

EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y LA RELACION DE FUNCION PUBLICA EN EL NUEVO DERECHO ESPAÑOL

POR

SEGISMUNDO ROYO-VILLANOVA

Catedrático de la Universidad de Madrid.

SUMARIO: EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN.—EL FUNCIONARIO PÚBLICO.—EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO ESPAÑOL.—CLASES DE FUNCIONARIOS.—CARACTERES GENERALES DEL DERECHO DE FUNCIONARIOS.—LA RELACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA: *Teorías sobre su naturaleza jurídica.*—DERECHO ESPAÑOL.

EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La Administración pública, para actuar, para ejercer sus funciones, para prestar sus servicios, necesita personas físicas.

Las personas que actúan al servicio de la Administración son designadas con nombres diversos que corresponden a situaciones jurídicas diferentes. Se habla así de autoridades, de funcionarios, de empleados, de obreros, etc.

Con el fin de precisar el significado de las diversas expresiones y definir las figuras jurídicas que corresponden a las mismas, conviene examinar las diferentes clases de personas adscritas al servicio de la Administración.

Varios son los modos con que la Administración puede utilizar las aptitudes y actividades individuales: obligando, unas veces, a los particulares a ejercer determinadas funciones o a realizar ciertas prestaciones (el servicio militar, formar parte de las mesas electorales, jurados, etcétera); permitiendo, otras, a los particulares colaborar voluntariamente en el ejercicio de funciones y servicios públicos (detención del sorprendido en flagrante delito, contratistas y concesionarios de obras y servicios públicos); en ocasiones, contrata con los particulares una

prestación de servicios, al igual que otro particular cualquiera (contrato de trabajo, de arrendamiento de servicios); y, finalmente, adscribe, mediante actos especiales, a los puestos públicos a determinadas personas, con el consentimiento de las mismas.

Si quisiéramos englobar a estas diferentes categorías de personas en una denominación común, podríamos llamarlas personal administrativo, o agentes administrativos. Este nombre se aplicaría, pues, a todas las personas que participan de modo permanente o temporal en la actividad de la Administración, realizando actos jurídicos u operaciones materiales.

De estos diversos grupos de agentes no nos interesan, de momento, los colaboradores forzosos (por ejemplo, los sujetos al servicio militar), ni los voluntarios (contratistas de obras y concesionarios de servicios públicos), ni los ligados con la Administración por un contrato privado de arrendamiento de servicios o de trabajo.

Pero aun limitando nuestro estudio a las personas adscritas con su consentimiento a un puesto público por un acto especial de la Administración, no resulta fácil definir su naturaleza y funciones. Son éstos los funcionarios públicos propiamente dichos.

EL FUNCIONARIO PÚBLICO.

No existe un concepto único de funcionario válido para todos los países. Es más, aun en cada país existen diversos conceptos de funcionarios según la rama del Derecho que lo considera; por ejemplo, el Derecho penal, el Derecho fiscal o el administrativo.

Escribe acertadamente STAÏNOF que no pueden trasplantarse sin reservas las definiciones y elementos que un sistema de legislación positiva ha elaborado para determinar qué es un funcionario, a otro país en que el sistema de Derecho positivo puede haber dado importancia a otros elementos para fijar la noción de funcionario (1).

No hay, pues, una definición única del funcionario. Su situación no es la misma en todas partes. La situación jurídica del funcionario está siempre ligada a un Estado determinado y no puede considerarse fuera de este Estado, de su historia, de su legislación y de la jurisprudencia de sus tribunales.

Mas como hoy día entre los diversos sistemas jurídicos hay semejanzas cada vez mayores, debidas a una penetración mutua de sus institu-

(1) STAÏNOF, *Le fonctionnaire*, París, 1933, pág. 6.

ciones políticas, administrativas y sociales, pueden descubrirse en los diversos sistemas administrativos algunos elementos comunes que caracterizan la noción de funcionario.

A mi modo de ver, lo característico del funcionario público es que ocupe voluntariamente un puesto público en virtud de una adscripción legal hecha por nombramiento o elección. La nota de voluntariedad distingue al funcionario del colaborador forzoso (soldado, jurado). La titularidad oficial de un puesto público lo distingue del colaborador voluntario (concesionario, contratista), quien no ocupa un puesto público, sino que sigue siendo un particular.

Otras notas no son esenciales para el concepto. Así, la *inamovilidad*, pues hay funcionarios designados por cierto tiempo (los concejales, los diputados provinciales) o libremente separables por el Gobierno (Gobernadores civiles, Alcaldes).

El ejercicio de funciones de *autoridad* tampoco lo es; pues hay funcionarios públicos (la mayoría) que no las ejercen, como los maestros, los médicos de asistencia domiciliaria y, en general, los técnicos.

Tampoco la *retribución* es un elemento esencial, pues existen funcionarios honoríficos que prestan servicio gratuitamente (concejales, vocales de diversos consejos). El servicio gratuito es prestado por espíritu cívico por ventajas simplemente morales y de orden honorífico. Por eso sólo pueden ser gratuitos los puestos de gran dignidad. De aquí la calificación de funcionarios *honoríficos* a quienes los desempeñan.

Los puestos retribuidos pueden ser temporales o permanentes; en este último caso, los que los asumen hacen de la función pública su profesión, o sea, la actividad principal de su vida y, las más de las veces, también la fuente principal de sus ingresos. Nuestra Ley de Clases Pasivas los llama empleados públicos, y se distinguen de algunos funcionarios retribuidos (Ministros, Subsecretarios, Directores generales, Gobernadores), en que aun recibiendo éstos un verdadero sueldo no prestan su servicio de modo permanente, sino sólo por cierto tiempo más o menos largo, o sea, sin carácter profesional.

Como observa CAETANO, ésta es la división principal: la de aquellos que hacen del servicio su profesión, su carrera, y la de aquellos que sirven a los entes públicos a título transitorio y accidental (2). Puede suceder que *de facto* el funcionario que sirve accidentalmente al Estado o a la Administración local permanezca en el cargo largo tiempo, de suerte que al fin de su vida pueda haber gozado de tanta permanencia

(2) *Manual de Direito administrativo*, 3.ª ed., 1951, p. 449.

como los profesionales; pero esa situación, de hecho, no es de derecho; la situación es precaria o temporal.

El modo jurídico de vincular a un individuo a la profesión de funcionario público es el nombramiento vitalicio o por tiempo indeterminado. Así, la Administración pública asegura al funcionario un puesto de trabajo, pagándole un sueldo, con la garantía de una carrera, de un porvenir, así como de una seguridad en la vejez, en la enfermedad o en la invalidez.

Los funcionarios profesionales son, como los Ejércitos permanentes, una característica de los Estados modernos.

Los Estados tienen interés en que una gran parte de su personal, a causa precisamente de la complejidad y dificultades técnicas de la Administración moderna, queden incorporados de modo permanente a la jerarquía administrativa.

Esto no quiere decir que no deban existir funcionarios *políticos*, electivos o nombrados; esto es, funcionarios que, sin una aptitud profesional, estén encargados de desempeñar una función determinada, sin convertirse en funcionarios permanentes y profesionales. Son ellos, precisamente, los que aseguran de modo directo y eficaz el desarrollo y ejecución de una política.

Funcionario y empleado (o funcionario profesional) no son dos categorías opuestas. Hay funcionarios que no son empleados (los honoríficos y los políticos), pero todos los empleados son funcionarios públicos. Asimismo, todos los funcionarios (incluidos naturalmente los empleados) son agentes, personal de la Administración, en el sentido que apuntábamos al principio; pero no es cierta la inversa, ya que hay agentes, personal de la Administración, que no son funcionarios (los que colaboran forzosa o voluntariamente en funciones y servicios públicos). Por consiguiente, podría trazarse un esquema de las diversas categorías del personal de la Administración o de sus agentes, en forma de tres círculos concéntricos: el mayor sería el del personal de la Administración o agentes de la misma, en sentido amplio; el intermedio, el de los funcionarios públicos, y el más pequeño, el de los funcionarios profesionales o empleados.

EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Como dijimos antes, dentro de un sistema de Derecho positivo existen diversos conceptos del funcionario público. Así, nuestro Código penal

considera como funcionario «a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas». La jurisprudencia ha interpretado esta regla de un modo lato, aplicando los preceptos del Código penal (delitos de los funcionarios o contra los funcionarios) a los serenos, a los guardas jurados, a los empleados de ferrocarriles, a los individuos que constituyen el Sindicato de una Comunidad de regantes, a los Presidentes de Mesas electorales, a los miembros de las Reales Academias, etc. Tiene razón ZANOBINI al decir que la Ley penal prescinde de la calidad de órgano, preocupándose sólo de señalar a cualquiera que ejerza una función pública, sea como titular de un cargo público o como particular. La función pública es protegida de manera objetiva, sin tener en cuenta la condición subjetiva de la persona que ejerce la función.

Esta noción del Derecho penal no es la del Derecho administrativo.

Hay, asimismo, un concepto fiscal del funcionario público desde el punto de vista del impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal. La Ley se refiere a funcionarios públicos y asimilados, considerando como tales: a las clases activas y pasivas del Estado, Cortes, Provincia, Municipio y de Corporaciones administrativas y a los Presidentes y vocales de las Corporaciones administrativas; y a los Registradores de la Propiedad, Notarios, Secretarios judiciales, Agentes de Cambio y Bolsa, etcétera, «y todos aquellos que, ejerciendo funciones públicas, no perciban directamente haberes del Estado, Provincia o Municipio o Corporaciones administrativas o de Derecho público».

De aquí parece desprenderse que son funcionarios públicos a efectos del impuesto todos los que ejercen funciones públicas y perciben directamente sus haberes (sueldos, sobresueldos, retribuciones, gratificaciones, premios, indemnizaciones, pensiones, gastos de representación y emolumentos de todas clases) del Estado, Provincia, Municipio o de una Corporación Administrativa o de Derecho público. Y se asimilan a funcionarios públicos los que, ejerciendo funciones públicas, no perciben directamente sus haberes de dichas entidades. Por consiguiente, el elemento función pública ya no es suficiente como en el Código penal; ha de ir acompañado de la percepción de un haber. Ahora bien, este haber puede cobrarse en concepto de sueldo o gratificación, gastos de representación, etc. La Ley, pues, considera como funcionario público no sólo al empleado en sentido estricto, al que hace de la función pública su profesión, sino al que por cualquier título permanente o temporal ejerce

funciones y percibe haberes públicos, como los Ministros, Gobernadores, Concejales o temporeros de oficinas públicas.

Veamos ahora cuál es el concepto de funcionario público en nuestra legislación administrativa, y, concretamente, en la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1964.

En el artículo 1.º declara que «los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo». Son, pues, tres los elementos de la definición: la incorporación a la Administración pública; una relación de servicios profesionales retribuidos, y la regulación por el Derecho administrativo.

El funcionario queda incorporado a la Administración, forma parte de ella, se integra en su jerarquía administrativa. Están, pues, excluidos los contratistas y concesionarios, que quedan fuera de la Administración, aunque colaboren voluntariamente con ella. Los contratistas no son titulares de puestos públicos, no ocupan un grado en la Jerarquía.

La incorporación tiene lugar por una relación de servicios profesionales y retribuidos. Están, por consiguiente, excluidos los funcionarios políticos (que no son profesionales) y los honoríficos, que sirven gratuitamente.

La relación del funcionario con la Administración está regulada por el Derecho administrativo; no es una relación civil o laboral. Sus derechos y deberes están establecidos en la Ley y en los reglamentos de la Administración.

Fijémonos en que la Ley no incluye en la definición de funcionario el elemento de la permanencia, sino que exige sólo que se trate de una relación de servicios profesionales y retribuidos.

Por eso la Ley considera como funcionarios no sólo a los llamados de *carrera*, sino también a los eventuales e interinos (que llama de *empleo*).

Son funcionarios de carrera (empleados o funcionarios profesionales, diríamos nosotros) los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter *permanente*, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los presupuestos generales del Estado.

Son funcionarios eventuales quienes desempeñan puestos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial, no reservados a funcionarios de carrera (por ejemplo, en las Secretarías particulares o gabinetes técnicos de los altos cargos de la Administración).

Son funcionarios interinos los que, por razón de necesidad o urgen-

cia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera.

La Ley excluye de su régimen a ciertas clases de funcionarios públicos: a) los que están al servicio de la Administración de Justicia; b) los de los Organismos autónomos, y c) los que no perciben sueldos o asignaciones con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos generales del Estado (por ejemplo, los Notarios y Registradores de la Propiedad, que cobran por arancel).

Es indudable que estas tres clases de personas ejercen funciones públicas de carácter profesional y retribuido y están sometidas a un régimen de Derecho público. Pero la Ley las ha dejado fuera de su ámbito por estimar que unos funcionarios sirven a la Justicia más que a la Administración; que otros (los de los Organismos autónomos) quedan fuera de la Administración central, de la Administración del Estado en sentido estricto; y que otros, los que no perciben sueldos o asignaciones del Presupuesto, como los Notarios y Registradores, ejercen, sí, una función pública, pero que ésta tiene un carácter auxiliar de Registro o de fe pública en la vida jurídica de los particulares, asumiendo cierto aspecto profesional.

La Ley se refiere, pues, a los funcionarios profesionales de la Administración central y retribuidos por ella.

Sin embargo, la propia Ley declara que tendrá carácter supletorio respecto de todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a los demás funcionarios, cualquiera que sea la clase de éstos y la entidad administrativa a la que presten sus servicios.

Mas la Ley prevé que la Administración puede utilizar para sus fines a personas que no lleguen a adquirir la condición de funcionarios. La rúbrica del título primero de la Ley es «Del personal al servicio de la Administración pública». Y después de referirse a los funcionarios de carrera o de empleo, dispone que los Ministros podrán autorizar la contratación de personal para la realización de estudios, proyectos, dictámenes y otras prestaciones.

Es indudable que la Ley no considera a estas personas contratadas como funcionarios públicos, puesto que las excluye de su régimen al declarar que los funcionarios que se rigen por la Ley pueden ser de carrera o de empleo; y el personal contratado no es de carrera ni de empleo.

Mas no se trata tampoco de un contrato civil de arrendamiento de servicios, puesto que establece que «los litigios a que pueda dar lugar la interpretación, ejecución y resolución de estos contratos se someterán

a la jurisdicción contencioso-administrativa». Se afirma, pues, el carácter público de esos contratos.

También los trabajadores quedan excluidos de la Ley, al disponer ésta que son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable.

CLASES DE FUNCIONARIOS.

Prescindiendo de los funcionarios políticos y honoríficos y limitando nuestro estudio a los funcionarios profesionales, podemos distinguir dentro de éstos, según la entidad a que sirven: a) Los funcionarios de la Administración del Estado. b) Los funcionarios de los Organismos autónomos. c) Los funcionarios de la Administración local.

Los funcionarios de los Organismos autónomos se regirán por el Estatuto previsto (que aún no se ha promulgado) en el artículo 82 de la Ley de 26 de diciembre de 1958.

Los funcionarios de la Administración local se rigen por el título tercero de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, por el Reglamento de 30 de mayo de 1952 y disposiciones complementarias.

Como quedó antes indicado, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 tiene carácter supletorio respecto de las disposiciones legales y reglamentarias de los funcionarios de los Organismos autónomos y de la Administración local.

Los funcionarios civiles del Estado son de *carrera* o de *empleo*.

Son funcionarios de carrera los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos generales del Estado.

Los funcionarios de carrera se integran en *Cuerpos generales* y *Cuerpos especiales*.

Corresponde a los funcionarios de los Cuerpos generales el desempeño de las funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa, con excepción de las plazas reservadas expresamente a otras clases de funcionarios en la clasificación de los puestos de trabajo.

Son funcionarios de los Cuerpos especiales los que ejercen actividades que constituyen el objeto de una peculiar carrera o profesión y los que tienen asignado dicho carácter por razón de las circunstancias concurrentes en la función administrativa que les está encomendada.

La creación de nuevos Cuerpos especiales deberá hacerse por Ley.

Los Cuerpos generales de Administración civil son los siguientes: Técnico, Administrativo, Auxiliar y Subalterno.

Los funcionarios de empleo pueden ser *eventuales* o *interinos*. Son funcionarios eventuales quienes desempeñan puestos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial, no reservados a funcionarios de carrera. Son funcionarios interinos los que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera.

Los funcionarios de empleo constituyen, pues, una excepción, como la indica su propio nombre (eventuales o interinos).

Los verdaderos y auténticos funcionarios son los de carrera, cuya situación jurídica, derechos y deberes, son regulados con precisión por la Ley.

En cambio, los funcionarios de empleo podrán ser nombrados y separados libremente, sin más requisitos que los establecidos, en su caso, por disposiciones especiales. Dentro de ellos, los funcionarios eventuales serán de libre designación de los Ministros o, por su delegación, de los Subsecretarios, dentro de los créditos globales autorizados a tal fin. En cuanto a los funcionarios interinos, para nombrarlos será condición inexcusable que no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera.

A los funcionarios de empleo les será aplicable, por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, del derecho a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas.

CARACTERES GENERALES DEL DERECHO DE FUNCIONARIOS.

El Derecho de funcionarios, si bien es distinto en cada país, presenta, no obstante, caracteres comunes, debido a que los Estados modernos tienen grandes semejanzas en muchos aspectos. Así, su organización administrativa se inspira en principios comunes (jerarquía, división de competencias, centralización y descentralización, coordinación, fiscalización, racionalización, etc.). Y la Administración aparece a los ojos del público no sólo como un sujeto de poder que limita y reduce las libertades y derechos de los ciudadanos por razones de interés general, sino como entidad que favorece y estimula la actividad de los particulares en

cuanto conviene al interés público, y, sobre todo, como un conjunto de servicios públicos, esto es, prestando servicios de interés general, poniendo al alcance del público todos los progresos y conquistas de la técnica y de la civilización para la satisfacción de las necesidades generales.

Estos rasgos comunes son los siguientes, según WALINE y BONNARD :

A) El funcionario participa, por definición, en el ejercicio de funciones públicas, en la gestión de servicios públicos. Estos servicios son de necesidad pública. Luego su buena marcha, su funcionamiento regular y continuo, importa en grado máximo al país entero. De aquí resulta:

1.º Que es preciso reclutar y seleccionar con cuidado a los que sean más aptos para atender a los servicios públicos.

2.º Es necesario someterles a un régimen jurídico que sea susceptible siempre de ser modificado según las necesidades públicas.

3.º Hay que imponerles obligaciones especiales para que el servicio esté atendido lo mejor posible. Especialmente, en interés de la continuidad del servicio, debe prohibírseles la huelga e incluso el derecho de asociación.

4.º Hay que someterles a una fuerte disciplina y encuadrarlos en una jerarquía.

5.º Incluso es necesario poderles separar si comprometen con su mala voluntad la buena marcha del servicio o (a la inversa) no dejarles abandonar el servicio de manera intempestiva.

B) Mas la función pública es también, para la mayoría de los funcionarios, una carrera, una profesión. De aquí resulta :

1.º Que es necesario abrir esta carrera a todos los ciudadanos que acrediten las aptitudes precisas.

2.º Es preciso dar a los funcionarios garantías de estabilidad y de normalidad en su carrera, compatibles con el interés del servicio, especialmente en lo que se refiere al ascenso y a las medidas disciplinarias.

3.º Precisamente porque se ha exigido a los funcionarios a lo largo de su carrera que consagren su actividad a la función pública, privándoles así de ahorrar suficientemente para la vejez, hay que asegurarles una jubilación o retiro al final de la carrera.

LA RELACIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA.

Teorías sobre su naturaleza jurídica.

Los escritores, al estudiar este problema, suelen referirse solamente a aquella clase de funcionarios que ponen toda su actividad al servicio

del Estado a cambio de una retribución económica y haciendo del ejercicio de las funciones públicas una verdadera profesión.

Se han abandonado ya las doctrinas antiguas que configuraban la relación jurídica del funcionario con la Administración como un contrato privado: a) de arrendamiento de servicios, fijándose en que lo que hace el empleado es prestar un trabajo retribuido; b) de mandato, porque el funcionario obra en nombre y representación de otro (la Administración); c) innominado, de la forma *do ut facias*.

Todo el mundo está conforme en que la relación de función pública es una relación jurídico-pública y, por consiguiente, no puede estar regulada por un contrato de Derecho privado.

Las discusiones surgen al determinar el origen y la naturaleza de esa relación jurídica. ¿Nace de un acto administrativo o de un contrato público, administrativo o de función pública?

Y dentro de los que sostienen que nace de un acto administrativo discrepan en cuanto al carácter de dicho acto, esto es, en cuanto a la naturaleza unilateral o bilateral del mismo.

El carácter contractual y público de la relación de función pública ha tenido muchos defensores (entre nosotros, ALVAREZ GENDÍN), si bien hoy día son menos.

Abonan en apoyo de su tesis varias razones: 1.^a Que la igualdad de las partes no es un elemento primordial del contrato. La desigualdad de las partes es lo que diferencia el contrato de función pública del contrato civil. Es el Estado quien fija las cláusulas del contrato y establece los derechos y deberes de los que serán sus funcionarios. Estos lo saben de antemano y dan su consentimiento. 2.^a El contrato no es una institución exclusiva del Derecho privado, sino una forma jurídica general que encontramos en el Derecho administrativo, en el procesal, en el fiscal y en el internacional.

El Estado puede acudir al contrato público si lo estima oportuno. Será un contrato regido por normas especiales, pero seguirá siendo un contrato, aunque varíe la forma y sea distinta la jurisdicción competente.

La mayor parte de los autores niegan el carácter contractual de la relación de función pública.

Los derechos y deberes del Estado y del funcionario no nacen de un acuerdo de voluntades, sino de las Leyes y Reglamentos promulgados por el Estado.

No hay derechos adquiridos frente al Estado, nacidos de un contrato. El Estado puede siempre, y de modo unilateral, modificarlos por una Ley.

Pero aun negando el carácter contractual cabe discutir la virtualidad del acto de nombramiento y de la aceptación del funcionario.

Para unos, como SANTI ROMANO, la aceptación del empleo por parte del particular es una condición o supuesto del acto de nombramiento, que debe considerarse, por tanto, unilateral (3). El nombramiento, dice BONNARD, es una manifestación de voluntad de la autoridad que hace el nombramiento, seguido de la aceptación del funcionario nombrado. Esta aceptación no es más que la condición necesaria para que tenga efecto el nacimiento de la situación jurídica (4).

W. JELLINEK considera que el nombramiento es un acto administrativo bilateral, porque el funcionario adquiere la condición de tal por su aceptación y desde el momento en que ésta tiene lugar. El funcionario aparece como parte frente al Estado, aunque éste sea el más importante. No habrá, pues, un acto único y simple, sino un acto compuesto de dos voluntades de valor desigual. Sin la aceptación, el acto sería nulo, no produciría efectos jurídicos (5).

Como se ve, la esencia del problema sobre el carácter unilateral o bilateral del acto de nombramiento radica en el valor que se atribuya a la aceptación del nombrado. ¿Es una condición de eficacia o un elemento esencial integrador del acto?

DERECHO ESPAÑOL.

La Ley de funcionarios civiles del Estado declara en su artículo 1.º que los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el *Derecho administrativo*.

Así, pues, la relación es de Derecho administrativo y no civil o laboral.

(3) *Corso di Diritto amministrativo*, 3.ª ed., Padua, 1937, pág. 105

(4) BONNARD, *Précis élémentaire de Droit administratif*, 1926, pág. 225.

«El acto de nombramiento, dice SERRANO GUIRADO, es un acto administrativo unilateral perfecto, emanado de la Administración, para aplicar a un individuo determinado un estatuto legal o reglamentario; la aceptación por el destinatario, le otorga sólo eficacia. El acto del particular obra aquí como presupuesto de eficacia del acto de nombramiento perfecto por la sola voluntad administrativa», *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*, Madrid, 1956, pág. 255.

(5) *Verwaltungsrecht*, pág. 251, ídem., *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, 1925, pág. 84. MAYER, en cambio, estima que el nombramiento no será nulo, sino, a lo más, anulable si se ha efectuado sin el consentimiento del particular, ob. cit., tomo I, pág. 98.

¿Es contractual esta relación? No parece ésta la idea del legislador. Fijémonos en que los funcionarios quedan «incorporados» a la Administración por virtud de esa relación de función pública. E incorporar, según el Diccionario de la Lengua Española, es «agregarse una o más personas a otras para formar un cuerpo». Y esto es lo que ocurre con los funcionarios públicos: forman el Cuerpo de la Administración.

En cambio, los contratistas de obras o servicios públicos quedan fuera de la Administración, son colaboradores voluntarios de la misma, pero no se incorporan a sus cuadros.

Confirma esta idea el hecho de que el legislador, como hemos visto antes, prevé la existencia de personal contratado por la Administración, pero lo distingue de los funcionarios de carrera y de empleo.

Recordemos que son funcionarios de carrera los que *en virtud de nombramiento legal* desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos generales del Estado.

Y al tratar de los funcionarios de empleo (interinos y eventuales) se refiere al nombramiento y designación de los mismos, sin aludir para nada a un régimen contractual.

En cambio, declara expresamente que los Ministros podrán autorizar la *contratación de personal* (no habla de funcionarios) para la realización de estudios, proyectos, dictámenes y otras prestaciones.

Y a continuación regula el objeto de los *contratos*, su informe y aprobación, la retribución del personal contratado, disponiendo que los litigios a que pueda dar lugar la interpretación, ejecución y resolución de estos contratos se someterán a la jurisdicción contencioso-administrativa (6).

Es, pues, claro que el legislador distingue los funcionarios profesionales y el personal contratado. Aquéllos son nombrados con arreglo a la Ley; este personal se encarga de ciertos trabajos extraordinarios o urgentes en virtud de un contrato de Derecho administrativo.

(6) Artículo 6.º. El objeto de los contratos habrá de ser: a) La realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia. b) La *colaboración* temporal en las tareas de la respectiva dependencia administrativa en consideración del volumen de la gestión encomendada al Ministerio, Centro o Dependencia, cuando por exigencias y circunstancias especiales de la función no puedan atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera de que disponga el organismo.

La aprobación de los contratos con duración superior al año será sometida al Consejo de Ministros.

La retribución de los trabajos del personal contratado se hará con cargo a una partida especial en los Presupuestos de cada Departamento.

El que la relación de función pública no sea contractual no significa que la voluntad del nombrado carezca de relevancia jurídica. La tiene, y mucha. Sin el consentimiento de él, el nombramiento carecería de eficacia jurídica.

Este es, sin duda, el criterio del legislador.

La condición de funcionario de carrera se adquiere, según la Ley, por el cumplimiento *sucesivo* de los siguientes requisitos :

a) Superar las pruebas de selección y, en su caso, los cursos de formación que sean procedentes.

b) Nombramiento conferido por la autoridad competente.

c) Jurar acatamiento a los principios fundamentales del Movimiento Nacional y demás Leyes fundamentales del Reino.

d) Tomar posesión dentro del plazo de un mes, a contar de la notificación del nombramiento.

Como se ve, el nombramiento no es suficiente para que se adquiera la condición de funcionario. Hacen falta después, como *requisitos sucesivos*, el juramento del funcionario y la toma de posesión. El juramento se presta en el acto de la toma de posesión (7).

El nombramiento produce efectos jurídicos. De él nace el derecho del funcionario al puesto para el que ha sido nombrado y a que se le dé posesión del mismo. Pero, por sí solo, el acto de nombramiento no basta para conferir la condición de funcionario.

La voluntad del nombrado tiene tal importancia en el desarrollo de la relación de función pública que la Ley pone a la renuncia la primera entre las causas de la pérdida de la condición de funcionario.

Como la Ley no exige la aceptación de la renuncia por la Administración pública, la voluntad del funcionario es suficiente para poner fin a la relación jurídica.

La Ley declara también que la relación cesa en caso de jubilación voluntaria; luego el funcionario que reúna los requisitos para solicitarla puede, con su simple manifestación de voluntad, poner término a la relación de función pública.

Mas la situación jurídica del funcionario es legal y reglamentaria, aunque su voluntad sea indispensable para adquirir la condición de funcionario. Nadie puede ser obligado a ser funcionario profesional;

(7) Decreto de 10 de agosto de 1963, por el que se aprueba la fórmula de juramento para la toma de posesión de cargos o funciones públicas. Orden de 6 de noviembre de 1963 para su aplicación.

pero sus derechos y deberes están establecidos de modo unilateral por el Estado en las Leyes y Reglamentos.

No quiere ello decir, escribe JORDANA DE POZAS, que los funcionarios carezcan de derechos, sino que estos derechos surgen de la Ley o del Reglamento que regula su carrera y no de ningún contrato especialmente otorgado entre el Estado y cada uno de ellos. Esas Leyes y Reglamentos pueden ser alterados y nadie discute que el derecho de la Administración a reorganizar los servicios se ejerce sin sujeción a previo asenso de los empleados, cuya situación favorece o perjudica (8).

También SERRANO GUIRADO sostiene la naturaleza legal y reglamentaria de la relación jurídica del funcionario (9).

El Estatuto de funcionarios puede ser obra de la Ley o del Reglamento, pero es preferible que sea por Ley, porque, como indica SERRA PIÑAR, las modificaciones de las normas legislativas son más difíciles que las reglamentarias, además de que la Ley ofrece una mayor garantía que el Reglamento, en virtud del procedimiento de discusión y votación que requiere su elaboración, y de que siendo su autor un poder distinto al Ejecutivo, queda también libre de las influencias que pudiera ejercer la Administración (10).

También la jurisprudencia se inclina a la tesis legal y reglamentaria de la relación de función pública (11).

La jurisprudencia ha reconocido el carácter discrecional de las facultades de la Administración para reorganizar los servicios, mas poniendo como límite el respeto a los derechos adquiridos (12).

(8) Ob. cit., pág. 103.

(9) *El régimen de oposiciones y concursos*, Madrid, 1956, pág. 255.

(10) *Naturaleza de la relación jurídica que une al funcionario con la Administración*, en «Estudios dedicados al profesor GASCÓN y MARÍN», Madrid, 1952, pág. 209.

(11) En la sentencia de 23 de marzo de 1934 se declara que «el régimen de estatuto, por razones de justicia y de interés público, ha ido evolucionando a través de la legislación, en el sentido de que sin mermar las inalienables facultades de la Administración, se garanticen la situación y los derechos de los funcionarios, prescindiendo de un concepto de unilateralidad que pugna con el principio fundamental de correlación entre derechos y deberes». La sentencia de 3 de noviembre de 1952 declara que «la doctrina científica va abandonando el criterio de que tenga naturaleza contractual la relación que liga a la Administración con los empleados que cumplan las funciones administrativas, relación que se constituye por decisión unilateral de la Administración, libremente aceptada por el funcionario, conforme a las formas y requisitos para cada caso previstos en las disposiciones legales o reglamentarias».

En el Decreto de Competencias de 22 de junio de 1943 se declara «la única cuestión a resolver en el presente conflicto jurisdiccional es determinar si... tenía la condición de funcionario público, que es incompatible con todo régimen contractual».

(12) Ver SERRANO GUIRADO, ob. cit., pág. 260, y la jurisprudencia que cita.

