

## I. - COMENTARIOS MONOGRAFICOS

### LOS DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS FUNCIONARIOS

*Nadie ha sabido nunca qué es un derecho adquirido.*

(DUGUIT.)

*El derecho adquirido es un pabellón que cobija las mercancías más diversas.*

(ROUBIER.)

*SUMARIO:* 1. Reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre derechos adquiridos de los funcionarios.—2. El reconocimiento de los derechos adquiridos de los funcionarios en la actual coyuntura de la reforma administrativa.—3. «Jura quaesita» y «jura connata».—4. Sus relaciones con la teoría general de la irretroactividad de las normas.—5. El artículo 129 de la Constitución de Weimar.—6. La tesis francesa.—7. Criterios generales tradicionales de nuestro Tribunal Supremo.—8. El Reglamento de Funcionarios de Administración Local.—9. Dos sentencias de 1960.—10. El problema concreto de la edad del retiro.—11. Reciente jurisprudencia sobre derechos adquiridos a compatibilidades de los funcionarios.—12. Conclusiones.

1. Según la Ley de 23-II-1908—vigente en el momento de su ingreso al servicio del Estado—, la edad reglamentaria de retiro del recurrente eran los cincuenta y ocho años. Reformas posteriores (Ley de 8-III-1941, en relación con el Decreto de 21-XII-1943) redujeron la edad de retiro a los cincuenta y cinco años, que es la que tiene en cuenta la Dirección General de Seguridad, en resolución que, previa reposición desestimada, es objeto de un recurso contencioso-administrativo, que el Tribunal Supremo desestima en sentencia de 5 de abril de 1962 (Sala 5.ª; ponente, J. M.ª SUÁREZ VENCE), considerando que «este Tribunal viene declarando, en ocasiones análogas a ésta—sentencias de 2-III y 13-X-1959—que son legítimas las variaciones por la Administración de la edad de retiro a través del tiempo, en atención al interés público, naturaleza de los servicios confiados al personal de la Policía Armada y Tráfico y condiciones físicas requeridas para su eficaz desempeño, y otras circunstancias que obligan a variar los límites de edad, sin que puedan engendrar *derechos adquiridos para el funcionario* que enerven las facultades de la Administración, impidiéndole contar con un personal apto físicamente y eficiente en todo caso, el acceso al Cuerpo bajo otro régimen de retiro y haya de conservarse inalterable después».

La interesante doctrina aquí sentada—cuya substancia doctrinal y trascendencia práctica van a ser objeto de este comentario—es simple

reiteración de una rotunda tesis de nuestro Tribunal Supremo afirmada en 1959 (1), en la que, felizmente, se ha insistido.

«... Y esto es así y no se ha establecido distingo alguno en cuanto a lo que se pretende llamar un derecho adquirido, no existe la menor duda que sólo constituye un límite o condición reglamentaria para el ejercicio de funciones públicas, susceptible de modificación atendiendo a la necesidad de las circunstancias y al interés público, máxime cuando, en último término, la resolución recurrida está dictada de conformidad con lo dispuesto en las leyes que se dejan citadas» (*Sentencia de 2 de marzo de 1959. Sala 5.ª. Ponente, L. VILLANUEVA GÓMEZ*).

«Que la determinación de la edad legal de retiro, en un Cuerpo de la Administración, es función privativa de ésta, no pudiendo originar el que en un momento se establezca a este respecto derechos adquiridos por el funcionario, sino que constituye un límite o condición reglamentaria para el ejercicio de funciones públicas, propias del Cuerpo a que se refiere, susceptibles siempre de modificación, siendo la propia Administración la que, atendiendo a las necesidades y características del servicio, a la mayor eficacia de éste, a la conveniencia en firme del interés público, habrá de determinar en cada momento ese límite de servicio activo, y así, al organizar el Cuerpo de Policía Armada y de Tráfico, teniendo en cuenta sin duda las circunstancias y necesidad de los tiempos actuales, las mayores actividades y energías físicas necesarias en ellos para una policía eficaz y dotada de una preparación no sólo técnica, sino física y gimnástica, posibilitada por una mayor agilidad y fortaleza necesarias a posibles eventos de actuación de muy distintas características en los tiempos actuales, de las que hubieron de tenerse en cuenta cuando a principios de siglo se reglamentó el Cuerpo de Seguridad; y esta facultad de la Administración de determinar las edades mínima y máxima de la actuación de sus funcionarios, siempre ha sido doctrinalmente admitida, sin que las diversas fijaciones de las mismas con arreglo a contingentes necesidades o circunstancias diese lugar a invocación de derechos adquiridos al calor de cualquier disposición legal anterior, y así en casi todos los Cuerpos civiles y militares se han introducido, a lo largo de su historia, modificaciones en sentido de prolongación o disminución del término legal en servicio activo, sin que por ello se considerase lesionado el derecho de los funcionarios por ellos afectados» (*Sentencia de 13 de octubre de 1959. Sala 5.ª. Ponente, F. CAMPRUBI PADER*).

2. En esta hora española de la reforma administrativa representa la anterior jurisprudencia una magnífica aportación doctrinal que debiera ser muy tenida en cuenta por un legislador, que hasta la fecha parece insinuar en este punto soluciones demasiado generosas, es decir, incorrectamente generosas. Cierto es que la grave cuestión de los llamados derechos adquiridos de los funcionarios no puede resolverse nunca con

(1) En sentencia de 9 de abril de 1945 ya tuvo ocasión de declarar el Tribunal Supremo que es facultad discrecional la de regular el régimen de retiros en los diferentes Cuerpos de la Armada.

el tajante método de su desconocimiento; pero no es menos verdad que la actual presión de determinados intereses pretende simplemente cobijar bajo la equívoca etiqueta de los derechos adquiridos una serie de intereses creados, que no merecen o no debieran protegerse jurídicamente. En 1960, cuando ya el tema era de candente actualidad, ponía de relieve José R. PARADA, con su combativo acento, cómo «es frecuente la aplicación y uso del concepto de derecho adquirido para la defensa de esas patológicas, y cada día más frecuentes en nuestra patria, manifestaciones que en el derecho de la función pública constituyen las compatibilidades y las tasas para funcionarios. Una reforma de la función pública, para que pueda creerse en su seriedad, ha de suponer la inmediata vigencia de sus soluciones, sin que se respeten los privilegios de los funcionarios o Cuerpos cualificados, empeñados en dar apariencia de legitimidad a sus situaciones mediante el indebido manejo del concepto de derecho adquirido» (2).

El origen de este espíritu de debilidad y concesiones es, si bien complejo, bastante claro. En el fondo de la cuestión late, en todo caso, un evidente desequilibrio de poderes o, mejor dicho, una desarmonía en los procesos de apropiación de poder. No me refiero aquí solamente a la división formal de los poderes, sino al fenómeno, más moderno, de la penetración de la influencia burocrática en recintos estatales que debieran serla ajenos. En otros lugares he explicado (3) cómo el significado principal de la burocracia representa la presión del Estado sobre la sociedad. Pues bien, en la realidad española de hoy, es un hecho observable sin ninguna dificultad el que se encomiendan materialmente a la burocracia funciones que tradicionalmente le estaban vedadas, y que, además, órganos formalmente no burocráticos, están dominados frecuentemente por funcionarios. Por lo que ahora nos afecta, el resultado de este fenómeno es que en el proceso de la reforma administrativa operan elementos burocráticos tan marcados que hasta la fecha bien puede calificarse de autorreforma. Es obvio, por descontado, que los órganos y las personas directoras y responsables de la reforma administrativa española están por encima de todo particularismo estamental, pero entendida la reforma como un proceso dinámico y complejo, es también inevitable la aparición del fenómeno aludido, y hasta es muy de temer su preponderancia. De aquí que si el reformador entiende la política como el arte de realizar lo posible, se vea obligado a pactar con los intereses burocráticos y, en gracia al conjunto de la obra, tenga que ceder en este punto de los derechos adquiridos, tan mimado e importante desde el punto de vista de los funcionarios.

En esto radica precisamente la importancia de la jurisprudencia que se comenta. Nuestro Tribunal Supremo—desvinculado, por definición, de

(2) En el núm. 31 de esta REVISTA, pág. 387, recensión a la obra de NARBEL, *Les droits acquis des fonctionnaires*. Lausanne, 1957.

(3) Cfr. NIETO, *Administración y Burocracia*, en «Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas», tomo III, vol. 1.º, Madrid, 1961, págs. 343 y sigs., y *El mito de la Administración prusiana*, Sevilla, 1962, especialmente el capítulo XI, «Contribución a la teoría de la Burocracia: las diez encrucijadas de su existencia», págs. 259-290.

los intereses burocráticos—está capacitado para esquivar su influencia, y frente a la casi unánime corriente administrativa partidaria del reconocimiento de los derechos adquiridos, ha sabido adoptar una actitud gallarda a su respecto, aprovechándose de las ventajas de su independencia constitucional. Tiempo es aún de que las Cortes—que disfrutaron formalmente de igual situación—mediten sobre este ejemplo y sepan ponderar en su día su consistencia jurídica.

Esto no significa, naturalmente, predicar el desconocimiento o incitar a la violación de los derechos que se derivan de la situación funcional; sino que, por el contrario, más bien se pretende dotarles de una auténtica base jurídica, prescindiendo del fácil recurso del derecho adquirido, tan atractivo como inconsistente.

3. «Desde hace algunos años, la expresión «derecho adquirido» de los funcionarios ha llegado a constituir una verdadera fórmula, pudiendo observarse, incluso, que ha saltado desde el estricto vocabulario jurídico al lenguaje ordinario. No obstante, un mero examen superficial de la cuestión basta para convencernos de que las nociones que estos términos expresan son tan divergentes como imprecisas» (4). Lo peculiarísimo del caso es que los tan traídos y llevados derechos adquiridos, que tuvieron un origen absolutamente ajeno a la materia funcional, después de haber sido objeto de polémicas a lo largo de los siglos, han terminado por ser desechados casi por completo en la teoría general del Derecho, pero han encontrado derecho de asilo en el campo de los funcionarios, en el que pretenden vivir indefinidamente (5).

Recuérdese a este respecto el papel que juegan los derechos adquiridos en el Código civil. Allí aparecen citados con carácter general, encabezando las disposiciones transitorias (6), pero precisamente éstas vienen a despojarles de toda significación substancial. La redacción actual es obra de la segunda edición del Código, ya que la primera se limitó a reproducir, en su artículo 1976, la fórmula de la Ley de Bases: «las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efectos retroactivos». Precisamente la vaguedad de esta fórmula y el hecho de que la Comisión Revisora del Código llegase a «estimar peligrosa la definición abstracta de los derechos adquiridos fué la razón que dió origen a las disposiciones transitorias vigentes» (7).

El origen de los derechos adquiridos es muy remoto, y, en todo

(4) C. NARBEL, *Les droits acquis des fonctionnaires*. Lausanne, 1957, pág. 9.

(5) Esta pretensión de considerar sus derechos como intangibles, poco menos que sagrados, *iura quasita*, deja transparentar claramente el color estamental que ha tenido la burocracia en determinadas épocas. Sobre este punto, y sobre la técnica de quebrantar estos estamentos mediante comisarios que no son titulares de derechos adquiridos, sino de facultades delegadas del Príncipe, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *La organización y sus agentes*, en su libro *La Administración española*, 1961, págs. 173 y sigs., y en concreto para su reflejo en la actual situación española, pág. 217.

(6) «Las variaciones introducidas en este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo».

(7) Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*. Parte general, I, 1955, págs. 723 y siguientes.

caso, muy ajeno, como se ha dicho, a la materia funcional. «En la secular historia de las relaciones entre el Príncipe y los particulares, constituyen los derechos adquiridos la espina dorsal de todas las instituciones que representan un límite al poder del soberano. En la fragmentación de derechos y facultades que caracteriza la Edad Media, los *jura quaesita* de los súbditos son un campo vedado al Príncipe..., cualquier intervención en los derechos adquiridos ajenos es, en principio, ilícita, y de haber tenido lugar, da paso a la indemnización» (8).

Esta funcionalidad expropiatoria se mantiene aún en el siglo XVIII, en el que las doctrinas insnaturalistas y del contrato social reconocen, empero, junto a los *jura quaesita*, los *jura connata* o derechos inherentes a la persona humana, que son los que el individuo va a aportar a la comunidad social. Esta tesis se encuentra ya perfectamente desarrollada en la obra de J. CH. WOLFF: frente a los derechos inherentes, que son originarios, universales y absolutos y constituyen la suprema garantía de los particulares frente al Poder, los derechos adquiridos pueden ser unificados.

En el siglo XIX el concepto de los derechos adquiridos sufre una grave transformación: dejan de oponerse (en cuanto adquiridos por título especial) a los derechos puramente naturales, para convertirse en el contrapunto de los derechos sencillamente garantizados en una ley y, por tanto, anulables por el legislador (9). Esta sería una de las últimas manifestaciones congruentes de los derechos adquiridos en la teoría general del derecho. Poco después degenerarían en una cuestión de derecho transitorio, conservando, por último, su sustantividad únicamente en el campo del derecho funcional (10).

4. Ya se ha aludido antes a la conexión que existe entre el concepto de los derechos adquiridos y las normas de irretroactividad. La Revolución francesa, prescindiendo de la distinción tradicional entre *jura que-*

(8) NIETO, *Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa*, en el número 38 de esta REVISTA, pág. 70.

(9) NIETO, *Evolución expansiva...*, cit., págs. 72 y 73. La debilidad de los derechos adquiridos frente a la omnipotencia del legislador se expresa en la tímida advertencia que hace a éste G. MEYER para que actúe con «prudencia y moderación» ante los mismos.

(10) El caso de Suiza puede considerarse, a este respecto, como excepcional. En este país, y por razones constitucionales, los derechos adquiridos siguen conservando, más o menos modificada, a lo largo de siglos, su naturaleza tradicional. Si bien más tarde, como señala H. HUBER (*Oeffentlichrechtliche Gewährleistung. Beschränkung und Privateigentum*, 1960, pág. 72) a fines de siglo, el concepto de los derechos adquiridos se vacía de contenido, y en la visión positivista, como en la jurisprudencia del Tribunal federal, descienden a la condición de un simple nombre para los derechos que gozan de la garantía de la propiedad. El resultado es que la jurisprudencia suiza identifica los derechos adquiridos a los diversos derechos patrimoniales que recubre el concepto de los particulares. La doctrina que se sienta es que «el principio de derecho cantonal de la inviolabilidad de los particulares garantiza los derechos adquiridos privados, entre los cuales, conforme a la jurisprudencia del Tribunal federal en el campo de la garantía de las propiedades, deben entenderse todos los derechos patrimoniales y también todas las pretensiones patrimoniales subjetivas fundadas en actos administrativos unilaterales, si estaban asimiladas a los derechos unilaterales privados en el momento de aparición de la garantía patrimonial».

*sita y jura connata*, termina afirmando de un modo absoluto el principio de la irretroactividad de leyes, tanto en materia civil como penal. Pero con el tiempo, esta rigurosa declaración iría debilitándose. Por lo pronto, al cabo de pocos años perdió su rango constitucional inicial. Después de las guerras napoleónicas es ya difícil encontrar un texto constitucional que la recoja, como lo había hecho alguna constitución revolucionaria (11). Ya sin esta protección superlegal, el principio quedaba de hecho expuesto a los cambios de criterio del legislador que, justo es reconocerlo, se vió constantemente incitado por la doctrina para que quebrantase su rigidez.

La realidad es que ha habido muy pocos momentos históricos irretroactivadores a ultranza, y en todo caso lo fueron más por razones políticas que jurídicas (12), y lo mismo ha sucedido con el movimiento de signo contrario: el auténtico revolucionario aspira siempre a hacer tabla rasa de las situaciones anteriores. Para lograr esto es imprescindible dar a las nuevas normas efectos retroactivos. Para la técnica jurídica carecen de sentido tanto la irretroactividad rigurosa como la retroactividad sin medida. Quedando fuera de toda discusión la posibilidad de un efecto retroactivo de las normas, el problema está precisamente en determinar de una manera justa el alcance del mismo.

En este punto entra en juego la doctrina de los derechos adquiridos: el límite jurídico que se impone a la facultad del legislador de dar a las normas carácter retroactivo se encuentra ahora en los derechos adquiridos, que deben ser respetados. Pero como esta actitud se basa en un supuesto harto inseguro—la determinación exacta de lo que sea derecho adquirido, que está muy lejos de haber sido fijada—, los autores se ven obligados, de un lado, a precisar en lo posible el concepto, y de otro a matizar la doctrina para hacerla viable. Así, desde el primer momento se distinguieron de los derechos adquiridos otras figuras jurídicas—como las facultades, las esperanzas, las expectativas, los derechos no individualmente adquiridos, los derechos meramente atribuidos por la ley o los intereses (13)—que ya no están protegidas frente a la retroactividad. En

(11) Concretamente la del año III, cuyo ejemplo encontró pronto imitadores.

(12) Tal es el caso de la Revolución francesa, que fué una simple actitud contra los excesos provocados en sus primeros años por una tendencia retroactivadora, ejecutada en razón de intereses personales muy conocidos. También fueron móviles contingentes no jurídicos—principios económicos de seguridad comercial—los que impusieron la irretroactividad en el área del mercantilismo puritano anglosajón, que fué consagrado en varias Constituciones americanas (cfr. en general, DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., pág. 710).

(13) Según P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2.<sup>a</sup> ed., 1960, págs. 112 y 113, la teoría clásica de los derechos adquiridos, que domina en Francia durante todo el siglo XIX, y que se encuentra en todos los intérpretes del Código civil, da al término derechos adquiridos la vieja significación que ya se encuentra en MERLIN DE DOVAL, CHABOT DE L'ALLIER Y MEYER, es decir, que dejan de contraponerse los derechos adquiridos a los derechos innatos, como se había hecho en el siglo anterior, para contraponerse ahora los derechos adquiridos a los derechos que todavía no están completamente adquiridos. Es curioso subrayar, por otra parte, que en la segunda edición de esta obra clásica del derecho transitorio se excluye todo cuanto concierne al derecho público, «dado que esta rama del derecho obedece a reglas muy distintas de las del derecho privado» (pág. VI, nota 2).

esta misma línea se encuentra la célebre distinción de SAVIGNY entre las normas relativas a la adquisición de los derechos y las relativas a la existencia de los mismos, que tanta influencia habría de tener muchos años más tarde en la escuela francesa de DUGUIT, de la que nos ocuparemos más adelante (14).

En la actualidad puede considerarse ya superada esta aplicación técnica de los derechos adquiridos. El juicio condenatorio de DE CASTRO no puede ser a este respecto más rotundo: «Las teorías basadas en el concepto de los derechos adquiridos en sus diversas variantes, al verse obligadas a salvar ciertas situaciones de los efectos retroactivos, cubriéndolas con el título protector de los derechos adquiridos, y al tener que excluir de este concepto situaciones a las que se pretendía aplicar los efectos retroactivos de la nueva Ley, para impedir su ilimitada permanencia, han estirado tanto unas veces, y han recortado tanto otras, el concepto de derecho subjetivo, que en nada se parece ya al término técnico utilizado normalmente por la ciencia jurídica» (15).

Como ha observado agudamente BURCKARDT (16), al relacionar el concepto de derecho adquirido con los efectos retroactivos de las leyes se termina en un callejón sin salida, en un insalvable círculo vicioso: una Ley nueva no puede violar derechos adquiridos; los derechos adquiridos son los que están fuera de alcance de las leyes nuevas. Esta evidente tautología ha sido denunciada también por DUPEYROUX (17): decir que una Ley nueva no puede violar los derechos ya adquiridos en el momento de su promulgación es tanto como decir que debe ser considerada como retroactiva toda Ley que intervenga en los derechos adquiridos.

5. En esta bancarrota general de los derechos adquiridos, éstos encuentran un inesperado refugio en el derecho de funcionarios, en el que

(14) En Francia se atribuye a un oscuro autor de mediados del siglo XIX, JOUSSELIN (*Des mots effet rétroactif et droits acquis en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire*, en «Revue critique», 1852) el primer ataque contra esta posición tradicional. Mayor resonancia habían de tener, sin embargo, los trabajos de VAREILLES-SOMMIÈRES (*Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, 1893), que es la liquidación definitiva de algo que había ya fenecido hace algún tiempo. En Alemania, von SCHEUR había abandonado también en 1853 (*Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*) la teoría de los derechos adquiridos, para dar mayor relevancia, a los efectos de la retroactividad, a los *facta praeterita*, a los derechos perfeccionados bajo la ley precedente. Esta teoría de los *facta praeterita* se introduciría en Italia a través de CHIRONI (*Della non retroattività della legge in materia civile*, 1885).

(15) *Derecho civil...*, cit., pág. 716. Sobre esta cuestión, en general, cfr. P. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, 1959, págs. 57-78.

(16) *Die Organization der Rechtsgemeinschaft*, 2.<sup>a</sup> ed., Zürich, 1944, pág. 97, citado por NARBEL, pág. 105.

(17) *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, París, 1954, págs. 112-113. Más adelante demuestra este autor lo artificioso de la vinculación de la regla de la irretroactividad con la teoría de los derechos adquiridos, al analizar la jurisprudencia antigua del *Conseil d'Etat*, que, arrastrada por la lógica de sus proposiciones, se ve obligada a reconocer la posibilidad de que la norma se aplique retroactivamente a hechos consumados antes de su aparición, cuando los mismos no constituyen auténticos derechos subjetivos.

llegaron a naturalizarse, viniendo a configurarse en él como los derechos adquiridos por antonomasia (18). Esta situación llegó a conseguir rango constitucional en el célebre artículo 129 de la Constitución alemana de Weimar: «Los derechos de los funcionarios son inviolables».

Tan sensacional precepto, tanto para el derecho de funcionarios como para la teoría de los derechos adquiridos, dió lugar a una abundantísima literatura que, con el andar del tiempo y bajo la presión de circunstancias políticas notorias, terminaría por desnaturalizar absolutamente el precepto. Para su mejor inteligencia conviene, en todo caso, tener presente las circunstancias de su aparición.

«La situación jurídica anterior a 1919—ha doctrinado el *Reichsgericht*—se caracteriza porque los derechos adquiridos a un sueldo de determinada cuantía no estaban constitucionalmente protegidos de una manera especial, puesto que su modificación estaba al alcance del legislador ordinario y no había, por tanto, una garantía legal contra la disminución de los sueldos concedidos. Ahora bien, era práctica general administrativa (*allgemeine Staatspraxis*) el mantener los sueldos a los funcionarios, una vez que habían sido concedidos» (19).

La estabilidad política del Imperio y la particular vinculación de los funcionarios al Soberano habían hecho hasta entonces completamente innecesaria la aparición de especiales garantías, ya que se consideraban suficientemente protegidas por la atención del Soberano, su jefe nato, y las prácticas generales administrativas establecidas en su favor (20). Ahora bien, con la República de Weimar perdieron los funcionarios a su jefe y quedaron expuestos a las presiones apasionadas de los partidos extremos. Se llegó incluso a pedir su desaparición, y en todo caso los quebrantos que experimentó el funcionariado fueron gravísimos. La Constitución se

---

(18) El Derecho internacional es otra disciplina jurídica en la que se rejuvenece la vieja teoría de los derechos adquiridos, especialmente en el campo de la sucesión de Estados: La cuestión a decidir aquí es determinar hasta qué punto está obligado el Estado sucesor a respetar las obligaciones, y en general, las relaciones jurídicas propias del Estado predecesor (cfr. sobre este punto M. UDINA, *La succession des états quant aux obligations internationales autres que les dettes publiques*, en «Recueil des Cours de la Académie de Droit International», t. 44, 1933, págs. 665 y sigs., y E. J. S. CASTRÉN, *Aspects récents de la succession d'états*, en RdC, 78, 1951, págs. 379 y sigs.). En el campo de la sucesión de Estados, ni la doctrina ni la práctica han llegado a crear reglas autónomas sobre los derechos adquiridos. Es posible, sin embargo, que el Estado predecesor y el Estado sucesor tengan una opinión distinta respecto al contenido y extensión de esta protección, puesto que su valoración depende exclusivamente de criterios de derecho interno. El resultado es que los derechos adquiridos pueden sufrir modificaciones en el cambio de la soberanía (P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International public*, I, 1953, pág. 474). Cfr. también la tesis de L. TROTABAS (París, 1921), *Le droit public dans l'annexion et le respect des droits acquis*, y ROUBIER, ob. cit., págs. 354-357.

(19) RGZ, 134, pág. 11, citado por ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, reimpresión de 1960, pág. 592.

(20) La eficacia genérica de las prácticas consuetudinarias, aun sin base legal, en un sistema jurídico adecuado, ha sido comprobada en este punto por VILLAR PALASÍ en el derecho del *common law*: *Apuntes de Derecho Administrativo*, 1958, págs. 292-293.



vió precisada a rodearles de especiales garantías para evitar su liquidación a manos de los partidos radicales: en este trance se empleó la técnica de los derechos adquiridos.

Prescindiendo de su circunstanciado origen, los autores alemanes interpretaron desde el primer momento el artículo 129 de la Constitución en su sentido más amplio, es decir, entendían que los derechos adquiridos de los funcionarios eran no sólo inviolables, sino además incluso susceptibles de mejoramiento. Lo que significa que podían acogerse a los cambios favorables, pero en cambio no eran afectados por los desfavorables (21).

Con el transcurso del tiempo fué, sin embargo, llegándose a la conclusión de que esta interpretación literal era incompatible con las exigencias de la actividad administrativa. En Alemania el problema era particularmente grave en razón de las excepcionales circunstancias económicas por las que el país atravesó durante aquellos años. En repetidas ocasiones se vió el Gobierno precisado a intervenir en un derecho de los más delicados —el sueldo—, que redujo sin la menor consideración (22). La doctrina y la jurisprudencia se vieron forzadas luego a justificar *a posteriori* esta evidente infracción constitucional, y no faltaron, una vez más, explicaciones jurídicas aceptablemente satisfactorias.

Una de las más extendidas, a causa precisamente de su origen, fué la declarada por el *Reichsgericht* en su sentencia de 10 de julio de 1931, que justificaba la limitación real de los derechos adquiridos en razón a que su determinación «no debe deducirse de la Constitución, sino de la especie y contenido de derecho objetivo que corresponda. De esta manera, si mediante una Ley se conceden derechos a los funcionarios, pero con ciertas condiciones, sólo podrán tomarse en consideración los derechos adquiridos dentro del marco que las mismas señalen... Así, por ejemplo, los derechos que una Ley concede con plazo determinado o con reserva de revocación terminarán quedando sin protección cuando ha pasado el plazo o cuando se ejerce tal revocación... El legislador es completamente libre en el momento de crear por primera vez un derecho, sin violar por ello derechos adquiridos, puede configurar ese derecho condicionada o incondicionadamente, con reservas o sin reservas».

La teoría, sin embargo, que había de calar más hondo en la doctrina científica se debe a Carl SCHMITT. Para este autor nos encontramos aquí frente a una auténtica *garantía institucional*. Garantías institucionales son aquellos preceptos constitucionales que no se dirigen, al menos directamente, a garantizar los derechos subjetivos de los particulares, sino solamente—o al menos esto es lo fundamental—a garantizar determinados institutos jurídicos. La eficacia de tales consiste en que el instituto queda protegido con fuerza constitutiva frente a su supresión e incluso frente a la violación del «mínimo legal que integre su esencia» (THOMA), permi-

(21) Cfr. H. TRIEPEL, *Das preussische Gesetz über die Einführung einer Altergrenze*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 1921, págs. 349 y sigs. Hay también alguna jurisprudencia en este sentido.

(22) En 26-VII, 1-XII-1930 y 1-II y 1-VII-1931.

tiéndose solamente al legislador ordinario el que regule los detalles de instituto dentro de estos límites» (23).

Las sutilezas de SCHMITT dieron consistencia científica a algo que terminó por hacerse evidente: que la terminante declaración del texto de la Constitución era letra muerta, y que los derechos adquiridos de los funcionarios eran inadmisibles políticamente por muy rotunda que fuese la declaración constitucional. El mismo SCHMITT fué perfectamente consciente de lo corrosivo de su actitud, que justificó invocando precisamente las circunstancias históricas en que surgió el artículo 129. Según él, el verdadero sentido del mismo se refería a una protección extraordinaria de los funcionarios en vista de la gravedad del peligro que les amenazaba en ambos flancos por las agresiones de los partidos radicales; pero pasado el momento de peligro, esta extraordinaria protección, este «asombroso privilegio», perdía su razón de ser.

En este punto ha sido C. SCHMITT, una vez más, piedra de escándalo. Lo atrayente de su doctrina y su utilidad política la hicieron imponerse rápidamente, pero lo peligroso de sus consecuencias levantó también en su contra numerosas voces. Para muchos autores, admitir esta interpretación significaría vaciar de todo sentido la garantía de los derechos adquiridos y, en último extremo, justificar *a posteriori* las violaciones ya consumadas contra sus derechos (24).

Recientemente se ha hecho pública una crítica rigurosa de esta tesis, debida a la pluma de E. KAUFMANN (25). Como es sabido, la teoría de SCHMITT se apoya en otra anterior de M. WOLFF (26), quien marcó la diferencia que media entre la garantía de los derechos subjetivos concretos y la garantía de un instituto. Al interpretar el artículo 153 de la Constitución de Weimar (que protege la propiedad: entiéndase bien, la «propiedad», y no los «propietarios»), explica WOLFF que con dicho precepto no sólo quedan protegidos los derechos privados concretos de cada sujeto jurídico aislado, sino también la propiedad privada en cuanto Instituto. En este sentido—afirma KAUFMANN—es imposible identificar el artículo 153 con el 129. El artículo 129, 1, no se refiere a un instituto genérico, sino que los que declara inviolables, y de una manera expresa y rotunda, son los derechos subjetivos concretos. Cuando la Constitución quiere referirse a una institución y no a derechos subjetivos concretos, habla de propiedad y no de propietarios (como hace en el artículo 153) o de dere-

(23) Cfr., en cuanto a la teoría de las garantías institucionales, SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, págs. 170 y sigs., y por lo que se refiere a los derechos adquiridos del funcionario profesional, *Wohlerworbenen Rechte der Beamten und Gehaltsskürzungen*, en «Deutsche Juristenzeitung», 1931, págs. 917 y sigs. Esta tesis fué seguida por un amplio sector de la doctrina (FRIESENHANN, SCHROEDER) y aceptada incluso por el *Reichsfinanzhof* en su sentencia de 25-III-1931, en la cual se hace referencia también, por cierto, a la teoría del «sostenimiento digno» de GIESE (*standegemässer Unterhalt*).

(24) NARBEL, pág. 33.

(25) *Ausnahmezustand und erworbene Rechte*. Se trata de un Dictamen escrito en 1932 y publicado por primera vez en 1960 en su libro *Autorität und Freiheit*, Göttingen, 1960.

(26) *Reichsverfassung und Eigentum*, en el «Berliner festgabe für W. Kahl», 1923.

cho hereditario y no de derechos (como hace en el artículo 154); mientras que en el artículo 129 no habla del funcionariado, sino de los derechos adquiridos de los funcionarios. De aquí el error de C. SCHMITT.

En todo caso, si tenemos en cuenta que, pese a todas las críticas adversas, la solución predominante fué la de SCHMITT y sus correlativos jurisprudenciales, puede afirmarse sin temor a exagerar que el inesperado resurgimiento de los derechos adquiridos en el campo de la relación funcional fué un fenómeno más aparente que real, y, en todo caso, efímero. A partir de 1931 los derechos adquiridos de los funcionarios dejaron de ser respetados, y frente a un inequívoco texto constitucional fueron despojados de esta garantía especial. La Ley fundamental de Bonn, de 1949, confirmaría esta dirección. Recogiendo las doctrinas de SCHMITT configura el mero derecho de funcionarios de una manera que no deja lugar a dudas:

- No se trata ya de los derechos adquiridos de los funcionarios, sino de «los principios tradicionales del «funcionariado».
- Sistemáticamente abandona el precepto el capítulo de los «derechos fundamentales de los alemanes», que ocupaba en la Constitución de Weimar, para encajarse ahora en otro dedicado a «la Federación y a los Estados».
- No se refiere ya a derechos subjetivos de los ciudadanos, sino a una instrucción que da el legislador constitucional al legislador ordinario sobre el modo con que éste ha de actuar en lo sucesivo.

La jurisprudencia levantada en torno al nuevo texto constitucional no puede ser más explícita. El Tribunal constitucional federal ha declarado repetidas veces que el artículo 33 de la *Grundgesetz*, oponiéndose conscientemente al artículo 129 de la Constitución de Weimar, no parte de la protección de los derechos de los funcionarios, sino del mantenimiento del instituto del funcionariado profesional en interés de la comunidad, por cuya razón no ha de atenderse a la protección de los derechos ni en cuanto a tales, ni siquiera en cuanto a respeto de un principio tradicional. En el artículo 33 se trata sólo del núcleo de principios estructurales, que habiéndose ido decantando a lo largo del tiempo, han terminado siendo garantizados y reconocidos como obligatorios bajo la Constitución de Weimar (27).

En resumen, en la Ley Fundamental de 1949 se consagra definitivamente algo ya sabido: la inutilidad de la enfática declaración de los derechos adquiridos de los funcionarios. En el texto de Bonn se ha extendido la partida de defunción de algo que ya estaba muerto desde hacía muchos años.

6. La integración de los derechos adquiridos de los funcionarios en el Ordenamiento alemán constituye un ejemplo, no sólo inútil, sino excepcional. En el Derecho francés los derechos adquiridos de los funciona-

(27) KSOLL, *Verwaltungsrecht*, parte especial, 2.<sup>a</sup> ed., 1961, págs. 541-542.

rios han sido sistemáticamente rechazados por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina (28).

El replanteamiento científico de la cuestión es muy sencillo: se basa en la distinción formulada por la escuela realista de Burdeos entre situaciones jurídicas subjetivas y situaciones jurídicas objetivas (29). La situación jurídica del funcionario se encuentra entre estas últimas: es una situación reglamentaria (30), de la que no se derivan otros derechos que a su aplicación mientras se mantenga ésta vigente, pero ninguno para impedir su cambio o alteración general en ningún sentido, incluso su simple supresión (31). Como ha tenido ocasión de declarar la jurisprudencia en repetidas ocasiones: «los derechos a las ventajas que se concedan a los funcionarios en la reglamentación están subordinados al mantenimiento de la misma» (32) (33).

(28) Es más, incluso el mismo término es casi desconocido. Sólo HAURIOT le maneja conscientemente. DUCUIT, y con él la mayor parte de la doctrina, prefieren hablar de derechos subjetivos. El origen de esta doctrina puede verse en AUBY et RAU, quienes abandonan por primera vez en Francia el generalizado criterio de distinción entre derechos adquiridos perfectos y derechos todavía no completamente adquiridos, para fijarse en la diferencia que media entre los derechos que nacen inmediatamente de la ley y los que nacen mediante actos humanos: los primeros, incluso aun considerándolos derechos adquiridos, pueden ser modificados por leyes posteriores (cfr. ROUBIER, ob. cit., pág. 117). Esta idea fué desarrollada rigurosamente por LASALLE (*Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze*, 1861) para dominar completamente durante muchos años la literatura alemana. La teoría de LASALLE se basa en una sencilla consideración propia de la filosofía individualista: los derechos basados en una ley pueden ser modificados por otra posterior, en razón a que fueron adquiridos con independencia de la voluntad humana, y por ello pueden serles igualmente arrebatados sin atender a su voluntad.

(29) Cfr., por todos, JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, 1930, t. I, páginas 762 y sigs.

(30) Este dogmatismo ha pasado al actual Estatuto de Funcionarios: «El funcionario se encuentra frente a la Administración en una situación estatutaria o reglamentaria» (art. 5 de la Ley de 19-X-1946; art. 5 de la Ordenanza de 4-II-1959).

(31) Esta naturaleza es incontestada en la doctrina moderna, en la que ya se han abandonado las viejas discusiones de si el vínculo funcional se basaba en un contrato. Tanto por influencia de la tesis estatutaria de DUCUIT y HAURIOT, como por imperativo de los textos legales, la noción legal o reglamentaria es indiscutida. Cfr. LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 2.ª ed., 1957, págs. 645 y sigs.; VEDEL, *Droit administratif*, t. 2, 1959, págs. 487 y sigs.

(32) Ejemplos de esta jurisprudencia: CE 11-VI-1909; *Assoc. amicale des médecins des asiles publics d'aliénés*, Rec., pág. 576; CE 27-VII-1913, *Cor us*, Rec., pág. 764; CE 10-XII-1915, *Dellas*, Rec., pág. 345; CE 13-VII-1926, *Granier*, Rec., pág. 734; CE 26-IV-1930, *Millet*, Rec., pág. 566; CE 24-XII-1937, *De la Bigne*, Rec., pág. 1.089; CEV 29-II-1944, *Toutée et Collin*, Rec., pág. 104. Cfr. NARBEL, págs. 40 y sigs.

(33) Esta es también la tesis aceptada generalmente en España. Cfr., por todos, GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS (*Derecho Administrativo*), 8.ª ed., 1962, tomo II, pág. 190: «Predominante en orden a la naturaleza jurídica de las relaciones del empleo, la consideración de que nace de un acto de Derecho público y que, por ende, el funcionario no puede pretender sino el reconocimiento de la situación estatutaria con arreglo a la Ley vigente en cada caso, de donde la autoridad administrativa puede producir cuantas modificaciones juzgue necesarias, dentro de los límites constitucionales, a las conveniencias de desarrollo de la función. De ahí se deriva la afirmación de que los funcionarios

El olvido de estos principios por una norma la convierte automáticamente en retroactiva. De esta manera, conforme a la tesis de DUCUIT, deben considerarse retroactivas las normas que pretendan, o bien aplicarse a actos jurídicos realizados con anterioridad a su aplicación, o bien modificar situaciones objetivas para una época anterior a su publicación, o bien, por último, modificar una situación subjetiva tanto para momentos anteriores como posteriores a su publicación (34).

La tesis sostenida años más tarde por ROUBIER en su obra ya citada es más sutil. Distingue este autor entre una fase dinámica (constitución, extinción) y una fase estática (poderes, deberes) de las situaciones jurídicas. Por lo que afecta a la primera fase, sólo serán retroactivas las Leyes que atenten contra las situaciones jurídicas definitivamente constituidas o extinguidas. Y por lo que se refiere a la fase estática, sólo serán retroactivas las leyes que nieguen los efectos que una situación jurídica hubiera ya producido bajo el imperio de una Ley anterior (35).

Tan rotundas afirmaciones no implican, sin embargo, ni mucho menos, olvido o desprecio de los anteriores derechos subjetivos de los funcionarios; lo único que niegan es el valor de una admisión genérica de los llamados derechos adquiridos.

La generalidad de los autores franceses viene distinguiendo desde antiguo entre la situación jurídica de funcionario antes y después de haber realizado el servicio sobre el que pretende justificar su derecho (*avant service fait, après service fait*). Esta teoría, aunque un tanto rudimentaria, tiene una aguda formulación jurídica porque significa que mediante la realización del servicio se transforma la situación objetiva genérica en una concreta situación subjetiva. «Antes de realizar el servicio el funcionario no goza de ningún derecho eventual a las ventajas determinadas por la Ley o el Reglamento. Sus pretensiones frente al Estado dependen directamente de la reglamentación vigente. El funcionario se encuentra en una situación jurídicamente objetiva, es decir, esencialmente modificable. En cambio, después de haberse realizado el servicio, una vez que son exigibles las prestaciones debidas por el Estado a sus agentes, éstos se convierten en titulares de un derecho de crédito. Su situación jurídica se hace entonces subjetiva, es decir, sustraída a las modificaciones de la Ley» (36).

En este sentido el *Conseil d'Etat* no ha vacilado en admitir también los derechos adquiridos, citándose de ordinario los siguientes *arrêts*: «Los derechos a las ventajas que reporta a los funcionarios una reglamentación hecha por un decreto están subordinados al mantenimiento de ese decreto, y, en ausencia de una disposición legislativa que lo haya normado expresamente, estas ventajas pueden ser válidamente modificadas o suprimidas *para el futuro* por un Decreto posterior. Por esta razón no

---

carecen de derechos adquiridos frente a la Administración». Cfr. también SERRA PIÑAR, *Naturaleza de la relación jurídica que une al funcionario con la Administración*, en «Estudios dedicados a Gascón y Marín», 1952, págs. 187 y sigs., aunque con matices.

(34) Cfr. DUPEYROUX, pág. 122.

(35) Cfr. DUPEYROUX, págs. 123-124.

(36) NARBEL, pág. 48.

puede el recurrente solicitar la anulación del Decreto recurrido, que se ha limitado a derogar el Decreto de... sin atacar a los derechos ya adquiridos por los funcionarios» (*arrêt Simula*, 5-8-1925). «De las disposiciones legislativas que determinan el modo de remuneración de los conservadores de hipotecas resulta que los funcionarios tienen un derecho adquirido al salario que perciben con ocasión de cada formalidad a partir del momento en que tal formalidad queda cumplida» (*arrêt Mahé Desportes*, de 24-12-1926).

El concepto de derecho adquirido—resume NARBEL a este propósito—, tal como lo emplea el *Conseil d'Etat* en su jurisprudencia relativa a funcionarios públicos, debe ser entendido en una acepción particular, de alcance muy limitado: «El funcionario francés no tiene otros derechos que los que en su beneficio se deducen directamente de la legislación y de la reglamentación vigente. Las disposiciones que determinan su situación son modificables en todo momento, sin que el funcionario pueda prevalerse de derecho adquirido mientras no resulte una violación de los beneficios ya exigibles» (37).

7. Con lo que antecede ya estamos en condiciones de abordar de nuevo el problema en el derecho español con una perspectiva más amplia. En la tradición de nuestro Derecho administrativo los Tribunales abordan el tema con una técnica curiosísima y sobre la que me parece que no se ha llamado la atención: la discriminación de si se trata o no de derechos adquiridos se afronta, desde el punto de vista de la discrecionalidad; ante la discrecionalidad (entendida al uso común anterior a la vigente Ley de lo contencioso-administrativo) no hay derechos adquiridos. De esta forma se permite a la Administración que intervenga de una manera incondicionada en la materia de los funcionarios públicos, sin que éstos puedan impugnar las alteraciones legales o reglamentarias de su *status*. El viejo fantasma de los derechos adquiridos es desalojado así, expresamente, en España de este campo de los servidores del Estado.

El antiguo Reglamento sobre procedimiento de lo contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894 determinaba en su artículo 4 que «corresponde señaladamente a la potestad discrecional: 1.º Las cuestiones que... afecten a la organización del Ejército o a los servicios del Estado...

(37) Ob. cit., pág. 52. Por lo que se refiere al derecho suizo—según se desprende del detenido análisis de este autor, págs. 56-105, en especial esta última—, en este país se sigue en líneas generales, al menos así lo hace el Tribunal Federal, las tendencias francesas, de tal manera que el funcionario se encuentra en una situación legal y reglamentaria, determinada por las reglas de derecho objetivo, sin que se le reconozca ningún derecho a su mantenimiento. El resultado es que se aplica inmediatamente a los funcionarios toda modificación de las normas estatutarias, sin que por ello quede obligado el Estado a conceder indemnizaciones de ninguna clase por los posibles perjuicios que puedan derivarse. Excepcionalmente, sin embargo, pueden admitirse en ocasiones algunos derechos adquiridos. Tal es el caso en que se hayan concedido a los funcionarios determinadas ventajas con la garantía expresa—bien sea en la ley o en el acto del nombramiento—de que no van a ser modificadas. En este supuesto, además, los derechos adquiridos tienen la naturaleza de derechos patrimoniales individuales, con lo cual gozan de la garantía constitucional de la propiedad.

3.º Las que niegan o regulan las gratificaciones o emolumentos, no prefijados por una Ley o Reglamento, a los funcionarios públicos que presten servicios especiales». Por su parte, el artículo 4 del texto legal refundido de 1952 excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque para atribuírselo a la vía de agravios, según la Ley de 18 de marzo de 1944: «2.º Los resoluciones de la Administración Central, referentes a personal, incluso las que recaigan sobre clasificaciones y señalamiento de haberes pasivos de los funcionarios y sus familias. Sin embargo, no se comprenderán en esta excepción las que impliquen separación de Cuerpo o servicio o destitución de los funcionarios de los Cuerpos Nacionales de Administración Local, siempre que estén dictadas como sanción que no sea por depuración ni responsabilidades políticas que exija expediente administrativo contra funcionarios o empleados inamovibles según Ley».

Partiendo de esta base y de algunos otros textos menos generales del Ordenamiento, especialmente en la legislación local, nuestro Tribunal Supremo, en trance de resolver en cada caso concreto si la Administración está obligada o no a respetar los derechos de los funcionarios, adopta el criterio de la discrecionalidad ya aludido, y allí donde ve facultades discrecionales niega la existencia del derecho adquirido, que reconoce, sin embargo, cuando la Administración ejercita sus facultades regladas. Esta técnica es muy discutible desde el punto de vista de la doctrina jurídica moderna (avalada ya en el plano legal por la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956), pero en su día fué muy útil para trazar casuísticamente esa delicada línea que corre entre la seguridad de los funcionarios y la eficacia de la Administración. La doctrina del Tribunal Supremo sobre este punto puede resumirse de la siguiente manera :

*A) No existen derechos adquiridos frente al poder organizatorio de la Administración.*

«No son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa las disposiciones o resoluciones que afecten a la organización del Ejército» (Sentencia de 23 de noviembre de 1901, AA. de 6 de febrero y 1 de marzo de 1904; Sentencias de 9 y 11 de julio de 1907, 20 de diciembre de 1909, 20 de mayo de 1914, 24 de marzo de 1915 y 6 de mayo de 1933).

«Son de carácter discrecional las facultades de la Administración para organizar un servicio general del Estado» (Sentencia de 8 de marzo de 1905, 23 de mayo y 4 de diciembre de 1908, 4 de julio de 1921, 29 de octubre de 1927, 31 de diciembre de 1930, 22 de octubre de 1931, 28 de mayo de 1935 y 6 de marzo de 1944).

«Es discrecional la facultad de reorganizar un servicio en la Dirección General de Prisiones» (Auto de 11 de marzo de 1908).

«Son de carácter discrecional las cuestiones sobre reorganización de los servicios generales del Estado» (Sentencia de 25 de enero de 1916).

«Como organizadora de un servicio general del Estado, y perteneciente por ello a las facultades discrecionales de la Administración, no es impugnable en vía contencioso-administrativa la orden aprobatoria de

la plantilla de un Cuerpo, y la que se limita a confirmar en sus respectivos cargos, con los nuevos sueldos, a los funcionarios del Cuerpo» (Sentencia de 9 de febrero de 1923).

«Queda excluída de la vía contencioso-administrativa la Orden que dispone la cesantía de funcionarios por supresión de centros administrativos en que prestan sus servicios» (Sentencia de 14 de febrero de 1927).

«Son facultades discrecionales del Ayuntamiento la creación y supresión de una plaza de Jefe de Sanidad Municipal, por tener el carácter de organización de servicios y funciones municipales referentes a sanidad» (Sentencia de 19 de noviembre de 1943).

Por lo demás, este criterio fué aceptado expresamente por la jurisprudencia de agravios en acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de julio de 1953 (Suplemento del *Boletín Oficial del Estado* de 16 de marzo de 1955, pág. 416), en el que se admite que al igual que en el procedimiento contencioso-administrativo, las resoluciones de la Administración Central dictadas en el ejercicio de facultades discrecionales quedan fuera del ámbito legal de protección del recurso de agravios, figurando, por cierto, entre tales resoluciones «por afectar a la organización de los servicios nacionales del Estado, el aumento, supresión y desdoblamiento de cátedras».

B) *No existen derechos adquiridos frente a las normas reguladoras del régimen interno de la Administración.*

«Son discrecionales las resoluciones pertenecientes al orden del gobierno y disciplina en las oficinas públicas» (Sentencia de 2 de diciembre de 1905).

«Es discrecional el señalar el sitio u organismo en que cada funcionario debe prestar servicios propios de su categoría, salvo el caso en que haya normas concretas sobre el particular» (Sentencia de 8 de marzo de 1944) (38).

C) *Es, sin embargo, de aplicación el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos.*

Es decir, que si bien puede la Administración desconocer en sus normas generales pretendidos derechos de los funcionarios, no puede, en cambio, desconocer, mediante actos singulares, derechos derivados de las normas generales vigentes (39). Así parece deducirse de una serie de re-

(38) La base legal de esta jurisprudencia se encuentra en el artículo 28 del Reglamento de 7-IX-1918, que dispone que «los funcionarios prestarán los servicios de empleo que ejerzan en la oficina a cuya plantilla de personal pertenezcan, con las excepciones que las necesidades del servicio impongan».

(39) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, en el núm. 27 de esta REVISTA. A tal respecto interesa subrayar—como lo ha hecho este autor—que el principio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos no juega aquí como mecanismo de defensa de los derechos adquiridos—según la tesis tradicional—, sino con perfecta autonomía. La protección de los derechos adquiridos no es la causa, sino una consecuencia de la vigencia de dicho principio.



soluciones formuladas, por cierto, no demasiado técnicamente, lo que es muy explicable, dada su fecha :

«Aunque lo relativo a la organización del Ejército pertenece a las facultades discrecionales, las normas u órdenes que en este aspecto se dicten son preceptivas de aplicación a los diversos casos particulares mientras se hallen en vigor» (Sentencia de 4 de diciembre de 1933).

«Establecido el régimen o sistema de regular los ascensos en un Cuerpo u organismo del Estado, queda ello comprendido en las facultades regladas» (Sentencia de 4 de marzo de 1936).

«Facultados los Ayuntamientos para hacer el nombramiento de los empleados técnicos por oposición o concurso, una vez elegido el procedimiento han de acomodarse a los preceptos rectores de la materia, sin poder actuar en modo discrecional» (Sentencia de 5 de mayo de 1945) (40).

D) *También parece dibujarse el principio de que la Administración, lo mismo si actúa mediante disposiciones generales que mediante actos individuales, debe respetar los derechos concedidos especial y singularmente a los funcionarios.*

«El derecho de las Diputaciones de modificar sus plantillas de personal técnico y distribuir el mismo, debe armonizarse con el respeto a los derechos adquiridos, quedando obligados a utilizar los servicios del personal dentro de la categoría y sueldo respectivos» (Sentencia de 24 de mayo de 1934).

«Aun en los casos en que la Administración pueda actuar utilizando facultades discrecionales, si en uso de ellas concede derechos a alguna persona no puede luego desconocerlos, ya que vino a reglar su potestad y limitar aquellas facultades» (Sentencia de 22 de abril de 1940).

«Las facultades discrecionales de la Administración para organizar o reorganizar sus servicios no impiden que pueda promoverse el recurso contencioso-administrativo si al dictar una orden o norma determinada lesionó derechos preexistentes a favor de los actores» (Sentencia de 2 de febrero de 1942).

E) *A «sensu contrario», obra la Administración discrecionalmente cuando no se derivan del Ordenamiento derechos preexistentes de los funcionarios.*

«Es discrecional la facultad de la Administración de separar libremente a los funcionarios que no sean inamovibles» (Sentencias de 17 de febrero de 1905 y 28 de mayo de 1932).

«Son discrecionales las atribuciones del Ayuntamiento sobre designación y separación de empleados interinos» (Sentencia de 22 de febrero de 1944).

«Es discrecional la destitución de un funcionario municipal acordada

(40) En este sentido hay una más amplia jurisprudencia, recogida en el trabajo de SERRANO GUIRADO, *El régimen de provisión de vacantes de empleos públicos*, en el número 7 de esta REVISTA, al que me remito.

al amparo y en cumplimiento de lo dispuesto en un bando de la autoridad militar» (Sentencia de 5 de marzo de 1948).

«Es discrecional la facultad de la Administración de decretar la separación o cesantía de un funcionario eventual» (Sentencia de 19 de diciembre de 1950).

8. Por lo que se refiere a nuestro Ordenamiento positivo, debe hacerse mención especial de la disposición adicional primera del Reglamento de funcionarios de Administración Local, de 30 de mayo de 1952, destacable por la decisión y claridad con que aborda el tema de los derechos adquiridos de los funcionarios (41).

En su número 1.º se dispone literalmente que «los preceptos de este Reglamento no lesionarán en modo alguno los derechos legítimamente adquiridos por los actuales funcionarios».

Ahora bien, esta rotunda afirmación viene matizada luego por una serie de supuestos cuyos efectos jurídicos son muy diferentes (42).

#### A) *Los derechos adquiridos actuales:*

##### a) *La cuantía absoluta íntegra del sueldo consolidado (43).*

(41) También podría recordarse a este respecto la más compleja reglamentación de las situaciones de funcionarios, tanto en la Administración central como en la local, que se ocupan de otros supuestos de derechos adquiridos. Una referencia expresa a los mismos se hace en la disposición transitoria 10 del Estatuto de Clases Pasivas, y también, de una manera por cierto bien curiosa, en la disposición transitoria 4.ª del Estatuto general de los funcionarios de FET y de las JONS (O. de 8-VI-1942): «Se reconocen los derechos adquiridos por los funcionarios que hubieran ingresado en el servicio por oposición o por concurso. Ello no obstante, el Secretario General del Movimiento podrá apreciar la validez de estas oposiciones o concursos atendiendo a las garantías que rodearon cada una de ellas».

(42) Si el legislador se hubiera contentado con la primera afirmación general, poco o nada habría conseguido. Su mérito consiste precisamente en esta determinación concreta y pormenorizada que hace de los derechos adquiridos que deben ser respetados. ROUBIER ha estudiado particularmente este tema de la cláusula general legislativa de reserva de derechos adquiridos (ob. cit., págs. 357-60: núm. 74 *suite*: «Incertitudes et équivoques dans l'emploi technique de la clause»): «Si desde el punto de vista de la política legislativa puede admitirse la oportunidad de respetar en determinadas circunstancias los derechos adquiridos, no deben pasarse por alto las dificultades y los equívocos que surgen al aplicar esta cláusula: En primer lugar, no es siempre fácil determinar cuáles son los derechos adquiridos que deben ser respetados; y a veces incluso se ha indagado sin éxito dónde podrían encontrarse los derechos de esta clase». «La consecuencia práctica que debe sacarse de esta discusión—termina resumiendo el autor—es que si el legislador tiene de veras intención de reservar los derechos adquiridos, deberá puntualizar expresamente cuáles hayan de ser los derechos adquiridos que vayan a ser respetados».

(43) Desarrollando este precepto, el número A) 8 de la Instrucción segunda de 7 de julio de 1952 dispone que «cuando por los beneficios que cualquiera Corporación tuviere actualmente concedidos a todos los funcionarios o a algunos de éstos, quepa presumir que los derechos adquiridos por los titulares podrían ser superiores, al menos en algún momento, a los que determina el nuevo régimen estatutario, se formularán hojas individuales de derechos adquiridos..., que serán autorizadas por el Secretario de la Corporación,

- b) La propiedad de la plaza desempeñada con tal carácter.
- c) El derecho a ocupar en propiedad las plazas que se hallaren vacantes con anterioridad a la entrada en vigor de este Reglamento, siempre que el acceso a las mismas tuviese, hasta ahora, carácter rigurosamente automático.
- d) La categoría administrativa en cuyo disfrute se halle el funcionario.
- e) Los honores y tratamientos consiguientes.

**B) Son derechos adquiridos para el futuro:**

La cuantía absoluta íntegra del sueldo y de los derechos pasivos que si hubiera subsistido el régimen anterior se habrían llegado a consolidar en forma automática por el mero transcurso del tiempo, en virtud de disposiciones de carácter general o dictadas por las Corporaciones o por acuerdos que éstas hubieran adoptado.

**C) No son derechos adquiridos:**

a) La expectativa a ocupar plazas que no estuvieran vacantes con anterioridad a la entrada en vigor de este Reglamento, o que, aun estándolo, no habrían de proveerse en forma rigurosamente automática.

b) La expectativa a categorías administrativas, honores y tratamientos, en cuyo disfrute no se hallare aún el funcionario.

La intención de tan minuciosas reglas es bien clara: se pretende colocar a los funcionarios al abrigo de las arbitrariedades personales, más temibles en el régimen local que en cualquier otro. En este sentido, el legislador ha obrado muy cuerdamente evitando la simple fórmula declaratoria de respeto a los derechos adquiridos. Si se hubiera contentado con esa expresión general habría fallado sus objetivos, ya que, como estamos viendo, hablar de derechos adquiridos, *in genere*, es no decir nada, y los funcionarios hubieran quedado a la merced de los caprichos personales. El valor y el interés de esta solución del Reglamento estriba precisamente en la sustancia concreta de que se dota a los derechos adquiridos que se enumera. En todo caso, a la hora de regular los pretendidos derechos adquiridos de los funcionarios del Estado, hay que tener pre-

o por el Jefe de la Sección de Personal; el funcionario firmará en la misma el enterado y recibirá un ejemplar para su conocimiento».

Por su parte, la Instrucción tercera de 16 de julio del mismo año determina que «se puede dar lugar en ocasiones a que el sueldo consolidado que corresponde al funcionario con arreglo al nuevo sistema sea inferior al que habría consolidado automáticamente según el régimen anterior. En todo caso, hay que garantizar tal derecho adquirido en su cuantía absoluta íntegra, abonando al funcionario el sobresueldo personal necesario para compensar, en todo momento, cualquier diferencia en menos. Un detenido estudio ha precedido a la construcción que en el Reglamento se ha hecho de derecho adquirido. En este orden de la remuneración económica se ha llegado a la conclusión de que constituye derecho adquirido no sólo el sueldo ya consolidado por el funcionario, sino el que habría llegado a consolidar de modo automático por el simple transcurso de años de servicios de continuar en el desempeño de dicho cargo».

sente que sus circunstancias sociales son muy distintas a las de los entes locales.

9. Suprimida la jurisprudencia de agravios, el Tribunal Supremo ha tenido en diversas sentencias ocasión para manifestarse de nuevo sobre este viejo problema de los derechos adquiridos, que es, a nuestro modo de ver, no el problema de admitirlos o rechazarlos en bloque—solución demasiado simple, que en el fondo no significa nada—, sino de determinar su alcance, es decir, precisar lo que debe ser admitido y lo que debe ser desconocido. Al iniciar este comentario ya se ha transcrito la doctrina reiteradamente declarada sobre supuestos idénticos. En 1960 se dictaron, entre otras, tres importantes sentencias sobre este mismo punto de los derechos adquiridos de los funcionarios.

La primera, de fecha 4 de febrero, es un claro ejemplo de inseguridad dogmática, consecuencia quizá de las dificultades que representa la aplicación al caso concreto de principios generales. El texto, a primera vista, es contradictorio. El Tribunal Supremo, insistiendo por inercia en su actitud tradicional frente a los derechos adquiridos, empieza afirmando que «la Administración no puede ser privada de las facultades legales como consecuencia de sus propios actos administrativos, por cuanto sería tanto como renunciar al perfeccionamiento de los métodos para establecer aquellos sistemas de selección o de ascenso para cubrir determinadas plazas de los empleados públicos. No imponiendo un sistema permanente, es incontrovertible que el Ministerio está siempre facultado para que, en vista de las circunstancias, regule la forma de obtener resultados justos y equitativos». Hasta aquí la garantía de la eficacia de la Administración.

El segundo elemento, que se encuentra con el anterior en una tensión dialéctica—el de la garantía de los derechos de los funcionarios—también se recoge en la sentencia, en la que se afirma que las facultades administrativas aludidas han de ejercerse «respetando siempre los derechos adquiridos».

Para resolver esta tensión, el Tribunal acude al viejo criterio de la distinción entre derechos y facultades y expectativas, que se articulan jerárquicamente, quedando aquéllos por encima y éstas por debajo de la línea de la discrecionalidad.

«... Sin desconocimiento de los derechos de la naturaleza superior—termina la sentencia—, distinguiendo así el derecho adquirido de las facultades legales y de la simple expectativa de derechos».

La sentencia del día 18 del mismo mes y año maneja, por su parte, criterios completamente distintos, y en lugar de matizar entre derecho y facultades y expectativas, para respetar unos y hacer claudicar a las otras, se cuida aquí sencillamente de distinguir entre derechos adquiridos por un lado (de cuyo régimen jurídico nada se dice, pero que *a sensu contrario* hay que entender protegidos) y condiciones reglamentarias, abandonadas al poder discrecional de la Administración.

«No pueden confundirse, se afirma, los derechos adquiridos por el funcionario con las condiciones reglamentarias para el ejercicio de las funciones públicas, susceptibles siempre de modificación, atendiendo las

características y necesidades del servicio, ya que, de otra suerte, el interés público quedaría virtualmente supeditado a los supuestos derechos de los que ingresasen en un Cuerpo del Estado sin posibilitar modificaciones orgánicas acomodadas a la realidad y a la mayor eficacia y conveniencia de tal interés, y debe prevalecer siempre y en todo caso» (44).

Del examen de la reciente jurisprudencia española citada se deducen, pues, dos importantes conclusiones:

1. Los derechos adquiridos deben distinguirse de las condiciones reglamentarias. Estas últimas no precisan ser respetadas por la Administración.

2. Los derechos adquiridos deben distinguirse de las simples facultades y expectativas de derecho. Estas últimas tampoco precisan ser respetadas por la Administración.

3. Los derechos adquiridos, «propiamente dichos», sí deben ser, en cambio, respetados por la Administración.

10. Ahora bien, en todo caso, queda siempre un último y grave problema en pie: la determinación concreta de lo que en cada supuesto debe considerarse como derecho adquirido, facultad, expectativa de derecho o condicionamiento reglamentario.

A este respecto, si las opiniones son de ordinario contradictorias y los criterios ofrecidos nunca definitivos, hay un punto—y precisamente el que más nos interesa a los efectos de las sentencias que se comentan—en el que reina la más rara unanimidad: la fijación de la edad de retiro está siempre por encima de los derechos adquiridos y corresponde libremente a la Administración.

Ya se ha visto que la actitud de la jurisprudencia española no puede ser más rotunda. En el derecho comparado sucede lo mismo. Incluso en la época del Weimar, en los momentos de vigencia en Alemania del artículo 129 de la Constitución—que garantizaba, como se ha visto, los derechos adquiridos de los funcionarios—, un autor tan ponderado como ANSCHÜTZ llegó a advertir que «debe ser negado especialmente que el artículo 129 concede al funcionario un derecho de rango constitucional—es decir, que no puede modificarse en su perjuicio por una ley ordinaria—a que únicamente pueda ser jubilado en el momento que corresponda, según las normas vigentes, en el momento de su ingreso en el servicio... Los funcionarios no judiciales, al igual que los judiciales (45), están obligados a soportar las disposiciones legales que determinen una edad de retiro diferente a la señalada en el momento de su ingreso» (46).

(44) Esta misma doctrina se reproduce literalmente en una tercera sentencia de fecha 6-10-1960.

(45) Para estos últimos, así se declaraba expresamente en el artículo 104 de la Constitución de Weimar. Durante algún tiempo fué discutida la naturaleza jurídica de esta figura; pero el Reichsgericht terminó afirmando decididamente, en sentencia de 14-3-1922, que no se trataba de un derecho adquirido. La doctrina, por su parte, hizo aplicable también esta declaración a los funcionarios no judiciales, tal como se ve en el texto.

(46) *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, cit., págs. 591-92. El mismo criterio puede verse en W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1931, pág. 210.

11. A lo largo del presente año de 1962 viene sucediéndose una serie de decisiones jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo con ocasión de diversos recursos interpuestos por funcionarios del Cuerpo General de Policía, que venían ejerciendo la profesión de abogado, y a los que se prohibió que continuaran con ella.

Para la debida inteligencia de estas resoluciones debe recordarse:

a) El artículo 39, 1 del Reglamento de 7-IX-1918 estableció el principio general de incompatibilidad entre el desempeño de cargo de funcionario y el ejercicio de otra profesión, admitiéndose una posible excepción para los casos en que «se declarase que perjudica al servicio».

b) El artículo 1 del Decreto-Ley de 13-V-1955 insiste en el mismo criterio, especificando, además, que la declaración de incompatibilidad, cuando se produzca, deberá hacerse «por el jefe de la Oficina o Centro correspondiente».

c) La Orden de 7-X-1955, refiriéndose concretamente a los funcionarios del Cuerpo General de Policía, limitaba a los que ostentasen la cualidad de Letrados toda actuación en asuntos de índole criminal o administrativa que tuvieran relación con las funciones de la Dirección General de Seguridad.

d) La Ley de 23-XII-1959 creó unos «devengos complementarios» para dichos funcionarios en concepto de «íntegra dedicación al servicio e incompatibilidad con cualquier otra actividad».

e) La Orden de 27-X-1961, aclarando la Ley anterior y en uso de las facultades concedidas en su artículo 6.º, declaró que, a partir de su publicación, habían «quedado sin valor ni efecto cuantas disposiciones de carácter general o particular se dictaron... autorizando la compatibilidad de ejercicio del cargo de los funcionarios del Cuerpo General de Policía en servicio activo con las profesiones de Abogado y Procurador»

f) Aplicando esta disposición, la Dirección General de Seguridad fué comunicando particularmente a los funcionarios afectados la obligación de decidirse por el abandono de la profesión de Abogado o la petición de la situación de excedencia.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de decidir los recursos a que dió lugar la serie de actos administrativos de referencia, en sentencias de 15-VI, 29-IX, 3-X, 5-X, 22-X y 24-X de este año, en las que con absoluta unanimidad de criterio y desestimando sin excepción todos los recursos interpuestos, se sienta la doctrina siguiente:

- La Administración no puede, en principio, volver sobre sus propios actos sin sujetarse al procedimiento del artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
- Ahora bien, esta declaración general no es de aplicación en los casos en que la declaración de derecho que pretenda revocarse lo haya sido con subordinación al cumplimiento de determinada condición o requisito, ni si se faculta a la propia Administración *para apreciar discrecionalmente* si la condición se cumple.
- En estos supuestos, el interesado no ostenta un derecho pleno, perfecto y exigible, de carácter irrevocable, habiendo obtenido un reconocimiento o declaración en tal sentido de la Administración, sino que solamente le ha otorgado ésta una autorización o permiso para que ejerza determinada profesión, lo que sólo cons-

tituye una facultad de tipo transitorio, revocable y precaria, que si discrecionalmente pudo accederse a ella, igualmente puede dejarse sin efecto, pues queda supeditada en su mantenimiento a circunstancias de servicio oficial de funcionarios y a su compatibilidad, física o real, moral y legal, con el mismo.

Esta doctrina se reitera en todas las sentencias citadas, y va a ser analizada seguidamente; pero antes conviene poner de relieve dos Considerandos de la sentencia de 29-IX-1962 (ponente, CAMPRUBÍ PADER), en la que, «a mayor abundamiento», se hacen unas declaraciones muy agudas, notablemente más interesantes que los principios arriba consignados.

«Considerando: Que si estas circunstancias harían ya inoperante toda invocación al procedimiento establecido en el artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado para que ésta pueda volver sobre sus propios actos declarativos de derechos, la revocación de estas autorizaciones y la modificación del régimen de tolerancia que venía persistiendo desde 1955, vienen determinados, no ya por una nueva declaración de voluntad de la Administración, sino por expreso precepto prohibitivo contenido en norma legal de rango superior, cual es el artículo 3.º de la Ley de 23 de diciembre de 1959, al sancionar expresamente la incompatibilidad del cargo de policía con «cualquier otra actividad extraña al mismo», sin sujetarla a condición alguna, y en cumplimiento de lo cual, sin mermar su efectividad y sí solamente para discernir mejor y con mayores garantías para el funcionario, se dictó la Orden de 29 de enero de 1960, y más tarde, por el Ministerio de la Gobernación, y haciendo uso de la facultad que le confirió el artículo 6.º de la Ley de 23 de diciembre de 1959, la Orden de 27 de octubre de 1961, publicada después de interpuesto el presente recurso, por lo cual hubo de ser ampliado para impugnarlo, y en lo cual se establece la incompatibilidad entre el ejercicio de la profesión de Abogado y el desempeño de las misiones propias del Cuerpo General de Policía».

«Considerando: Que si no puede estimarse la existencia de un derecho adquirido por el recurrente, dado el carácter precario y sujeto, en todo caso, a posibles ulteriores revisiones, en que le fué concedida la autorización para ejercer la abogacía y si, por otra parte, tampoco las disposiciones administrativas recurridas implican modificación por la Administración de actos anteriores acreedores de derechos, sino cumplimiento de lo preceptuado en una ley, con la amplia soberanía a que a ésta caracteriza, se llega a la conclusión de la imposibilidad de estimar el presente recurso, ni de revocar los actos administrativos recurridos, ya que se hallan ajustado a Derecho.»

Analizando doctrina jurisprudencial, se advierte que:

A) Por lo pronto, maneja un concepto de la discrecionalidad, que pudiera ser corregido. Según el Tribunal Supremo, es una facultad discrecional de la Administración la apreciación de si el ejercicio de la profesión de Abogado es o no compatible con el cargo de funcionario.

Esta es la concepción tradicional de la discrecionalidad; pero hora es ya de ir aplicando técnicas más perfectas: concretamente la de los conceptos jurídicos indeterminados (47).

No es este el momento de desarrollar este concepto; pero, a nuestros efectos, hasta retener una idea esencial; tratándose de discrecionalidad, son posibles diferentes soluciones, todas igualmente lícitas, reservándose la elección de una de ellas a la Administración. No es discrecional del jefe de oficina el decidir sobre esta incompatibilidad, esto es un concepto jurídico indeterminado o, si se quiere, un *hecho*, por emplear la técnica francesa, algo objetivo, que no depende del arbitrio del superior. La única misión de él es constatar si tal circunstancia aparece o no: como en el ejemplo académico, se trata solamente de constatar si hay obscuridad o no; pero jamás será discrecional de un funcionario decidir si a una hora determinada va a haber o no obscuridad (48).

B) Por otra parte, el razonamiento anterior es, en el fondo, superfluo, y sólo explicable por el criterio del «a mayor abundancia» (tan recomendable en la argumentación de casos concretos), que con frecuencia utiliza nuestro Tribunal Supremo. Son los considerandos antes citados de la sentencia de 29-IX-1962 los que descubren, a nuestro modo de ver, la esencia del problema. Por lo que afecta al Cuerpo General de Policía, a partir de la Ley de 23-XII-1959, ya no corresponde al jefe de la oficina—ni con discrecionalidad ni sin ella—el determinar la incompatibilidad, puesto que esa ya fué genéricamente declarada en el texto legal.

II. En trance de resumir la situación española en orden a los derechos adquiridos de los funcionarios, pueden hacerse las siguientes afirmaciones:

A) No es admisible el reconocimiento en bloque de una norma legal de los llamados derechos adquiridos de los funcionarios. Esta expresión tan genérica es técnicamente incorrecta, porque se remite a un concepto jurídico «en blanco», que puede ser rellenado posteriormente de una forma abusiva:

a) Por parte de los propios funcionarios, imponiendo derechos y pretensiones que no son en modo alguno dignos de protección, sino corruptelas, que así alcanzan su consagración legal.

(47) En la literatura española, aparte de la versión de la 5.ª edición del *Tratado de Derecho Administrativo* de FORSTHOFF, págs. 123 y sigs., en la que se exponen ideas ya completamente rebasadas por el propio autor (cfr. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 8.ª edición, 1961, pág. 74 y sigs.), puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en el número 38 de esta REVISTA, págs. 171 y siguientes, con abundante bibliografía.

(48) Problema distinto, dentro de esta misión de constatación, es el del «ámbito de apreciación», que late en el fondo de todo concepto jurídico indeterminado, y que, no obstante su imprecisión, tampoco es discrecional. Además del trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, cfr. sobre este punto los trabajos posteriores de K. A. BETTERMANN, *Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit*, en «Der Staat», 1962, núm. 1, págs. 79 y sigs., y especialmente H. KELLNER, *Zum Beurteilungsspielraum*, en «Die öffentliche Verwaltung», números 15-16, 1952.



b) Por parte de la Administración o del legislador, mediante una interpretación restrictiva que desinfle por completo el concepto tan abultado como débil y vacío. Esto es lo que sucedió, por ejemplo, en Alemania en la época del Weimar.

B) Si se quiere hacer de los derechos adquiridos un instrumento jurídico útil, y no un equívoco comodín demagógico, hay que dotarles de un contenido concreto. Esta es la técnica empleada—más o menos perfectamente—por el Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones locales como fórmula más segura de defensa contra los posibles abusos de las autoridades. El sentido pragmático, y no dogmático, de este texto es evidente.

C) A la hora de determinar este contenido concreto de los derechos adquiridos, hay que tener en cuenta que son el resultado de la tensión dialéctica en que se encuentran, por un lado, la necesidad de eficacia de la Administración, y por otro, la necesidad de garantía de los funcionarios. Los derechos adquiridos resuelven esta cuestión trazando una línea discriminadora en los puntos en que se encuentran el máximo de eficacia administrativa con el máximo de garantías particulares. En este sentido constituyen una fórmula de compromiso, circunstanciada por el juego de los elementos dichos.

D) Hay que tener siempre presente que el tema de los derechos adquiridos no puede encajarse exclusivamente ni en el campo del Derecho intertemporal ni en el de la discrecionalidad, como en ocasiones se ha pretendido.

E) La mejor solución de este espinoso problema es la que nos ofrezca, o, por mejor decir, debiera ofrecernos, el derecho positivo. En España, sin embargo, no existe prácticamente una regulación por lo que se refiere a los funcionarios de la Administración central. La inminente aparición de un nuevo Estatuto de funcionarios parece ser el cauce ideal para que el legislador adopte posiciones respecto al particular. Sería sumamente grave si se desaprovechase esta oportunidad en razón a los intereses creados (que no es lo mismo que derechos adquiridos) en presencia.

F) Por otra parte, la doctrina y una muy aguda jurisprudencia han ido ya perfilando los contornos negativos de los derechos adquiridos: éstas no son ni las condiciones reglamentarias ni facultades ni expectativas de derechos.

G) Prescindiendo de que esta delimitación subjetiva es notoriamente insuficiente, el problema más importante que se ofrece es el del tratamiento de los derechos adquiridos en sentido estricto, es decir, los reconocidos, cualquiera que haya sido el modo de su delimitación. A este respecto, hay que indicar:

a) No hay más derechos que los reconocidos reglamentariamente, y mientras esta reglamentación no sea modificada. *Al no estar ga-*

- rantizados constitucionalmente, todos los derechos adquiridos claudican ante una ley* (49).
- b) En general, claudican también ante toda disposición de carácter general, siempre que el rango de ésta sea igual o superior al de la norma en que se funda el derecho. Si la disposición derogatoria de derecho adquirido es de rango inferior, es nula, por imperio del artículo 28 y concordantes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
  - c) Los derechos adquiridos de las condiciones reglamentarias no claudican ante actos singulares de la Administración, en virtud de principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos. Afirmación importante, ya que supone, en principio, un formidable valladar (si bien no exento de algunos fallos) contra las arbitrariedades personales, a que se aludía al tratar de los entes locales, y cuyo criterio debe generalizarse, ya que casi sin excepción se utiliza este cauce de los actos singulares para los peores abusos.
  - d) En supuestos excepcionales y bajo la invocación de interés público o del servicio puede admitirse también, sin dificultad, que claudiquen derechos adquiridos ante actos singulares de la Administración. Tratándose de derechos basados, a su vez, en resoluciones singulares, es de aplicación la teoría general de la revocación de los actos administrativos. En todo caso, como última reserva de la garantía de la seguridad jurídica y al tiempo de la eficacia administrativa, operaría el mecanismo de la responsabilidad patrimonial del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

ALEJANDRO NIETO.

---

(49) Esta es la *regula aurea* que debe presidir cualquier teoría de los derechos adquiridos de los funcionarios. Afirmación dogmática de cuya vigencia en nuestro derecho positivo no es lícito dudar: ya se ha visto la rotundidad de las declaraciones jurisprudenciales a su respecto. Por otra parte, el legislador no es de ordinario menos inequívoco: además de los ejemplos que ya se han citado, hay otros casos muy notables por su importancia o por lo reciente de su fecha: piénsese en la llamada Ley de restricciones de Chapaprieta de 1935, que mutiló sin contemplaciones «tantos derechos adquiridos» de los funcionarios, o los más modernos casos de supresión o reducción de organismos, de Cuerpos declarados a extinguir, etc...