, va a actuar en el sentido propuesto en la Tesis: la función pública, en sentido estricto, debe ser más reducida y dedicada a algunas tareas públicas esenciales.*Es lo que sucede en los Estados Unidos con la "función pública superior", que es profesional. [342]

Esta reducción de la extensión de la función pública en general, y no sólo de la función pública en sentido estricto, se puede observar, por ejemplo, en el sector de la privatización de las telecomunicaciones, en Alemania. El pasaje del Estado de" prestaciones" al Estado "reglamentador" sólo significa que se abandonó una cierta forma de Estado que nadie más necesita.

Pero, nuevas necesidades se reservan al Estado:la aprobación de normas generales y reglamentos, controles públicos, intervenciones y sanciones administrativas.El Estado no emana sólo las directivas, también puede reglamentar

---

[342] Vid.CRUZ FERRER-*La Función Pública Superior* cit.p.144ss.

el detalle.La función pública se reduce, porque ahora no es el propio Estado el que produce las prestaciones, y no es necesaria una función pública tan amplia.[343]

La relación Estado-Sociedad sufre cambios permanentes.Según las situaciones concretas, pueden aumentar los elementos de desreglamentación o el grado de intervención pública.*Aquí también encontramos apoyo para un elemento que defendimos en la tesis:la función pública debe ser orientada a las "tareas"*.Hay una complejidad creciente de los problemas sociales, y los cambios sociales exigen modificaciones de la forma de las actividades estatales (apoyo financiero público, desreglamentación, cooperación de las entidades públicas con los privados, orientación, intervención, control flexible).Estas actividades estatales, diferenciadas y atentas a la resolución de cada problema, exigen que la administración y la función pública estén orientadas a las "tareas" y a los "ciudadanos-clientes".[344] No parece adecuado para la interpretación y ejecución de estas "tareas" la función pública universal, no diferenciada, propia de la teoría de "relación de especial sujeción"*La función pública orientada a las "tareas " exige formación específica y técnica del personal.(*ejemplo:fisco, apoyo social a los consumidores de droga, secreto de telecomunicaciones).Pero el cambio sucesivo de las "tareas" apoya el papel de los "generalistas"en la función pública, que son más capaces de comprender los cambios.La complejidad de los problemas incrementa la necesidad de *"formación" del personal profesional permanente.* Podemos dar un ejemplo: la política portuguesa para Macau tiene grandes dificultades en el periodo final antes de la transición del poder a China. Una de las causas sería, para algunos, por ejemplo, que ninguno de los gobernadores locales portugueses haya sabido hablar la lengua cantonesa, o fuera reclutado en la población de Macau, o haya hecho carrera al menos un año en Asia. Al contrario, todos los diplomáticos ingleses de Hong-Kong eran de carrera, o conocían en profundidad la vida en Asia, y hablaban chino.

Podemos preguntar hasta qué punto se va a reducir o modificar el papel del Estado, y, en consecuencia, de la función pública. *El Estado sólo debe realizar*

---

[343] Cfr.EDGAR GRANDE-*Entlastung des Staates durch Liberalisierung und Privatisierung ?Abschied vom Staat- Ruckkehr zum Staat?*, 1993, s.389.Hrsg.R.VOIGT.

[344] Vid.E.TREUTNER-*Ruckzug des Staates oder Subtilere Steuerung im Bereich der Arbeits-u.Sozialpolitik-Vd.Abschied vom Staat-Ruckkehr zum Staat?*-1993, Hrsg.R.VOIGT, s.369.

las tareas "esenciales" que estarán, en regla, confiadas al personal en "relación especial de derecho administrativo", que constituye el personal esencial, y que no tiene que ser la clásica burocracia organizada según los principios de "sujeción".

Éste modelo tiene, al menos dos defectos: es dificil obtener un criterio claro de distinción entre las tareas administrativas esenciales y no esenciales. Por otro lado, el personal funcionarial no debe formar una "élite" en relación al otro personal. Si éste punto de vista triunfa, entonces las "tareas esenciales" serán desempeñadas por el personal funcionarial en régimen administrativo, en regla. Aquí el papel del personal funcionarial se ha reforzado.

La función pública en sentido estricto también se ha reducido en su extensión cuantitativa en esta perspectiva de las "tareas".El cumplimiento de las "tareas públicas" no es sólo ejercido por el Estado, porque aumentaran los grupos que pueden cumplir tareas públicas o que dejaran de ser públicas: Estado, los privados, y organizaciones del "3° sector ".

La función pública, como relación de especial sujeción, no tiene lugar porque el Estado del " segundo pluralismo" no tiene una naturaleza especial diferente de la Sociedad, no ejerce un poder soberano independiente del pueblo, sino fundado en los ciudadanos, tampoco sigue una organización jerárquica rígida.

Pero, si la función pública, en sentido estricto, se reduce en su extensión, continúa existiendo, sin embargo, el papel importante de la función pública, porque:

a) Continúa el papel específico del Estado y de la Administración.

b) El Estado tiene la legitimación democrática.

c) El Estado es el último responsable del cumplimiento de las tareas públicas.

d) El Estado posee el poder decisorio externo y la autotutela declarativa e ejecutiva, salvo que la ley las excluya.

En *cuanto a este conjunto "esencial " de tareas públicas es, sin duda, conveniente el ejercicio por personal en "relación especial de derecho administrativo", pues el régimen del personal laboral no está vocacionado para desempeñar estas tareas esenciales del Estado.*

b) La integración europea.

Nuestro punto de vista defiende que *la función pública en sentido estricto se va a reducir, y que hay ámbitos en que no se justifica un régimen del personal muy diferente del régimen laboral. Estos dos puntos son favorables a la integración europea*, y a la libre circulación de los trabajadores en el espacio comunitario.

Para la disminuición de la extensión de la función pública en sentido estricto concurren en simultáneo varios puntos:

- la idea de que el sistema funcionarial se debe concentrar en el núcleo esencial de tareas públicas.

- la libre circulación de los trabajadores y la interpretación restricta del art.48.4 del Tratado CEE.

- el movimiento de "privatizaciones"disminuye el papel del Estado-empleador.

*Otro punto de vista de esta tesis, coincidente con el derecho comunitario, es la falta de relevancia, para la definición de empleo en la Administración pública, de la naturaleza jurídica del vínculo del trabajador.*De otro modo, los Estados miembros podrían determinar a los empleos a incluir o no en el art.48.4 del Tratado. Este artículo, según el Tribunal de Justicia contiene un criterio funcional y no un criterio institucional como pretendía la teoría de la relación de especial sujeción. El Tribunal de Justicia defiende un criterio funcional (son función pública los empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado), y también un concepto estricto de funciones públicas que posibilita el acceso de los ciudadanos comunitarios a las funciones públicas nacionales.

Hay otro punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que coincide con nuestra tesis.Las actividades no especificas de la Administración que pueden también ser ejercidas por entidades privadas o por trabajadores en régimen no estatutario no constituyen, a estos efectos, empleo en la Administración pública. Nosotros también defendemos en la Tesis que si las especiales características de las "tareas" no lo exigen, se puede aplicar el régimen

laboral general, por causa del principio de igualdad de situaciones que rige la actividad de los trabajadores en general. [345].

c) Los principios de igualdad y democráticos y los derechos colectivos.

La CE y la CP no configuran la relación funcionarial como "relación de sujeción".Los poderes públicos están sujetos a la Constitución y a los derechos fundamentales (art.9 CE; art.18.1 CP).El derecho a sindicación tiene peculiaridades (art.28.1).Las leyes admiten el derecho de negociación colectiva y el derecho a la huelga. Estas imposiciones legales condicionan mucho nuestra concepción de la función pública.

d) La necesidad de disminuir los déficits presupuestarios y la cuestión de la eficiencia.

Los cambios en la función pública son en parte una respuesta a la necesidad de frenar los gastos públicos. La creación de la moneda única europea obliga a la reducción del déficit. Es necesaria una función pública más eficiente y con menos personal(hasta el momento sólo en Inglaterra ha obtenido éxito la política de reducción del personal).Los electores que pagan impuestos se cuestionan el destino de su dinero, y critican la elevada presión fiscal y el permanente aumento de los gastos públicos. En una época de crisis económica, las instituciones públicas quieren mejorar su eficiencia para obtener resultados semejantes a las empresas privadas. La política de reducción de los gastos tiene una tendencia de disminuir la cantidad del personal.La búsqueda de criterios de eficiencia semejantes a las empresas privadas puede aumentar el empleo laboral en la Administración pública, y la privatización de los servicios.

Algunos puntos de vista que pueden aumentar la eficiencia son:

- la función pública no es una agencia de empleo para "amigos y família".

- la "formación " del personal debe ser contínua, y a lo largo de la vida profesional del funcionario.

---

[345] Vid.M.PULIDO QUECEDO-*El Acceso a los Cargos y Funciones Públicas,* 1992, ps.374, 378

- es importante el control objetivo de los "resultados" de la actividad de los titulares de órganos, dirigentes y agentes.

- *la función pública, en regla, no debe ser un empleo vitalicio. Los empleos vitalicios hacen perder el dinamismo e interés de los funcionarios.*

- *la "contractualización" de la función pública puede ayudar a la eficiencia,* porque se pueden negociar algunas condiciones (ejemplo:no hacer huelga durante 1 año) que, de otro modo, serían imposibles, porque son contrarias al principio de igualdad del modelo estatutario.

e) La influencia del "management".

La Tesis acepta también la idea de la utilidad de la aplicación del "management" privado a las organizaciones públicas.En Portugal, la lucha contra el fraude fiscal obtuvo algun éxito cuando la burocracia profesional pasó a integrar un equipo *ad hoc* y una empresa privada de asesoría. No pensamos destruir la burocracia, ni utilizarla únicamente en cuestiones rutinarias en que es considerada más útil, como pretende A.RODRIGUEZ FERNANDEZ. [346] La burocracia articulada, por ejemplo, con técnicas de "management" puede desempeñar tareas no rutinarias y ser completada por equipos o grupos de trabajo. Son las razones y condiciones objetivas que solicitan la aplicación del "management".*La burocracia del modelo de "relación de especial sujeción" era propio de la sociedad del capitalismo industrial. La sociedad actual informática y tecnológica es más abierta y compleja.* El empleo público debe adaptarse a las nuevas solicitudes, porque el papel de la Administración continúa siendo importante en la nueva sociedad.

El problema más importante es como conciliar la mayor eficiencia, el mayor interés del personal, la profesionalización, la prohibición del arbitrio de los dirigentes en la promoción del personal, etc., los principios de mérito, capacidad, incompatibilidades, imparcialidad y peculiaridades del art.103.3 CE con el "management".Por ejemplo, fueron criticados en Gran-Bretaña los criterios de la Señora THATCHER a causa de los numerosos nombramientos basados más en

---

[346] Vid. *Hacia una Nueva Cultura en las Organizaciones Públicas -Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, 1995, p.483.

razones de confianza política que en criterios de mérito.El informe de la Comisión NOLE del "Standars in Public Life" promueve la importancia de proteger el criterio del mérito en los nombramientos.[347]

Compartimos la opinión de BAENA DEL ALCAZAR, [348] *sobre la imposibilidad de aplicar a las organizaciones públicas los mismos principios de cualquier organización.*Las organizaciones públicas ejercen el poder público, desempeñan tareas públicas de cumplimiento obligatorio diferentes de las organizaciones privadas, y los destinatarios de las prestaciones públicas son ciudadanos que pagan por medio de impuestos la actividad administrativa.Las organizaciones públicas obedecen a decisiones políticas con una lógica diferente de los criterios de lucro de las empresas privadas.

*Del "management" aprovechamos más la idea de la modernización administrativa y de la función pública eficiente y motivada que el punto de vista del "Estado mínimo".*Como atrás dijimos, no estamos convencidos de que la evolución vaya en el sentido del Estado mínimo, o que tenga razón plena la ideología neoliberal de la Administración reducida. Parecen útiles los siguientes criterios:

- debe existir responsabilidad individual del funcionario ante el ciudadano-cliente que paga impuestos.

- el gestor público, que tiene autonomía y responsabilidad propias, debe seguir más el modelo del empresario privado que del funcionario superior clásico.

- la política de gestión de los recursos humanos se preocupa por el funcionamento eficiente y global del sistema administrativo.

- la productividad y eficacia, tal como en las empresas privadas, son valores importantes.

- la Administración pública puede actuar con unidades más reducidas, esto es instituciones autónomas.

- puede aplicarse el derecho laboral al empleo en la Administración, si las "tareas públicas" concretas no exigen la peculiar "relación especial de

---

[347]Vid.SANCHEZ MORÓN -*Derecho de la Función Pública*, 1996, ps.36-37.

[348] Vid.Prólogo de *Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, 1995-Dir.A.RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, p.21ss.

derecho administrativo", con el objetivo de impedir discriminaciones no justificadas (ejemplo:seguridad social, estabilidad de empleo, etc.) entre personal laboral y funcionarial.

- debe existir mayor flexibilidad en el acceso a la función pública, movibilidad del personal, horario de trabajo flexible (tiempo parcial, etc.), remuneración y promoción según los resultados, y despido posible por falta no justificada de rendimiento.

- preferencia por los contratos temporales (no vitalicios).El contrato vitalicio es más propio de la sociedad tipo japonesa que de la sociedad abierta y plural europea.

f) La política de remuneraciones.

Una razón de nuestra propuesta de función pública relativamente poco numerosa es la intención de posibilitar al personal público las más elevadas remuneraciones posibles.En Europa, *los Estados con funciones públicas relativamente poco reducidas son los que mejor pagan al personal(Luxemburgo, Holanda).*De este modo, es posible que la Administración reclute los mejores cuadros y técnicos, incluso en competencia con el sector privado. Por otro lado, la posibilidad de corrupción del personal es menor.En Portugal, por ejemplo, hay corrupción entre las policías, personal de fiscalización de los ayuntamientos, etc., entre otras razones, porque hay salarios muy bajos. En España y Portugal, las remuneraciones son relativamente inferiores al sector privado, sobre todo de los escalones medio para arriba, y reciben menos que los funcionarios italianos, franceses y alemanes. El funcionario portugués es el peor remunerado. [349]

3. El modelo de función pública propuesto en la Tesis.

Vamos a ser breves en esta parte. Sólo este tema es suficiente para una Tesis, por éso debemos presentar sólo los puntos que interesan a nuestra investigación.Estas consideraciones finales pueden a veces ser una repetición de lo que ya fue dicho, pero son necesarias para presentar nuestro punto de vista.

---

[349] Vid.JUNQUERA GONZALEZ-*Función Pública en la Europa de los Doce*, Madrid, 1986, y "Rev.Estudios Politicos", 52, 1986 p.293ss.

3.1. El sistema funcionarial continúa siendo útil.

a) El modelo propuesto en la Tesis parte de la convicción de que la función pública continuará siendo una organización útil en un futuro próximo.

La Constitución y las leyes continúan admitiendo la existencia de un sistema funcionarial distinto del sistema laboral en general. Se establece la diferencia entre estatuto de los funcionarios y estatuto de los trabajadores(arts.103.3 y 35.2 CE; 269 CP).La CE y la CP no han adoptado un modelo único de función pública, por ejemplo, el modelo burocrático clásico y de "relación de sujeción especial".Los artículos 103 CE y 269 CP admiten varias posibilidades de sistemas de función pública más próximos o más alejados del sistema clásico de " relación de sujeción especial".No es posible la total laboralización del modelo, porque el art.103.3 prevé un "estatuto de funcionarios" distinto del "estatuto de los trabajadores".Pero, un régimen predominante o exclusivo de derecho público es compatible con el art.103.3 CE porque no está prohibido por la CE, y se limita a proseguir el modelo tradicional previsto por las leyes. Sin embargo, *no aconsejamos este modelo exclusivo de derecho público.* Este modelo exclusivo o predominante no es, en absoluto, necesario, es contrario al principio de igualdad de los trabajadores en general (art.14 CE; 13 CP), y no actúa en el sentido de la eficiencia. Las empresas privadas son en general consideradas más eficientes que el sector público.

*Tampoco consideramos en este momento conveniente desmovilizar el aparejo burocrático.*Todas las naciones europeas, a pesar de la integración europea, permanecen en una crisis económica, social, etc. que continuará hasta después del año 2000, y que produce grandes tensiones sociales(paro, etc.).Por eso no parece en este momento útil desmovilizar la burocracia.

No se debe esperar, en el actual período histórico, la total desburocratización de la administración pública.Las condiciones cambiarán. La burocracia no aparece más ligada a la centralización del poder y al punto de vista de la Administración exclusivamente como instrumento de poder público(*jus imperii*).La burocracia continúa desempeñando tareas que no son superfluas, lo que origina la tendencia a la reconstitución del modelo burocrático. La sujeción al

control político y la tendencia de centralización de la decisión, por ejemplo al nivel económico y financiero, siguen dando espacio al principio jerárquico. El carácter imperativo de los actos administrativos exige que las medidas sean tomadas en nombre del órgano y no del agente, lo que exige un control perfecto de la legalidad. La sujeción al control y la responsabilidad llevan el agente a obtener el acuerdo previo del superior para su acción, lo que estabiliza de nuevo el principio jerárquico de abajo hacia arriba.

Pueden existir presiones en el interior de la organización que favorezcan la estructura burocrática.En la actualidad, la idea de una organización libre de conflictos y la identificación completa del personal con los fines de la organización son una utopía, lo que confirma el papel de las normas y de la jerarquía. Continúa la tendencia de mantener, en parte, las estructuras burocráticas porque sigue siendo necesaria la dirección del personal (a veces más interesado en defender sus fines particulares), la coordinación de la división interna del trabajo, la interdependencia de las tareas, la solución de conflictos entre las unidades organizativas. En organizaciones no burocráticas puede existir también una tendencia casi espontánea de burocratización.

Por otro lado, los peligros de la burocracia son grandes.El agente es considerado como titular funcional abstracto que se comporta racionalmente en relación al sistema, y este no considera las motivaciones personales.Las informaciones, las decisiones y los conflictos tienen tendencia a subir en la jerarquía, lo que produce sobrecarga en la dirección. El esquema burocrático medio-fin considera exclusivamente las relaciones internas de la organización, el ambiente es considerado como relativamente estable, y las relaciones externas al sistema son aisladas, lo que disminuye la flexibilidad de la administración en el supuesto de la modificación de las situaciones.A causa de estas dificultades, se admiten las delegaciones de competencias, las competencias autónomas, la cooperación, los grupos de trabajo y de proyectos, el estudio de la "motivación" de los agentes y de la revolución tecnológica, el "management", y el control de los resultados.

Los críticos radicales de la burocracia y de la jerarquía no deben olvidar que el acrecentamiento de los elementos de participación pasa por la previa

modificación del sistema educativo y de la formación, que en parte reproduce los mismos valores y elementos de la burocracia.La obediencia a las normas disminuye el espacio discrecional y la posibilidad del arbitrio.La Administración, en el sistema parlamentario-democrático, debe poseer un mínimo de jerarquía, pues es responsable ante los políticos del cumplimiento de los programas, lo que exige un sistema vertical. La delimitación fija de las competencias estabiliza las relaciones de trabajo e impide las discusiones cotidianas sobre la distribución de las tareas.El procedimiento burocrático simplifica el proceso decisorio a causa de la definición previa de las competencias.

*En este momento, no hay una alternativa global seria a la organización burocrática, pero debe apartarse la orientación más rígida.*Las tareas administrativas "standard", con poca necesidad de información, cooperación y coordinación, con relaciones homogéneas con el ambiente y uniformes, están bien aseguradas por una organización con elementos burocráticos, ya que para el cumplimiento de estas tareas es importante el principio de igualdad, la legalidad puntual, la fácil obediencia del aparejo.

Para las tareas de difícil programación, dedicadas a la solución de problemas concretos, con necesidad de información y coordinación, y de ambiente dinámico, se exige capacidad de adaptación e innovación. Aquí puede ser importante la formación de equipos de profesionales. Pero estos equipos también tienen sus conflictos, y causan dificultades a los agentes a causa de la competencia exagerada, del control de los resultados, etc. La complejidad de las tareas, la necesidad de adaptación y innovación son mayores en la administración de prestaciones y en las tareas de planificación que en la administración de autoridad.

b) <u>La crítica a la función pública no puede ser hecha en base a razones presupuestarias.</u>

Las naciones europeas van a continuar teniendo dificultades presupuestarias en los próximos años. Ciertos autores y políticos invocaban las razones presupuestarias para sustituir el sistema funcionarial por un sistema alternativo de empleados laborales. También los autores que apoyan un sistema

unitario de función pública que termine con la diferencia entre funcionarios y empleados, se basan, en parte, en la razón de disminuir los costes. [350] Pero, esta idea de "sistema unitario " público no tiene hoy mucho apoyo, por ejemplo, en Alemania.

En países como Alemania(ahora unificada), los esfuerzos se encaminan para establecer remuneraciones del personal según los "resultados", y así garantizar la neutralidad de los costes, ésto es, para no aumentar el déficit. El Tratado de Unión Alemana de 1990, art.20.2, establecía que el desempeño de tareas públicas de poder público se debe confiar, en la medida de lo posible, a los funcionarios. Aún en 1994, el Gobierno federal considera que la función pública es indispensable para el futuro del Estado y de la sociedad, pero las tareas constitucionales confiadas a la función pública exigen su adaptación innovadora. Estamos hablando de Alemania, porque es uno de los países más desarollados de la UE. A la misma conclusión del Bundesrechnungshof de 10 años atrás llega ahora en 1994 el "Finanzministerium de Badenwurttenberg": el funcionario en regla es más barato, dicen los autores alemanes. La sustitución de funcionarios por empleados va a aumentar los costes del personal. Suponemos que estos puntos de vista de T.STEGMANN [351] son perfectamente aplicables a España y Portugal. La cuestión de los costes no es la más importante para motivar la opción por el sistema funcionarial o por otro sistema.

c) La crítica al sistema funcionarial no puede utilizar más el viejo argumento de que la estructura burocrática produce personal menos satisfecho e interesado que otras estructuras, por ejemplo, existentes en empresas privadas.

Parece que el punto de vista contrario también puede ser cierto. Autores como W.FINLAY, J.MARTIN, P.ROMAN, T.BLUM [352] admiten que las organizaciones burocráticas pueden, en ciertas condiciones, producir empleados más satisfechos con su trabajo.Las organizaciones que tengan reglas y

---

[350] Ejemplo:*Bericht der Kommission der Reform des Offentlichen Dienstrechts*, 1973.
[351] Vid."ZBR" heft 1, 1996 - *Beamte oder Angestellte* ?
[352] Vid. "Administration & Society "v.27, nº3, Nov.1995, p.427.

procedimientos bien fijados y conocidos, como es el caso de la estructura burocrática, tienen un personal con un elevado grado de satisfacción.

d) El sistema funcionarial será útil si cumple tareas importantes y con eficiencia.

Algunas tareas muy importantes de la Administración, quizá las tareas centrales, deben ser confiadas al sistema funcionarial como prevé la CE (art.103.3) y CP(art. 269). No es obligatorio que sean confiadas al personal funcionarial todas las tareas centrales, de forma automática, como pretendía la "relación de especial sujeción".Depende de las exigencias de cada "tarea pública".Por ejemplo, el sector de la salud y de los hospitales exige personal funcionarial ? Por qué ?La actividad de los médicos y enfermeros en los hospitales públicos y privados es semejante.

e) La función pública es útil si posibilita la cohesión y la continuidad del sistema global.

Si la función pública se transforma en un sencillo reflejo de las tensiones sociales, o de las tensiones del mercado debe desaparecer como sistema autónomo.Los destinatarios de la Administración son electores, esto es, ciudadanos con derechos, y no sólo "clientes" o "consumidores".La función pública es una condición importante para el diálogo entre tendencias a veces contradictorias:electores, parlamento, y grupos de presión, sindicatos, etc.

*La cuestión de la función pública es un problema político y democrático.*No se debe separar completamente el plan de la definición de la política del ámbito de la ejecución de las tareas. Así la política aparece desligada de la realidad, y la ejecución aparece sin un fundamento político.No es conveniente que los ministros intervengan todos los días en la gestión de las operaciones. Los administradores y directores tienen una responsabilidad administrativa propia. Pero la responsabilidad política propia del ministro debe mantenerse. La función pública al no tener legitimación democrática necesita de esta "cobertura política".De otro modo no pasará de ser un reflejo de las tensiones sociales. No debe haber disolución de responsabilidades entre el ministro y los

administradores, esto es, el ministro no debe aparecer para responsabilizarse sólo de los sucesos, y desaparecer ante los fracasos de los administradores y directores. [353]

f) Al seguir existiendo tareas públicas de cumplimiento obligatorio continuará el fundamento y la justificación del sistema funcionarial.

En la teoría de la "relación de especial sujeción había una identificación entre derecho administrativo, función publica, y Administración pública. Hoy, el fundamento de la función pública puede no coincidir con el fundamento del derecho administrativo.Por ejemplo, la organización de los hospitales puede ser de derecho administrativo, y puede haber, por hipótesis, personal médico y enfermero en régimen laboral. Tampoco la función pública coincide con la Administración pública. Cada vez está más divulgada la práctica de tareas administrativas por los concesionarios u otros contratistas, esto es, el ejercicio privado de funciones públicas. Por ejemplo, en algunos Estados, hay experiencias del sistema penitenciario privado.

La diferencia de la actividad de la Administración pública está en que hay tareas obligatorias definidas en la Constitución(ejemplo:polícia, impuestos, urbanismo, protección del ambiente, protección contra la droga, seguridad social...). De modo diverso, las empresas privadas pueden modificar, según las expectativas de lucro en cada momento, la cualidad y la especie de sus prestaciones(ejemplo: la exportación de bienes para países asiáticos tiene cualidad y márgenes de lucro diferentes de la producción de bienes para Europa).

Esta parte es esencial. La función pública no puede cambiar por su iniciativa, ni el propio legislador, algunas caracteristicas esenciales de su actividad: la matriz constitucional de extensión mínima y vinculativa de la "relación especial de derecho administrativo" - art.103.3 CE - acceso con igualdad, mérito, capacidad, peculiaridades del derecho a la sindicación, las incompatibilidades, la imparcialidad (Vd.art.269.1 CP).

---

[353] Vid. VINCENT WRIGHT -*Le Cas Britannique* -"Rev.Française d' Administración Publique" nº73, 1995, p.365.

En resumen, son tres los fundamentos esenciales que justifican el sistema funcionarial, como acabamos de ver:

1. *La existencia de tareas públicas de cumplimiento obligatorio definidas por ley.*

2. *La "relación especial de derecho administrativo"del art.103.3 CE(incompatibilidades, imparcialidad, etc.).*

3. *La garantía del contenido esencial de algunos derechos fundamentales.*

Por ejemplo, algunas actividades del Estado-autoridad (policía, prisones, impuestos, etc.)deben ser ejercidas por personal con especiales garantías de imparcialidad y formación diferente a la lógica del "mercado".Por esta vía, se pretende mejores garantías para los derechos fundamentales. El fundamento aquí está en el contacto muy próximo Administración-derechos fundamentales o la realización de importantes intereses generales.

Sólo en parte coincidimos con PALOMAR OLMEDA, que afirma que" el derecho del empleo público tiene por finalidad esencial asegurar el funcionamento de los servicios públicos".[354]"Se encuentra en ella la justificación más esencial de la propia existencia de las normas referidas al empleo público...si no fuera por ese carácter continuista no podríamos justificar el interés del derecho por señalar ningún tipo de características diferenciales en el empleo de un grupo de trabajadores frente a la generalidad de los mismos".El funcionamento continuado de los servicios públicos es asegurado bien por el sistema funcionarial, bien por empleados laborales.Por otro lado, en Portugal existen casos de control, asesoría y fiscalización de la actividad de importantes organismos públicos que es confiada a entidades privadas. Una empresa privada de asesoría puede realizar la función administrativa de fiscalizar la actividad de los burócratas profesionales, o de evaluar los "resultados" del desempeño de algunas entidades públicas.

El fundamento de la función pública en sentido estricto es otro: las características y exigencias de imparcialidad, incompatibilidades, etc. de algunas tareas o funciones públicas ejercidas.

---

[354] Vid. *Derecho de la Función Pública*, 1966, p.78.

El régimen funcionarial no se aplica automáticamente porque la Administración está presente o se trata de una tarea administrativa. Este es precisamente el criterio de la relación de especial sujeción que no aceptamos.La definición del sistema funcionarial, que no es "universal" e igual para todas las tareas administrativas, depende de un juicio de probabilidad e hipotético del legislador a propósito de cada tarea o función, que consiste en lo siguiente: *esta tarea o función está mejor desempeñada por personal en "régimen especial de derecho administrativo" que por personal laboral, por motivo de las peculiaridades concretas de esa tarea o función.* Este mejor desempeño consiste en más eficiencia o en otras garantías, como las relacionadas con el Estado de derecho democrático. La hipótesis es que para estas referidas"tareas o funciones" no es adecuado el régimen laboral que es más propio de las empresas privadas que tienen fines diferentes de la Administración pública.

Nuestra propuesta es la siguiente:cuando surgen nuevas tareas administrativas, el Parlamento o el Gobierno deben crear las instituciones necesarias para el cumplimiento de esas funciones. Estas instituciones deben tener la posibilidad de contratar, en el marco de las normas legales básicas, el personal, según el régimen jurídico que parezca más adecuado para cumplimiento concreto de esas tareas. Defendemos que la ley debe fijar un sistema básico común de empleo, remuneraciones, derechos, etc.Sólo en la parte que no es "básica" habrá autonomía organizativa para cada institución u organización. Así, se impide uno de los perjuicios del sistema inglés:la gran diferenciación de organizaciones y múltiples formas de empleo. [355]

g) La neutralidad y autonomía de la Administración pública está mejor garantizada por personal en régimen administrativo. El personal laboral está más sujeto al poder de los directores.El fin del modelo "burocrático" significaría el mayor "partidismo" del personal. Continuamos pensando que la referida "neutralidad" es esencial, incluso en esta época de procesos abiertos de comunicación y de la participación administrativa.Continua siendo tan importante

[355] Vid.NEVIL JOHNSON-*Das Recht des Offentlichen Dienst in den Mitgliedstaaten der EG*, 1994, p.350.

como en el pasado la misión de la función pública como estructura profesional y técnica para asegurar la estabilidad administrativa y ser un factor de equilibrio entre las fuerzas políticas. Únicamente no apoyamos U.BATTIS [356] en un punto, porque pensamos que no hay necesidad de vínculo vitalicio para asegurar la estabilidad administrativa. Pensamos que el vínculo vitalicio es más un efecto de la "relación de especial sujeción", y que no tiene lugar en la administración que exige un control de los resultados y la eficiencia.

h) La disminución del ámbito de las tareas de autoridad del Estado no produce la inutilidad del sistema funcionarial.

La cooperación público-privada no es un fenómeno nuevo, tiene ahora una mayor extensión y es indispensable para el papel del Estado. Ejemplos:la lucha contra la droga, o la protección del ambiente, o la política de urbanismo no es solo tarea de los polícias o de los funcionarios, también lo es de los *ciudadanos. Esta cooperación público-privada, produce la disolución de las* fronteras entre el Estado y el ámbito privado, lo que torna necesario el tipo de personal organizado según principios uniformes y vinculado a los intereses generales.

No se exige el retroceso del sistema funcionarial sólo para el cumplimiento de tareas de autoridad, esto es, las llamadas tareas "esenciales" del Estado. Las garantías del Estado de derecho democrático deben existir en los otros ámbitos de la actividad del Estado, incluso si el Estado no utiliza ahí los clásicos instrumentos de autoridad(reglamentos y actos administrativos). En las actividades con gran necesidad de responsabilidad del Estado y de control democrático puede no ser conveniente utilizar personal laboral en sustitución del personal en régimen especial de derecho administrativo. Este personal está más sujeto al control político democrático y a la transparencia, y hay mayor responsabilidad directa del Estado.El personal funcionarial está especialmente vinculado a los deberes públicos. Es lógico que este personal esté más vocacionado a cumplir los deberes públicos que el personal laboral, porque se presupone que obedece a una especial reglamentación que es adecuada para el

[356] Vid.*Offentliche Verwaltung von Morgen*, 1995, p.74.

cumplimiento de las tareas públicas según los criterios del Estado de Derecho, y al eficiente funcionamento de los servicios públicos. Sin embargo, *no podemos confiar, en exclusivo, el papel de garantía del Estado de Derecho a los "burócratas"*. Basta recordar que parte del "staff" del Presidente NIXON participó en el caso WATERGATE, los escuadrones de la muerte en América Latina, algunos cuerpos policiales en Nigeria que son auténticos bandos de ladrones, y la corrupción "institucional" en buena parte de los "burócratas" de Asia, África y Próximo Oriente. También es conocida la impotencia de las policías para combatir la gran criminalidad en Europa, el tráfico de la droga, la inmigración ilegal hacia Europa o Estados Unidos, por ejemplo. Por eso, nuestra propuesta está en no confiar la ejecución de las tareas públicas sólo a los "burócratas".

Es conveniente la competencia con otras estructuras organizativas(equipos, etc.), y con el personal laboral. La realización de complejas actividades administrativas exige la transparencia (por ejemplo, recientemente, la mayor empresa portuguesa de defensa, hacia la manutención de motores de avión para un país enemigo del Gobierno portugués.Otro ejemplo:hay un programa oficial de lucha contra el trabajo precario e ilegal, pero nadie dice que hay importantes organismos oficiales que emplean personal en régimen ilegal), la participación de los ciudadanos interesados (ejemplo:urbanismo, protección del ambiente), el control democrático por órganos responsables ante los ciudadanos, un Gobierno activo en el desempeño de sus funciones, y los medios de comunicación social libres.

Los límites entre lo político/estatal y lo social se modificarán en el sentido del pasaje de ámbitos de lo estatal a lo social. Pero es necesario la discusión racional sobre cuales de los ámbitos deben continuar en el Estado, y cuales se deben "privatizar". Este es un tema propio para consultar a los ciudadanos en elecciones. La cooperación necesaria entre Estado y privados exige mayor flexibilidad por parte del derecho presupuestario, de la función pública y de las organizaciones públicas en general. [357]

---

[357] Vid. HELMUT LECHELER-*Die Zukunft des Berufsbeamtentums* -ZBR, hf.1/1996, s.3.

3.2. *Algunas sugerencias sobre el régimen de la función pública (punto de vista de la tesis).*

Sólo pretendemos hacer algunas sugerencias sobre el sistema funcionarial. No se trata de proponer reformas, porque estas son responsabilidad del legislador y de los políticos.

a) El personal debe tener remuneraciones justas.De otro modo la función pública no es atractiva, y los candidatos a la función pública son de menor calidad. Si no se realiza este punto, todos los otros son simple demagogia y la corrupción aumenta.[358]

b) El derecho funcionarial debe ser orientado a las prestaciones, diferenciado y flexible.

Hay una rápida modificación de las tareas públicas lo que exige más movilidad en sentido geográfico y profesional.En Alemania, el derecho funcionarial permite mayor movilidad que el derecho de los empleados laborales. En España y Portugal, se deben hacer algunas modificaciones en el aspecto de permitirse mayor movilidad.

c) Los directores deben ser escogidos con gran atención.

Deben ser eventuales (2 años). Cualquier funcionario, para ocupar un puesto más alto, debe hacer pruebas relacionadas con el ejercicio de las nuevas funciones. Para las pocas funciones en que sea necesaria la lealtad política, existen los funcionarios políticos.

d) El aumento de remuneración debe depender de las prestaciones, y no sólo de la antiguedad.

e) La reforma de la función pública debe buscar el aumento de las prestaciones, la flexibilidad, la transparencia y el servicio a los ciudadanos.

La ocupación a tiempo parcial aumenta la flexibilidad. El personal debe ser pagado según las prestaciones, y no según un juicio abstracto de "alimentación".Los buenos niveles de eficiencia deben ser compensados con premios pecuniarios u otros. [359] Apoyamos la descentralización, la administración

---

[358] Vid.la crítica de la teoría funcionalista de la corrupción en ALEJANDRO NIETO-*La Nueva Organización del Desgobierno,* 1996, p.219.

[359] Vid. "*Wichtigster Reformansatz fur den Offentlichen Dienst seit Jahrzehnten*" -Das Bundesministerium del Innern, 12.April 1995.

por proyectos, las jerarquías no rígidas, la contratación de servicios en el exterior, y la co-producción público-privada.

f) El cambio debe ser estimulado.La incertidumbre, la complejidad, la rapidez del cambio exigen el "investments in organizational machinery increments".[360] Hoy las organizaciones públicas atienden a múltiples proyectos en una situación muy cambiante. Los empleados deben tener posibilidad de trabajar en nuevos proyectos, nuevos sistemas de trabajo, nuevos equipos, etc. *La idea de que el funcionario se dedica a una carrera única o a un puesto de trabajo único puede no tener correspondencia con la nueva cultura administrativa.* Los cargos ocupados por generalistas deben ser en número limitado. Debe haber especialistas, esto es, con formación profesional específica, adecuada a las tareas, y también generalistas, juristas, economistas, etc. [361]

g) Parece más conveniente el punto de vista de la "New Public Administration" que del "Reinventing Government ".

El "downsizing" del "Reinventing Government" es tan radical, esto es, el cambio es tan radical, que existe peligro para la eficiencia de la Administración pública. No es suficiente el punto de vista sólo "managerial" del "Reinventing Government", ya que no se puede apartar la importancia del "político". Un programa estatal de lucha contra la droga, un programa estatal de apoyo a los pobres o a los desempleados son programas "políticos" y no de "management".La política, que incluye la administración pública, decide cuales son los principales objetivos y define los medios para realizar esos objetivos.La reforma de la función pública no es sólo "downsizing", interesa también considerar la política y el gobierno democrático.El "management" olvida el lado humano, social y laboral de la función pública, que no es sólo eficiencia.

---

[360] Vid. GEORGE FREDERICKSON-*Comparing the Government Movement with the New Public Administration*, vol.56, nº3, p.264ss.

[361] Vid.NEVIL JOHNSON -*Das Recht des Offentlichen Dienstes in Mitgliedenstaaten del Europaischen Gemeinschaft*, 1994, p.378.*Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas* -A.RODRIGUEZ FERNANDEZ, 1995, p.483.

h) La lógica del "downsizing" de producir más con menos medios, tiene límites. Los problemas sociales(pobreza, paro, droga, etc.), la crisis económica y estructural en Europa(incluso con la CEE) exigen más "Government" como medio principal, la competencia, la formación técnica y el profesionalismo.La función pública profesional(la cuestión del vínculo no es muy importante) debe interesarse por la eficiencia y la equidad social. La reforma no consiste sólo en dar más derechos a los "clientes".*Preferimos una función pública más institucional, más política, con más racionalidad, y más metodología, más humanista, más democrática, más profesional, y que sea un medio que realice la "justice and fairness", y no sólo la eficiencia y el "management".* Se deben perfeccionar las instituciones, y no sustituirlas por el "de-institutionalized government".

No es suficiente la función pública profesional interesada en la eficiencia y en la equidad, también es importante el control democrático y la participación ciudadana. *Al contrario de OSBORN y GAEBLER* [362] *("This book is about governance, not politics"), pensamos que la función pública exige una teoría de la política y del poder.*Cómo se puede comprender la negociación colectiva, la huelga, los derechos sindicales de los funcionarios, sin la teoria de la democracia y del poder ?

El objeto de esta tesis(la crítica de la teoría de la relación de especial sujeción) no es sólo una cuestión de epistemología y metodología. Es mucho más que eso:es una cuestión de política y de poder. El "Reinventing Government" puede mostrar ventajas puntuales de eficiencia, pero en último término coloca en peligro la capacidad de las instituciones públicas y del servicio público profesional. Damos la razón al "New Public Administration" que no separa el "steering" del "rowing", la decisión política de las operaciones.Cómo se puede hacer el "downsizing" de un gran hospital público sin comenzar por el "top management" y el "steering"?

El problema para nosotros es sustituir una "mala" burocracia, por una "buena" burocracia (= eficiencia+ equidad+ servicio a los ciudadanos)

Hoy los ciudadanos no atacan sólo la burocracia. Han comprendido que la crisis es del propio sistema político, del gobierno, de los diputados, del déficit

[362] *Vid.Reinventing Government p.247.*

presupuestario, etc. La culpa no es sólo de los "burócratas". No apoyamos la sustitución del "proceso burocrático" por el proceso del "mercado".Hacer el "downsizing" en los grandes hospitales públicos significa que los ciudadanos van a pagar más caro por su salud, y que algunos cuidados médicos deben ser suspendidos si no son "económicos".

La burocracia no está en la "bancarrota". Seamos optimistas con el "Government".Por ejemplo, la integración europea es también obra de la función pública comunitaria y de la función pública de los países miembros. La reunificación alemana fue en gran medida posibilitada por las buenas prestaciones del "Offentliches Dienst". Dar grandes poderes a los "clientes" y a los "individuos" significa olvidar la relación entre función pública y los intereses generales y tareas públicas obligatorias. [363]

3.3. *Nuestra propuesta de modelo normativo funcionarial (punto de vista de la tesis).*

a) Debe ser eliminado el vínculo funcionarial vitalicio.

Este vínculo se comprende en la relación orientada al Estado. Si este es una entidad permanente y que no se extingue, también la relación del personal con el Estado debe ser vitalicia.

En la "relación especial de derecho administrativo" orientada a las "tareas concretas", ya que estas pueden no tener carácter permanente o duradero, tampoco hay razón para el vínculo vitalicio. Este vínculo es propio de una relación Estado-servidor, y no de la relación Administración-trabajador, y juega bien con la sociedad no competencial, sin lógica de "mercado". Esta sociedad, hoy, no existe.

Este vínculo vitalicio es un elemento de desigualdad con el sector laboral, y un elemento responsable de alguna ineficacia que pueda haber en la administración. Quien tiene asegurado trabajo para toda la vida, tiene tendencia a "complicar" lo que muchas veces es fácil, y a trabajar menos de lo que es conveniente. Estas cuestiones como de la ineficiencia, ya se plantearon en 1838,

[363] Vid. FREDERICKSON, G.-*Comparing the Government* cit. p.264 ss.

como observa ALEJANDRO NIETO:"...la desmoralización, la falta de celo que en general se advierte en los empleados tienen causas públicas y hasta cierto punto las disculpan, cuales son:la inseguridad en los destinos por las frecuentes variaciones *sin justa causa*, el ningún prémio que encuentra la honradez, el celo y la laboriosidad y la avidez con que el favoritismo y el pandillaje lo invaden y atropellan todo".[364]

Tampoco pretendemos la inestabilidad del empleo. Nos acreditamos en una función pública profesional y permanente. La carrera que permite la promoción mejora el interés y la motivación del personal. Un sistema próximo al suizo parece razonable. Pensamos que deben existir dos clases de personal: los nombrados por un periodo indeterminado, y los nombrados por periodo determinado. La ley debe indicar los "justos motivos" que, para el interés del servicio, justifican el fin de la relación de empleo. Uno de estos "justos motivos" debe ser la evaluación individual de los "resultados"en el desempeño del cargo. Esta evaluación del desempeño individual de las funciones debe ser realizada, no por la autoridad jeráquica inmediata u otra cualquiera, sino por una autoridad independiente centralizada (para todo el personal). *Así, el funcionario nombrado por periodo indeterminado va a continuar siempre en funciones, excepto si ocurre "justo motivo o causa justa " previsto en ley.* [365]

b) Apoyamos el punto de vista del sistema dual.

El sistema dual (de relación especial de derecho administrativo y de relación laboral) debe continuar, si continúan las razones objetivas de su aparición, o si surgen otras razones objetivas que justifican el sistema dual. El sistema dual no es una cuestión sólo de voluntad política, ya que subsisten algunas razones objetivas.

Las dos razones objetivas principales son las siguientes:

- Hay tareas públicas concretas de cumplimiento obligatorio que son mejor desempeñadas por personal en relación especial de derecho administrativo, esto es, un régimen que debe ser pensado y adecuado a su cumplimiento.

---

[364] Vid. *Los Primeros Pasos del Estado Constitucional*, 1996, p.403 cit. de El Castellano.
[365] Vid. B.KNAPP-*Précis de Droit Administratif*, 1982, p.433.

- Hay otras actividades ejercidas por el personal que son "trabajo" idéntico a las actividades ejercidas por el personal laboral que no puede ser discriminado por causa del principio general de igualdad(art.14 CE; art.13 CP).

c) Hay un núcleo "esencial" obligatorio de personal en relación especial de derecho administrativo.

En la CE y en la CP no existe una reserva de funciones expresa y absoluta a favor de los funcionarios públicos. No existe la "Funktionsvorbehalt" del art.33.4 Grundgesetz(reserva de las funciones de autoridad a los "Beamten"). Lo que existe es la *preferencia* de la CE en el sentido que las tareas"esenciales" - pueden no ser sólo las tareas de autoridad como en la Grundgesetz - sean desempeñadas por personal "esencial" en régimen de derecho administrativo (lo mismo se dice del art.269.1 CP).[366]

Vamos a ver cuales son las clases de personal que debe ser considerado "esencial".

En primer lugar, el personal que ejerce funciones del Estado-autoridad o de poder público. En segundo lugar, el personal que ejerce funciones relacionadas con la garantia de derechos fundamentales, o que pueden poner en peligro derechos fundamentales, o muy próximas a ámbitos personales de los ciudadanos (ejemplos: prisones, hospitales, seguridad social, protección de menores, asistencia a tóxico-dependientes), o que sea muy importante la imparcialidad o la ausencia de corrupción (ejemplos:protección del ambiente, planes urbanísticos).Otras "tareas", incluso no "esenciales", pueden ser incluídas en el régimen de "relación especial de derecho administrativo" si concretas razones ligadas al art. 103.3 CE lo aconsejan, por ejemplo: imparcialidad, incompatibilidades,, igualdad, etc.

Si el "trabajo" del personal es ejercicio de "funciones públicas", el régimen a seguir debe ser la "relación especial de derecho administrativo".Pero otras tareas que no sean "funciones públicas" pueden también seguir el régimen de " relación especial de derecho administrativo" si la ley entiende que los intereses generales están más protegidos o las tareas son desempeñadas con más eficiencia,

---

[366] Vid.PULIDO QUECEDO, *El Acceso* cit.p.356, 357.

etc. bajo el régimen de derecho público. No hay criterios completamente lógicos. El legislador sigue principalmente criterios políticos.

Las tareas "esenciales" del Estado deben ser desempeñadas por el personal público "esencial" en régimen de derecho administrativo. Las tareas públicas "esenciales" del Estado tienen una referencia explícita a los intereses generales. Las tareas "esenciales" del Estado son garantizadas y ejecutadas por las instituciones estatales, como la función pública.Este punto de vista de G.F.SCHUPPERT[367] concuerda con el ya propuesto en la Tesis.

Las tareas "esenciales" son primeramente las tareas de autoridad o soberanía (seguridad exterior e interior, control de la economía y moneda, justicia, impuestos).Pero, otras tareas no esenciales se pueden incluir en la "relación especial de derecho administrativo" si no hay, por ejemplo, privados disponibles para ejercer esas tareas, o si a causa de razones de cualidad, abusos, peligro, principio de igualdad, etc. se prevé que las tareas sean mejor desempeñadas por personal en régimen de derecho administrativo que por personal laboral.

d) No es muy importante la diferencia entre vínculo de derecho público (nombramiento) y vínculo de derecho privado(contrato).

Más importante que esta diferencia formal es la aplicación del régimen jurídico material, en parte contenido en al art.103.3 CE, tanto en la función pública en sentido estricto, como en el personal privado al que se aplique también los principios del art. 103.3CE.En Alemania, por ejemplo, los "Angestellten" y "Arbeiter" en régimen laboral son objeto de aplicación de numerosas normas administrativas semejantes a las aplicadas a los "Beamten", y pueden desempeñar, en algunos casos, tareas semejantes a los "Beamten".

e) Con fundamento en razones objetivas se puede aplicar el derecho laboral al personal de la Administración, privatizar actividades, etc.

La teoría estatutaria es contraria a este punto de vista porque aplica en regla siempre el régimen de derecho público. Basta, en general, con la presencia de un sujeto público para aplicar de forma automática el régimen estatutario. Una

[367] Vid.*Ruckzug des Staates ?*-"DOV", 18, 1995, p.765.

ventaja de la "relación especial de derecho administrativo" es su orientación a las "tareas" y no al "sujeto público". Si las "tareas"concretas no exigen el régimen público, por qué no aplicarles el régimen laboral común, para disminuir las discriminaciones, y respetar el principio de igualdad - art.14 CE, art.13 CP - en el mundo laboral? Puede haber razones políticas u otras que aconsejan, en concreto, para ciertas tareas, el derecho laboral. En cuanto al "nucleo esencial" de tareas, la CE y la CP prefieren el régimen de derecho público(la relación especial de derecho administrativo).

La "Agencia Estatal de Administración Tributaria" creada por la Ley 31/1990 es presentada como un caso de " privatización de función pública".Esta "privatización " se explica por razones concretas como la ausencia de personal cualificado que pasó al sector privado, la carencia del número de plazas ofertadas públicamente, etc. *Si aplicamos a este caso el criterio defendido en esta Tesis de la "relación especial de derecho administrativo" orientada a las "tareas públicas", convengamos que la solución no parece correcta.* La concreta tarea o función tributaria es totalmente *esencial* para el Estado, es de poder público, y es de las más necesarias para la aplicación de la "relación especial de derecho administrativo" del art.103.3 CE. La "función" tributaria tiene características diferentes de las tareas técnicas realizadas, por ejemplo, por médicos, enfermeros, etc. en un hospital público. La diferencia aquí es la siguiente:la función tributaria debe ser desempeñada por personal público.Las tareas técnicas y médicas en un hospital público pueden ser desempeñadas, si esa fuera la opción política del legislador, por personal con vinculo laboral, pero que garantice los principios del art. 103.3 CE:

- Acceso en la base del mérito y capacidad-es un principio general del reclutamiento en la administración pública, de modo diferente a las empresas privadas en que no es obligatorio.

- Incompatibilidades-los médicos, etc. no deben ejercer funciones en multinacionales farmaceúticas, etc.

- Imparcialidad - hay una orden de prioridad en la realización de operaciones quirúrgicas, etc. que sigue el criterio de igualdad entre enfermos. En un hospital privado este criterio de igualdad puede no ser seguido de forma rígida.

En el caso de la "Agencia Estatal de la Administración Tributaria" es, por ejemplo, criticable la exclusión del personal directivo de la selección según los principios de mérito y capacidad.

Es conveniente, en la administración tributaria, o en otra cualquiera, que algunos controles o fiscalizaciones técnicas sobre servicios públicos puedan ser realizadas por organismos autónomos públicos diferentes del Estado o por empresas privadas de asesoría nacionales o extranjeras. Estas asesorías son de carácter temporal, y pueden justificarse cuando se suponga que los propios servicios públicos no son, en un supuesto concreto, imparciales en la análisis de la situación de los servicios.

Sin embargo, el "círculo vicioso" señalado por SILVIA del SAZ [368] por "la admisión de entradas laterales en los niveles superiores de la función pública que ha afectado a la carrera administrativa de los funcionarios de mayor preparación y prestigio", suponemos que *lo mejor es el relativamente libre intercambio entre el empleo público y privado. Es lo que ocurre sobre todo en Estados Unidos, pero también en Francia. No es conveniente la total y absoluta separación entre empleos públicos y privados.* Claro que habrá siempre algunos derechos adquiridos que respetar. [369]

No hay total libertad de la ley para la modificación del régimen público del personal para régimen laboral.El legislador debe conducirse por los criterios constitucionales del art.103.3 CE (266, 269 CP) y por las condiciones objetivas de las relaciones, intereses generales y tareas públicas concretas. En este sentido, el Consejo de Estado italiano.[370]

f) La relación estatutaria clásica no se adecua a una función pública eficiente y moderna.

Los cambios que se han producido en las "tareas" actuales de la función pública, no aconsejan la continuación del modelo estatutario clásico propio del Estado de la época "industrial".Los funcionarios no se situan en una "relación de

---

[368] Vid. *Contrato Laboral* cit.ps.114 a 116.
[369] Vid. FERREIRO LAPATZA-*Notas sobre la Agencia Estatal de la Administración Tributaria*-REDF, nº71, 1991. M-PULIDO QUECEDO-*El Acceso* cit., p.379.
[370] Cit. en BELÉN M.JALVO –" Rev.Adm. Públ."nº137, 1995, p.486.

especial sujeción".Tienen derechos democráticos como el derecho a la huelga, el derecho a sindicación, a negociación colectiva, etc. Ejemplo: en Portugal, las fuerzas policiales de carácter civil pretenden una jefatura civil y no militar, desean el derecho a sindicación, y negociar o participar en la discusión de sus condiciones de trabajo, buenas remuneraciones, etc. de otro modo, dejan de interesarse por sus actividades...

La negociación colectiva, la huelga, el derecho de participación son una realidad histórica positiva y progresista, tienen fundamento constitucional, y contrarían la forma de actividad administrativa exclusivamente unilateral y autoritaria(acto administrativo) propia de la "relación de especial sujeción".Pero, estos derechos deben ser ejercidos con "peculiaridades"(28.1 CE; 270 CP), por motivo de los intereses generales. Recuerdo que algunas de las mayores huelgas en Portugal en los últimos 20 años ocurrían en empresas públicas. Por eso, hacer huelga contra el empleador Estado que no quiebra y que puede pagar casi sin límites en la base del presupuesto del Estado, puede ser peligroso para los intereses generales.

g) No apoyamos la laboralización total de la función pública.

Si no se acepta la relación estatutaria clásica, tampoco se apoya la laboralización total. La CE propone la diferencia entre función pública y trabajo, y entre estatuto de los funcionarios y estatuto de los trabajadores (arts.23.2, 35.2, 103, 149.1.18, 28.1CE. CP - arts.15.2 - funciones públicas no técnicas, 58, 59 - derechos de los trabajadores, 269 - regímen de la función pública).

La cuestión es que existen "tareas públicas concretas" que aconsejan la "relación especial de derecho administrativo" para su personal, sea en su extensión mínima del art.103.3 CE(acceso a la función pública de acuerdo con el mérito y capacidad, peculiaridades del derecho a sindicación, incompatibilidades, imparcialidad), sea en su extensión máxima que incluye el vínculo de derecho administrativo de la relación de empleo. Para el "núcleo esencial de tareas públicas", nuestra propuesta es un sistema estatutario parcial de función pública, pero contractualizado, esto es, en que tenga lugar el contrato administrativo.

h) No apoyamos la idea de la "unificación" de los dos regimenes.

SILVIA del SAZ [371] defiende la unificación a causa de "los más elementales principios de organización y gestión de personal". Para nosotros la cuestión es diferente.No partimos en la Tesis del punto de vista de la "relación de especial sujeción" que se apoya en la característica de especial supremacía del sujeto "Administración pública".Centramos la discusión alrededor de las "tareas"administrativas.*Existen en la actual Administración pública tareas o actividades semejantes a las actividades privadas (ejemplo:escuelas, hospitales, empresas de producción de bienes, etc.). También hay otras tareas que no tienen paralelo con las actividades privadas (ejemplo:policia, lucha contra la droga, protección del ambiente, control de la economía, seguridad social, etc.). Lo natural es que a esta dualidad de "tareas" corresponda la dualidad de regímenes del personal.* Por causa del principio general de igualdad, "tareas" semejantes deben ser ejercidas por personal con derechos y deberes semejantes. Dificil de entender es, por ejemplo, la existencia en el mismo organismo, para desempeñar las mismas tareas o funciones, de lugares de personal funcionarial y de personal laboral.

El sistema unificado de personal tiene la ventaja de la racionalización y economía de medios, pero la gestión centralizada de este sistema se torna también muy dificil a causa de su extensión.Las "tareas" propias y "esenciales" del Estado deben ser desempeñadas por personal en "relación especial de derecho administrativo". Para las otras funciones o actividades, la opción legislativa podrá ser el régimen laboral común(ejemplo:empresas públicas) o el régimen laboral con peculiaridades.

Lo que pretendemos es la sustitución del sistema estatutario público clásico por un sistema estatutario más moderno. En cuanto al resto, apoyamos a H.LECHELER: "Entweder Staat oder kein Staat".[372]Si el Estado, en cuanto a ciertas actividades, no pretende desempeñar un papel especial, y prefiere mantenerse como uno entre los diferentes actores en el "mercado", entonces la

---

[371] Vid. *Contrato Laboral* cit.p.108.
[372] Vid."ZBR", hf.1/1996, p.2.

única alternativa lógica al sistema funcionarial es el empleo laboral.En este sentido se sitúa LÓPEZ GÓMEZ: "...ensayo de lo que en un futuro pudiera ser el régimen laboral especial de los trabajadores de las Administraciones públicas, que agrupara a la mayoría de los empleados del sector público, hoy divididos en funcionarios y laborales ".[373]

Pensamos que es contraditoria la idea del "post spezifischen offentlichen Dienstrechts " que propone, por ejemplo, para las tres empresas de correos alemanas un derecho del personal, en la base de principios unitarios, a firmar en convenios colectivos.La diferencia entre funcionarios, empleados y trabajadores no tendría lugar más. Lo que se juzga contraditorio es la combinación de los distintos derechos relativos al personal. Por ejemplo, el hecho de combinarse el principio de empleo vitalicio, que es propio de la relación estatutaria clásica, en empresas que pueden ser privatizadas totalmente. El empleo vitalicio no se adecua bien a las empresas, a la negociación colectiva, etc.Si el personal tiene empleo vitalicio, los derechos sindicales, la negociación colectiva, etc.pueden ganar un significado de presión tan fuerte, que podrá desvirtuar los intereses generales y el buen funcionamento de los servicios y empresas públicas, que es la finalidad esencial del empleo público. [374]

Vemos que es una ventaja confundir lo menos posible los dos regímenes, para aprovechar las mejores posibilidades de cada uno (el régimen público, la imparcialidad, el mérito...; el régimen privado, la flexibilidad, la competencia...).El régimen del personal público no debe aplicarse a las empresas o al personal laboral, porque la aplicación de esas "peculiaridades" al personal laboral podría significar la "corporativización" de las empresas y las restricciones de derechos aumentarían. El derecho laboral aplicable al personal de la Administración debe ser lo más común posible, sin olvidar las exigencias constitucionales del art.103.3 CE. De este modo, también se impide la "huída" de la Administración para el derecho privado, porque no se podrá construir para su provecho la solución "peculiar" que sea más adecuada en cada caso. Apoyamos a

---

[373] Vid.*El Régimen Jurídico del Personal* cit.p.483.

[374]Vid. T.BLANKE/ D.STERZEL-*Ab die Post?- Die Auseinandersetzung und die Privatisierung der Deutschen Bundespost"*-Kritisch Justiz", 26.Jahrgang 1993, s.301.

J.LÓPEZ GÓMEZ:" deben entenderse nulas aquellas diferenciaciones, singularmente consideradas, que distancien el régimen jurídico del personal laboral del régimen común cuando se opongan al principio de igualdad, por no razonables, arbitrarias o desproporcionadas ".[375]

La dualidad de regímenes puede producir una mayor diversidad de remune-raciones.Al ser los "trabajos" desiguales, también las remuneraciones serán desiguales.No se apoya el sistema que obliga a una gran uniformidad de remuneraciones. Las diferencias de remuneraciones según el tipo de "tarea", formación, resultados, etc. permiten la competencia entre el personal de la Administración, lo que puede producir mayor eficiencia. Una de las causas del mal funcionamento de la burocracia es la excesiva rigidez de remuneraciones (en Portugal, algunos jefes de servicio con grandes responsabilidades, a veces, ganan poco más que sus subalternos).

i) Debe disminuir la tendencia de aproximación entre el derecho funcionarial y el derecho laboral.

En los últimos años, es efectiva la tendencia de aproximación derecho administrativo/derecho laboral. Hay leyes que se aplican a los dos ámbitos (ejemplo:derechos sindicales, huelga, protección a la maternidad, etc...).

En la tesis, *nuestra propuesta entiende la función pública en sentido estricto, como el personal público"esencial", para realizar el núcleo "esencial" de tareas públicas, más aquellas tareas que la opción política del legislador defina* en cada momento como más conveniente para incluirlas en la "relación especial de derecho administrativo" del art.103.3 CE. El otro personal, si realiza actividades no diferenciadas, por sus características, de los trabajadores en general, puede seguir el régimen laboral. El principio de igualdad (art.14CE) no permite diferenciar, sin razones objetivas, por ejemplo, relacionadas con las concretas tareas públicas, entre el derecho funcionarial y el derecho laboral. Este régimen del personal orientado a las "tareas"públicas, y no al sujeto de la Administración pública, como pretendía la relación de especial sujeción, no tiene una tendencia tan

[375] Vid. *El Regímen Jurídico del Personal* cit.p.482.

grande de aproximación derecho público-derecho laboral, como hasta ahora. La tendencia no parece ser la atenuación parcial de las diferencias, ni la asimilación, lo más plena posible, entre el régimen administrativo y el régimen laboral. *La función pública "esencial" o la función pública en sentido estricto continúa justificándose a causa de las especialidades de algunas tareas públicas desarolladas, sean "funciones públicas esenciales", sean "servicios públicos esenciales"* (ejemplo:servicios públicos con un gran contacto con los derechos fundamentales pueden justificar la organización pública: apoyo sanitario a tóxico-dependientes, hospitales, etc.).[376]

Un régimen de "Gemengelage"(situación de mezcla) retiraría a la Administración la flexibilidad y apertura posibilitada por el sistema dual del personal.No es conforme a la economía del "mercado" un derecho laboral igual para la Administración pública y las empresas privadas. Por eso, no se acepta el punto de vista de LÓPEZ GÓMEZ del "proceso cruzado de acercamiento entre ambos regímenes, esto es, de laboralización del régimen funcionarial y funcionarización del régimen laboral".[377]

j) Son necesarios criterios que permitan la relativa uniformidad de regímenes del personal.

La diferenciación entre los dos regímenes del personal no es algo grave, pero pueden ser introducidas medidas que permitan alguna uniformidad de regímenes. Los sistemas funcionariales inglés y norte-americano están más diferenciados que el francés, español y portgués, pero no son menos eficientes que estos últimos.

Hay medidas o criterios que pueden favorecer la relativa uniformidad de regímenes. Lo que más se intenta es impedir el ejercicio, por ejemplo, en el mismo servicio, de tareas o funciones semejantes por personal en régimen diferenciado, uno público y otro laboral. El principio de igualdad se vería

---

[376] Vid.en sentido contrario-B.MARINA JALVO-*Sobre las Últimas Reformas Italianas del Empleo Público-*"Rev.Adm.Públ."nº137, 1995, p.486s.
[377] Vid.*El Regimen Jurídico del Personal cit.*p.484.

perjudicado, si hipotéticamente el régimen público concediera más derechos que el laboral, o al contrario.

El primer criterio de uniformidad es la "preferencia" de la CE - art.103.3 y CP - art.269 por la función pública de régimen administrativo. El núcleo "esencial" de "tareas públicas" - no son sólo las tareas de "autoridad" - debe ser desempeñado por personal funcionarial (en relación especial de derecho administrativo). Aquí hay una estrecha relación entre tareas administrativas, organización administrativa y personal administrativo.En cuanto a saber lo que es "esencial", no hay un criterio definitivo y completo. El criterio es también político y cambiante, y no sólo objetivo.

Otro criterio de uniformidad del régimen del personal es aplicado, por ejemplo, en Inglaterra. Cuando surgen nuevas tareas públicas es creada y organizada por ley una institución a quien se confían las funciones. Se aplica al respectivo personal el régimen más adecuado a aquellas tareas particulares. Cada organismo o entidad debe tener al personal bajo el mismo régimen. Al contrario del derecho inglés, y para impedir la fragmentación del sistema, *es importante la existencia de legislación básica común aplicable a todo el personal (despido, deberes, derechoscolectivos, remuneración, plantillas, carrera, formación, etc)La negociación colectiva que debe poseer efectos directos no puede contrariar esta ley básica común y el derecho necesario.*

Otro criterio está relacionado con la actividad de organismos públicos de carácter financiero, comercial o industrial, de empresas públicas o de actividades semejantes a las desempeñadas por particulares(hospitales, laboratorios, centros de formación profesional, consultoría, apoyo técnico, etc.).El principio de igualdad aconseja que este personal sea de régimen laboral.Las técnicas de "management" parecen ser importantes en estos sectores, y son de más facil aplicación al personal laboral que al personal funcionarial. No vemos porqué no es posible un regímen laboral semejante en los hospitales públicos y privados.El régimen del personal del hospital público debe ser conciliado con las exigencias del art.103.3 CE, en el aspecto de las incompatibilidades, etc. Sin embargo, continua siendo importante la existencia de hospitales públicos y de cuerpos policiales, por ejemplo. Estos cuerpos policiales no deben ser sustituidos

totalmente por empresas de seguridad privadas que podrían establecer contratos con el Estado. *La razón es que los hospitales privados y las empresas de seguridad privadas no están obligadas a la defensa de los intereses generales.* El interés inmediato de los médicos particulares y de los hospitales privados es que haya mucho trabajo y muchos enfermos.El interés de una empresa de seguridad privada es que la inseguridad se instale como fenómeno colectivo. Al contrario, el interés de los médicos y enfermeros de un hospital público, y de los polícias o jueces, etc. es que haya pocos enfermos y pocos crímenes porque la remuneración mensual es fija.Para aumentar la eficiencia del personal del Estado se pueden introducir medidas que favorezcan la productividad (ejemplo:más días de vacaciones, promoción, mejor remuneración, etc). La empresa privada que establezca un contrato de gestión con el Estado de un hospital público tiene interés en aumentar cada vez más el número de "clientes" del hospital, porque así podrá negociar mejores condiciones de pago por el Estado.

En el mismo servicio, no conviene distinguir, en cuanto al régimen del personal, entre actividades principales y actividades instrumentales que son indispensables para cumplimiento de las primeras. Por ejemplo, las posiciones de jefatura son ocupadas por personal funcionarial y el personal informático o el que instruye el expediente, etc. está en situación laboral.La idea de uniformidad del personal es aquí importante. El personal instrumental permanente debe seguir el mismo régimen del personal principal. La justificación de esta medida es la eficiencia en el desempeño de la tarea que también depende del nivel instrumental, el principio de igualdad, la no discriminación entre las clases de personal, la mejor gestión del personal. En este aspecto, seguimos un punto de vista diferente de la política italiana del personal que es "privatizar" todas las actividades instrumentales y mantener algunas actividades de soberanía reservadas al personal público.

Los criterios legales de uniformidad deben seguir las entidades, las acti-vidades, las tareas, las funciones, y no los puestos de trabajo en concreto. Dentro de la misma actividad(seguridad social, servicios sociales, actividad empresarial, soberanía, etc.) el personal debe gozar el mismo régimen jurídico.

k) Pensamos que la evolución del Estado no se encamina en el sentido de necesitar de una función pública "universal" de tipo francés (modelo unitario).

El personal público es muy numeroso, y, en regla, todo el personal está en régimen funcionarial, independentemente de las "tareas" ejercidas. En Francia, el personal de dirección des "établissements publiques industriels et commerciaux" también se encuentra en régimen administrativo.

*Preferimos un modelo más próximo al alemán, que prevé los "Angestellten " en régimen privado al lado de los "Beamten" en régimen público. El personal funcionarial debe realizar las tareas"esenciales".*Las actividades no relacionadas con los "intereses generales esenciales", pueden ser ejercidas por personal laboral.Este régimen dualista parece más adecuado al cumplimiento de las "tareas"públicas, y es de más fácil gestión porque no es tan "universal", y tiene la ventaja de la flexibilidad. Un derecho laboral que sea tan rígido como el derecho funcionarial es un sistema "corporativizador" de la economía, y no "amigo" del "mercado". El derecho de los "Angestellten" en Alemania sufre amplias críticas de autores como U.BATTIS[378] porque ha perdido en parte la flexibilidad de gestión.

El sistema dualista es más favorable a la libre circulación de trabajadores en Europa (art.48.4 Tratado CEE).Una función pública no "universal", y no demasiado numerosa permite mejores remuneraciones del personal funcionarial en sentido estricto.

l) La tesis defiende la sustitución del punto de vista unilateral-autoritario de la "relación de especial sujeción" por la "relación especial de derecho administrativo" de base contractual.

El vínculo unilateral-autoritario debe ser sustituido, para el personal funcionarial en sentido estricto, por el vínculo contractual administrativo más adecuado a la protección de los intereses generales que el contrato laboral, como se dice en el nº4.1.c). Este último contrato, con las especialidades del art.103.3 CE, debe aplicarse al personal de la Administración que no cumple "tareas

[378] Vid.*Offentliche Verwaltung von Morgen*, 1995, p.67.

públicas esenciales", o que ejerce actividades semejantes a las privadas (ejemplo: hospitales, escuelas, empresas...).

El modelo contractual es más conforme al modelo constitucional y legal de función pública que reconoce los derechos sindicales, la participación, los derechos fundamentales de los funcionarios(arts.28.1, 9.1 CE; 269.2, 270 CP). La relativa uniformidad de la contratación administrativa es posible porque se prevé la existencia de una ley básica común a todo el personal del Estado. El contrato administrativo es en parte estatutario. *Los convenios colectivos que deben poseer efectos directos, para que haya suficiente autonomía de voluntad negociadora, no deben contradecir la ley estatutaria básica y el derecho necesario.El contrato individual merece su nombre, si no fuera un sencillo reflejo de la ley, sin consecuencias jurídicas autónomas.*No se trata de verdadero contrato, si sólo consiste, por ejemplo, en la Administración nombrar al primer clasificado del concurso y en la libertad del candidato de aceptar el cargo. La autonomía del contrato administrativo individual no puede contradecir el derecho "necesario", ni violar los principios de igualdad y los del art.103.3 CE(266.2, 269.1 CP).Esta autonomía debe basarse en elementos objetivos, sin discriminaciones inconstitucionales.Hay espacio para la autonomía de la voluntad, por ejemplo, en los siguientes casos: medidas de productividad, horario flexible, jornada continuada, jornada reducida por interés particular, período de prueba, no abandono de funciones antes del plazo negociado, exclusividad, movilidad para locales del interior o insulares, ingreso en la función pública después de la formación pagada por la administración, actividades de peligro, horario de trabajo, trabajo nocturno o en sábados y domingos, remuneración y progresión en la carrera según los resultados, trabajo a tiempo parcial, trabajo en domicilio, no hacer huelga durante un año por ejemplo, formación permanente, vigilancia clínica permanente, periodo de disfrute de las vacaciones, etc.

El contrato administrativo no se debe utilizar para incluir claúsulas con indemnización superior a la prevista en la ley básica común para el caso de extinción de la relación. Pero, puede servir para negociar la cuantía de la

indemnización por extinción del contrato, entre el máximo y el mínimo legalmente fijados. [379]

Nuestra propuesta es más amplia que la de PALOMAR OLMEDA [380] que sólo admite el acuerdo de voluntades entre la Administración y los representantes de los empleados (negociación colectiva).Para nosotros, no cuentan sólo los "representantes" y el "colectivo".Es también importante el contrato con eficacia individual, sin representación, entre el funcionario y la Administración.

Coincidimos con U.RESCIGNO [381] que *el área y extensión contractual que el derecho necesario(ley) deja al personal de la Administración es diferente y menor en cantidad y calidad de aquel que la ley deja al personal en los contratos civiles.*

El contrato individual puede derogar el convenio colectivo con ventajas para el funcionario, en base a razones objetivas que no violen el principio de igualdad, la imparcialidad, etc.(art.14, 103.3 CE).

Parte de la doctrina no es contraria a la sustitución del modelo unilateral por el modelo contractual. "El peligro...de poner el acento más en las diferencias existentes entre el empleo público y el trabajo privado que en lo que existe de común entre ambos, pues en la realidad sociológica es más lo que les une que lo que los separa. Por ello sería más acertado el establecimiento de una nueva modalidad contractual, la del contrato de trabajo del personal de las Administraciones públicas".[382] "El contrato administrativo es...la solución del derecho francés"."Los contratados sean hoy y en el futuro próximo una figura de creciente utilización ".[383] "Es la racionalidad de tipo económico que influenció la pasaje para la lógica de empleo contractual en Inglaterra y Italia" - L. ROUBAN-J. ZILLER.[384] "Es preciso que prime la nota contractual en la regulación...de la relación de servicio"." Como ha señalado ALEJANDRO NIETO, la premisa fundamental para dar respuesta a este reto es la concepción del funcionario como

---

[379] Vid. la cuestión de los "contratos blindados" en SILVIA del SAZ, *Contrato Laboral* cit.p.139.
[380] Vid.*Derecho de la Función Pública* cit.p.64.
[381] Vid.*La Nuova Disciplina del Pubblico Impiego*-"Lavoro e Diritto "a.III n.4, 1993, p.555.
[382] Vid. LÓPEZ GÓMEZ-*El Regimen Juridico del Personal* cit.p.494.
[383] Vid.SILVIA del SAZ-*Contrato Laboral* cit.p.46, 48.
[384] Ob.cit.p.349.

sujeto social antes que como instrumento jurídico, lo que debe conducirle a la valoración de la función pública de su trabajo y hacerle sujeto responsable, no ante el superior jerárquico, sino ante el valor de la democracia"."Acudiendo de nuevo a la opinión de ALEJANDRO NIETO, podemos decir con él que si el secreto de una buena organización consiste en su capacidad de adaptarse al cambio...si la Administración progresa en un sentido adaptativo, éste conllevará necesariamente un progreso del régimen del personal " - vd. ORTEGA ÁLVAREZ, PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ BLANCO.[385]

El régimen jurídico del contrato administrativo de prestación de servicios o trabajo entre la Administración y el personal debe respetar los derechos constitucionales de los trabajadores.El art.2 de la Ley de Contratos deja de fuera de su aplicación la"relación de servicios y los contratos sobre personal regulados en la legislación sobre funcionarios y, en su caso, en la laboral".[386]

No parece adecuado a la situación funcionarial el actual régimen español de los contratos administrativos, en que los derechos del contratista tienen menores garantías jurídicas que si fueran reconocidos por acto administrativo unilateral. "A diferencia del sistema francés en que la Administración no puede por sí misma proceder a la resolución del contrato, debiendo acudir a la Jurisdicción administrativa en demanda de la misma..., en nuestro Derecho la posibilidad de modificar las prestaciones del contrato o resolverlo se actúa directamente por la Administración frente al contratista, sin ni siquiera respetar los trámites que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece para la revocación de los actos declarativos de derechos". [387]

La tesis juzga que la voluntad del personal no es un simple presupuesto de un acto administrativo unilateral.Así, es aprovechable la idea de algunos autores italianos que hablan de "contratti di diritto pubblico" entendidos como actos bilaterales en que la Administración y el funcionario crean un negocio jurídico sobre un objeto que produce utilidad a la administración:la prestación de servicios.

---

[385] Vid. *Manual de Derecho Administrativo* p.425, 427.
[386] Vid.RAMON PARADA-*Derecho Administrativo*, I, 1993, ps.290, 262, 263, 277.
[387] Vid.RAMON PARADA-*Derecho Administrativo* cit.p.277.

En la doctrina portuguesa, se defiende que contra las decisiones de la Administración en el ámbito de los contratos administrativos debe ser posible el contencioso de plena jurisdicción, con poder de sustitución del juez. El "Código de Procedimento Administrativo", arts.186 y 187 establece que los actos interpretativos de claúsulas contractuales no son actos definitivos y ejecutorios", y que la ejecución forzosa de las prestaciones contractuales sólo se puede obtener a través de recurso de plena jurisdicción en el tribunal administrativo.[388]

BASSOLS aprecia muy correctamente esta situación:"aparecen síntomas de posibles cambios en la regulación de fondo del contrato administrativo que todavía no han madurado, pero que posiblemente se consoliden en un futuro próximo al compás de la evolución comunitaria"..[389]

En resumen, podemos apuntar las siguientes ventajas del modelo contractual de derecho administrativo:

La primera ventaja es adecuar mejor el derecho funcionarial a la lógica de los derechos democráticos y colectivos de la Constitución.El contrato administrativo, que resulta de un acuerdo de voluntades, se adecua bien a la lógica de la negociación colectiva, derecho a la huelga, participación de los funcionarios, etc.

En segundo lugar, la Administración tiene ventajas, porque el régimen contractual debe significar el fin del sistema de empleo vitalicio que no conviene a la Administración en éste período de crisis económica y de cambio permanente de tareas públicas.La Administración puede introducir cláusulas contractuales a respeto de los niveles de productividad que los funcionarios y servicios deben cumplir.

En tercer lugar, los funcionarios tienen ventajas en el régimen contractual.El principio negociador individual y colectivo permite defender mejores remuneraciones, que el sistema clásico unilateral-autoritario.El personal más calificado puede tener más interés en el acceso a la función pública, porque puede negociar, en el marco de la ley básica, algunas condiciones más favorables a su

---

[388] Vid. *Código do Procedimento Administrativo*-ESTEVES OLIVEIRA, P.GONÇALVES, J.AMORIM. 1995, II, p.381.

[389] Cit.en RAMON PARADA-*Derecho Administrativo* cit.p.263.

situación personal y disponibilidad.Ejemplos: remuneración complementaria según los resultados, horario flexible. jornada reducida por interés particular, exclusividad, actividades de peligro, movilidad para locales del interior, etc.

Vamos a entrar por fin en el último capítulo (La relación especial de derecho administrativo funcionarial.Diferencias y consecuencias jurídicas de la aplicación del concepto "), que pretende ser un punto que presenta las conclusiones sobre la eventual utilidad y consecuencias de la aplicación del concepto de "relación especial de derecho administrativo".

CAPITULO VIII

DIFERENCIAS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE RELACIÓN ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL.

Entramos en el último capitulo de la tesis. Lo que ahora va a ser expuesto es consecuencia y desarollo de todos los capítulos anteriores de la Tesis. Algunas cosas no serán nuevas, pero deben ser repetidas en este momento. Esto explica, en parte, que este capítulo final no sea muy amplio: es más un resumen final, y la enunciación de consecuencias de lo que ya fue dicho. Si se fueran a desarollar algunos puntos de los que ahora vamos a hablar, se podría hacer otra Tesis (ejemplo: los derechos fundamentales de los funcionarios, la negociación colectiva, etc.).

En primer lugar, vamos a establecer las diferencias entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo.

En segundo lugar, vamos a indicar algunas consecuencias jurídicas que resultan de la utilización del concepto de "relación especial de derecho administrativo"funcionarial.Vamos a escoger los casos más significativos que sean suficientes para explicar las importantes consecuencias jurídicas del concepto de "relación especial de derecho administrativo".Estas dos cuestiones están interrelacionadas.Establecer la diferencia entre el acto administrativo de la relación de especial sujeción y el contrato administrativo de la relación especial de derecho administrativo, es adelantar una de las consecuencias del concepto de relación especial de derecho administrativo: la utilización predominante del medio contractual administrativo.

A) LAS DIFERENCIAS ENTRE LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECIÓN Y LA RELACIÓN ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. El contexto histórico-social y jurídico.

El concepto de relación de especial sujeción nace en la época de la monarquía constitucional alemana, donde el concepto democrático era muy restrictivo. Se siguió aplicando en el período del Estado de derecho liberal con tareas públicas reducidas. Después esta concepción permaneció en las democracias europeas, quizá porque corresponde a algunas tendencias del pensamiento burocrático.Pero, entró en crisis después de la Grundgesetz alemana. La relación de especial sujeción es propia de la sociedad del período industrial. Era necesaria una función pública muy numerosa, de régimen homogéneo, muy jerarquizada y que, sin problemas de huelgas, contestación, etc., realizaba un cierto "producto" final: la ejecución de las leyes generales y abstractas. La separación entre Estado y sociedad era profunda. El funcionario estaba en una situación de "sujeción" porque desempeñaba funciones para una entidad muy especial llamada Estado. Esta entidad poseía la "supremacía".Su autoridad se ejercía por medio de actos administrativos unilaterales.El trabajo voluntario de los funcionarios dependía del nombramiento que era un acto administrativo unilateral. El derecho público dominaba completamente el ámbito administrativo y era muy diferente del derecho privado que, en la Administración, sólo aparecía como acessorio de los instrumentos de derecho público.A la función pública y a la organización administrativa se aplicaba el derecho interno diferente del derecho externo que sólo se aplicaba a las relaciones Estado-ciudadanos. El funcionario era un servidor y no un trabajador.

Según la investigación de MARTÍNEZ DE PISÓN, el origen de la relación de especial sujeción sería el germanista "contrato de servicio fiel" y no la "locatio conductio operis". [390]No es un contrato obligacional, pues establece una relación personal.. Es más una relación de fidelidad que significa la reducción del ámbito de los derechos del funcionario y el poder de ordenación de la Administración.

En la actualidad, no es posible la utilización de la relación de especial sujeción porque se instaló la nueva concepción del Estado de derecho

[390] Vid. *Régimen Jurídico de la Función Pública* cit.p.226.

democrático.Por otro lado, el funcionario no pertenece al ámbito estatal separado de la sociedad. No hay separación entre Estado y sociedad(ejemplo:los funcionarios pueden ejercer la huelga, la "privatización " de los servicios públicos, etc.).

Se modificarán las formas de la actividad administrativa.Los actos administrativos y los reglamentos no tienen un carácter exclusivamente unilateral, pues, muchas veces hay participación de los interesados en su preparación (ejemplo:reglamentos de urbanismo, etc.).Hay una tendencia para la privatización y contractualización de los servicios.Hay un nuevo interés por los contratos administrativos.Vease lo que pasa en Francia. [391] El Código de Procedimiento Administrativo portugués, art.179 permite la utilización paralela del acto administrativo y del contrato administrativo.

El derecho público y el derecho privado no están en una relación de regla-excepción. En la Administración sigue existiendo la "presunción"de que la actividad administrativa en regla es de derecho público. Pero si la ley o razones objetivas lo exigen, la Administración debe poder utilizar con absoluta normalidad el derecho privado.Es lo que sucede en Alemania con los "Angestellten y Arbeiter" a los cuales se aplica el derecho privado, y que son cerca de 1, 7 millones del "Offentlicher Dienst". La propuesta de la tesis es el vínculo laboral para el personal público que no desempeñe tareas"esenciales" del Estado o que ejerza tareas semejantes a las desempeñadas por los privados (ejemplo:hospitales, enseñanza, empresas públicas...).

La separación derecho externo-derecho interno no tiene el interés y justificación que obtuvo en el periodo de la "relación de especial sujeción".La potestad organizatoria del Gobierno es definida por ley. Los reglamentos internos también se sujetan al principio de legalidad, lo mismo se dice de la "relación orgánica" del funcionario.

*La "relación especial de derecho administrativo"no puede considerar al funcionario como "servidor", y si como ciudadano y trabajador.*Es "ciudadano" porque la CE(art.9.1) y la CP(arts.18.1, 266.1) aplican los derechos

---

[391] Vid.R.MUZELLEC-*Privatización et contractualización en la función pública* – "Documentación Administrativa", 239, julio 1994, p.132ss.

fundamentales al personal de la administración.Es "trabajador" porque el funcionario produce "trabajo", y la CE(28.1) y la CP(269.1, 56, 57) reconocen el ejercicio de los derechos de huelga, negociación colectiva, etc.al personal público.

La sociedad no es más "industrial", es una sociedad de servicios(ejemplo:seguridad social), proyectos(ejemplo:ordenamiento del territorio) y una sociedad de tareas(ejemplo: lucha contra el sida y la droga).Hay una nueva cultura administrativa que priveligia las nuevas tecnologías, el management, la participación y gestión democrática de los interesados, la privatización. *Para "interesar" al funcionario en esta nueva gestión pública se impone la sustitución de la relación de especial sujeción de la época industrial y jerarquizada por la propuesta en la tesis "relación especial de derecho administrativo".*

Sin un personal motivado, la función pública no se ejerce con eficiencia.La función pública como relación de especial sujeción nació en un contexto histórico-político determinado (monarquía constitucional, influencia del funcionalismo prusiano, etc.).En un contexto histórico-político diferente (Estado de derecho democrático) la relación de especial sujeción pierde toda su razón de ser. La función pública no puede continuar en la base de puntos de vista sobrepasados. *Las instituciones que no se adaptan a los cambios, desaparecen. Es como los dinosaurios* !

2. La diferencia de fundamentos jurídicos entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo.

La cuestión del fundamento significa investigar las razones objetivas y legales que justifican la relación de especial sujeción. La cuestión del fundamento de derecho público del sistema funcionarial en general no se confunde con la cuestión del fundamento de la relación de especial sujeción.

El fundamento de derecho público del sistema funcionarial en general se deduce de la existencia de tareas públicas concretas de cumplimiento obligatorio y de la actividad administrativa que hay que cumplir por la función pública, que debe seguir los criterios del art.103.3 CE.

El fundamento de la relación de especial sujeción está más localizado, y resulta de un especial modo de relación de la Administración con sujetos en situación especial, o localizados en posición especial en el ámbito administrativo.El fundamento de la relación de especial sujeción consiste en el "ingreso voluntario" del ciudadano en la relación.Esta entrada voluntaria justifica el estado de libertad restringida.La relación con el Estado es distinta de la del ciudadano en general. El fundamento de la relación de especial sujeción también puede ser la "naturaleza de las cosas ". O.MAYER explica, por ejemplo, la restricción de los derechos del preso por la "naturaleza de las cosas".Por el hecho de pertenecer al Estado, o de ser miembro de él, el individuo se sujeta a un status(G.JELLINEK), a un determinado número de condiciones jurídicas.La presencia y supremacía de la Administración justifica la sujeción más intensa en situaciones de gran proximidad e inmediación del ciudadano.La relación de proximidad personal y directa permanente justifica el poder de dictar normas internas, actos concretos y de aplicar sanciones. Estas normas internas sobrepasan los límites de la ley, porque no son consideradas "jurídicas", ni afectan a los ciudadanos.

El fundamento de la "relación especial de derecho administrativo funcionarial" es la ley constitucional (art.103.3, 28 CE; art.269.1 CP), y no una situación cualquiera de la "naturaleza de las cosas" o de "inmediación".La causa concreta puede ser el acto administrativo con base en el estatuto o el contrato.La Tesis defiende que la solución del *contrato administrativo* está más conforme con la actual situación constitucional y legal. Ejemplo:los derechos colectivos, huelga, etc.legalmente previstos no se adecuan al punto de vista unilateral clásico, que no considera el elemento de voluntad del personal.

El fundamento de la "relación especial de derecho administrativo"es un juicio hipotético y de probabilidad.La ley identifica una determinada tarea o tareas públicas concretas de cumplimiento obligatorio, y hace el juicio, que según las características de la concreta tarea pública, su desempeño debe ser confiado al personal funcionarial en sentido estricto (en relación especial de derecho administrativo) o no.Todo depende del juicio concreto de que este personal asegure el mejor desempeño posible de aquella función, y no de soluciones automáticas y universales conforme defiende la "relación de especial sujeción ".

En la relación de especial sujeción, la función pública de derecho público de ámbito universal se confundía con la Administración pública, y esta, según el principio de jerarquía, con el Gobierno. La "relación especial de derecho administrativo" no es automática ni universal.Depende del juicio "hipotético "del legislador sobre determinada tarea o función.La función pública en sentido estricto no se debe confundir con la Administración pública, que puede incluir actividad y personal según el derecho privado o laboral. La Administración pública y el sistema funcionarial gozan de una autonomía relativa ante el Gobierno, a causa de los derechos fundamentales y de los derechos colectivos democráticos del personal. En la relación de especial sujeción, no existe autonomía relativa de la Administración pública y de la función pública ante el Gobierno, y la relación de especial sujeción no se adecuaba a los derechos colectivos y fundamentales del personal.

La orientación de la relación de especial sujeción es el Estado, la presencia del sujeto empleador Estado-administración.La orientación de la relación especial de derecho administrativo funcionarial está más cerca de la sociedad y de los ciudadanos, porque la función pública, hoy, no es un sistema de servicio al Estado que no tiene fines propios sino un servicio a la sociedad.Hoy no se vive en el tiempo del Rey-Sol ("L´État c´est moi").

El Estado tiene una autonomía funcional y organizatoria en relación a la sociedad. Pero el Estado necesita de medios personales que no sean un sencillo objeto exterior al sistema, o "servidores "sin derechos.

La idea que tenemos es que en la "relación especial de derecho administrativo", no cuenta sólo el poder del Estado como en la relación de especial sujeción, es una auténtica relación jurídica. En esta relación existe la idea de participación y de los derechos subjetivos públicos. Así la relación especial de derecho administrativo no tiene sólo el fundamento objetivo de la existencia de tareas públicas concretas de cumplimiento obligatorio. Además tiene el fundamento de que legitima democráticamente la organización administrativa. El legislador tiene un fundamento democrático directo basado en las elecciones. La función pública tiene un fundamento democrático indirecto con base en la idea de participación de los ciudadanos y de los funcionarios.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 71/89 de 20 de Abril, es notable e indica" que en el art.23.2 se reconoce el derecho para acceder a los puestos funcionariales a través del cual se despliega un aspecto de participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberania del pueblo o de pluralismo politico consagrados en el artículo 1 de la Constitución...". El art.23.2 reconoce el derecho al acceso y mantenimiento en la función pública, y está en relación con el contenido esencial del derecho al trabajo (art.35.1 CE).El art.23.2 es de aplicación inmediata. Si hay un lugar previsto por ley a concurso, el ciudadano, si cumple los requisitos de la ley para acceder a la función pública y los requisitos de aquel lugar concreto, tiene un derecho inmediato para proponerse como candidato y el posterior derecho a la ocupación del cargo si obtiene la mejor posición en el concurso, etc., pero todo según las estrictas reglas de igualdad e imparcialidad(en las empresas privadas no es necesaria la aplicación estricta de estas reglas, siendo la libertad de apreciación de los "curricula" mucho mayor).[392] El art.23.2 es un derecho subjetivo [393] y un derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a la función pública.[394] No se olvide también el derecho de participación de los interesados en la gestión y en las tareas administrativas en general y asuntos públicos(arts.23.1y2 CE, 47 y 50 CP).

3. La diferencia de fines entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo.

Los fines de la relación de especial sujeción no se confunden con los fines propios de la Administración como pretende LÓPEZ BENITEZ.[395] Decir que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales(art.103.3 CE) significa explicar los fines propios de la Administración, y no los fines inmediatos de la relación funcionarial y de la relación de especial sujeción.

---

[392] Vid. en sentido diverso SANCHEZ MORON, cit.en L.ARROYO YANES-*La Carrera Administrativa de los Funcionarios Públicos*, 1994, p.197, 192, 193.
[393] Vid.M.P.QUECEDO-*El Acceso* cit.p.167.
[394] Vid. ARROYO YANES-*La Carrera* cit. p.200.
[395] Vid.*Naturaleza y Presupuestos* cit.p.357.

Los fines inmediatos de la relación de especial sujeción son la protección del poder del Estado y el ejercicio de la autoridad. Como el "patrón" es siempre el mismo, conviene un sistema casi universal de régimen de derecho público.La "sujeción" con restricción de derechos asegura la ejecución de las leyes en general sin huelgas y contestación. Igual que en la producción industrial se trata de una jerarquía y de una cadena de producción en donde la persona del funcionario no es muy importante. Aún hoy este punto de vista predomina en la instrucción de los soldados en Portugal, sobre todo en las tropas especiales. Cuanta menos personalidad autónoma y valores tenga el soldado, mejor se dispondrá de él para obedecer como autómato a los superiores.

En la tesis, apoyamos un punto de vista diferente. Es importante el personal que apoya a los superiores con sus conocimientos, y desempeña con responsabilidad propia el cargo. En ámbitos con gran inmediación de los administrados, interesa aumentar la eficiencia y operatividad de la Administración.

La "relación especial de derecho administrativo" funcionarial tiene fines diferentes. El primer fundamento de la relación especial de derecho administrativo es servir a los intereses generales.El ciudadano surge como cliente que necesita de un grado eficiente de cumplimiento de las tareas. La relación especial de derecho administrativo se orienta a tareas o funciones concretas, y no sólo a la tarea de ejecución de las leyes en general. *La relación especial de derecho administrativo no se orienta al Estado, y si al cumplimiento de las tareas o funciones concretas con eficiencia.*

*El fin de la relación especial de derecho administrativo no es la "sujeción", es el aumento del interés y de la participación y el apoyo del personal.*El funcionario sin derechos no cumple los intereses generales con interés y ánimo. A nosotros lo que nos mueve es la necesidad de aumentar la motivación, y el interés del personal en el cumplimiento de las tareas concretas.No hay "sujeción". Existe más participación y responsabilidad en la "relación especial de derecho administrativo".

4. Las diferencias formales entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo.

Vamos a establecer las diferencias más visibles e importantes porque el desarollo de estos temas daría para otra tesis.

El objetivo de la tesis ha sido la sustitución del concepto de unificación racional clásico de la función pública, que es la relación de especial sujeción, por otro concepto:la relación especial de derecho administrativo. Lo más importante ahora es la enumeración de las diferencias. El lector debe saber lo que se ha sustituido, y lo que se ha propuesto en su lugar. Después habrá que examinar los efectos jurídicos concretos de la relación especial de derecho admnistrativo sobre la relación funcionarial.

a) La idea de la relación de especial sujeción es centrípeta.

Los funcionarios se sujetan, como cuerpo unitario y homógeneo, a los superiores.La disciplina unifica el cuerpo hacia dentro. Los funcionarios ejercen el poder sobre los ciudadanos. Estos solicitan a los funcionarios y al poder que representan que aprecien sus cuestiones. Los ciudadanos no tienen derecho a la decisión, y a plazos ciertos de decisión.

La idea de la relación especial de derecho administrativo es centrífuga. Lo principal es el cumplimiento de tareas y funciones, esto es, la eficiencia del servicio. El personal es un medio orientado a las prestaciones.La cuestión del vínculo funcionarial no es de gran importancia.

b) En la relación de especial sujeción, la democracia y la burocracia son incompatibles.

En la relación de especial sujeción, el funcionario no es un "trabajador".Los funcionarios que ejercen "poder público"están separados de los ciudadanos.Estos no poseen el derecho de participación en los asuntos públicos. Los funcionarios no son elegidos, y aparecen como un cuerpo privilegiado diferente de los otros trabajadores.El funcionario está sujeto a la jerarquía de sus superiores, y ejecuta las políticas de estos automáticamente. No tiene derechos colectivos ni democráticos.

En la "relación especial de derecho administrativo", el personal no es un cuerpo extraño a la democracia sino que pertenece a la sociedad. Los

funcionarios poseen los derechos colectivos y democráticos de los otros trabajadores.

En la relación de especial sujeción, hay un predominio del nivel político sobre la administración. Los funcionarios se sujetan a la dirección absoluta de los políticos. En la relación especial de derecho administrativo se pretende que no haya confusión entre política y administración.Quien tiene el conocimiento técnico del cumplimiento de las tareas o funciones es el personal de la Administración. Los políticos fijan los objetivos y controlan los resultados y la legalidad.

En la relación de especial sujeción, no hay poder de los burócratas, que están sometidos a la dirección de las autoridades electivas.En la relación especial de derecho administrativo, los derechos colectivos (huelga, negociación colectiva, etc.), la participación de los ciudadanos en los asuntos que les interesan, la transparencia de la Administración, el acceso según la igualdad, el principio de imparcialidad, hacen que la Administración y el personal público puedan adquirir un protagonismo y una responsabilidad que no era posible en la época de la relación de especial sujeción.

Democracia y burocracia deben ser complementarios, y no incompatibles.La función pública que nos interesa es la que cuenta con personal que hace sugerencias, que colabora con interés, y aconseja a su superior en cuanto a la ejecución de las tareas. No interesa la "sujeción" ajena al cumplimiento de las tareas. Esto es posible en servicios con directores competentes que establecen lazos de comunicación amplios con y entre el personal. Los servicios deben ser de estructura simples y estar especializados en el cumplimiento de "tareas" administrativas predominantes.

c) La relación de especial sujeción es una relación de "poder". La relación especial de derecho administrativo es una "relación jurídica".

La relación de especial sujeción es una relación de poder. En primer lugar, es "poder" ejercido por el Gobierno y los órganos jerárquicos superiores de la administración sobre los subalternos. Estos deben obediencia, sujeción. Si surgen dudas en cuanto a la legalidad, etc. sólo existe el derecho de "respetuosa representación"(Remonstrationspflicht). Si la orden es visiblemente contraria a la

legalidad, el funcionario podrá desobedecer, o si decidiera cumplir la orden ilegal podrá invocar judicialmente la "obediencia debida" del art.8.12 del Código Penal para apartar su responsabilidad.En segundo lugar, los funcionarios aseguran el cumplimiento de las medidas del poder sobre los ciudadanos situados en una relación de general sujeción.

La relación especial de derecho administrativo funcionarial es una relación jurídica, con recíprocos derechos y deberes, que reconoce el papel de los dos sujetos diferentes de la relación.El funcionario que entra al servicio de la Administración, continúa siendo sujeto jurídico. No desaparece dentro de la personalidad del ente administrativo. Los funcionarios permanecen sujetos de derechos fundamentales, y se continúa aplicándo la reserva de ley en la esfera interna del Estado. La relación especial de derecho administrativo, no es una relación de supremacía y de poder, es más una relación jurídica entre la Administración y un otro sujeto de derecho que pueda ejercer derechos frente a la Administración.

d) En la relación de especial sujeción es importante la competencia del Ejecutivo. En la relación especial de derecho administrativo aumenta el dominio de la ley y la reserva de ley.

La competencia del ejecutivo es típica de la "monarquía constitucional". La libertad de la potestad reglamentaria del Gobierno sobre el régimen funcionarial es casi absoluta. El reglamento administrativo no es jurídico y la Administración tiene libertad para escoger, dentro de los límites de la ley, los medios para alcanzar el "fin especial" de la relación especial de poder. Este "fin especial" significa automáticamente la restricción de los derechos de las personas incluídas en la esfera de la relación especial. El contacto personal directo y permanente con los interesados justifica la supremacía especial de la Administración. Esta supremacía especial fundamenta el poder de emanar normas internas y actos administrativos, el poder de fiscalizar y la potestad sancionadora.

En la relación especial de derecho administrativo el predominio es de la ley. No hay ámbitos exceptuados de la reserva de ley, y no existen normas internas vinculativas de terceros.

e) La "relación de especial sujeción"sigue el criterio estatutario. La "relación especial de derecho administrativo" aplica el criterio funcional.

La presencia de la Administración-Estado como parte en cualquier relación, a causa de tratarse de un sujeto muy especial que ejerce el poder público, justifica que casi todo el personal que va a ejercer el poder público forme un sistema universal y de tipo homogéneo. Para asegurar la uniformidad de este sistema universal de régimen administrativo es necesario un estatuto unilateral definido por ley.

En la "relación especial de derecho administrativo" no se sigue el criterio del "sujeto", y del sistema "universal". La orientación se dirige a las concretas "tareas o funciones" desempeñadas.El régimen especial de derecho administrativo del personal sólo se justifica si las características de la tarea o función concreta predominantemente ejercida por el servicio o entidad, lo justifican. La "relación especial de derecho administrativo" no combina bien con un sistema de derecho público casi universal y homogéneo del personal, porque hay tareas desempeñadas por la Administración que no son diferentes de las mismas tareas, desempeñadas por particulares.

f) La relación de especial sujeción es una categoría "expansiva".

Como era suficiente para fundar la relación de especial sujeción la "naturaleza de las cosas", o el ingreso voluntario en la Administración, etc. el concepto de relación de especial sujeción pasó a aplicarse a realidades tan heterogéneas que acabó por destruir la unidad y utilidad del concepto(ejemplo:denominación de origen de los vinos, promotores de viviendas de protección oficial, etc.).

Por el contrario, sólo hay relación especial de derecho administrativo si existe un expreso o implícito fundamento constitucional (ejemplo:arts.103.3, 28.1 CE).De otro modo, podría haber restricción de derechos en casos no previstos por la Constitución.

g) La "relación especial de derecho administrativo" tiene sobre la "relación de especial sujeción" la ventaja de la mejora en las retribuciones.

Los motivos son dos. Primero, el funcionario es retribuido por su "trabajo", y para que exista un mayor estímulo el pago o las promociones pueden ser mejoradas por los resultados. En segundo lugar, el sistema de negociación colectiva debe permitir mejorar el ambiente de trabajo y el nivel de las retribuciones.Los derechos colectivos tienen dificultad de adaptación a la relación de especial sujeción, porque esta es un sistema estatutario, no negociador, esto es, un sistema unilateral y autoritario.

En otro plano, la relación de especial sujeción tiene la ventaja de que proporciona la estabilidad del empleo y la protección social duradera. Se trata de los célebres principios vitalicio y el de la "alimentación".Sin embargo, el sistema vitalicio reduce el interés y el ánimo al personal, y no se adecua al cambio permanente de "tareas y funciones " en la Administración. Por otro lado, el funcionario es objetivamente un trabajador por cuenta ajena, y debe ser retribuído por su "trabajo", independientemente del "principio de la alimentación" aplicable al funcionario y a su familia. En una época de crisis europea prolongada y estructural(de modo distinto a la situación de USA y Japón), cómo pueden los Estados asegurar "alimentación y vínculo vitalício" con buenas remuneraciones a un "ejército" tan numeroso y rigido de funcionarios ?

5. **Las diferencias sustantivas entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo**.

a) La "relación especial de derecho administrativo"significa la total identificación de la relación funcionarial con la Constitución y sus principios democráticos y del Estado de derecho. La "relación especial" sólo existe si hay norma constitucional que lo autorice.

Las relaciones de sujeción especial no se podían integrar de forma plena en las constituciones democráticas, porque eran cuerpos extraños a los principios

democráticos y al Estado de derecho, reconocidos en la base del principio de la "naturaleza de las cosas".

b) La relación de especial sujeción se aplica bien a la forma de actividad administrativa clásica unilateral y autoritaria. Esto es, a un ámbito administrativo poco diversificado y en el que lo principal es la ejecución e interpretación de las leyes y reglamentos generales.

Para la "relación especial de derecho administrativo" de la función pública en sentido estricto hemos propuesto una forma diferente de organización administrativa *más susceptible de dar respuestas a tareas públicas múltiples con características muy diferenciadas y a situaciones especiales (ejemplo:el diferente régimen de la Agencia Tributaria fue justificado por la ausencia de candidatos, y por la fuga del personal directivo para el sector privado, etc.), y más susceptible de posibilitar el interés de participación del personal, así como más adecuado al reconocimiento por la Constitución de los derechos fundamentales y colectivos del personal.* Nuestra propuesta es el contrato administrativo. El sistema sigue siendo en parte estatutario. El contrato administrativo no puede contrariar el estatuto de la función pública (vd.los elementos principales del estatuto en el art.103.3 CE).En la "relación de especial sujeción", los contratos son nulos, incluso se respectan a materias fuera de la relación estatutaria. En la "relación especial de derecho administrativo", los contratos administrativos serían válidos si no fueran contrarios a las normas estatutarias y al principio de igualdad.

c) La relación de especial sujeción establece mayores restricciones de los derechos fundamentales.

La relación especial de derecho administrativo no vé sólo el lado de la "sujeción", también establece mayores garantías jurídicas del personal para asegurar la imparcialidad de la Administración, el impedimiento de la corrupción, etc. La sencilla existencia de la relación de especial sujeción significaba la existencia de límites acrecentados, y de fuertes restricciones de los derechos fundamentales. Estas restricciones funcionaban automáticamente.El reconocimiento de una institución bajo la relación de especial sujeción significa que por interpretación se van a deducir las restricciones de los derechos

fundamentales necesarias para el funcionamento y la operatividad de esa institución. Como valor autónomo, la institución significaba que se podía exceptuar la aplicación de algunos derechos fundamentales.

En la "relación especial de derecho administrativo funcionarial" no se puede exceptuar (o excluir) la aplicación de algunos derechos fundamentales, y sólo debemos establecer los límites permitidos por la Constitución y la ley. La "relación especial funcionarial" no tiene valor autónomo que justifique la restricción de derechos fundamentales sin ley. La restricción de los derechos fundamentales tiene su base en una norma constitucional y legal expresa, y debe ser *adecuada y proporcionada para la operatividad de la función pública.*

d) Las posibilidades explicativas, en la actualidad, de la relación especial de derecho administrativo son mayores que las de la relación de especial sujeción.

La relación de especial sujeción no es adecuada para comprender la práctica actual, que pocos critican, de los *derechos colectivos*, huelgas, negociación colectiva, etc. Un sistema unilateral-autoritario no se adecua bien a estos nuevos derechos que no tienen nada a ver con la "sujeción".

El problema de los *derechos adquiridos* no es explicado lógicamente por el sistema estatutario-unilateral. En su lógica interna, el sistema estatutario no comprende los derechos adquiridos.Sin embargo, estos derechos son bien acogidos por el esquema contractualizado de la relación especial de derecho administrativo funcionarial.

El *acceso a la vía jurisdiccional*_ por los funcionarios es más amplio en la relación especial de derecho administrativo que en la relación de especial sujeción. Estamos de acuerdo en que el ideal es que el personal no tenga necesidad de utilizar demasiado los tribunales, porque se gasta mucho tiempo y dinero.Por eso es importante la existencia de órganos independientes o con paridad de miembros, para solucionar los conflictos, menos formales que los tribunales. Pero, si fuera necesario el recurso a los tribunales, en la relación de especial sujeción, este acceso sería más difícil porque muchas normas pertenecen al ámbito interno y no son consideradas jurídicas o recorribles.En la relación especial de derecho administrativo, las normas, incluso en el ámbito interno, son recorribles si producen efectos jurídicos inmediatos hacia terceros.

e) La relación de especial sujeción no permite la aplicación del principio "in dubio pro libertate".

La necesidad de funcionamento de la institución pude justificar las restricciones de los derechos fundamentales. No es necesario que las restricciones sean establecidas expresamente en la Constitución.Así no puede funcionar el principio del "in dubio pro libertate", porque no se señalan los límites expresos a los derechos fundamentales.

En la relación especial de derecho administrativo, los derechos fundamentales de los funcionarios son los mismos que los de los trabajadores en general. Sólo valen las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley según los principios de la necesidad y proporcionalidad. Aquí puede funcionar perfectamente el principio del "in dubio pro libertate".

Pero, la "relación especial de derecho administrativo funcionarial" no es una relación laboral. El principio del "favor laboratoris" no es tan esencial para el Estado de derecho como el principio del "in dubio pro libertate" relacionado con los derechos fundamentales clásicos. No se puede utilizar el principio del "favor laboratoris" contra los "intereses generales" que justifican la relación funcionarial. Esta es una diferencia básica entre la "relación especial de derecho administrativo funcionarial" y la relación laboral en general, pero conviene no olvidar el principio de la proporcionalidad.

f) La "relación de especial sujeción" establece un sistema de fidelidad constitucional.

Esta fidelidad se entiende como apoyo al regímen político constitucional. La fidelidad deriva del "contrato de servicio fidel" medieval. Sirvió para apartar a los comunistas y extremistas de la función pública alemana en el período de la guerra fría. En Portugal, los funcionarios antes de tomar posesión debían jurar la fidelidad al régimen político vigente(autoritario).

La "relación especial de derecho administrativo" no tiene esta dimensión de fidelidad personal.Se preocupa más por razones objetivas, esto es, encontrar el personal más adecuado para el cumplimiento de las tareas públicas concretas.

g) La responsabilidad personal del funcionario es mayor en la "relación especial de derecho administrativo".

En el sistema burocratizado, jerarquizado de la "relación de especial sujeción", la cuestión de la responsabilidad personal del funcionario no es importante. La tendencia es que los funcionarios decidan lo menos posible, porque tienen miedo de las consecuencias, y prefieren que sus superiores jerárquicos o el ministro asuman la responsabilidad de las decisiones más difíciles.

Apoyamos la "relación especial de derecho administrativo", porque pretendemos que los funcionarios sean partes activas con derechos y deberes en la relación jurídica.Los funcionarios actúan en nombre propio. Las leyes refieren la responsabilidad personal civil, criminal y disciplinaria de los funcionarios por sus actos, lo que presupone que los funcionarios actúan en nombre propio.

A nuestra sociedad en crisis (paro, agricultura, inmigración clandestina, medio ambiente, atc.) no le interesa el personal que sólo ejecuta órdenes según el esquema jerárquico de la relación de especial sujeción. Es más importante el personal activo, con formación permanente, colaborador interesado de sus superiores. El funcionario también debe ser consejero de sus superiores porque conoce las pecu-liaridades técnicas, etc. de cada "dossier".No apoyamos la neutralidad de la función pública en su sentido clásico más radical, esto es, con un "desinterés" completo por el éxito de la política del gobierno. De otro modo, el Gobierno que pierda las elecciones echará la culpa a los "burócratas "que no supieron ejecutar el programa del Gobierno.

6. Secuencia

Después de conocer las diferencias formales y sustantivas entre la "relación de especial sujeción" y la "relación especial de derecho administrativo", es más fácil analizar las consecuencias jurídicas de la aplicación de este segundo concepto a la función pública.

B) CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE "RELACIÓN ESPECIAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL".

Después de habermos indicado las principales diferencias del concepto de "relación de especial sujeción" que se intentó superar en la Tesis, vamos a indicar algunos efectos para la función pública que se pueden deducir del concepto de "relación especial de derecho administrativo".

Algunos de estos aspectos serían suficientes para hacer otra tesis. Por eso, vamos a escoger ciertos puntos, quizá los más significativos, para entender nuestra visión.

Vamos a ver la influencia de la "relación especial de derecho administrativo funcionarial" sobre el régimen jurídico funcionarial y sobre algunos derechos y deberes funcionariales.

1. **La naturaleza jurídica de la relación de servicio.**

Ya sabemos que un punto esencial de la Tesis es la sustitución de la relación de sujeción autoritaria, interna y unilateral por el concepto de "relación especial de derecho administrativo".

Esta "relación especial de derecho administrativo" funcionarial es una auténtica relación jurídica, según vimos en un capítulo anterior. El derecho se refiere a situaciones materiales. Desde el punto de vista material, quién duda que la función pública es una relación de trabajo o empleo entre dos entidades ? Es la función pública un trabajo obligatorio o esclavo? Por ejemplo, la tendencia en los paises europeos del servicio militar es profesionalizarse. En Portugal, son práctica común los contratos administrativos temporales entre las Fuerzas Armadas y los candidatos al empleo en el servicio militar.Las dos partes, la administración y el ciudadano-funcionario gozan de personalidad, esto es, tienen derechos y deberes en una situación abstracta de relativa paridad jurídica. Un sujeto no puede sufrir discriminaciones por parte de otro contra los criterios legales. Los derechos fundamentales son aplicables dentro de la relación funcionarial, y hay derechos colectivos (arts.9.1, 14, 28.1 CE. arts.18.1, 269.2 CP).

Para esta situación de relación jurídica, de derechos y deberes de las dos partes, es adecuada la relación contractual. No está conforme con este punto de vista la continuación de la relación unilateral, por las siguientes razones:

a) El carácter contractual era apoyado por las doctrinas más clásicas que defendían la clasificación como relación de derecho privado, y consideraban el acto constitutivo de la relación de empleo público bien como un contrato de "locatio *operarum*", o como un *mandato*, o como un *contrato innominado* del tipo "do ut facias".

Al contrario de la doctrina clásica, la doctrina moderna defiende el punto de vista de la relación de derecho público.Hay quien defiende que la relación se funda en un contrato de derecho público. Otros piensan que se trata de un acto unilateral de la Administración pública.Favoreciendo la teoría contractual se afirma que la relación es voluntaria y resulta de la invitación hecha por la Administración, a la que el ciudadano responde. Existe la característica contractual de "in idem placitum consensus", pero es un contrato de derecho público (FORTI).Pueden existir contratos cuyo contenido sea totalmente determinado por una parte, dejando a la otra parte sólo la facultad de aceptar o rehusar, como sucede en los contratos de adhesión. Fue GONNER y HEGEL los que influenciaron la adopción de la tesis autoritaria sobre la naturaleza de la relación de empleo público. Nuestro punto de vista está más cerca del de G.JELLINEK que prevé la existencia de derechos entre el ciudadano y el Estado con fundamento en la concepción de los derechos individuales de LOCKE y KANT (en oposición a las teorías de HOBBES y ROUSSEAU de sujeción absoluta a la voluntad general).[396]

b) El apoyo a una u otra teorías sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público presupone la admisibilidad o no de contratos de derecho público, esto es, si la figura jurídica "contrato" es común al derecho público y al derecho privado, o si es exclusiva del segundo. Se negaba la existencia de contratos en base a la posición de superioridad del Estado en relación a los particulares. El contrato presupone dos o más sujetos actuantes en posición de paridad. También se afirma la incomerciabilidad de las funciones y servicios públicos.

---

[396] Vid. L.ORTEGA-*Los Derechos Sindicales de los Funcionarios Públicos*, 1983, p.28ss. M.RUSCIANO-*L''Impiego Pubblico in Italia*, 1978, p.40ss.N.T.GONNER-*Der Staatsdienst*, 1808, ps.56, 143, 72, 392.F.SCHNAPP-*Amtsrecht* cit.s.45 ss.

Sin embargo, en el derecho público, hay casos en que dos sujetos actuan en el mismo plano (ejemplo:dos entidades públicas que acuerdan crear y dirigir en común un servicio). El predomininio de la voluntad de la Administración, si puede excluir la figura del contrato propia del derecho privado, no consigue apartar la idea del contrato de derecho público.

c) La forma contractual es la más adecuada para la relación de empleo público.

El encuentro de voluntades Administración-funcionario, que puede ocurrir en momentos diferentes, tiene una importancia determinante.El nombramiento funcionaría como una sencilla ejecución de un acuerdo contractual anterior, sería un "accertamento" acerca de la vigencia de las condiciones legales. *El modelo contractual es más adecuado para el carácter de derechos subjetivos del derecho de acceso de todos los ciudadanos a la función pública (como derecho personal y no de participación política), en condiciones de igualdad y libertad, y del derecho de acceso a los cargos públicos.Son derechos subjetivos públicos formulados como derechos fundamentales* clásicos. La potestad discrecional y la potestad organizatoria del Gobierno y de la Administración no impiden el carácter de derechos subjetivos. Verificadas las condiciones legales y la capacidad, existe un derecho al lugar según la orden obtenida en el proceso selectivo, con el límite de las plazas convocadas (Arts.23.2, 103.3 CE.Arts.58.1, 50.1, 47.2 CP).

d) El ente político estatal se sujeta a las reglas jurídicas, y actua no tanto como entidad política, y si como centro de imputación de relaciones jurídicas.No hay ningún argumento jurídico que prohíba a la persona juridica pública establecer contratos con otras personas públicas o privadas.El objeto del contrato no es la relación orgánica sino la relación de servicio profesional a cambio de una remuneración.La relación orgánica que se incluye en la organización administrativa da especificidad a las funciones desempeñadas, pero no origina la relación laboral.Las relaciones orgánica y de servicio no están completamente separadas. La peculiaridad de la primera relación influencia la segunda, pero no se aplican sin diferenciaciones a una los principios de la otra. El reconocimiento del derecho a la huelga, de los derechos de los sindicatos y de las

comisiones obreras, la consideración del funcionario como "trabajador" se adecuan más a la posición contractual que a la situación autoritaria y unilateral del Estado.Si el objeto de la prestación fuera la relación orgánica, sería más una cuestión de derecho constitucional que de derecho administrativo.Hoy, no existe la idea de la patrimonialidad de los cargos públicos, por eso no es el objeto de la prestación, la relación orgánica. La mayoría de los empleados administrativos no ejerce poderes públicos. La presencia de la ley para regular la relación de empleo es exigida por el principio de legalidad de la actividad administrativa y de igualdad del acceso a la función pública. También en el derecho laboral, el empresario tiene una posición predominante y posee los poderes disciplinario y de dirección. Con el nombramiento aún no se ha constituido la relación de servicio. Si no hay toma de posesión se produce la baja en la condición de funcionario.La libertad de elección de profesión u oficio y el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (Art.23.2, 35.1 CE.Art.47 CP) implican la prohibición de la formación de la relación de empleo sin la participación de la voluntad del trabajador. La relación orgánica incluída en la organización administrativa es estatutaria, pero la relación de servicio puede ser contractual.

e) El Estado Democrático y Social influencia el carácter de la función pública. La Constitución reconoce a los funcionarios los derechos y libertades de los "ciudadanos" y de los "trabajadores", con garantía del contenido esencial, pero con peculiaridades.El art. 23.2 CE está incluído en el Cap.II de los "Derechos y Libertades".Vd.arts.103.3, 28.1 CE. Arts.47, 18.3, 269.1, 267.1 CP. La organización administrativa no es hermética, por eso en ella participan los ciudadanos, y debe ser desburocratizada. No hay diferencia absoluta entre los empleos público y privado en la Constitución. El art.35.1 CE se aplica a la función pública.Las peculiaridades del sector público resultan de la necesidad del buen funcionamento de la organización, de la protección de los intereses generales, de la imparcialidad, de la eficacia, y de la igualdad del acceso. *Si en el nivel constitucional, no hay diferencias sustantivas en cuanto al ejercicio de los derechos políticos o ideológicos por parte de los funcionarios (art.14, 103.3 CE), cúal es la justitificación para separar a los funcionarios del resto de los ciudadanos en cuanto a la naturaleza de la relación de empleo* ? La tesis

contractualista es mejor para explicar y solucionar los actuales problemas jurídicos de la presente función pública (derechos colectivos, etc.).

En síntesis, *nuestra propuesta para la función pública en sentido estricto es la sustitución del régimen unilateral-estatutario por el régimen contractual. Se apoya la idea del "contrato administrativo"*, porque es adecuado al punto de vista de la existencia de dos sujetos jurídicos autónomos en la relación funcionarial. Por otro lado, el "contrato administrativo" que sigue el régimen de derecho administrativo, es más adecuado para la defensa de los intereses generales que el contrato laboral. Las "tareas públicas" que no sean desempeñadas por personal funcionarial porque no son "esenciales" o no se relacionan con el ejercicio del poder pueden ser desempeñadas por personal laboral. *Si no hay "peculiaridad " de tareas, el principio de igualdad(art.14 CE.Art.13 CP) aconseja que el personal siga el régimen común de los trabajadores privados.* Este régimen laboral puede ser compatibilizado con las exigencias del art.103.3 CE.

Estamos convencidos, distintamente de la teoría de la "sujeción", que la naturaleza de la relación de servicio público es, en la actualidad, contractual. La necesidad del sistema "contractualizado" es también comprobada por autores como PALOMAR OLMEDA.[397] Pero este autor apuesta por la dimensión de la negociación colectiva. Nosotros damos un paso adelante. *No se trata sólo de negociación colectiva. Es importante también el "contrato administrativo" individual,* no obstante en parte sea semejante a un contrato de adhesión.

2. La influencia de la "relación especial de derecho administrativo" sobre algunos derechos y deberes funcionariales.

2.1. *Las consecuencias del concepto de "relación de especial sujeción" sobre los derechos fundamentales.*

La consecuencia principal es la restricción automática de los derechos fundamentales. Existe una amplia libertad del poder reglamentario para introducir limitaciones. Los reglamentos administrativos no son "jurídicos", y no necesitan una base legal.La supremacía especial permite, sin ley, dictar normas internas y

[397] Vid. *Derecho de la Función Pública* cit.p.80.

actos concretos, fiscalizar y sancionar. Los derechos fundamentales admiten excepciones.Al ámbito interno no se le aplica la reserva de ley. La finalidad especial de la relación de sujeción permite intervenciones organizatorias especiales.

2.2. *El objetivo principal de la tesis fue la superación del concepto de "relación de especial sujeción".*

El Estado de derecho democrático vigente en la CE(arts.9.1, 1.1) y en la CP (arts.2, 18.1) impiden la aplicación del concepto de relación de especial sujeción. El Estado no está separado de la sociedad.La relación especial de sujeción podría tener un apoyo, si existiera la separación absoluta entre Estado y sociedad, lo que no ocurre.Los derechos fundamentales vinculan todos los poderes estatales. El principio del Estado de derecho exige la determinación formal y material de las restricciones e intervenciones de la ley. La reserva de ley vale para el ámbito organizativo interno. El papel de los derechos fundamentales es importante: protege la posición subjetiva del personal funcionarial de las intervenciones de la ley y del ejecutivo, orienta la interpretación de los conceptos legales indeterminados, y fija criterios del ejercicio de la potestad discrecional. Ahora, si no se puede utilizar la relación especial sujeción, es necesario cuestionar cual va a ser el régimen de las limitaciones de los derechos de los funcionarios.

2.3. *El régimen jurídico de las limitaciones.*

a) El régimen jurídico funcionarial no implica sólo restricciones.

Aquí existe una clara diferencia de la "relación de especial sujeción"que significaba una disminución automática de derechos.*Desde nuestro punto de vista, no hay restricción automática de derechos. Todo depende de las tareas públicas concretas o de las funciones desempeñadas. También puede haber interés público en proteger las condiciones de ejercicio de algun derecho fundamental.* Por ejemplo, la libertad de expresión quizá tenga mayor protección en la función pública que en el sector laboral.La defensa de la legalidad de la actividad administrativa y la transparencia pueden exigir la especial protección de los derechos fundamentales, y no su restricción automática. Aquí se observan las actuales limitaciones explicativas de la teoría de la relación de especial sujeción.

b) Pueden no existir diferencias substanciales en el ejercicio de los derechos fundamentales del personal laboral y del personal funcionarial.

Las restricciones de los derechos funcionariales se justifican si el cumplimiento de las concretas tareas públicas exige un régimen especial diferente de los derechos de los trabajadores en general. No se debe afirmar de forma automática y por definición, como pretendía la teoría de la relación de especial sujeción, que los derechos funcionariales y del personal laboral son siempre diferentes. Nuestro criterio no es la "sujeción", y si las tareas públicas concretas de cumplimiento obligatorio. Tampoco apoyamos el punto de vista de que los *derechos funcionariales sean, sin ninguna duda, semejantes al de los del* personal laboral, porque se ha apartado el criterio de diferenciación en base a la distinción de vínculos jurídicos(acto administrativo unilateral o contrato). La respuesta aún no es posible. Todo depende de las exigencias de la tarea pública concreta de cumplimiento obligatorio que tiene que realizar cada colectivo de personal.

c) El servicio del interés público.

Los funcionarios están al *servicio de los intereses generales* (art.103.1, 3 y 28.1 CE, Art.269.1y 270 CP) cuando cumplen las tareas públicas de cumplimiento obligatorio. Se trata de una reserva de ley para la reglamentación y la limitación.Pero, esto no significa, al contrario de la relación de especial sujeción, la existencia de restricciones automáticas e iguales en todas las relaciones especiales.Las restricciones de los derechos deben ser justificadas por los intereses generales y necesarias al cumplimiento de las tareas públicas. Esta *especial vinculación a los intereses generales y al cumplimiento de las tareas públicas* fundamenta la existencia de la relación especial de derecho administrativo funcionarial, diferente del régimen del personal laboral.La diferencia de la relación de especial sujeción es que no es posible sustituir la reserva de ley por la costumbre o por la naturaleza de las cosas. Las relaciones institucionales reconocidas en la Constitución no sustituyen la reserva constitucional de limitación, y no aluden al significado concreto de los límites. La claúsula de los "intereses generales" del art.103.1CE y 269.1 CP puede intervenir en algunos derechos fundamentales, pero puede no influir o entrar en conflicto con otros

derechos fundamentales. Al contrario, en la relación de especial sujeción, la claúsula de los intereses generales tiene una influencia restrictiva más amplia y casi *a priori*.La claúsula de los intereses generales no influencia directamente el régimen del personal laboral del sector privado, pero sì puede influir directamente en el régimen del personal laboral del sector público.

d) El fundamento constitucional necesario de las limitaciones.

En las relaciones jurídicas especiales, la limitación de los derechos fundamentales sólo tiene el fundamento de la Constitución. Las relaciones jurídicas especiales podrían no cumplir sus tareas u objetivos en el supuesto de mantenerse el regímen general de los derechos fundamentales en esas relaciones. La diferencia es que la "relación de especial sujeción" no admite la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones de "status" especial. Por el contrario, la" relación especial de derecho administrativo"acepta completamente la vigencia de los derechos fundamentales.Pueden existir restricciones expresas de derechos (art.28.1 CE.Art.270 CP).Además de estos casos, la Constitución puede limitar o permitir que se limiten los derechos fundamentales, donde se prevén las relaciones jurídicas especiales formando parte de las normas constitucionales, tal como sucede con los derechos fundamentales. Las relaciones jurídicas especiales deben ser consideradas conforme a los derechos fundamentales. La teoría de la relación de sujeción especial daba preferencia absoluta a los intereses generales. La relación especial de derecho administrativo funciona de otro modo, esto es, por medio de la concordancia práctica. Los derechos fundamentales no deben ser sacrificados a las relaciones jurídicas especiales, pero el ejercicio de los derechos fundamentales no puede hacer imposible el funcionamento de las "relaciones jurídicas especiales". Tanto estas relaciones, como los derechos fundamentales necesitan de una coordinación proporcionada, que permita la eficacia óptima de las dos relaciones. La relación de especial sujeción consideraba la relación, sólo según los intereses generales. La relación especial de derecho administrativo tampoco olvida los intereses generales, pero acoge de forma proporcionada los derechos fundamentales.

e) El necesario fundamento legal de las intervenciones.

Las intervenciones o restricciones de los derechos fundamentales, en el ámbito de las relaciones jurídicas especiales necesitan de fundamento legal. Bajo determinados presupuestos, se puede intervenir contra los derechos fundamentales, sin expresa y específica previsión constitucional.Estas medidas restrictivas se sujetan al sentido, finalidad y necesidad de la relación jurídica especial legitimada constitucionalmente. Pero, deben existir elementos limitadores o restrictivos expresa o implícitamente incluídos en la normas constitucionales.Este punto de vista funciona como complemento a la reserva de ley, y no como excepción y protege la capacidad de funcionamento de ciertas organizaciones públicas reguladas por la propia Constitución. Esta afirmación sólo es posible porque se admite expresamente la existencia de la "relación especial de derecho administrativo funcionarial "en la Constitución (art.103.3, 28.1 CE. Art.269 CP).En esta relación, se pueden justificar limitaciones adicionales de los derechos fundamentales a causa de la capacidad de funcionamento de la organización y de la protección de los derechos de terceros. En un período transitorio, hasta la competente definición legal, se puede limitar un derecho fundamental en la relación jurídica especial con fundamento inmediato en alguna norma constitucional, en caso de previsión de un mayor perjuicio de la capacidad de funcionamento de la organización o de los derechos de terceros.

f) Los presupuestos de la limitación.

Los presupuestos de limitación de los derechos son diferentes de los admitidos por la teoría de la "relación de sujeción especial.En esta relación, la entrada voluntaria en la organización, significaba la aceptación automática de restricciones. El reconocimiento constitucional de la "relación jurídica funcionarial" puede implicar presupuestos de limitación específicos. Además de las limitaciones de derechos en general admitidas, los derechos fundamentales pueden ser limitados en las relaciones especiales, si estas relaciones tienen el fundamento o son reconocidas por la propia Constitución. Por otro lado, las características normativas de la relación especial deben exigir la limitación de los derechos fundamentales. Si los derechos fundamentales no dificultan mucho el funcionamento de las relaciones especiales, sólo se admiten las posibilidades de limitación en general que se aplican a todos los ciudadanos. Cumplidos estos

presupuestos, los derechos fundamentales son sólo limitados en la medida de la necesaria tarea de coordinación proporcional. De distinto modo a la relación de especial sujeción, el derecho fundamental no es limitable a causa de su inclusión en la relación especial, y si por ley, y cuando la limitación es necesaria a la protección de otros principios constitucionales. *La limitación de derechos en las relaciones jurídicas especiales no es esencialmente diferente de las relaciones Estado-ciudadanos en general.*Esto es consecuencia de que el sistema funcionarial es una relación especial de derecho administrativo, y no una relación de especial sujeción.El funcionamiento eficiente de la función pública puede exigir determinadas limitaciones de los derechos fundamentales. El tipo de cargo desempeñado, las características de cada derecho fundamental, las necesidades de funcionamento concreto de la función pública, y sobre todo las características de cada tarea pública ejercida, establecen limitaciones a los derechos fundamentales de los funcionarios. Según el principio de concordancia práctica, la Constitución limita los derechos fundamentales en el caso de prever relaciones jurídicas especiales cuyas características propias incluye en las normas constitucionales.La "relación especial "pertenece, como los derechos fundamentales, al derecho constitucional. Tanto la relación especial como los derechos fundamentales, están protegidos por la Constitución.En la teoría de la relación de especial sujeción no es adecuada la utilización de la concordancia práctica, porque funciona, en caso de conflicto, la preferencia constitucional por la restricción y por la sujeción. En la concordancia práctica, debe procurarse la eficacia óptima del interés general presupuesto en la "relación jurídica especial" y del derecho fundamental.Damos preferencia a la concordancia práctica, y no al punto de vista de la "sujeción" porque nos parece importante el principio de unidad de la Constitución, y el principio de que el legislador no debe desear nada irracional cuando por un lado prevé los derechos fundamentales, y por otro acepta la existencia de relaciones u organizaciones especiales que sirven a ciertos intereses generales. Quien ingresa en la función pública no renuncia voluntariamente a sus derechos fundamentales.Por eso abandonamos la teoría de la"sujeción". Quien ingresa en la función pública debe poder hacer utilización responsable de su libertad. Se deben aceptar los deberes a causa de las particulares necesidades de

servicio de la relación funcionarial. La relación funcionarial, siendo también una relación laboral, debe dar posibilidad para el desarollo de la personalidad del trabajador con la misma extensión del derecho privado. Por este motivo, apoyamos el punto de vista de que es conveniente que la aceptación de los deberes y obligaciones de servicio resulten de un contrato que permita alguna libertad contractual, y no ponga en peligro a los intereses generales. La solución sería la adopción del contrato administrativo, y no del contrato laboral, porque el Estado no cumple las mismas tareas de los empresarios privados y tiene una organización diferente.De otro modo, la función pública será siempre una "sujeción jurídica".

En casos muy excepcionales, las exigencias del cumplimiento de algunas tareas públicas y el servicio especial de interés público de la relación especial constitucional pueden no garantizar el contenido esencial de todos los derechos fundamentales.La influencia de la relación orgánica en este caso es máxima, pero la dignidad de la persona es siempre irrenunciable y inviolable. Los derechos fundamentales, en situaciones de concurrencia, por ejemplo, con la libertad profesional, podrían ser limitados en toda su extensión si hubiera necesidad para el cumplimiento de ciertas tareas estatales, y la dignidad humana no fuera violada. La limitación debería ser adecuada, necesaria y proporcional.El art.28.1 CE además de permitir la limitación, también permite "exceptuar" el ejercicicio de algún derecho fundamental. Si hay excepción en el ejercicio de algún derecho, entonces su contenido esencial ha sido violado.Vd. art.270 CP (restricción de derechos fundamentales de los militares).

g) Los diferentes papeles de intervención del funcionario.

La teoría de la "sujeción" incluye al funcionario en todos sus papeles bajo el mismo régimen.(Ejemplos:el diplomático o el militar antes del matrimonio debían solicitar a los superiores la respectiva autorización; el funcionario antes de ausentarse para ir al extranjero debía obtener permiso). C.H.ULE altera este punto de vista por medio de la diferenciación entre relación fundamental y relación de funcionamento, pero no se ha conseguido superar completamente aquella teoría.

Nuestro punto de vista de la "relación especial de derecho administrativo", distingue al menos tres aspectos:la esfera privada, la relación de empleo, y la función.El cumplimiento obligatorio de las tareas públicas no influye del mismo modo en los tres aspectos.

La vida del funcionario, en su esfera privada, no se relaciona con la función. El punto de vista de la garantía del funcionamento de la institución de la función pública para justificar restricciones no tiene aquí ninguna aplicación. La actividad del funcionario fuera del servicio sólo será falta disciplinaria si, según las circunstancias del caso, puede perjudicar de modo significativo la consideración y confianza exigidas por el desempeño del cargo y del prestigio de la función pública. La relación con la función debe ser manifesta. Si falta la relación con la función, la actividad del funcionario permanece integramente en el ámbito privado. Diferente de este caso, son los derechos fundamentales cuya limitación prevé la Constitución en general, y que pueden, conforme a la reserva de ley, ser limitados en relación con los funcionarios.Pero aquí no hay nada específico para la función pública. Se trata de la limitación en general admitida del derecho fundamental. La relación general de libertad no desaparece en las relaciones jurídicas especiales, al contrario de lo que defiende la teoría de la relación de especial sujeción. El argumento de la capacidad de funcionamento, esto es de la capacidad de cumplimiento de las funciones, sólo origina deberes para el funcionario también en el ámbito privado si hay prueba manifesta de que haya conexión con la función y el ejercicio del cargo.De otro modo, el punto de vista de la capacidad de funcionamento del Ejecutivo no se justifica en cuanto a que el funcionario actúe exclusivamente en su esfera privada.

La titularidad de los derechos fundamentales no sirve para intervenir en la función, que es una parte de las tareas estatales extraña a la persona del funcionario.El titular del cargo no tiene competencia para disponer del cargo.Por ejemplo, el profesor tiene la libertad de enseñanza, pero no puede modificar el ámbito de la función al que está vinculado (ejemplo:modificar el curriculum del programa).

Un segundo grupo de preceptos son los referidos a la relación fundamental (de servicio) del funcionario (deber de obediencia, sigilo profesional,

deber de reserva, deber de hacer un trabajo suplementario, etc.).La claúsula de los intereses generales del art.103.1 CE autoriza a regular la función pública de forma que no se permita dañar el interés público. Esta claúsula es una *lex specialis* en relación al art.35.1 CE (libertad de profesión).La diferencia de la relación de especial sujeción es que la cláusula de los "intereses generales" no significa, por si sólo, la limitación automática del derecho fundamental.La aceptación de la función pública como relación especial no produce por si sóla la limitación de los derechos fundamentales.

La claúsula de los "intereses generales" del art.103.1CE no se refiere sólo a la relación de empleo del funcionario, también se relaciona con la función del titular del cargo.En este último aspecto, el punto de vista más importante es asegurar el funcionamento lo más eficaz posible de la organización.

Al contrario de lo que defiende la teoría de la "sujeción", las normas sobre el funcionamento y organización de la función pública son diferentes de las normas sobre la relación de empleo del funcionario. Es la conexión entre el derecho de la relación de empleo y el derecho organizatorio referido a la función lo que asegura el cumplimiento de las tareas estatales. Las normas del derecho organizatorio y de la función pueden tener importancia para los derechos fundamentales si se entiende que hay intervención en el ejercicio de la profesión. El derecho organizatorio y el derecho de la función se fundamentan en la garantía del cumplimiento de las tareas estatales.

En la relación de "titular de función", no se consideran como límites todos los derechos fundamentales pertenecientes a la relación general Estado-ciudadano, sólo algunos:los relacionados con cualquier persona en cualquiera de sus papeles, esto es las concreciones inmediatas de la dignidad humana.*No está excluida en absoluto, al contrario de lo que defiende la teoria de la relación de especial sujeción, la relevancia de los derechos fundamentales en el derecho funcional-organizatorio.* No existe deber de obediencia a órdenes o instrucciones que impliquen la práctica de algún crimen u ofendan esencialmente la dignidad humana del agente. En materias de servicio, los funcionarios tienen el derecho y el deber de expresar sus opiniones y críticas de forma constructiva.

En el ejercicio de las funciones, el funcionario tiene capacidad de derechos fundamentales si se trata de dignidad humana. En cuanto a la relación de funcionario "fundamental", se aplica la presunción de la vigencia plena de todos los derechos fundamentales.Por ejemplo, en Alemania no hay violación del derecho fundamental en caso de registro del destino de los telefonemas para el extranjero, en materias de servicio, hechos por los funcionarios en sus despachos. La libertad de enseñanza y la libertad científica de los profesores públicos tienen plena protección, independientemente de la relación funcionarial.

El titular del órgano, en su respectivo papel, es una persona con responsabilidad ética, cuya dignidad es inviolable, sitúandose aquí la frontera de la vinculación de las órdenes e instrucciones. La dignidad humana es el límite de legalidad de una orden funcional-organizatoria. Si el funcionario recibe una orden contraria a la dignidad humana de terceros, se viola simultáneamente su propia dignidad, por lo que la orden no será vinculante. Una orden contraria a la dignidad del titular del órgano no es sólo una norma interna, también es una norma contraria a los principios constitucionales de la relación externa inmediatamente referidos a cualquier persona independientemente de su papel.*En la "relación de empleo" no hay dudas en cuanto a la existencia de derechos subjetivos del agente (ejemplo:la remuneración).Sin embargo, en la relación de "titular del órgano" la situación normal excluye el punto de vista de los derechos subjetivos del titular del órgano como tal.*

En resumen, la cuestión de los derechos fundamentales depende de los diferentes papeles del funcionario. El funcionario no está en todos sus aspectos en la situación de "sujeción ".El derecho organizatorio de la función, incluso si tiene alguna relevancia para los derechos fundamentales, se justifica porque el ejecutivo debe asegurar la ejecución del derecho externo en interés de los ciudadanos. En cuanto a la vigencia de los derechos fundamentales, se distinguen la esfera "privada", la relación del "empleo", y la relación de la "función". Para esta última, que es un elemento organizatorio, es importante el punto de vista del "buen funcionamento del servicio público".La claúsula de los "intereses generales"influye en la relación de "empleo" del funcionario.

2.4. *La protección jurídica.*

*La protección jurídica del funcionario es mayor en la "relación especial de derecho administrativo" que en la teoría de la "sujeción."*En esta última, la protección se limita a la garantía contra actos administrativos autoritarios y unilaterales, porque el funcionario está en una situación de sujeción. En cuanto a las medidas organizatorias internas, como no son actos administrativos, no existe protección jurisdiccional.La medida interna de servicio se refiere al funcionario como elemento de la organización, y la cuestión es el deber de obediencia en el ejercicio del cargo. Para la cuestión del acto administrativo fue utilizada la diferencia muy influida por la teoria de la "relación de especial sujeción" entre relación fundamental y relación orgánica de C. H. ULE.[398] En la primera relación aparecen medidas que constituyen la relación, modifican su contenido, ponen fin a la relación, o se relacionan con derechos subjetivos del personal.Aquí surgen los actos administrativos. En la relación orgánica, aparecen medidas relacionadas con el funcionamento y el ejercicio de la función(ejemplo:horario del trabajo) que no se presentan como actos administrativos. La razón para que las medidas en la relación de especial sujeción no sean actos administrativos se fundamenta, o en la especial sujeción a un poder de comando o jerárquico, o en la teoría de C.H.ULE de la relación fundamental y de funcionamento.

Sin embargo, esta protección asegurada por la teoría de la "sujeción" no es suficiente. El acto administrativo sigue siendo un concepto central, pero hoy la protección jurídica no se restringe al caso de que la medida sea un acto administrativo definitivo. La teoría de C.H.ULE presta alguna ayuda metodológica. Hay algún progreso en la creciente juridización de la relación de especial sujeción, pero la diferencia entre relación fundamental con protección jurídica y relación orgánica sin esa protección, contraría la claúsula general de protección jurídica (art.24.1 CE - derecho a la tutela judicial efectiva. Art.20.1, 268.5 CP. Art.19.4 Grundgesetz).Mejor que el criterio de C.H.ULE es el siguiente: *hay protección jurisdiccional en caso de ofensa directa a los derechos subjetivos del personal.*

[398] Vid.C.ULE-W.SCHENKE-*Rechtsschutz im besonderen Gealtverhaltnis*-"Schr.der Hochschule Speyer", bd.97, s.77, 83ss.

Pero este criterio sólo es aplicable si se trata de una auténtica "relación jurídica especial" de derecho administrativo, y no de la relación de especial sujeción. En la relación especial de sujeción, falta muchas veces la reglamentación legal desarollada, siendo extensa la discrecionalidad, lo que aumenta la indefensión. Con la reciente técnica legislativa de definición de criterios generales, por ejemplo en materia de retribuciones y méritos, disminuye la posibilidad de control de los actos administrativos. No conviene exagerar mucho esta tendencia, porque podemos regresar a una especie de indefensión próximo a la teoría de la "sujeción".Nuestro punto de vista de la "relación jurídica especial" pretende disminuir la discrecionalidad y mejorar la tutela judicial.En el presente período de cambios rápidos, formación contínua, control de los resultados, evaluación de los méritos, flexibilidad de empleo, paro, etc. no conviene disminuir el papel de los tribunales. Nuestro punto de vista de la "relación jurídica especial" no parte del concepto tradicional del poder administrativo y del acto administrativo. La protección contra los actos de la Administración debe ser más amplia.También las medidas internas o de funcionamento pueden ser controladas por los tribunales. *Pueden existir medidas arbitrarias referidas a la relación de funcionamento o notoriamente ilegales. Una medida relativa a la relación de funcionamento puede violar derechos personales o intereses legítimos, y entonces debe existir una tutela judicial* (Art.24.1 CE. Art.20, 268.4 y 5 CP). *El concepto de la "sujeción" ha agotado las formas de fiscalización jurisdiccional. La teoría de la "relación jurídica especial" está abierta a la tarea de procurar nuevas formas de revisión.*

*Hemos dicho que la relación funcionarial era una relación especial de derecho administrativo, y no una relación general de derecho administrativo, ni una relación laboral común. El hecho de ser una relación de" derecho administrativo" explica que la protección jurídica no tenga que ser, en este ámbito, exclusivamente la protección jurisdiccional.*En muchos países europeos, gran parte del contencioso de los tribunales es ocupado por litigios relativos al personal, siendo el retraso de la justicia muy considerable.La vía judicial predominante puede ser bastante importante en la relación general Estado-ciudadanos. En las "relaciones jurídicas especiales " puede ser interesante la

organización de autoridades administrativas independientes como en Gran-Bretaña o de "administrative Tribunals".La via judicial es un proceso complejo, caro y lento. *Nuestra propuesta consiste en organismos independientes, con procesos rápidos, informales y con bajos costes, esto es un sistema de resolución administrativa de los conflictos, pero que no tiene nada a ver con el clásico poder jerárquico*. El funcionario, que pretenda defender sus derechos, podría ejercitar este medio directamente, sin necesidad de abogados u otros representantes.

La "relación jurídica especial funcionarial " se adecua mejor a un enjuiciamiento por el orden contencioso-administrativo y conforme a un procedimiento especial..Este procedimiento debe asegurar un proceso más rápido, flexible, plazos reducidos y menos formalismos.Pero las especialidades procedimentales no aseguran sólo el interés del personal, también se destinan a proteger los intereses públicos.Se trata de una relación de "derecho administrativo", y no de derecho privado laboral. La eficiencia de la Administración necesita de la reducción del número de litigios con sus propios funcionarios, y de un sistema de resolución rápida de los litigios.Por este motivo se justifica el procedimiento especial.

2.5 *La huelga*

Vamos ver ahora si este derecho colectivo está también influído por el carácter de la "relación especial de derecho administrativo".*En esta relación el ejercicio de la huelga es perfectamente normal, y dentro del ámbito de los derechos constitucionales.De modo diverso, en la teoría estatutaria clásica el ejercicio de la huelga es incomprensible y no se adecua al modelo de la relación de sujeción especial, por motivos conocidos* por todos.El estatuto aprobado por ley defiende los intereses generales y la continuidad del servicio público y no debe sufrir las presiones de la huelga de los funcionarios.

El derecho español ha superado completamente el modelo alemán que está, en relación a la huelga, muy influído por el concepto de "relación especial de sujeción". En Alemania, el funcionario, en sentido estricto, no es un trabajador cualquiera, y no puede hacer huelga. Esta prohibición está justificada por los siguientes motivos:el deber de fidelidad (art.33.4 GG), el carácter público de la

relación de servicio, la especial cualidad de las tareas, las reglas legales y no contractuales de la relación, la ausencia de peligro de pérdida del empleo en la lucha laboral, porque existe el beneficio del empleo vitalicio, etc.

El derecho a la huelga en Portugal y España es un derecho fundamental (art.28.2 CE.Art.57 CP) y se aplica a la función pública, que está constituída por trabajadores (art.269.2 CP).Nuestro punto de vista de la "relación jurídico-administrativa especial"permite defender un régimen específico del ejercicio del derecho a la huelga de los funcionarios como trabajadores subordinados.No se incluyen los agentes que no sean trabajadores subordinados.El régimen específico se fundamenta en la cláusula de los "intereses generales" concretizada por la ley (art.103.1 CE.Art.269.1 CP).El régimen específico intenta garantizar que la huelga sea sólo utilizada por los funcionarios como último recurso, cuando ya estén agotadas todas las vías de diálogo, y que no salga de su ámbito normal, no relacionado con la "participación política", y sí con los trabajadores y derechos económicos. El significado del derecho a la huelga es el de ser un instrumento de negociación colectiva.La aceptación del derecho a la huelga, de los derechos sindicales y de la negociación colectiva modificarán la concepción clásica de la "relación de especial sujeción".El régimen específico del ejercicio del derecho de huelga podría prever, por hipótesis: la prohibición del derecho de huelga a ciertas categorías del personal(militares, policías, etc.), forma específica del ejercicio del derecho de huelga para ciertas categorías y servicios, organización específica de los servicios esenciales, prohibición de algunas modalidades de huelga como las rotatorias o de celo o reglamento, régimen específico para la policía, servicios penitenciarios o de seguridad del Estado, empleos superiores o dirigentes que colaboran con el gobierno, régimen procedimental y disciplinario específicos, plazo del preaviso, prohibición de ocupar los centros de trabajo, régimen de pérdida de remuneración, régimen especial para jueces, necesidad de quórum para declarar la huelga. La ley debe impedir la posibilidad de presión inmediata o indirecta de los agentes sobre la "función" y sobre la definición exterior al modelo democrático de las tareas administrativas. La teoría de la "sujeción" se adecua a la idea de la continuidad de los servicios públicos. Hoy la exigencia es menor, y consiste en el funcionamento regular de los servicios esenciales. Ser funcionario público no

significa necesariamente realizar un servicio esencial.Con esta exigencia menor, y el hecho de que los servicios esenciales pueden también ser ejercidos por particulares, se retiraron los argumentos a la teoría de la "sujeción ".

El carácter de "relación jurídico-administrativa especial" de la función pública tiene las siguientes consecuencias:

a) Es contrario al Estado de derecho democrático un régimen que posicione la actividad estatal bajo presiones desproporcionadas procedentes de la huelga de los funcionarios, que constituyen un grupo priveligiado.Ante una huelga "económica", la administración no es una autoridad con supremacía especial. Es parte de una relación de servicio, y no se debe evaluar sólo la relación orgánica.Como se trata de una relación de derecho administrativo será ilegal la huelga de los funcionarios que ponga en peligro a la organización política del Estado, las instituciones políticas democráticas y los derechos fundamentales. No es lícita la huelga de los funcionarios que directa o indirectamente intenten la subversión general del sistema político-constitucional, o la coacción material sobre órganos de soberanía.Si el Estado fuera una empresa privada, este límite no existiría.

b) De distinto modo que la teoría de la "sujeción ", los limites a la huelga se interpretan restrictivamente, y no se refieren a cualquier servicio público, solamente a los esenciales.Para la mayoría de los agentes no se justifican limitaciones mayores del ejercicio que en el sector privado, según el criterio de la importancia para los intereses generales de los servicios prestados. Pero conviene no olvidar que algunas huelgas muy prolongadas en el sector público derivan de la certeza que tiene el personal de que el empresario público no "quiebra".

c) Si la ponderación jurídica de los bienes concluye que los intereses públicos son más importantes o esenciales, eso no implica necesariamente la ilicitud de la huelga. En la teoría de la "sujeción", el conflicto está solucionado de antemano: hay siempre preferencia del interés general sobre los intereses de los huelguistas.

d) Al contrario de la teoría de la "sujeción", la reglamentación administrativa del ejercicio de huelga no se funda en "preceptos administrativos".

Conforme al Estado de derecho y al principio democrático competen al legislador las decisiones esenciales, sobre todo las referidas a los derechos fundamentales.

e) Es conveniente la publicación de normas que regulen la huelga de los funcionarios, con algunas disposiciones especificas. Parece conveniente la negociación previa, la mediación, el recurso al arbitraje, la investigación de la situación concreta por personas independientes, etc.Estas medidas específicas no pueden ser desproporcionadas, para no regresar al sistema criticado en la Tesis de la teoría de la "sujeción". Ejemplo: la facultad atribuída al Gobierno para imponer el comienzo del trabajo en caso de huelgas de duración muy prolongada, o la equivalencia entre servicios públicos y servicios esenciales.

2.6.*La negociación colectiva.*

*La negociación colectiva(acuerdos y pactos) es incomprensible para la teoria de la "sujeción"y estatutaria.*Nuestro punto de vista de la "relación jurídico-administrativa especial " permite, por un lado, integrar los derechos colectivos constitucionales en la función pública, y sustituir la lógica autoritaria por la lógica de la reciprocidad.La tesis estatutaria clásica no se adecua a la nueva realidad política y sociológica de la función pública. Por otro lado, se refiere la importancia del principio de legalidad en la determinacion de las materias que han de ser objeto de negociación, y de las que quedan excluídas de la negociación. Los derechos de huelga, sindicación y negociación colectiva significan tensiones importantes sobre la teoría estatutaria, y justifican el que surja una forma organizatoria diferente.

Interpretando de una forma "pesimista" la negociación colectiva, ésta sería una limitación del esquema anterior, de la autonomía colectiva informal y de la acción sindical, por medios formales y restrictivos de la participación de los sindicatos. No coincidimos con esta interpretación "pesimista" sino que pensamos que la negociación colectiva tiene ventajas recíprocas y equilibradas para el Estado y los sindicatos.Parece conveniente un régimen que supere el régimen unilateral tradicional, pero no es necesario que sea idéntico en todos los aspectos al régimen contractual laboral. Estamos hablando del personal funcionarial,

porque al personal de la Administración en régimen laboral se debe aplicar el mismo régimen del personal laboral en general.

Nuestro punto de vista de la relación especial de derecho administrativo se adecua bien a la Tesis del Tribunal Constitucional de la Sentencia de 27 de julio de 1982, en la que se afirma que "del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes ".No hay necesidad lógica de los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva estarán indisolublemente unidos.La ley puede optar por diferentes modelos de participación. El hecho de haber desaparecido la supremacía especial de la administración, no significa el abandono del carácter de "relación especial de derecho administrativo ". En el derecho laboral, coincidimos en que existe la necesidad lógica entre huelga, sindicación y negociación colectiva. Los "intereses generales" del art.103.1 CE quiebran esa necesidad lógica en la función pública.Hay autonomía histórica y sociológica entre la sindicación, huelga y negociación colectiva. Continúan existiendo huelgas importantes en países sin negociación colectiva.La huelga debe ser el último recurso que deben utilizar los sindicatos cuando todos los demás se han frustrado. No ha de confundirse la huelga con la negociación colectiva, que es un medio normal de negociación, en el que la Administración debe aceptar la méjora de las condiciones de trabajo a cambio de una mejor productividad del personal.

No se apoya la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982 cuando dice que " en la actualidad la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones Pública sólo es posible legalmente cuando se trate de personal sometido al Derecho Laboral, pero no en cambio al personal vinculado al Derecho Administrativo ".La distinción para nosotros no debe estar en la base del vínculo jurídico, sino en la base de las "tareas públicas". Después de que la Constitución del Estado de derecho democrático haya apartado el concepto de "sujeción especial", es posible la negociación colectiva, y esta no perjudica, por el contrario aumenta, el eficiente cumplimiento de las" tareas públicas". Tampoco se apoya el perjuicio de la potestad organizatoria de la Administración que debe ser cada vez

más eficiente.La Ley 9/1987, art.32 reserva a la negociación colectiva la clasificación de los puestos de trabajo.Pero pensamos que la relación de puestos de trabajo debe competir a la potestad organizatoria de la Administración que se encuentra bajo la dirección del Gobierno que posee la legitimidad democrática.

Recapitulando, *podemos avanzar las siguientes influencias del concepto de "relación especial de derecho administrativo " funcionarial sobre la negociación colectiva*:

a) La negociación colectiva es posible, y no contraria a la unidad del sistema, además *representa el ejercicio normal del derecho colectivo.*

La "pureza" de los principios del empleo público no impiden un contrato Gobierno-sindicatos sobre remuneraciones, por ejemplo. La CE y la CP han superado el concepto de "sujeción".Es posible la existencia de auténticos contratos colectivos en la función pública, si fueran en aspectos concretos y legalmente determinados (ejemplos:remuneraciones, seguridad social, productividad), pero con las peculiaridades impuestas por los intereses generales(art.103.1CE).

b) *El ámbito de la negociación colectiva es mayor que el permitido por el modelo estatutario.*

A la teoría estatutaria se adecuaba, en principio, sólo la idea de "participación". Nuestro punto de vista privilegia la idea del acuerdo, sea en el plan individual, sea en el plan colectivo, incluyéndose en la "lógica "del sistema el derecho de negociación y la posibilidad de convenios en la función pública.

c) El sistema estatutario continua siendo utilizado en la tesis, pero tiene menor extensión.

El régimen jurídico básico y esencial continua siendo estatutario, esto es, definido por ley. No se puede olvidar el art.103.3 CE (165.t. CP). El empleo laboral también continúa siendo, en buena medida, estatutario y de derecho "necesario". *Fuera de de la reserva de ley o del régimen legal básico hay espacio para la negociación colectiva.* La negociación depende de la reserva de ley, de la claúsula de los intereses generales, del presupuesto del Estado, y de la intervención del Parlamento o del Gobierno. La Ley 30/1984, art.3.2.b) atribuye la competencia al Gobierno para definir las instrucciones para los representantes

de la Administración del Estado en el momento de negociar con los sindicatos de funcionarios. No se puede reformar el estatuto de los funcionarios mediante la negociación colectiva contra la reserva de ley. La negociación sólo puede hacer propuestas de modificación del estatuto.

d) La negociación colectiva en la función pública *tiene peculiaridades*.

No hay necesidad lógica de que la negociación colectiva en el ámbito laboral y en el ámbito de la función pública tengan las mismas características.Por ejemplo: en las materias reservadas a la ley hay más participación que negociación, previsión en el Presupuesto General del Estado del incremento de retribuciones, intervención formal del Gobierno para ratificación o del Parlamento.

2.7. *La fidelidad constitucional*.

Esta cuestión no está superada históricamente. Tiene más importancia en España que en Portugal, a causa de los problemas políticos graves relacionados con las autonomías. El acatamiento de la Constitución es una condición para ser funcionario público y un deber genérico (art.36 y 76 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado). La omisión del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de funciones es una falta muy grave (Ley 30/1984, art.31 y art.6 del Reglamento de Regímen Disciplinario.La función pública debe proteger el orden democrático-constitucional. No son lícitas las manifestaciones de funcionarios contra la forma política del Estado o los órganos constitucionales. En la Sentencia 81/1983 del Tribunal Constitucional se afirma que la actividad sindical no puede combatir la organización jerárquica del servicio. El vínculo de sujeción especial, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1983, de 18 de noviembre fundamenta que el ejercicio de funciones sea precedido de una declaración formal de acatamiento de la Constitución.

Existen tres modelos para impedir el acceso de extremistas a la función pública. El alemán, que permite un procedimiento especial con una prueba incidental para averiguar si la organización a la que pertenece el concurrente persigue objetivos inconstitucionales.El modelo italiano prevé un requisito objetivo de "buena conduta" que concede un amplio poder discrecional a la Administración. El tercer sistema que es, por ejemplo, el portugués, sólo prevé

los límites, en general, válidos para todos los ciudadanos contenidos en el Código Penal, esto es, en este punto no hay un derecho especial para la función pública, ni unas vinculaciones más estrechas para los agentes públicos que los del derecho general.

El sentido clásico del deber de fidelidad estaba fundado en el vínculo de relación de sujeción especial.Este deber de fidelidad era diferente para los funcionarios en relación a los ciudadanos en general, y mucho más intenso, siendo las sanciones a su incumplimiento mucho más graves.La fidelidad, en éste sentido clásico, tiene un sentido político e ideológico restrictivo, esto es, de apoyo activo a la política del Gobierno.La fidelidad cualificaba a los funcionarios dentro y fuera de las funciones.

Las consecuencias de la adopción de la "relación especial de derecho administrativo funcionarial" para este punto son las siguientes:

a) El deber de fidelidad no se fundamenta en cualquier vínculo de sujeción especial, y sí en la noción de "contrato".Debe haber un elemento de voluntad o un acuerdo que justifique el deber de fidelidad específico del funcionario, en relación a los ciudadanos en general.En el derecho laboral también existe el deber de fidelidad al empleador.

b) El deber de fidelidad específico de los funcionarios sólo se justifica en el ejercicio de funciones. Fuera del ejercicio de funciones se aplica el genérico deber de fidelidad o acatamiento de la Constitución de los ciudadanos en general.

c) El deber de fidelidad no tiene un sentido político-ideológico restrictivo. Los agentes, en su papel de funcionarios no pueden "sabotear", o ser un impedimiento para la ejecución de la acción del gobierno a causa del deber de obediencia. La fidelidad es el deber negativo de no practicar actos perjudiciales para la Administración, para no utilizar el empleo con fines personales, y el deber positivo de colaborar activamente en el cumplimiento de las tareas públicas. Sólo en este sentido el deber de fidelidad es específico en relación al deber genérico de todos los ciudadanos de acatamiento de la Constitución.En el ejercicio del cargo, el agente debe cumplir la política del gobierno en materia administrativa según el deber de lealtad, no distinto, como juzgaba la teoría de la "sujeción", pero más intenso que el de los ciudadanos en general.Además del deber cívico general, los

agentes sólo se sujetan al cumplimiento estricto y leal de las tareas del servicio. En este aspecto, nuestro punto de vista está más próximo al modelo italiano que al alemán.

2.8. *El deber de conduta relativo a situaciones externas a la función pública.*

El Reglamento de Régimen Disciplinario, art.7.1.n) prevé como falta grave el "atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración".Este deber puede crecer en importancia en el futuro a causa de que aparecerán formas nuevas de actividad, como el teletrabajo y el trabajo a domicilio.

*La concepción primitiva era especialmente restrictiva en cuanto a los derechos del funcionario.Este era considerado "representante " del Estado y de su poder.*El funcionario debía ser considerado siempre en funciones. Igualmente hoy, en Portugal, para justificar que los polícias transporten armas a su domicilio, se dice que el policía está las 24 horas del día de servicio.El fundamento de esta restricción, aplicable en general a todos los agentes, era el vínculo de la relación de especial sujeción. Los deberes relativos a situaciones externas eran relativamente amplios (ejemplo:hace algunas decenas de años, ciertos agentes como los diplomáticos necesitaban autorización para contraer matrimonio).

Vamos a ver la influencia, en este punto, de la "relación especial de derecho administrativo sobre tres aspectos. Primero, el ámbito posible de restricciones es menor. Segundo, el fundamento de las restricciones es diferente. Tercero, es necesario hacer diferenciaciones.

a) El ámbito de restricciones es menor.

El funcionario no es considerado siempre en funciones. Sólo existe falta en la conducta privada (exterior al servicio) si hay relevancia inmediata para el ejercio del cargo.

b) El fundamento de las restricciones es diferente.

No se apoya más el fundamento de la "relación de especial sujeción".Ahora el criterio dominante es el cumplimiento de las "tareas públicas".La consideración, la confianza y el prestigio del funcionario son deberes

del servicio sólo en la estricta condición de ser necesarios para el cumplimiento de las tareas públicas. Sólo interesan las infracciones que perjudican la consideración y el prestigio de la función pública.El fundamento ahora no es más "ético". El criterio más relevante es si la infracción del deber de conduta externa perjudica significativamente el cumplimiento de las "tareas públicas".Estas no pueden ser desempeñadas sin prestigio y confianza del público en los funcionarios.

c) Es necesario hacer más diferenciaciones que las previstas por la teoría de la "relación de especial sujeción".

Conviene distinguir entre:

- conduta en funciones o fuera del ejercicio de funciones.
- la naturaleza del servicio y de las tareas públicas confiadas al agente. Por ejemplo, la magistratura y el profesorado exigen cierto rigor en la vida privada.
- la categoría del funcionario.Ejemplo: el dirigente debe servir de ejemplo a sus subordinados.
- la vida íntima no es relevante. Sólo cuentan los elementos de la vida particular que ganan publicidad, producen desprestigio público y dañan al servicio directamente. Hay reserva de intimidad de la vida privada y familiar.Ciertas actividades ejercidas fuera del horario del tra bajo, relacionadas con droga, juego de azar, etc.pueden ser relevantes en el ámbito profesional.

2.9. *Los derechos subjetivos del agente en el ámbito de la organización administrativa.*

El punto de vista de la" relación de especial sujeción "es el siguiente: en la función pública, como cumplimiento de las tareas estatales, no hay, en general, garantía de los derechos fundamentales.Tampoco se admiten derechos subjetivos en la organización administrativa. Vamos a ver que las cosas no son tan sencillas.

a) La influencia de la "relación de especial sujeción" sobre la concepción de los derechos subjetivos.

Los derechos subjetivos no podían obtener reconocimiento bajo el concepto de relación de especial sujeción, o sólo obtenían un reconocimiento

escaso. La teoría estatutaria admitía sin límites la modificación del régimen jurídico funcionarial por el legislador.*La situación de "sujeción" del personal no era propicia para el reconocimiento de derechos fundamentales o derechos subjetivos*. Como el ámbito interno o funcional no era jurídico, no se podían reconocer derechos subjetivos en el ámbito organizatorio.Así, DUGUIT y JÉZE clasificaron las situaciones jurídicas en objetivas y subjetivas. Las primeras eran situaciones generales, impersonales, libres y unilateralmente modificables por ley, no creadoras de derechos subjetivos, y sólo de simples facultades. Los funcionarios que entraban en el servicio público se sujetaban a que su situación cambiase según el interés público. El funcionrio sólo podía exigir el respeto de su estatuto si este no fuera modificado por ley o reglamento.

b) El fundamento de los derechos subjetivos para la teoría de la "relación especial de derecho administrativo".

Para esta teoría, *los derechos subjetivos resultantes del "status" de elemento de la organización se fundamentan en la relación de empleo, que de distinto modo que la relación de especial sujeción, tienen una base contratual*.No se trata sólo del deber de prestación de servicios, el funcionario tiene también un derecho subjetivo al ejercicio de funciones en las condiciones que señalen las leyes (art.23.2 CE - derecho a acceder en condiciones de igualdad. Art.47.2 CP).

c) La influencia de la "relación especial de derecho administrativo"sobre la cuestión de los derechos subjetivos.

Para nosotros, el ámbito organizatorio interno es jurídico. El derecho organizatorio es tan jurídico como el ámbito externo, por eso se crean las condiciones para el reconocimiento de los derechos subjetivos. *Estos tienen una presencia más amplia y efectiva que en la teoría de la "sujeción* ". Los derechos fundamentales de los ciudadanos en general son aplicables a la relación funcionarial, lo que explica el surgimiento de algunos derechos subjetivos, como consecuencia directa o indirecta de aquellos derechos fundamentales.

d) El régimen de los derechos subjetivos.

En las competencias organizatorias y poderes orgánicos, es más importante el deber de acción que la libertad protegida. No se realizan inmediatamente intereses personales, y sí el interés de la unidad organizatoria

definido por el órgano dirigente. En las competencias organizatorias es importante la obligación, y no se puede permitir que exista el peligro de disolución de las unidades organizatorias estatales en una poliarquía política de índole neocorporativa.

Sin duda, estos puntos de vista tienen su razón de ser. Lo que decimos es que la doctrina de la persona del Estado hermética, internamente no influenciada por el derecho, y el carácter totalmente objetivo de las competencias orgánicas, no es un medio necesario para asegurar la unidad de la organización estatal. Pueden existir derechos subjetivos sin acción jurisdiccional, ni ejecución. Al concepto de derecho subjetivo no le interesa tanto la especie de sanción como la cualidad del sujeto. *Los derechos subjetivos del agente administrativo en la esfera funcional son de una especie diferente a la de los derechos de retribución, de vacaciones, etc. pero pueden ser derechos subjetivos si implican la referencia a la personalidad del agente*. En el derecho organizatorio se puede admitir la posibilidad de derechos subjetivos de intensidad y vinculación variables. Los derechos subjetivos pueden tener vigencia en el interior de la organización estatal (ejemplo:derechos fundamentales de la comunicación), pero de forma proporcional y sin perjuicio de la capacidad funcional de la Administración.

Los derechos subjetivos del agente público en el ámbito de la organización administrativa tienden a estar más desarollados que en el ámbito laboral privado, donde se aplica el principio de la libertad de empresa con gran autonomía. En el sector administrativo, hay mayor necesidad de transparencia y mayor vinculación al principio de legalidad que en el sector laboral, lo que da mayor posibilidad de acogimiento a los derechos subjetivos.

e) Ejemplos de derechos subjetivos en el ámbito organizatorio.

Los funcionarios gozan del derecho de petición individual y colectiva. Pero, en la teoría de la "sujeción" era necesario cumplir la vía jerárquica.La CE, art.29.1 y la CP art.52 no exigen el cumplimiento previo de la via jerárquica para presentar la petición.

La teoría estatutaria y de la "sujeción" tienen grandes dificultades para admitir el papel de los derechos adquiridos, porque admitir estos derechos es contrario a su propia lógica unilateral y estatutaria. La "relación especial de

derecho administrativo funcionarial" no tiene problemas en admitir los derechos adquiridos porque su origen es contractual. El poder de la Administración de organizar los puestos de trabajo, los servicios y las carreras es discrecional, pero se deben respetar los derechos adquiridos.

El derecho a vacaciones, en el primer período de la teoría de la "sujeción", era una facultad discrecional, y no un derecho del funcionario.Se dio a causa del Derecho del Trabajo por el que se sobrepasó este punto de vista discrecional para admitirse un derecho subjetivo, aunque pendiente de autorización previa.

La libertad profesional del "status" general del ciudadano influencia los papeles profesionales internos, en la organización, referidos a aspectos de la personalidad. *La libertad profesional del funcionario es uno de los puntos de vista jurídico-constitucionales relevantes para la organización de los órganos administrativos.*Pero no se pueden perjudicar los otros puntos de vista que también son relevantes y que están relacionados con el servicio de los intereses generales.

Otros ejemplos de derechos subjetivos son los siguientes: derechos de representación del personal, Mesa de Retribuciones y Empleo, Comisión Paritaria de Formación, Comisión Paritaria de Salud Laboral, derecho a solicitar la evaluación de los superiores en el desempeño de sus funciones, derecho de expresar la opinión en materias de servicio, derecho de "respetuosa representación", derechos de las comisiones obreras, negociación de los Planes de Empleo, etc. con los Sindicatos, derecho de desobediencia a ciertas órdenes o instrucciones, derecho de ejercer funciones en condiciones de higiene y seguridad, derecho al cargo, derecho a la carrera y a la promoción, derecho a ejercer funciones de forma adecuada a su carrera y formación, derecho individual a la ocupación o trabajo efectivos, derecho a la clasificación regular de su desempeño para efectos de promoción, etc.

2.10. *El deber de obediencia.*

Este deber se contiene en el art.79 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.Vd.art.271.3 CP. Si la orden no cumple de forma manifesta y ostensible la legalidad vigente, puede producirse la desobediencia del funcionario.

En cuanto para la teoría de la "sujeción", lo primario es el deber de obediencia, el punto de vista de la Tesis defiende la importancia del deber de colaboración (art.76 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado) y de participación.No nos interesa tanto la unidad administrativa abstracta, como el cumplimiento de las tareas y la eficiencia.

a) La influencia de la relación de especial sujeción sobre el deber de obediencia.

El concepto de "sujeción", al contrario del punto de vista defendido en la Tesis, no sitúa el deber de obediencia completamente bajo la Constitución y la ley.El derecho objetivo-externo no se aplicaba inmediatamente a la relación jurídica del titular del órgano. Aquí valia un derecho interno específico.La conformidad al derecho de una orden o instrucción del titular del órgano debía adecuarse sólo a ese derecho interno. La sencilla incompatibilidad con el derecho externo no producía invalidez. La obediencia debida era un pretexto para el funcionario que practica actos ilícitos o criminales para huir de su responsabilidad. Esto fue utilizado una vez más a propósito de la guerra civil en Yugoslavia !

b) El fundamento del deber de obediencia

*El fundamento de la obediencia no es la "sujeción".*La obediencia no existe como derecho "interno" fuera del principio de la legalidad en general, y no puede violar los derechos fundamentales. Arts.1.1, 9.1, 103.1, 2, 3 CE. Art.18.1, 266.2 CP.

c) La influencia de la "relación especial de derecho administrativo funcionarial" sobre el deber de obediencia.

El funcionario, más que los ciudadanos en general, tiene un deber de defensa de la legalidad.No se trata de un sencillo interés de hecho a la legalidad de la actividad administrativa como el ciudadano común. *El deber de obediencia no puede ser totalmente dominado por el principio jerárquico como pretendía la teoría de la "sujeción". Si la ilegalidad es grave, visible o manifesta el funcionario no debe obedecer, pero debe dar conocimiento a sus superiores. La interpretación de los superiores no tiene por que prevalecer siempre sobre los subordinados.* En el caso de ilegalidad manifesta, el superior que insiste en praticar el acto, debe hacerlo el mismo, y no implicar a sus subordinados en la

práctica de actos ostensiblemente ilegales o criminales. Tampoco hay obediencia para actos que impliquen la práctica de un crimen, sean nulos, inmorales, o contrarios a los principios generales del derecho internacional común.

2.11. *El derecho disciplinario.*

Vamos a ver, por último, la influencia que tiene nuestro punto de vista sobre el derecho disciplinario.

a) El derecho disciplinario tiende a perder importancia.

Esta pérdida de importancia no es grave."La propia existencia de un auténtico Derecho Disciplinario es algo discutible...tuve ya ocasión de recordar como en la Edad Media el Derecho Disciplinario estaba cuestionado por la operatividad de la cláusula de ***beneficium*** ". [399] Sin embargo, en este momento no se prevé la sustitución del Derecho Disciplinario por otro instrumento organizatorio cualquiera.Lo más importante parece estar en perfeccionar el funcionamento del actual Derecho Disciplinario.Tal como en el derecho laboral, el derecho disciplinario es la contrapartida a la relación de empleo duradera. En la función pública, el derecho disciplinario aparece como contrapartida a la inmovibilidad y al carácter vitalicio de la relación funcionarial. En la Tesis, hemos defendido una relación más contractualizada y temporal. Entonces, los medios para poner fin al contrato, relacionados con causas típicas objetivas pueden ser instrumentos suficientes, con la ventaja de no existir el carácter, de algun modo, siempre "represivo o intimidatorio" que tiene la medida disciplinaria.

b) La influencia de la relación de especial sujeción sobre el derecho disciplinario.

La relación de especial sujeción coloca al funcionario en una posición jurídica distinta a la del resto de los ciudadanos.En Portugal, el procedimiento disciplinario público está más desarollado que el laboral, y prevé mayores garantías de protección jurídica del funcionario. La relación de especial sujeción permite distinguir la potestad disciplinaria de la potestad sancionadora en general.

---

[399] Vid.Prologo de ALEJANDRO NIETO. p.11 al libro de J.M.TRAYTER JIMENEZ- *Manual* cit.

Los valores fundamentales que se intenta proteger aquí son la autoridad y el poder jerárquico de los superiores así como el prestigio de la institución. Por el contrario, desde nuestro punto de vista, lo más importante es saber si la infracción perjudica el buen funcionamiento del servicio y el eficiente cumplimiento de las tareas públicas que la Constitución ha confiado a la función pública (art.103.3 CE).

La relación de especial sujeción justifica la aplicación atenuada del principio de legalidad y de los principios del derecho administrativo sancionador en general. Las sanciones disciplinarias pueden coexistir con las penales y no se aplica el principio ***non bis in idem***. La calificación de las faltas en leves y graves es establecida reglamentariamente y puede ser modificada por la Administración.Las claúsulas indeterminadas son numerosas.

No aceptamos en la Tesis que se puedan aplicar medidas disciplinarias sin fundamento legal. Las dificultades aparecen en cuanto a la extensión de la necesaria determinación legal.La enunciación de los deberes continua utilizando un cierto número de conceptos indeterminados. La ley debe ser lo más determinada posible, de modo que se pueda averiguar si la conducta del órgano o agente es conforme a la ley.Las medidas disciplinarias para ser constitucionales deben ser determinadas y especificar los hechos produtores de responsabilidad. Se aplica el principio "nulla poena sine lege" y no se admite la sencilla remisión para la costumbre o la ética profesional.

c) La crisis del derecho disciplinario fundado en la" relación de especial sujeción".

Se puede hablar de una crisis profunda del derecho disciplinario fundado en el principio jerárquico-autoritario y de sujeción. Se trata de un derecho interno específico, que funciona hacia dentro de la organización administrativa, y que pude prever sanciones independientemente de la comisión de resultados concretos. No vemos el derecho disciplinario como un ámbito interno separado de la sociedad, y si como ámbito de derecho externo. Los funcionarios públicos trabajan para la sociedad, y no para los superiores. Algunas faltas disciplinarias producen efectos inmediatamente hacia los ciudadanos (ejemplo: falta de corrección en la atención al público, negligencia a dar informaciones al público).

El funcionario responde ante los superiores jerárquicos, pero también es responsable ante los ciudadanos que son los sujetos y destinatarios de la actividad del Estado democrático.No se puede incluir el derecho disciplinario en el ámbito interno, y el derecho penal en el ámbito externo como pretendía la teoría de la "sujeción", porque también el derecho disciplinario es un derecho externo.*El derecho disciplinario anclado en el principio jerárquico ha pasado un poco de moda a causa del principio democrático. El derecho disciplinario debe aproximarse al social, en la cuestión del grado de cumplimiento de las tareas públicas, en el deber de atención, diligencia e información del público.*El buen funcionamento de la organización administrativa pública es un bien que interesa a toda la sociedad (ejemplo: el buen funcionamento de la polícia o de los hospitales públicos interesa más a los ciudadanos que al propio Estado).

El principio jerárquico que es el fundamento del derecho disciplinario también está en continua revisión y crítica.Entonces, el derecho disciplinario pasa también a ser criticado.La distribución de competencias es tarea de ley, y se juridiciza.El modelo jerárquico no explica la relación de la administración estatal con los entes territoriales, y las relaciones interorgánicas en cuanto a los órganos de asesoramiento, independientes o técnicos.La Ley 30 /1984, de 2 de agosto ha quebrado la estructura jerárquica con la eliminación de grados y categorías.La crítica más certera al entendimiento riguroso de la jerarquía es la siguiente:"...en organizaciones estrictamente supervisadas, en las que los jefes dan a sus empleados instrucciones precisas y ejercen un fuerte control, por lo general la producción es inferior a la de aquellas otras en las que los empleados tienen mayor libertad de trabajar a su manera." [400] Existiendo numerosas faltas disciplinarias, sin embargo, la potestad disciplinaria de los superiores es escasamente utilizada. La explicación es que los dirigentes sufren presiones de los políticos, de las asosiaciones sindicales, de los medios de comunicación social, de las relaciones personales con sus subordinados, y toman precauciones para no crear enemigos.

No es importante comenzar la reforma funcionarial por la reforma del derecho disciplinario, porque este derecho es poco utilizado en la práctica.

---

[400] Vid. ALEJANDRO NIETO -*La Burocracia* cit. p.532ss.

d) La influencia de la "relación especial de derecho administrativo " sobre el derecho disciplinario.

Hay dos o tres puntos en los que esta influencia es mayor. El derecho funcionarial es predominantemente una relación especial de derecho administrativo. La *primera consecuencia lógica de esta afirmación es que el derecho disciplinario no procede inmediatamente del derecho penal*, y tiene objetivos y desarollo lógico propios.Sobre la relación derecho disciplinario-derecho penal, apoyamos el punto de vista administrativista. Pero, en el sentido opuesto a O.MAYER que defendía el criterio de la "relación de especial sujeción".El derecho disciplinario no está subordinado al derecho penal. "El *jus puniendi* del Estado está regido por el derecho público estatal y no por el derecho penal".[401]

*Otra consecuencia es la de no apoyar la doctrina que defiende el intento de jurisdiccionalizar la función disciplinaria.*Esta función., siendo una relación administrativa necesita de la potestad discrecional. En este momento, de gran presión social, paro, etc. no vamos a "quebrar" más el principio jerárquico y sustituir la competencia discrecional por la competencia de los jueces, que tampoco es una competencia inmediatamente democrática.No siendo una relación penal, la sanción debe ser aplicada por las propias autoridades administrativas en primera línea, y no por los jueces.

Como es una relación de derecho administrativo, en la que cuentan mucho los intereses generales, *los terceros no tienen un derecho subjetivo a iniciar un procedimiento contra el funcionario.* Recibida la denuncia, el órgano competente tiene competencia para decidir si hay o no lugar al inicio del procedimiento disciplinario. Como no es una relación de sujeción, la incoacción no es un acto discrecional del órgano administrativo, pero esto puede no considerar las denuncias sin fundamento o carentes de prueba.Estamos de acuerdo en que la incoacción no es un acto discrecional del órgano administrativo. Si hay indicios suficientes de actos ilegales, debe darse siempre iniciación del procedimiento.

Es la ley la que atribuye potestad sancionadora a la Administración.

---

[401] Vid. ALEJANDRO NIETO-*Derecho Administrativo Sancionador* cit.p. 136.

e) Nuestra propuesta sobre el fundamento del derecho disciplinario.

Nuestro punto de vista no considera como fundamento del derecho disciplinario la jerarquía y la relación de especial sujeción. *Se considera que lo más adecuado al Estado de Derecho democrático es la base contractual.* El funcionario que ingresa al servicio se vincula al cumplimiento de ciertos deberes. Pero no es suficiente para haber infracción disciplinaria la violación formal de esos deberes. Es tambien necesaria la violación de determinados bienes jurídicos como el funcionamento de la organización administrativa y el eficiente cumplimiento de las ta-reas públicas obligatorias.La idea de R.ALESSI parece correcta.[402] *El derecho disciplinario es una relación jurídica auxiliar de la relación principal que se destina a asegurar el cumplimiento de la relación principal. Esta es esencialmente el cumplimiento obligatorio de las tareas públicas administrativas.* No se trata de un contrato civil como en LABAND, sino de un contrato administrativo que también proteje los intereses generales.Los deberes y las sanciones pueden ser firmadas en la negociación colectiva, al menos en lo que respecta al buen funcionamento y productividad.Sin embargo, el régimen jurídico esencial del derecho disciplinario y del derecho sancionador en general debe permanecer estatutario y estar contenido en la ley. Lo esencial del régimen jurídico laboral debe ser contenido en leyes, quedando su desarollo y concretización para la negociación colectiva.

Toda organización necesita de una cierta disciplina interna que asegure el buen funcionamento y la capacidad de asegurar prestaciones.El derecho disciplinario tiene un carácter de compensación. Como los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica quitan a la Administración un poco de eficiencia en comparación con el sector privado, se torna necesario también un derecho compensatorio y susceptible de proteger y aumentar la eficiencia de la Administración que es el derecho disciplinario. No hay una diferencia cualitativa o cuantitativa entre el derecho disciplinario y el derecho penal, porque son cosas diferentes. El derecho disciplinario se coloca dentro del derecho administrativo sancionador. El derecho disciplinario persigue diferentes objetivos dentro del derecho administrativo sancionador.Los objetivos son diferentes de los del

---

[402] Vid.*Principi di Diritto Amministrativo*, Milano, 1978, I, p.281ss, 287ss0

derecho penal.*Los objetivos del derecho disciplinario son el buen funcionamiento de la organización administrativa, la correción más que la represión, y el cumplimiento obligatorio de las tareas públicas.*

f) Nuestra propuesta sobre los objetivos del derecho disciplinario.

Hasta ahora, el derecho disciplinario aparece anclado en la idea de proteger la supremacía especial y la autoridad de la administración. Estos aspectos en la práctica están desactualizados, y los superiores jerárquicos sufren grandes presiones de los sindicatos y del personal para no hacer uso de sus poderes. La administración tan desarollada que tenemos, y en un período de gran crisis económica, necesita cambiar el sentido del derecho sancionador para los aspectos del "buen funcionamiento".*Lo más importante no es orientar el sentido del derecho sancionador a la persona del Estado y del empleador, y al aspecto ordenador de la organización administrativa, y si organizar un modelo orientado al cumplimiento de las "tareas públicas", a los resultados y a la eficiencia.* La defensa de los "intereses generales "del art.103.1CE está en el cumplimiento eficaz y con diligencia de las tareas públicas.Es más importante ser diligente en el servicio, cosa que muchos no son, comenzando por los superiores, que tener respeto a los superiores o a los compañeros, cosa que casi todos cumplen con rigor. Igual que con la ejecución forzosa de los actos administrativos, conviene que la Administración pueda aplicar medidas administrativas sancionadoras en general, y también a su propio personal. La eficiencia de la organización administrativa no debe ser confiada en términos inmediatos en manos de los jueces, cuya tarea es decidir los litigios con justicia, y no administrar con eficiencia. Por otro lado, también se podría preguntar a quién se confiaría la potestad disciplinaria a ejercer sobre los jueces y sobre el personal de los tribunales?

g) Nuestra propuesta sobre el régimen jurídico del derecho disciplinario

El derecho disciplinario debe ser un sistema dinámico y flexible. Los esquemas rígidos casi penales no son adecuados.

Es necesaria la redifinición y calificación de las faltas más orientada al buen funcionamiento y a la eficiencia, al respeto de los ciudadanos, que al respeto formal de los superiores y de las instituciones.

Es conveniente las disminución de la potestad discrecional, pero no su desaparición, para que no exista el peligro de represalias o perelación de especial sujecióncuciones de carácter político, etc.

El derecho sancionador orientado al cumplimiento de las tareas públicas debe permitir la individualización de los incumplimientos.Por ejemplo, la omisión del deber de diligencia no tiene las mismas consecuencias si ocurre en un servicio burocrático o en un gran hospital público.

En la infracción disciplinaria no es suficiente la sencilla omisión formal de deberes. Es importante la referencia al bien jurídico violado (el funcionamiento de la organización, el cumplimiento obligatorio de las tareas públicas).

La pena y la sanción tienen fines semejantes (prevención y retribución). La diferencia entre la sanción penal y disciplinaria no es siempre de grado, pues hay sanciones disciplinarias muy radicales (ejemplo:la dimisión).La diferencia está en los valores y en los objetivos de las sanciones. Las sanciones penales protegen los valores esenciales de la comunidad.Las sanciones disciplinarias protegen el buen funcionamiento y el cumplimiento de las tareas públicas administrativas. La protección del prestigio y dignidad de la institución no es un deber autónomo, es funcional al objetivo del cumplimiento de las tareas públicas. Se sanciona también para que los otros no pratiquen la misma infracción. Como se trata de sanciones administrativas, parece más importante la corrección y la prevención que la coacción y la represión.

No vemos inconveniente en incorporar al sistema disciplinario la negociación colectiva, pero sólo en aspectos limitados relacionados, por ejemplo en aspectos de aumento de la productividad, etc.El régimen jurídico disciplinario general y esencial permanece estatutario (art.103.3 CE.Art.168.d), v)CP).Las infracciones más relacionadas con el principio de legalidad no deben ser objeto de negociación colectiva.La "privatización "del sistema disciplinario no produce más flexibilidad del sistema, porque el sistema de la negociación colectiva también

tiene algunos elementos de rigidez del procedimiento. En el sector privado también se observan los mismos obstáculos al ejercicio de las competencias disciplinarias. Sustituir el estatuto disciplinario por un código de comportamiento de los funcionarios acogido en los convenios colectivos, no sería útil sino existieran sanciones eficaces que por eso deben poseer carácter coactivo y jurídico.

Al carácter de "relación especial de derecho administrativo" no se adecuan muy bien fórmulas conciliadoras que consistan en que el funcionario llegue a un acuerdo con la administración sobre la rebaja de la sanción propuesta por el órgano, pero el funcionario perdería la posibilidad de impugnar la sanción objeto de rebaja. Las fórmulas conciliadoras son casi siempre posibles en derecho, pero no pueden perjudicar los intereses generales, ni la autonomía de la administración.

Puede ser útil la organización de un órgano ad hoc encargado de la ins-trucción y aplicación de la sanción. Este órgano debe ser de carácter nacional para evitar el perjuicio de las relaciones personales. Existe también la ventaja del surgimiento de un órgano especializado, y de una "jurisprudencia" administrativa Este órgano *ad hoc* parece más apropiado que un órgano disciplinario de arbitraje, porque la cuestión disciplinaria tiene elementos sancionatorios públicos, y no parece adecuada a la resolución por arbitraje.

2.12. *Consideraciones finales.*

La "relación especial de derecho administrativo funcionarial" puede justificar peculiaridades o limitaciones complementarias, en los derechos fundamentales funcionariales, si las funciones concretas o tareas públicas las exigen, en comparación con el derecho privado en general o el derecho laboral en general. Estas limitaciones no son automáticas, "institucionales" y "universales". Las limitaciones, bajo reserva de ley, son proporcionadas y funcionales, y en la medida del necesario cumplimiento de las "tareas públicas" previstas en la Constitución.

CONCLUSIONES FINALES

CAPÍTULO I: Si el concepto clásico de relación de especial sujeción era adecuado a la realidad constitucional de la "monarquía constitucional", hoy las cosas son diferentes.Nosotros defendimos la sustitución del concepto de relación de especial sujeción en la función pública, porque juzgamos que puede ser conveniente para otras realidades en que pueden existir fenómenos de sujeción.Al contrario, la función pública no presenta estos fenómenos de "sujeción especial".Relacionamos la función pública, no con la relación de especial sujeción, sino con las tareas o actividades administrativas.Relacionamos el adjetivo "especial" con la "relación", y no con el "poder".

CAPÍTULO II: En una primera parte, observamos las insuficiencias internas de la relación de especial sujeción. En la segunda parte, examinamos los principales argumentos externos contrarios a la relación de especial sujeción, como los principios de la reserva de ley, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, el principio democrático, y el Estado de derecho, etc.El planteamiento de la relación de especial sujeción en las actuales bases constitucionales democráticas ha provocado su desaparición en la función pública. La actual realidad de la función pública y de la Administración pública no se conjuga bien con la idea de "sujeción especial", muy vinculada al punto de vista de la "concentración del poder público"y de la "jerarquía".Para la eficacia y el buen funcionamiento de la función pública tampoco es necesaria la relación de especial sujeción.No se apoya, en la función publica, ni la relación de especial sujeción, ni la relación general de sujeción.Las entidades públicas se vinculan inmediatamente a los derechos fundamentales.Estas"peculiaridades" no son restricciones, ni excepciones de derechos, no hay relación de especial sujeción en la función pública.La "relación especial de derecho administrativo de la función pública"consigna "deberes especiales"a los funcionarios, pero también derechos y garantías especiales.La "relación especial de derecho administrativo"significa la juridificación y constitucionalización plena de la antigua noción de "poder y sujeción" en las relaciones donde haya una vinculación más estrecha entre el

ciudadano y el Estado, con especiales derechos y obligaciones, diferentes de los derechos y obligaciones de los ciudadanos en general.Sólo admitimos la relación de especial sujeción como concepto jurídico y dogmático en los casos en que la Constitución los admita expresamente(ejemplo:los militares).

CAPITULO III: El régimen jurídico de las funciones públicas portuguesa y española no es una relación de sujeción general, ni una relación de especial sujeción, ni tampoco un régimen laboral común, ni un derecho laboral especial.Las opciones de la Constitución española y de la Constitución portuguesa son semejantes, porque ambas apuntan a un régimen predominante de derecho administrativo.Las organizaciones públicas son diferentes de las organizaciones privadas. La naturaleza del sujeto empleador, los fines y tareas constitucionales de la función pública, y los instrumentos jurídicos de la actividad administrativa justifican la diferencia entre empleo privado y público. No está probado que la "privatización" sea el medio único y siempre el más adecuado para el aumento de la eficiencia. Es ilusorio que los trabajadores del sector público piensen que la privatización produciría una mejora general de las retribuciones.

CAPITULO IV: Existe fundamento suficiente para la relación especial de derecho administrativo de la función pública.El criterio principal utilizado para llegar a esta conclusión son las funciones o tareas desempeñadas por la función pública. Presentamos las funciones administrativa, de equilibrio de intereses, de garantía de neutralidad político-partidaria, de garantía de legalidad y del Estado de derecho, etc. que pueden fundamentar la relación especial de derecho administrativo de la función pública. Nuestra opinión va en contra del punto de vista del rapporto GIANNINI que pretendía negar la tradicional especialidad de la relación funcionarial. Cualquier reforma de la función pública debe orientarse a las tareas y funciones predominantes desempeñadas por los distintos grupos del personal. Es importante que haya un "régimen especial" básico, semejante para todo el personal público, pero no necesariamente un régimen unitario. El "régimen jurídico especial" debe ser el que permita a la función pública el cumplimiento eficaz de las tareas constitucionales confiadas a la administración. La función pública sigue

teniendo futuro. Cuanto mayor es el pluralismo, cuanta más complejidad tienen las relaciones sociales, más crece el potencial decisorio y el papel de la función pública. Es importante para el "régimen jurídico especial", la tarea o función desempeñada, y no el criterio formal del vínculo contractual o estatutario que une el personal a la administración. El "régimen especial" es un régimen jurídico material. El método que parte de las funciones permite diferenciar y medir las *funciones más difíciles, de mayor responsabilidad, más físicas o psíquicas, etc.*

CAPITULO V: La función pública no es sólo el ejercicio de funciones públicas objetivas, sino que también es una relación de empleo personal y voluntaria.Podemos organizar la función pública bajo la Administración pública como poder público que emana comandos autoritarios (actos administrativos), o podemos admitir como concepto fundamental la relación jurídica y a investigar cuales son los derechos y deberes entre la Administración pública y el personal funcionarial. Por estar más cerca del concepto actual de Constitución democrática, la Tesis ha preferido la segunda opción. Es conveniente el concepto de "relación jurídica", porque el personal no tiene sólo un papel jurídico-individual, también desempeña un papel jurídico-organizatorio. El contrato administrativo debe poseer un papel importante en el ámbito de la función pública, que es una relación de empleo personal y voluntaria. La relación funcionarial no tiene lugar como relación de poder o sujeción, y sí como relación especial de derecho administrativo. El Estado, los funcionarios y los colectivos de funcionarios poseen derechos y deberes diferenciados, pero ninguna parte tiene ab initio una situación de predominio jurídico absoluto sobre la otra parte.

La relación jurídica especial de la función pública fija la relación simétrica y proporcional de derechos y deberes recíprocos en la relación de empleo público. La relación smétrica se asienta en la concordancia práctica entre los derechos fundamentales de los funcionarios y los intereses generales, y en la aceptación de derechos subjetivos de los funcionarios en el ámbito de la organización administrativa. La relación funcionarial tiene un sentido material.

Preferimos la construcción no orgánica de la relación funcionarial.Pensamos que los funcionarios y los titulares de órganos deben ser sujetos con voluntad jurídica

propia, porque existe la necesidad de que los agentes respondan a los "resultados" de su actividad. En la relación "funcional"debe existir una simetría favorable a la organización administrativa. La relación de empleo es la relación más de base, pero la relación funcional tiene un papel de concretización y complemento que es importante en la forma actual del Estado post-social. El punto de vista de la Tesis es el de la vinculación de las relaciones funcionariales a la Constitución democrática, y no a criterios de "eficiencia" o "politicos".

La función pública exige un procedimiento especial. Es necesaria la cooperación y participación de varios elementos para que se cumpla con eficiencia la actividad de la función pública:el personal, los órganos dirigentes políticos y administrativos máximos, los usuarios y sus asociaciones, las asociaciones sindicales de funcionarios, comisiones de representación del personal, etc. El procedimiento debe permitir el cumplimiento eficaz de las tareas de la función pública, y no debe valorar demasiado los derechos de los ciudadanos, o, en compensación, los derechos de los funcionarios.La participación del funcionario y de los usuarios en el procedimiento no se destina sobre todo a la defensa de sus intereses y derechos subjetivos. La función pública no es sólo una "relación jurídica general", también es una "relación especial de derecho administrativo".

La función pública no es una "relación jurídica general" entre Estado y ciudadanos; es una relación jurídica que está más especializada, entre los órganos públicos y ciudadanos determinados(los empleados públicos).Esto no significa que de forma automática se acrecienten más deberes o restricciones de los derechos fundamentales.Las peculiaridades y especialidades del régimen jurídico"especial" de la función pública tienen un límite y un punto de orientación lógico:el cumplimiento obligatorio, según las leyes, y eficaz de determinadas tareas públicas.

CAPITULO VI: La Constitución portuguesa establece el régimen específico de derecho administrativo de la función pública. En la doctrina española existen varias opiniones sobre los regímenes de empleo en las Administraciones públicas. El punto de vista del Tribunal Constitucional español es semejante al punto de vista que defendimos para la Constitución y ley portuguesas.Juzgamos que es el más conveniente. Pensamos que la Constitución española no es neutral en cuanto al

concepto de función pública., y no presenta un modelo de relación de especial sujeción.La Constitución española prevé el régimen estatutario, y prefiere un régimen predominante de derecho público.

CAPITULO VII: Nuestra propuesta de modelo normativo funcionarial es la siguiente: debe ser eliminado el vínculo funcionarial vitalicio; apoyamos el punto de vista del sistema dual; hay un núcleo "esencial" obligatorio de personal en relación especial de derecho administrativo; no es muy importante la diferencia entre vínculo de derecho público(nombramiento) y vínculo de derecho privado(contrato); con fundamento en razones objetivas se puede aplicar el derecho laboral al personal de la Administración, privatizar actividades, etc; la relación estatutaria clásica no se adecua a una función pública eficiente y moderna; no apoyamos la laboralización total de la función pública; ni apoyamos la idea de la "unificación"de los dos regímenes; debe disminuir la tendencia de aproximación entre el derecho funcionarial y el derecho laboral; son necesarios criterios que permitan la relativa uniformidad de regímenes del personal; pensamos que la evolución del Estado no se encamina en el sentido de necesitar de una función pública "universal"de tipo francés (modelo unitario); la tesis defiende la sustitución del punto de vista unilateral-autoritario de la "relación de especial sujeción"por la "relación especial de derecho administrativo"de base contractual.

CAPITULO VIII:Las *diferencias* entre la relación de especial sujeción y la relación especial de derecho administrativo: La relación especial de derecho administrativo no puede considerar al funcionario como "servidor", sino como a un ciudadano y trabajador; la sociedad no es "industrial", es una sociedad de servicios, proyectos y tareas; se reconoce el derecho para acceder a los puestos funcionariales a través del cual se despliega un aspecto de la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo o de pluralismo político; la relación especial de derecho administrativo no se orienta al Estado, y sí al cumplimiento de las tareas o funciones concretas con eficiencia; el fin de la relación especial de derecho administrativo no es la "sujeción", es el aumento del interés y de la participación y

apoyo del personal; la idea de la relación de especial sujeción es centrípeta; en la relación de especial sujeción, la democracia y la burocracia son incompatibles; la relación de especial sujeción es una relación de poder, la relación especial de derecho administrativo es una relación jurídica; en la relación de especial sujeción es importante la competencia del Ejecutivo, en la relación especial de derecho administrativo aumenta el dominio de la ley y la reserva de ley; la relación de especial sujeción sigue el criterio estatutario, la relación especial de derecho administrativo aplica el criterio funcional; la relación de especial sujeción es una categoría "expansiva"; la relación especial de derecho administrativo tiene sobre la relación de especial sujeción la ventaja de la mejora en las retribuciones; la relación especial de derecho administrativo significa la total identificación de la relación funcionarial con la Constitución y sus principios democráticos y del Estado de derecho; la relación de especial sujeción se aplica bien a un ámbito administrativo poco diversificado y en el que lo principal es la ejecución e interpretación de las leyes y reglamentos generales; la relación de especial sujeción establece mayores restricciones de los derechos fundamentales; las posibilidades explicativas, en la actualidad, de la relación especial de derecho administrativo son mayores que los de la relación de especial sujeción; la relación de especial sujeción no permite la aplicación del principio "in dubio pro libertate", y establece un sistema de fidelidad constitucional; la responsabilidad personal del funcionario es mayor en la "relación especial de derecho administrativo".

Consecuencias jurídicas de la aplicación del concepto de "relación especial de derecho administrativo funcionarial":El modelo contractual es más adecuado al carácter de derechos subjetivos del derecho de acceso de todos los ciudadanos a la función pública (como derecho personal y no de participación política), en condiciones de libertad e igualdad, y del derecho de acceso a los cargos públicos; la naturaleza de la relación de servicio público es en la actualidad contractual; la cuestión de los derechos fundamentales depende de los diferentes papeles del funcionario; no está excluída en absoluto la relevancia de los derechos fundamentales en el derecho funcional-organizatorio; la protección jurídica del funcionario es mayor en la relación especial de derecho administrativo que en la teoría de la sujeción, y el ejercicio de la huelga es perfectamente normal, y dentro

del ámbito de los derechos constitucionales; la negociación colectiva es incomprensible para la teoría de la sujeción y estatutaria; la negociación colectiva en la función pública tiene peculiaridades; el deber de fidelidad no tiene un sentido político-ideológico restrictivo; en cuanto al deber de conduta, el ámbito de restricciones es menor, y el fundamento de las restricciones es diferente; la teoría estatutaria y de la sujeción tienen dificultades para admitir el papel de los derechos adquiridos; el deber de obediencia no puede ser totalmente dominado por el principio jerárquico como pretendía la teoría de la sujeción; es necesaria la redifinición y calificación de las faltas disciplinarias más orientada al buen funcionamiento, a la eficiencia, y al respeto de los ciudadanos, que al respeto formal de los superiores y de las instituciones.La "relación especial de derecho administrativo funcionarial" puede justificar peculiaridades o limitaciones complementarias, en los derechos fundamentales funcionariales, si las funciones concretas o tareas públicas las exigen. Estas limitaciones no son automáticas, "institucionales" ni "universales".

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge C. - Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade, Coimbra, 1987.

ACHTERBERG, N. - Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, Heidelberg.

- Theorie und Dogmatik des Offentlichen Rechts, 1980.

ALESSI, R. - Principi di Diritto Amministrativo, 1978, Milano, 4ªed.

- Scritti Minori, Milano, 1981.

ALFAIA, João - Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público, Coimbra, 1985.

ALONSO OLEA - Introducción al Derecho del Trabajo, 1994, Madrid.

AMARAL, D.Freitas - Curso de Direito Administrativo, I, 1994, Coimbra.

ANDRADE, Manuel - Teoria Geral das Obrigações, Coimbra, 1958.

ANDRADE, J.C.Vieira - Direito Constitucional, Coimbra, 1997.

ANGEL, J. - PASTOR, F. - CARAMÉS, J. - La Regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña, 1986.

ARENILLA SÁEZ - La Estructura de la Administración Pública - Análisis, Evaluación y Propuestas - Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas, Madrid, 1995.

ARNIM, H. - Staatslehre der BRD, 1984, Munchen.

ARROYO YANES, L. - La Carrera Administrativa de los Funcionarios Públicos, Valencia, 1994.

AUBY, J. - ADER, R. - Droit Administratif, Paris, 1983.

BADURA, P. - Rechtsgutachten, Munchen.

BAENA DEL ALCÁZAR-RISA, 1/1987. - Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas, 1995, Madrid, Dir.A.RODRIGUEZ FERNANDEZ - Prólogo.

BARONE, G. - Aspetti dell' attivitá interna della Pubblica Amministrazione, Milano, 1980.

BASSI, F. - Lezioni di Diritto Amministrativo, Milano, 1984.

- Norma Interna, Milano, 1963.

BASSOLS COMA, M. - Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Sancionador, DA, n.68, 1963.

BATTIS, U. - Modernisierungsanforderungen na das offentliche Dienstrecht.

- Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg, 1985.

- Bundesbeamtengesetz, Munchen, 1980.

- Offentliche Verwaltung von Morgen, 1995.

BAUER, H. - DVBL, 1986.

. - Verwaltungsrechtslehre im U.? - Die Verwaltung.

BELÉN M.JALVO - Revista de Administración Pública nº137, 1995.

BENDA, E./MAIHOFER/VOGEL, H. - Hrsg.Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, 1983.

BERENS, W. - ZBR, hf.5, 1995.

BERICHT der Bundesregierung uber die Fortentwicklung des Offentlichen Dienstrechts, 1994.

BERICHT der Kommission der Reform des Offentlichen Dienstrechts, 1973.

BESCHORNER - NVWZ, 1986, hf.5.

BLANKE/STERZEL - Ab die Post? Die Auseinandersetzung um die Privatisierung der Deutschen Bundespost-Kritische Justiz, 1993.

- Probleme der Personaluberleitung im Falle einer Privatisierung der Bundesverwaltung-Arbeitsrecht 9/93.

BLEEK, W. - Beamtentum.Wandel des Selbst-und Fremdverstandnisses.

BOCKENFORDE, E. - Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964.

. - Gesetz und Gesetzgebende Gewalt, 1981.

BOIX, C. - Hacia una Administración Pública Eficaz:Modelo Institucional y Cultura Profesional en la Prestación de Servicios Públicos - Gestión y Analisis de Politicas Públicas, septiembre, 1994.

BOQUERA OLIVER - Estudios sobre el Acto Administrativo, 1988.

BULL, H. - Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982.

- Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973.

BUNDESMINISTERIUM(das) des Innern, 12. April 1995 - "Wichtigsten Reformansatz fur den Offentlichen Diens seit Jahrzehnten".

CAETANO, Marcelo - Direito Administrativo, 1970, vs. I, II, Coimbra.

- Estudos de Direito Administrativo, 1974.

CÁMARA DEL PORTILLO - La Función Pública ante el Tribunal Constitucional:Una Oportunidad Perdida - REDA, nº57, 1988.

CARLASSARE, L. - Amministrazione e Potere Politico, Padova, 1974.

CASSESE, S. - Las Bases del Derecho Administrativo, MAP, 1994.

CASTILLO BLANCO, F. - Función Pública e Potere Disciplinario del Estado, Madrid, 199

- Las Politicas de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas:Consideraciones Jurídicas - Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas, 1995.

CATELANI, A - Le Circolari della Pubblica Amministrazione, 1984, Milano.

CORREIA, J.Sérvulo - Direito Administrativo, Lisboa, 1982.

- *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987.

COSI, D. - Impiego Pubblico - GUARINO - Diz. Amministrativo, Varese, 1983.

CRUZ FERRER - La Función Pública Superior en Estados Unidos, Madrid, 1984.

DAGTOGLOU, P. - Verfassungspolitische Probleme einer Reform des Offentlichen Diensrechts, 1973.

DELPINO, L. GIUDICE, F. - Diritto Amministrativo, Napoli, 1985.

DENHARD, A(hrsg.) - Mitarbeiterorientierter Organisationsrecht - Beitrage zum Dienst-und Organisationsrecht del Staatlichen Verwaltung, 1983.Rechtssubjekte und Subjektive Rechte in Organisationsstaatlichen Verwaltung.

DRUCKER, Peter - The Age of Discontinuity, 1978.

EDLEY, J. - Derecho Administrtivo, INAP, 1994.

ELLWEIN, T. - ZOLL, R. - Berufsbeamtentum-Anspruch und Wirklichkeit, Dusseldorf, 1973.

ENTRENA CUESTA - Curso de Derecho Administrativo, v.1/2, 1988, Madrid.

ERICHSEN, H. - DVBL, Feb.1982.

- System des Verw.Ger.Rechtsschutzes

- Verwaltungsarchiv, 71 bd., 1980.

FABER, H. - Verwaltungsrecht, Tubingen, 1987.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. - Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en bancos y cajas de ahorro y otras entidades, Revista de Administración Pública, núms.100-102, v.III, 1983.

FERREIRO LAPATZA - Notas sobre la Agencia Estatal de la Administración Tributaria - REDF, nº71, 1991.

FINLAY, W. - MARTIN, J. - ROMAN, P. - BLUM, T. - Administration&Society v.27, nº3, Nov.1995.

FODERARO, S. - La Personalità Interorganica, Padova, 1957.

FORSTHOFF, E. - Droit Administratif. 1968(trad.).

FREDERICKSON, H.George - Comparing The Government Movement With The New Public Administration - Public Administration Review, may, 1966, vº56, nº3.

FRIAUF, K. - Abschied vom Berufsbeamtentum?

- Der Offentliche Dienst am Scheideweg, 1972.

FUSS, E.W. - Personale Kontaktverhaltnisse zwischen Verwaltung und Burger - DOV, Nov.1972.

GALLEGO ANABITARTE - Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de Legalidad de la Administración - Revista de Administración Pública, nº34, 1961.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. - Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - Hacia Una Nueva Justicia Administrativa, Madrid, 1992.

GARCÍA MACHO - Las Relaciones Especiales de Sujeción en la Constitución Española, Madrid, 1992.

- Secreto Profesional y Libertad de Expresión del Funcionario, Valencia, 1994.

GIANNINI, M.S. - Diritto Amministrativo, I, II, Milano, 1972.

- Impiego Público - Enc.del Diritto.

- Istituzioni di Diritto Amministrativo, Milano, 1981.

GODINO REYES, M. - El Contrato de Trabajo en la Administración Pública, Madrid, 1996.

- La Relación Laboral Individual en la Administración Pública, Madrid, 1995.

GONNER, N.T. - Der Staatsdienst, 1808.

GONZALEZ GUISADO - Documentación Administrativa, 1983, nº198 - Hacia una Nueva Administración.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús - Manual de Derecho Procesal Administrativo, Madrid, 1992.

GORG, H. - Staatslexikon, 1960.

GOURDON, J. - CABANEL, J. - Les Contractuels, 1991.

GRANDE, E. - Entlastung des Staates durch Liberalisierung und Privatisierung?hrsg.R.VOIGT - Abschied vom Staat - Ruckkehr zum Staat?1993.

GRUNEWALD, J. - Privatisierung Offentlicher Aufgaben - Hrsg.I.IPSEN, 1994.

HAENEL, A. - Das Gesetz im Formellen und Materiellen Sinne, 1888.

HAFELIN, U. - Die Rechtspersonlichkeit des Staates, 1959.

HALDENWANG, T. - Die Neugestaltung der Teilzeitregelungen im Beamtenrecht - ZBR, hf.3/1995.

HENKE, W. - Das Subjektive Recht im System des Offentlichen Rechts - DOV, nº17, 1980.

- Wandel der D... - Juristen Zeitung.

HESSE, J.J. - Ruckzug des Staates oder Subtilere Steuerung im Bereich der Arbeits –u. Sozialpolitik?

HESSE, K. - Grundzuge des Verfassungsrechts der BRD, Heidelberg, 1982, 10.Auf.

HILG-MULLER, G. - Beamtenrecht im Bayern, Munchen, 1981.

HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ASSMANN - Innovation und Flexibilitat des Verwaltungshandelns.

HOOD, C. - Revue Française Administration Publique, nº70, 1994.

JARASS, H. - Politik und Burokratie als Elemente der Gewaltenteilung, Munchen, 1975.

JELLINEK, Walter - Verwaltungsrecht, 1966.

JOHNSON, Nevil - Das Recht des Offentlichen Dienstes in den Mitgliedenstaaten der Europaischen Gemeinschaft-hrsg.S.MAGIERA, H.SIEDENTOPF, 1994.

JUNCKER, W. - ZBR, 1967 - Ist die Institution des Berufsbeamtentums durch die Rechtsentwicklung gefahrdet?

JUNG, J. - Schriften zum Offentlichen Recht, bd.138, 1971 - Die Zweispurigkeit des Offentlichen Dienstes, 1971.

KAMMERER, A. - La Fonction Publique en Allemagne, Paris, 1899.

JUNQUERA GONZALEZ - Función Pública en la Europa de los Doce, Madrid, 1986.Revista de Estudios Politicos, 52, 1986.

KAMENSKY, J.M. - Public Administration Review, may, 1966, v.56, nº3.

KAO, John - Jamming - The Art and Disciplin of Corporate Creativity, Harper Collins, 1996(Expresso, 15/6/1996).

KERAUDREN, P. - RISA, 1, 1994.

KINGSLEY - Representative Bureaucracie, 1994.

KNAPP, B. - Précis de Droit Administratif, Frankfurt M., 1982.

KOENIG, A. - La Fonction Publique de la RFA, 1962.

KOJA, F. - Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, 1986.

KOTTGEN, A.. - Staatslexikon, 1960.

KRAUTZBERGER, M. - Schriften zum Offentlichen Recht, bd.150, 1971.

KREBS, W. - Grundfragen des Verwaltungsrechtlichen Organstreits, Jura, 1981, hf.11.

- Handbuch des Staatesrechts, hrsg.ISENSEE/KIRCHHOF.

KROLLS, A. - Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik - Gewerbe Archiv - 4/95.

KRUGER, H. - Der Verwaltungsrechtsschutz in Besonderen Gewaltverhaltnis, NWJ, 1953, 1369.

- Festschrift fur R.SMEND, 1952 - Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung.

KRUMMREY, W. - Offentlicher Dienst.

KUNIG, P. - Das Recht des Offentlichen Dienstes - Besonderes Verwaltungsrecht, hrsg.SCHMIDT - ASSMANN, 1995.

LABAND, P. - Le Droit Public de l'Empire Allemand, Paris, 1901, I, II.

LANG, N. - Bureaucracy and Constitucionalism, 1962, cap.5.

LANGE, H. - DOV, 1985, hf.5.

LASAGABASTER HERRARTE, I. - Las Relaciones de Sujeción Especial, Madrid, 1994.

LECHELER, H. - BayVBl.1994, hf.18.

- Grundprobleme des Beamtenrechts, Jura, 1979, hf.8.

- ZBR, 1980.

LEGENDRE, M. - Revue Française de Science Politique, 1987, 37.

LEISNER, W. - Der Beamte als Leistungstrager-hrsg. Das Berufsbeamtentum im Demokratischen Staat, 1975.

- DVBL, 1978.

- ZBR, 1980, hf.12 - Mussen Lehrer Beamten sein?

LÓPEZ BENÍTEZ, M. - Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción, Madrid, 1994.

LÓPEZ GOMEZ, J.M. - El Régimen Jurídico del Personal Laboral de las Administraciones Públicas, Madrid, 1995.

LÓPEZ RODÓ, L. - La Administración y las transformaciones socioeconómicas, 1963, ENAP, Madrid.

LORENZO.A.Di - Ordinamento degli Impieghi dello Stato e degli Enti Locali Territoriali, 1958, Firenze.

LOSCHELDER, W. - Vom Besonderen Gewaltverhaltnis zur Offentlich - Rechtlichen Sonderbindung, 1982.

MADING, E. - Die Verwaltung, 1973.

MAIRAL JIMÉNEZ, M. - El Derecho Constitucional a la Igualdad en las Relaciones Jurídicas de Empleo Público, Málaga, 1990.

MALZ, H. - Das Beamtenverhaltnis als Besonderes Gewaltverhaltnis - ZBR, April, 1964.

MINZ, H. - Das Recht des Offentlichen Dienstes, Regensburg, 1981.

MARINA JALVO - Sobre las Ultimas Reformas Italianas del Empleo Público - Revista Administración Pública, nº137, 1995.

MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I. - Régimen Jurídico de la Función Pública y Derecho al Cargo, Madrid, 1995.

MASHAW, J. - Bureaucratic Justice.

MAUNZ-DURIG - Grundgesetz Kommentar, Art.19, Abs.IV, Rd.25.

MAUNZ-DURIG - HERZOG - GG Kommentar, Munchen, 1987.

MAURER, H. - Allgemeines Verwaltungsrecht, Munchen, 1983.

MAYER, Otto - AOR - Bd.3, 1889.

- Derecho Administrativo Alemán, trad.1982, v.IV, Buenos Aires.

- Deutsches Verwaltungsrecht, I, Munchen, 1924.

MAYER-KOPP, F. - Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, Stuttgart.

MENGER, C.F. - Zum S0tand der Meinungen uber der Unterscheidung von Offentlichen und Privaten Recht(Fest.fur H.J.WOLLF, 1973).

MERKL, A. - Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.

MERTEN, D. - Schriften Hochschule Speyer, bd.97, 1985 - Das Besondere Gewaltverhaltnis.

MICHAVILA NUÑEZ J.M. - Relación Especial de Sujeción en el Sector Crediticio y Estado de Derecho - REDA, 54, 1987.

MONCADA, Cabral - Lições de Direito Civil, Coimbra, 1932.

MONTORO CHINER, M.J. - Para la Nueva Reforma del Empleo Público:Nueve Proposiciones - Revista de Administración Pública, nº136, 1995.

MOREIRA, Alves - Instituições, I, Coimbra.

MORTATI, C. - Istituzioni di Diritto Pubblico, 1976.

MUNCH, I.v. - Offentliches Dienst - Besonderes Verwaltungsrecht, 1982.

- ZBR, Juli, 1959, hf.7 - Freie Meinungsausserung des Beamten.

MUZELLEC, R. - Privatización et Contractualización en la Función Pública - Documentación Administrativa, 239, julio, 1994.

NIETO GARCÍA, A. - Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, 1993.

- La Nueva Organización del Desgobierno, Barcelona, 1996.

- La Organización del Desgobierno, Barcelona, 1984.

- Estudios Historicos sobre Administración y Derecho Administrativo, Inapa, Madrid, 1986.

- La Burocracia, I, Madrid, 1976.

- Los Primeros Pasos del Estado Constitucional, Barcelona, 1996.

NIGRO, M. - Procedimento Amministrativo e Tutela Giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione - Rivista di Diritto Procesuale, nº2, 1980.

NIKISCH, A. - Arbeitsrecht, Bd.1, 1961.

OLIVEIRA, Esteves de –GONÇALVES, P. - AMORIM, J. - Código do Procedimento Administrativo, Coimbra, 1995.

ORTA, C. - DIAMANTI, E. - La Fonction Publique vers la Privatisation - Revue Française de Administration Publique, nº67, 1993.

ORTEGA ALVAREZ, L. - Los Derechos Sindicales de los Funcionarios Públicos, Madrid, 1983.

ORTEGA ÁLVAREZ, PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ BLANCO - Manual de Derecho Administrativo, I, II, Barcelona, 1996.

OSBORNE, D. - GAEBLER, T. - Reinventing Government, nº67, 1993.

OSSENBUHL, F. - Verwaltungsvorschriften und GG, 1968.

OTERO, Paulo - Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa, Coimbra, 1992.

PALOMAR OLMEDA, A. - Derecho de la Función Pública, Madrid, 1996.

PALOMEQUE LOPEZ, M. - DE LA ROSA, M. - Derecho del Trabajo, Madrid, 1994.

PARADA VÁSQUEZ, J.R. - Derecho Administrativo, I, Madrid, 1993.

- Derecho Administrativo:Organización y Empleo Público, Madrid, 1993.

PAREJO ALFONSO, L. - La Eficacia como Principio Jurídico de la Actuación de la Administración Pública - Revista Documentación Administrativa, nºs 218 y 219.

- Eficacia y Administración, Inap, Madrid, 1995.

PIERRE, Jon - La Reforme Administrative en Suecia - Revue Française Administration Publuique, nº75, 1995.

PODLECH, A. - Das Grundrecht des Gewissensfreiheit und die Besonderen Gewaltverhaltnisse, 1969 - Schriften zum Offentlichen Recht, Bd.92.

PRANGER, R. - The Eclipse of Citizenship, 1968.

PULIDO QUECEDO, M. - El Acceso a los Cargos y Funciones Públicas, Madrid, 1992.

PUTTNER, G. - DVBL, 1987 - Grund-und Betriebsverhaltnis.

QUEIRÓ, Afonso - Direito Administrativo, Coimbra, 1976.

REESE/SEIBEL - Verwaltungsarchiv, 1987, hf.4.

RESCIGNO, G. - Corso di Diritto Pubblico, Bologna, 1984.

- Rapporto di Diritto Privato Especial o Rapporto di Diritto Pubblico Especial? - Lavoro e Diritto, a.-IIIn.4, 1993.

RESCIGNO, U. - La Nuova Disciplina del Pubblico Impiego - Lavoro e Diritto a.III n.4, 1993.

RISKEN, A. - Grenzen Amtlicher und Dienstlicher Weisungen im Offentlichen Dienst, Berlin, 1969 - Schriften zum Offentlichen Recht, Bd.87.

RIVERO LAMAS - El Proceso de Laboralización de la Función Pública - Aspectos Críticos y Límites.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, A. - *Hacia una Nueva Cultura en la Administración Pública* - Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas, Madrid, 1995.

RONELLENFITSCH, M. - Das Besondere Gewaltverhaltnis im Verwaltungsrecht - DOV, 1984, hf.19.

- Schriften Hochschule Speyer, bd.97, 1985.

ROUBAN, L. - ZILLER, J. - De la Modernisation de lÁdministration a la Réforme de l'État - Revue Française d' Administration Publique, nº73, 1995.

RUDOLF, W. - VVDStRL, 37, 1979 - Der Offentliche Diernst im Staat der Gegenwart.

RUPP, H.H. - Grundfragen der Heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965.

RUSCIANO, M. - Límpiego Pubblico in Italia, Bologna, 1978.

SALA FRANCO, T. - Incidencia de la Legislación Laboral en el Marco de la Función Pública, Madrid, 1989.

SÁNCHEZ MORÓN, M. - Derecho de la Función Pública, Madrid, 1996.

SCHEERBARTH/HOFFKEN - Beamtenrecht, 1985, Siegburg.

SCHENKE, W. - DOV, 1979, hf.17 - Der Rechtschutz des Burgers gegen Verwaltunsvorschriften.

SCHLAICH, K. - Neutralitat als Verfassungsrechtliches Prinzip, 1972.

SCHMIDT, W. - Einfuhrung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, Frankfurt Main.

SCHNAPP, F. - Amtsrecht und B0eamtenrecht, 1977.

- Uberlegungen zu einer Theorie des Organisationrechts - AOR, 1980.

SCHOLZ, R. - Offentliches Dienst zwischen Offentliches Amtsverfassung und Privater Arbeitsverfassung? - vd.Berufsbeamtentum.

SCHUPPERT, G.F. - Privatisierung Offentlicher Aufgaben, 1994.

- Ruckzug des Staates? - DOV, 18, 1995.

SILVA, V.Pereira da –Em Busca do Acto Administrativo Perdido, Coimbra, 1996.

SILVIA DEL SAZ - Contrato Laboral y Función pública, Madrid, 1995.

SONTHEIMER-BLEEK - vd. Verfassugspolitische Probleme einer Reform des Offentlichen Dienstrechts, 1973.

STAHLBERG, K. - RISA, 3, 1987.

STEFANO, A. - Participation des Fonctionnaires Civils a la Vie Politique, Paris, 1979.

STEGMANN, T. - ZBR, Hf.1, 1996 - Beamte oder Angestellte?

STERN, K. - Das Staatsrecht der BRD, 1977, I, Munchen.

Studienkommission fur die Reform des Offentlichen Dienstrechts, 1970.

SUBRAMANIA - Representative Bureaucracy - American Pol.Science Rev., v.61, 1967.

TAPSCOTT, Don - The Digital Economy – Mcgraw-Hill, 1995.

TAVARES, José - Direito Civil.

THIELE, W. - Abschied vom Besonderen Gewaltverhaltnis - ZBR, hf.12, 1983.

THIEME, W. - Der Beamte im Soziales Rechtsstaat, ZBR, 1960.

- Ist das Berufsbeamtentum in unser Gesellschaft Notwendig? - ZBR, 1965.

TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. - Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos, Madrid, 1992.

TREUTNER, E. - Ruckzug des Staates oder Subtilere Steuerung im Bereich des Arbeits - und Sozialpolitik - Abschied vom Staat - Ruckkehr zum Staat? - Hrsg.RUDIGER VOIGT.

ULE, C.H. - Das Besondere Gewaltverhaltnis - VVDStRL, 15, 1957.

- Offentlicher Dienst - Die Grundrechte, IV, 2/1962, Berlin.

ULE, C. - SCHENKE, W. - Rechtsschutz in Besonderen Gewaltverhaltnis - Schriften der Hochschule Speyer, bd.97.

VEDEL, G. - Droit Administratif, Paris, 1982.

Verfassungspolitische Probleme einer Reform des Offentlichen Dienstrechts, 1973.

VILLAR PALASÍ, J.L., y VILLAR EZCURRA, J.L. - Principios de Derecho Administrativo, FDUC, Madrid, v.I, 1984, v.II, 1985.

VINCENT WRIGHT - Le Cas Britannique - Revue Française d'Administration Publique, nº73, 1995.

VIRGA, P. - Diritto Costituzionale, Milano, 1967.

VITAL, Fezas - A Situação dos Funcionários, Coimbra, 1915.

WEBER, W. - Revista Administración Pública, 39, 1962.

WIESE, WALTER - Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland, Koln, 1972.

WOLFF, H.J. - Theorie der Vertretung.Organschaft und Juristische Person, I, II, Koln, 1968.

- Verwaltungsrecht, II, Munchen.

WOLFF, H. - BACHHOF, O. - Verwaltungsrecht, Munchen, 1976, II-1987.

ZIPPELIUS, R. - Die Rolle der Burokratie im Pluralistischen Staat-in Berufsbeamtentum.

BIBLIOTECA