

# NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION DEL FUNCIONARIO PUBLICO CON EL ESTADO

NOTAS PARA SU ESTUDIO

POR EL ALUMNO

VICENTE DE LA VALLINA VELARDE

## INTRODUCCION

*Estado de la cuestión.*—En el estudio de la parte general del Derecho Administrativo, bajo el epígrafe general relativo a los funcionarios públicos, se plantea el problema de saber cual es la naturaleza jurídica de la relación entre el empleado o funcionario y la Administración a quien sirve.

Mucho se ha discutido entre los autores sobre la esencia y *nomen juris* de la relación de empleo. La exposición de las diversas teorías formuladas e investigación de la naturaleza de la relación de empleo, es una materia «ciertamente interesante y elegante desde un punto de vista científico», como ha dicho el Prof. Modestino Petrozziello, lo que explica el por qué de tantas opiniones encontradas así como el sin número de autores que han tomado parte en la discusión; por el contrario, su interés práctico no es tan

grande. A este propósito, el citado autor observa, que si por una parte la adopción de una teoría sobre las demás puede tener en principio influencia concreta en una legislación positiva, ya que de las premisas teóricas se deducen necesariamente prácticas consecuencias, respectos a la postura de la Administración pública con sus funcionarios, existe, de hecho, en las legislaciones positiva de los distintos países, un conjunto de disposiciones que regulan esta relación, formando un todo sistemático, de tal forma, que es la norma positiva y no la concepción abstracta lo que encuentra aplicación. No obstante, es indudable, que siempre se ha dejado sentir en el campo del Derecho Administrativo una influencia, en ocasiones decisiva, de la doctrina desarrollada por los científicos y doctrinarios sobre la legislación, de manera, que ordinariamente va primero la regulación técnico-doctrinal que más tarde ha de encontrar concreción en el Derecho positivo.

De todas formas, desde el plano doctrinal en que desarrollaremos la cuestión, sin referirnos a la solución del problema en las legislaciones de los distintos Estados, no hay que desconocer las dificultades que entraña el tema. El Profesor Orlando señala esta dificultad, poniendo de manifiesto al mismo tiempo que el problema, no es precisamente de los más capitales en la ciencia del Derecho Administrativo (1).

No han de extrañarnos estas dificultades que entrañan el estudio de ciertas figuras del Derecho Administrativo, cuando dentro del Derecho privado, rama jurídica mucho más elaborada y estable encontramos con frecuencia, expresiones como esta: «la teoría de X, es una de las más confusas del Derecho civil. Los Códigos y aún los autores han usado con gran imprecisión los términos...» Hay que señalar, sin embargo, en el problema que estudiamos, que hoy en día, se va esclareciendo mucho la cuestión, con el establecimiento de distinciones fundamentales que suscriben

---

(1) Orlando, en la recensión al trabajo del Prof. Petrozziello, sobre «La naturaleza jurídica de la relación de empleo», en Riv. di Dir. Pub. I. 1935, final.

a generalidad de los autores en todos los países tal es por ejemplo la afirmación de que se trata de una figura exclusivamente de Derecho público, etc.

Se reducirán estas líneas a una sumaria exposición del problema, pues es mucho lo que se ha escrito sobre el particular y un detenido estudio, desmenuzando todas las tesis y argumentos nos llevaría muy lejos. Intentaremos, describir, del modo más exacto y sistemático posible las distintas teorías que en un orden cronológico han aparecido, tratando de explicar convenientemente la naturaleza jurídica de la relación entre el funcionario y la Administración pública, para concluir con el estudio de las actuales tendencias dominantes entre los autores.

Finalmente, insertamos a modo de apéndice, un cuadro sistemático del desarrollo doctrinal de este problema.

*Sobre el concepto de funcionario.*—Es indudable, que la relación del funcionario público con la Administración, aún cuando se negase su naturaleza contractual, es en definitiva una relación jurídica de Derecho público.

En un Estado de derecho, Estado justicia, éste se somete a sus mismas normas, y como la relación jurídica de empleo supone un conjunto de derechos y deberes, el funcionario puede perfectamente hacer exigibles aquéllos. A este propósito, el Prof. Alessio, uno de los sostenedores de la tesis del acto unilateral para explicar esa relación, estudia la posibilidad de parte del funcionario de exigir frente al Estado, los derechos que le asisten (1).

Como fácilmente se observa, la relación de empleo, es en primer término una relación jurídica que crea mutuos derechos y obligaciones; entremos a examinar con detenimiento el problema para concluir calificando con la mayor exactitud posible la naturaleza de tan repetida relación existente entre la Administración y sus funcionarios.

---

(1) Istit. di Dir. Amm. I, págs. 219 y sigts.; 418, 459 y sigts. cit. por Petrozziello.

Fijemos, ante todo, el concepto de funcionario o empleado público; prescindimos, del análisis de las cuestiones relativas a la naturaleza de la función pública, sujeto de la relación de empleo, constitución de la misma, deberes y responsabilidades, derechos e intereses, contenido patrimonial de la relación, su modificación y extinción, etc., etc., que constituyen otros tantos capítulos de esta parte del Derecho Administrativo que se estudia bajo el epígrafe general de Funcionarios Públicos, ya que rebasa los límites impuestos a este trabajo, que se centra en una cuestión muy concreta del estudio genérico del funcionario público.

Son múltiples los modos por los cuales las personas físicas pueden desarrollar su actividad en interés de la Administración pública; únicamente nos fijaremos en los que interesan al fin de nuestro estudio, o sea, el funcionario público propiamente dicho, que entra a formar parte del servicio público de manera voluntaria; servicio público voluntario que puede definirse con W. Jellinek (1) como «aquella relación de Derecho público que se constituye entre el individuo y el Estado u otros entes públicos como dueños del servicio, en fuerza de cuya relación el individuo voluntariamente se obliga con el dueño del servicio para la gestión de los negocios de éste, por fidelidad y obediencia».

El Prof. Orlando, considera como empleado, «al que tiene la obligación de prestar una obra al Estado mediante una retribución con cargo al presupuesto, haciendo del servicio su profesión, dedicando a ella permanentemente su actividad física, e intelectual para obtener los medios de subsistencia económica». Se encamina, como puede verse, el concepto de funcionario, a excluir del mismo a muchos funcionarios públicos. A través de estas líneas, aludiremos siempre al funcionario propiamente dicho; porque ha de tenerse en cuenta que aún dentro del mismo servicio público voluntario, se distingue al servicio honorario del profesional. La di-

---

(1) Verwaltungsrecht, seg. edic. pág. 342.

ferencia entre ambos, al decir del Profesor Petrozziello (1) «es obvia y manifiesta». Fundamentalmente «la presencia o falta de retribución económica es ciertamente la diferencia más decisiva, pero no la única». Como elementos específicos del servicio profesional señala: a) la relación de empleo tiene un carácter continuado, es decir no se admiten intermitencias o interrupciones.

b) Es duradera y permanente.

c) Tiene un carácter exclusivo.

d) Entre las ventajas que la Administración pública concede a sus funcionarios está principalmente el estipendio o retribución.

Este servicio profesional, constituido por el cuerpo de funcionarios públicos propiamente dichos, en el que concurren las características de ser *continuado*, *permanente*, *exclusivo* y *remunerado*, constituye para el individuo su profesión y puede conceptuarse siguiendo el Prof. Petrozziello (Pág. XXV de su obra: *Il rapporto di pubblico impiego*) como: «aquella relación jurídica por la cual, el individuo voluntariamente y en una situación de especial sumisión respecto a un ente público, dedica profesionalmente al servicio su propia actividad».

Esta distinción entre funcionarios honorarios y profesionales es general entre los autores. (V. Cino Vitta, en *Nuevo Digesto italiano*, pág. 791 y sigts. vol. VI).

A propósito de las características esenciales que corresponden a los funcionarios públicos propiamente dichos, discuten los tratadistas sobre cuales son estos elementos comunes.

Carboni, por citar alguno, (2) afirma que el carácter de la burocracia no es tanto la profesionalidad y la retribución, cuanto la continuidad en el servicio.

Santi Romano (3) califica la prestación del funcionario como: permanente, remunerada y profesional. Este último término en

---

(1) Ob. cit. pág. XI.

(2) *Lo stato giuridico degli impiegati*.

(3) *Princ. di Dir. Amm. Ital.* pág. 90, tercera edición.

realidad, observa Petrozziello, pudiera comprender a los demás.

Por otra parte, el Prof. Cino Vitta, distingue dos notas características: su carácter permanente y la posibilidad de mejora durante el transcurso del tiempo, lo que supone un aumento de retribución y puestos de mayor importancia. No son características propias del empleo público para este autor la continuidad que también se encuentra en el servicio a título honorario, ni tampoco la exclusividad, pues caben ocupaciones accesorias que no sean incompatibles con el decoro de la profesión.

Surge, en último término, el fenómeno que con un extraño vocablo medio francés, medio griego, se ha llamado de la burocracia, usado frecuentemente en un sentido peyorativo.

Después de estas consideraciones generales, entramos en el fondo del asunto.

*Teorías formuladas.*—Examinado el concepto de funcionario público, pasemos a indicar la evolución histórica-doctrinal del problema.

Entre los variados trabajos que se refieren al tema, es digno de mención el del Prof. Modestino Petrozziello: *Il rapporto di pubblico impiego*, en *Primo Trattato di Diritto Amministrativo italiano*, de V. E. Orlando, en el que se ocupa de la naturaleza jurídica de la relación de empleo a través del capítulo II, págs. LXV y sigts. En el capítulo siguiente estudia el problema en la legislación positiva italiana.

Este autor desarrolla la cuestión, en los siguientes epígrafes que transcribo pues lo creo de interés para ilustración y comprensión de las múltiples tendencias doctrinales.

1.—Premisas: a) Teoría civilística, en sus variadas manifestaciones; b) la teoría política; c) la teoría mixta.

2.—Las teorías actualmente dominantes: a) Del acto unilateral; b) el contrato de Derecho público y c) la Teoría del acto bilateral (por la que se inclina).

3.—Observaciones concluyentes.

El Prof. Orlando, analiza en tono encomiástico, con su indiscu-

tible autoridad la labor del Prof. Petrozziello, en un trabajo que publica en la «Rivista di Diritto Pubblico», 1935, al que se ha hecho ya referencia al principio de estas cuartillas.

Como se observará a lo largo de este modesto trabajo, la posición del Prof. Pretrozziello, que resuelve la cuestión creando una nueva figura jurídica: el acto bilateral, no es admitida en general por los autores, concretamente, la critica el Prof. Cino Vitta.

Haciendo un poco de historia, vemos que dependiendo del lugar y las épocas se han dado diversidad de soluciones al problema que nos ocupa. Por una parte, existe una serie de teorías, o posiciones, hoy totalmente superadas que tienen únicamente un valor histórico; de otra, existen varias tendencias dominantes, que pueden reducirse esquemáticamente a tres: La teoría de la unilateralidad condicionada, la teoría de la contractualidad de Derecho público y finalmente la del acto bilateral; esta última, tiene su origen en Alemania—formulada por Walter Jellinek—y la recoge el Prof. Petrozziello, considerando como solución ecuánime al problema y que responde a la realidad legislativa, por lo menos del Estado italiano. Sin embargo, con gran prudencia, este autor, no deja de afirmar, que una posición absoluta y tajante sería inexacta, por lo que cree que según los casos concretos será de aplicar una de las tres teorías, y aún así no se dan siempre con plena autonomía, encontrándose en ocasiones entremezcladas.

Examinemos unas y otras teorías. W. Jellinek, traza la evolución jurídica de la relación de empleo en las siguientes palabras, que recoge Petrozziello: (1)

«El servicio público profesional tiene un importante aspecto sociológico y una historia... También la evolución en la concepción jurídica de la naturaleza del servicio público profesional es del mismo modo instructiva: del contrato de Derecho privado,

---

(1) Sigue en esta cuestión, al jurista alemán W. Jellinek, a quien cita profusamente en el trabajo mencionado sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo.

pasando a través del deber de sujeción obligada (1), se añade el contrato de Derecho público y después el acto administrativo unilateral y el acto administrativo bilateral como elementos esenciales de la relación». (W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, pág. 255).

Es decir, cronológicamente aparece primero la solución privatística; el profesor García Oviedo, escribe: «los autores clásicos del Derecho administrativo, o no aluden a este problema como sino existiera, o si lo anuncian es a la ligera para darle una solución de Derecho civil». (2)

Se afirma que la relación jurídica entre el funcionario y el Estado, es meramente de derecho privado. Esta teoría que ha estado muy difundida, tiene su indiscutible valor histórico y presentó un doble aspecto: de un lado, la concepción que estimaba al empleo como un derecho real (dentro de la cual hay una serie de matices que van desde el precario al Derecho de propiedad) y por otra, la que veía en la relación de empleo una obligación personal, presentándose a su vez bajo una doble corriente: la teoría del mandato y la de la locación de obras y servicios que encontró mayor número de seguidores.

Esta posición exclusivamente civilística, se ve superada más tarde, a partir sobre todo de principios de siglo, cuando se da una importancia creciente a estos problemas, formulándose la teoría de la unilateralidad o política, mejor, para no confundirla con la tesis de los tratadistas franceses de la que nos ocuparemos enseguida; siguieron esta corriente Gerber, Gönner, etc., según la cual, todos los derechos estaban de parte del Estado, correspondiendo únicamente al funcionario o empleado los deberes. Es por contraste a la teoría civilística, genéricamente considerada, cuando se formula con «una más clara precisión jurídica», en frase del Profesor Petrozziello, esta doctrina.

Podemos condensarla en los siguientes postulados:

---

(1) Equivalente a la concepción que denominamos «teoría política».

(2) «Hacia la emancipación del Derecho administrativo», pág. 177.



1.—La relación de empleo está dentro del campo del Derecho público.

2.—No tiene nada de contractual, ni en su origen, ni en su ulterior desarrollo, es una relación, regulada por la ley, o sea por la voluntad del Estado.

3.—El consentimiento que presta el individuo, no es sino el reconocimiento del deber de obedecer a lo dispuesto por el Estado.

Esta teoría «política», desarrollada principalmente por los juristas alemanes, al igual que la anterior corriente que daba una solución privatística al problema, es propia de un Estado gendarme, de un régimen de policía.

También, observan los autores, en una sistematización minuciosa de esta evolución doctrinal que recogemos, que entre las teorías civilísticas y la posición de Gönner, etc., que ven solamente una relación de tipo unilateral en grado extremo, existen matizaciones intermedias, constituídas por lo que se pudiera denominar «teoría mixta». Esta teoría, encuentra en la relación de empleo elementos de derecho público y de derecho privado; se ha denominado esta figura, contrato innominado o *sui generis*, en el que junto con el contrato civil, se encontrarían elementos de carácter público, los cuales tendrían a su vez origen en un acto unilateral o en un contrato de derecho público. Desemboca esta posición intermedia, en las teorías que denominaremos contractualista de Derecho público y unilateral o reglamentaria. En éstas, se desenvuelve la relación en el campo del Derecho público, aquella supone una mixtificación de elementos de Derecho público y privado, dando origen a una figura compleja o mixta, con la que no están de acuerdo los autores como más adelante se referirá con más detalle.

Un posterior y final estadio, viene determinado por las teorías, que dentro del Derecho público, estiman que o bien la situación jurídica en la que se encuentra el funcionario es creada por las leyes orgánicas de la función pública, y en este sentido la situación es legal, reglamentaria o estatutaria, para el Prof. Petrozziello a

quien seguimos sería la teoría del «acto unilateral condicionado», o se trata más bien de una relación contractual de Derecho público y por último, la que se considera la relación de empleo como originada por un acto bilateral que no hay que confundir con el contrato de Derecho público, ya que éste implica el mayor grado de bilateralidad posible.

Es en definitiva, y a grandes trazos, los distintos escalones por los que ha pasado la solución doctrinal del problema referente a la relación de empleo.

Para una mayor y más rápida inteligencia del mismo, al final de este trabajo hacemos una recopilación de todas las teorías sustentadas en forma de cuadro sinóptico.

Por lo que se refiere a la tesis del contrato de Derecho público, es aceptada por autores como Rafael Bielsa (1), Borsi (2), Laband (3), Alvarez Gendín (4), Forti (5), Pacinotti (6), Ragi (7), Ferraris (8), Orlando (9), G. Jellinek (10), y supone la creación y admisión de la figura del contrato de Derecho público, como figura autónoma, plenamente desligada de toda idea privatística, sin llegar a identificarle con el contrato de Derecho privado como hacían los autores de finales de siglo Posada (11), Santa María de Paredes (12),

(1) Bielsa. Algunas ideas directrices sobre el estudio de nuestro derecho administrativo, Buenos Aires, 1926, págs. 13 y 14. Cit. por Royo Villanova en su Derecho Administrativo.

(2) Borsi: La contrattualità del rapporto di impiego pubblico nella piu recente legislazione, en Riv. di Diritto Pubblico, enero, 1926.

(3) Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 5 edic. t. I, págs. 446 y siguientes.

(4) Alvarez Gendín: Los contratos públicos. Locación de servicios o funciones públicas, págs. 162-172.

(5) Forti: en Giur, italiana, 1900, IV, 404 y en Dir. Amm. 2 edic. vol. II, p. 74.

(6) Pacinotti: en Archivio Giuridico, 1903, 185.

(7) Ragi: en Riv. di Diritto Pubblico, 1917, pág. 136.

(8) Ferraris: Dir. Amm. vol. I, pág. 252 y vol. II, pág. 203.

(9) Orlando: en Riv. di Dir. Pubb., 1935, I, pág. 623.

(10) G. Jellinek: System der sub. off. Rechten, seg. edic. pág. 203.

(11) Posada: Tratado de Derecho administrativo, 1916, págs. 264-65.

(12) Santa María de Paredes: Curso de derecho administrativo, 1911, página 725 y siguientes.

Mellado (1) y Delgado y Arrieta (2), ni tampoco considerándole como un caso especial del contrato civil, de su misma naturaleza, como Royo Villanova (3), Alcalá Zamora (4), etc., sino partiendo del supuesto de que en la contratación administrativa existen elementos contractuales que tienen un cierto parentesco con el Derecho privado, pero también elementos de un claro carácter público, surgiendo un contrato que debe de ser analizado a la luz de los principios del Derecho público y que viene determinado por el fin público a que se encamina, por lo que una de las partes se encuentra situada en un plano de superioridad. Presuponiendo en este sentido, la existencia del contrato de Derecho público, que no es idéntico al contrato administrativo que estudian los autores franceses, lógicamente y desde un punto de vista doctrinal, teórico, abstracto, puede concluirse que la relación de empleo es contractual de Derecho público.

Esta figura contractual de Derecho público para explicar la naturaleza jurídica de la relación de empleo se recoge expresamente en disposiciones concretas de algunos estados, en Francia e Italia por ejemplo.

A este respecto, escribe Bielsa: «Yo he sostenido y sostengo, que es un contrato de Derecho público. La función existe, salvo excepciones que confirman la regla, desde el momento que el funcionario acepta el cargo. Es por lo demás un contrato comutativo lo cual se advierte por la naturaleza originaria del vínculo y el carácter de las prestaciones» (5).

---

(1) Mellado: Tratado elemento de derecho administrativo, 1894, páginas 945 y siguientes.

(2) Delgado y Arrieta: Contratos administrativos, 1899, pág. 4 y sigts.

(3) Royo Villanova: Elementos de Derecho administrativo, pág. 647 dice: «Ciertamente existen entre los contratos civiles y los administrativos, grandes analogías. Unos y otros tienen su origen en un concierto de voluntades; sin tal acuerdo, no nace el contrato. En este sentido puede decirse que el contrato es una institución común al Derecho privado y al Derecho público».

(4) Alcalá Zamora: La concesión como contrato y como derecho real; se expresa en parecidos términos.

(5) Bielsa: Algunas ideas directrices... pág. 13.

Por el contrario, los autores encuadrados en el campo de la doctrina reglamentaria, legal, o del acto unilateral, pueden emplearse indistintamente estas denominaciones, argumentan: En la hipótesis del funcionario propiamente dicho, aquél que hace de su empleo, su modo de vida, «no hay contrato administrativo, porque no hay contrato totalmente» (1). El contrato supone tres condiciones esenciales: Primero, acuerdo bilateral de voluntad; segundo, creación de una situación jurídica y finalmente, creación de una situación judicial individual, y en el nombramiento del funcionario público faltan las dos últimas condiciones, la relación deriva de una situación unilateral, de origen, reglamentario, legal o estatutario.

Estos autores, niegan abiertamente como veremos con más detalle, la tesis contractual, «tan falsa, afirma Hauriou, como la tesis del contrato social para la situación del individuo en el Estado» (2) «no hay, agrega, en la operación de reclutamiento de los funcionarios, los elementos de fondo, ni los elementos de forma de un contrato» (3).

---

(1) Jèze, en su obra: *Los contratos administrativos*, pág. 181, estima que el lazo que une al funcionario con la administración no es contractual; el acto de nombramiento, no es un contrato.

(2) Hauriou: *Précis de Droit. Adm.* 12 edic. 1933, pág. 737 y sigts.

(3) En favor de la teoría del acto unilateral, entre otros, está Ranelletti: *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrativa*, en *Giur. ital.* 1934, IV, 45,

Cameo: *Comment, della giustizia amministrativa*, pág. 79.

Zanobini: *L'esercizio privato della pubbliche funzioni*, en *Orlando*, vol. II, parte tercera, pág. 405.

S. Romano: *Corso di diritto amministrativo*, pág. 184, Padova 1930.

D'Alessio: *Istituzioni*, vol. I, pág. 220.

C. Vitta: *Dir. Amm. seg. edic.* vol. I, pág. 343.

Meyer-Anschutz: *Lehrbuch*, pág. 498 y sigts.

Meyer: *Droit adm.* vol. IV, pág. 43.

Fleiner: *Institutiones des Verwaltungsrechts*, pág. 199.

Duguit: *Traité*, vol. IV, pág. 41.

Hauriou: *Précis*, pág. 736.

Jèze: *Principes de droit adm.* vol. I, pág. 25.

Por otra parte, la teoría del acto bilateral que sostiene W. Jelinek, puede venir formulada en los siguientes términos:

Este acto, acto administrativo bilateral, lleva consigo para su validez, la coparticipación del individuo, que voluntariamente consiente en dar su trabajo de manera permanente a la Administración mediante una remuneración pecuniaria. Este acto, sería nulo si faltase tal participación individual.

Esta posición, es en último término, una solución intermedia de las otras dos anteriores. Ella dá al decir del Prof. Petrozziello «el justo relieve en la constitución de la relación a la voluntad individual, no reduciéndola a un simple presupuesto o condición para la práctica eficacia del acto emanado unilateralmente de la Administración pública».

En párrafos siguientes, sienta la tesis este autor de que el contrato *«supone la perfecta equivalencia jurídica de los dos sujetos en la constitución y desenvolvimiento de la relación»*, no siendo lícito sostener la existencia de un contrato por la coincidencia de dos consentimientos.

El acto bilateral, en un análisis minucioso, podría descomponerse en otros dos; de un lado el acto unilateral de la administración que designa a un individuo; por otro, el acto unilateral del individuo que acepta.

En este sentido, se expresan algunos autores como Santi Romano y Cino Vitta (1), pero no absolutamente. A título de información, puede recogerse la posición de otros autores que han tratado de explicar la naturaleza jurídica de esta relación, aplicando la teoría de los contratos o actos de adhesión. Y decimos contratos o actos, porque autores como Jèze, De Valles y Fernández de

---

(1) El primero en *Princ. di Dir. Amm. ital.* pág. 57; Vitta, en «*Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*», pág. 88 y sigts. Estos autores, citados por el Profesor Petrozziello, no se inclinan, especialmente el segundo, por estas tesis de una manera abierta y decidida; así puede comprobarse en el trabajo publicado en el *Nuevo Digesto italiano*, «*Impiegati pubblico*» por el Prof. C. Vitta, que citamos a lo largo de estas cuartillas.

Velasco, niegan su carácter contractual, que por el contrario, admiten los civilistas Colin y Capitant (*Droit Civil*, pág. 252, t. II, segunda edic. 1920).

Se caracterizan estos actos de adhesión porque una de las partes fija la norma, las cláusulas o reglamento de la situación jurídica que se pretende crear y la otra la acepta por adhesión, es decir mostrando su voluntad de hacer aquello que se dispone unilateralmente en la norma. (1)

De Valles, explica el fenómeno de la siguiente manera: «El tipo más calificado de acto complejo, según el cual se da la propia voluntad con el fin de alcanzar un efecto idéntico para todos, pero mediante un sistema de adhesión, en el cual por lo tanto a diferencia del contrato, no hay contraprestación de voluntades...» (Página 3, nota 13, de su obra).

El Prof. Fernández de Velasco, en los *Contratos Administrativos* (pág. 48), dice: «Es el caso del nombramiento de funcionario público; la voluntad interviene como factor esencial en el acto, y sin embargo no hay contrato». Es según parece, al sentir de este tratadista, el nombramiento de los funcionarios un acto de adhesión.

Creo, de no gran interés insistir cerca de este supuesto para explicar la naturaleza jurídica de la relación de empleo, sobre el cual no suelen detenerse los autores.

Así las cosas, inmediatamente surge la pregunta:Cuál de estas posiciones es más convincente; ¿qué construcción presenta un desarrollo más lógico y consecuente?

Como en tantas otras cuestiones debatidas en el campo del Derecho público, una afirmación absoluta, sería temeraria; nos encontramos ante una figura jurídica en la que aparecen una dualidad de elementos: uno de carácter reglamentario, que fija la Administración unilateralmente, otro determinado por el libre y vo-

---

(1) V. Desseux: «Les contrats d' adhesion», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1910, p. 503 y sigts

luntario concurso del particular, dualidad de elementos que existen en otras relaciones bilaterales entre la Administración y los particulares que con ella convienen. En este sentido, el Prof. Alvarez Gendín, (1) refiriéndose precisamente al estudio que sobre la concesión hace el señor García Oviedo, en el trabajo citado (Hacia la emancipación del Derecho Administrativo), concluye: «De aquí que genéricamente denominemos a esas relaciones jurídicas bilaterales, incluida la concesión, contratos de Derecho público». Claro está, que no hay que desconocer que, se han formulado numerosas objeciones contra la tesis contractual; se ha dicho, que la función pública está fuera del comercio; que no existe verdaderamente un documento formal; que las condiciones de empleo son fijadas unilateralmente; que la relación de empleo origina una situación permanente, no pasajera y efímera, etc. Estos argumentos en sentir de los autores no son lo suficientemente serios para dar contraste a la teoría contractual, y provienen en su mayor parte, de la visión privatística, de la relación de empleo. Desde luego, entre un contrato de Derecho civil, y la relación que surge entre el funcionario y el Estado, existen hondas diferencias; pero conviene tener en cuenta, al estudiar la tesis contractualista, que ésta al intentar explicar la relación de empleo, lo hace siempre, dentro del campo del Derecho público, refiriéndose a una especial construcción del contrato, o contratos de Derecho público; incluso, pudiera suprimirse la denominación de contrato, para borrar toda huella civilística que origine confusionismos, y aludir sencillamente a una «relación de Derecho público», que precisamente por su analogía con la teoría general de los contratos, se denomina comúnmente por los autores «contrato de Derecho público».

El Prof. García Oviedo, (2) afirma, que la tesis del contrato público, aplicado a la relación de empleo, se desvanece—a su parecer—por estas tres circunstancias: 1.—Por la fijación unilateral de

---

(1) Pág. 426, nota, de la obra citada.

(2) Hacia la emancipación del Derecho Administrativo, pág. 182.

las condiciones de empleo. 2.—Por el carácter jurídico del acto de nombramiento, y en tercer lugar, por la permanencia del cargo.

Con un mayor detalle y precisión, recogeremos, las principales objeciones opuestas a la tesis contractualista y su relativa efectividad.

Antes de entrar en el estudio concreto de estas principales tendencias, creo de singular importancia destacar el progresivo desarrollo técnico-administrativo, que nos ayudará a esclarecer cuestión como la presente ciertamente de no fácil solución. Sabemos, que en un principio, lo que se denominaba Derecho Administrativo, «no era sino un conjunto de reglas prietamente apoyadas en la corriente de la tradición, sin originalidad ni virtualidad propia» (García Oviedo, en el estudio citado, pág. 171). En definitiva, esta rama del Derecho no contaba con una técnica jurídica propia. Fue adquiriendo importancia paulatinamente a medida que, con la introducción del método jurídico en nuestro estudio, se fueron considerando las instituciones, las figuras jurídicas de esta ciencia, como objeto de una investigación particular. Este proceso, que al sentir del señor García Oviedo, inicia Laband en su obra «El derecho público del imperio alemán» y que continúa Otto Mayer dentro ya del campo del Derecho Administrativo, lleva consigo que se desliguen instituciones que antes se venían estudiando con un criterio exclusivamente privatístico, y de esta manera, poco a poco, fué construyéndose la ciencia del Derecho Administrativo, con una creciente autonomía y rigor científico.

El Prof. Alvarez Gendín, con referencia a esta visión privatística de los problemas del Derecho Administrativo, escriben en su obra «Los contratos públicos» (pág. 17): «La naturaleza del contrato administrativo es una de las cuestiones más debatidas en la moderna doctrina; pero creemos que no tardará mucho tiempo en que las divergencias vayan desapareciendo a medida que las ideas del Derecho privado que influyen en los negocios y en los actos jurídicos en orden a la Administración, vayan esfumándose hasta



perderse con la renovación de juristas que viven distanciados cada día más de la promulgación del Código de Napoleón».

Como puede fácilmente verse, a través de toda esta sencilla exposición, el problema que planteamos sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo, no se estudia desde un punto de vista netamente publicístico, prescindiendo de todo criterio de derecho privado. Partiendo de la construcción jurídica del contrato público—como una figura sustantiva, de Derecho público, en la que la Administración por razón del fin público se mueve en un plano de superioridad, de lo que se derivan importantes consecuencias prácticas—puede aceptarse la tesis contractual para explicar dicha relación de empleo.

Dentro de este cuadro general orientador y guía en medio de opiniones tan encontradas, por lo que respecta a la doctrina en nuestra Patria puede concluirse que los autores más conocidos, señores Gascón y Marín, Fernández de Velasco, García Oviedo, etcétera, siguen unánimemente la doctrina reglamentaria o legal.

El Prof. Royo Villanova, estima que la relación entre el funcionario y el Estado es de Derecho público, por lo que rechaza con la generalidad de los autores toda referencia al Derecho civil. Y al no admitir el contrato de Derecho público, niega por tanto el carácter contractual de la relación de empleo, pues la idea de contrato lleva consigo un matiz privado, y hace consistir en definitiva la repetida relación en una figura de Derecho público que no llega a calificar.

El Sr. Gascón y Marín por último, en su «Derecho administrativo», al referirse a las distintas posiciones doctrinales parece incluir al Sr. Fernández de Velasco como partidario de una doctrina intermedia entre la tesis reglamentaria y la contractual, posición ecléctica que no se observa con claridad en el referido autor, quien quizás más bien se inclina a la tesis estatutaria, legal, etc.

## ESPECIAL ANALISIS DE LAS PRINCIPALES DOCTRINAS

*Teorías civilísticas.*—Parten los autores dentro de esta corriente, en su mayoría, de que el nombramiento del funcionario se constituye por un contrato; con esta base, la doctrina se escinde al sentir del Prof. Petrozziello en dos direcciones, según que el objeto del contrato sea transferir un Derecho real o crear una obligación personal.

A su vez, dentro de estas dos ramas principales, se alude a diferentes figuras; así por ejemplo se habla de un Derecho real de usufructo, de una locación de cosas, una donación del príncipe, una concesión hereditaria, de una posesión o un derecho de propiedad.

Esta teoría del Derecho real para explicar la relación de empleo, pertenece como fácilmente puede intuirse al Derecho feudal, y por tanto, no tiene hoy valor doctrinal práctico.

En otro sentido, los autores que veían en la relación de empleo, una obligación personal, la referían o bien a la figura del mandato o la locación de obras y servicios. Unos creían encontrar en la relación de empleo los elementos constitutivos del mandato a saber: 1.—Manifestación de voluntad de las partes, la Administración y el individuo, con la aceptación de éste y el nombramiento de aquélla.

2.—Representación de la Administración por el funcionario.

3.—Poder de delegación, dentro del cual, obra el funcionario en el ejercicio de su misión.

4.—Obligaciones mutuas entre las partes.

Fácil es constatar, escribe, el Prof. Petrozziello (pág. LXIX ob. cit.) que en el empleo público esta figura del mandato la mayor parte de las veces no se encuentra.

Refiriéndonos a la tesis del arrendamiento de obras y servicios personales, hay que hacer constar que entre los tratadistas antiguos el funcionario profesional era considerado como un servidor privado del soberano. Y en este sentido, se veía un arrendamiento

o locación de servicios personales, venía en definitiva a equipararse al funcionario público con el trabajador, ya que ambos son «agentes que buscan los medios de su propia subsistencia prestando a otros su actividad», al decir del Prof. Pacinotti.

Creo, no es difícil observar la no validez de todas estas teorías que se agrupan bajo el epígrafe general de «Teorías civilísticas». El Derecho público, hemos visto, ha tenido un desarrollo grande y ha elaborado sus propias instituciones; en la relación del funcionario público con el Estado, se dan todas las características propias de una institución de Derecho público. Existe una relación, en la que uno de los sujetos es la Administración pública obrando desde un plano superior por razón del contenido de esa relación que es el interés general, la prestación de un servicio público.

Estas consideraciones y otras que pudieran recogerse entre los autores, ponen de manifiesto claramente el valor exacto de estas teorías.

*Teoría del acto unilateral o político.*—Por contraste con la doctrina expuesta, surge esta nueva corriente que se desenvuelve dentro de los límites del Derecho público y que puede sintetizarse en unas notas fundamentales, ya expuestas.

Son los tratadistas alemanes, Gönner, Gerber, Bluntschli, Stein, G. Meyer, Rönne, Törn, etc., quienes principalmente la desarrollan.

Supone, la negación de la voluntad individual y la validez total de la voluntad del Estado. Resulta inaceptable por no responder a la actual realidad jurídica, y tuvo su vigencia dentro de un régimen jurídico que conocemos con el nombre de «Estado policía o gendarme».

Según Gönner uno de los autores que formuló con más relieve esta doctrina, el Príncipe puede reclamar de sus súbditos la prestación de servicios necesarios, sin preocuparse de su consentimiento. El Príncipe, no contrata con sus súbditos en lo que concierne al servicio público, como no contrata cuando impone tributos. Servir al Estado es obedecer una orden.

Cree el citado autor italiano, que esta teoría encuentra su justificación en la Teoría del contrato Social de Rousseau y recoge el siguiente párrafo que se encuentra en el cap. II, pág. 4 del Contrato que dice: «Todos los servicios que un ciudadano puede prestar al Estado, los debe prestar inmediatamente que el Estado los solicite».

Cierto, que en circunstancias excepcionales el Estado puede exigir prestaciones obligatorias, pero no es lo normal en la actual organización del funcionario público.

*Teoría mixta* —Es una concepción intermedia entre las ya enunciadas. Se ha denominado a la relación de empleo, dentro de esta corriente que recoge en su trabajo el Prof. Petrozziello, contrato *sui generis*, o contrato innominado.

Se ha querido ver, una dualidad de elementos en la relación que estudiamos: de Derecho público y Derecho privado.

Puede citarse a Giorgi (1) como seguidor de esta doctrina, el cual escribe aludiendo a esta mixtificación de elementos: «No se puede decir, propiamente, donde termina el uno ya comienza el otro; porque si el tratamiento es materia de Derecho privado, no cesa de depender de la naturaleza, duración y condiciones del oficio, cosas todas de Derecho público (pág. 394, tomo I, ob. cit.)»

Puede considerarse un poco forzada esta construcción, que al decir de Mayer «esta mixtificación de elementos hace revivir la noción de las instituciones jurídicas mixtas, que se presentaban natural y frecuentemente en un régimen de policía, cuando en un solo y mismo acto el Estado podía presentarse al mismo tiempo frente al súbdito con la doble personalidad de autoridad y de fisco».

Nuestras instituciones son ordinariamente de naturaleza uniforme, o de Derecho público o de Derecho privado.

En esta corriente, recoge el Prof. Petrozziello finalmente, aquella teoría que no encuentra en la relación de empleo, elementos de

---

(1) Giorgi: La doctrina delle persone giuridiche. Tomo I, pág. 391; tomo II, pág. 464.

derecho público y privado, pero sí atribuye una naturaleza jurídica distinta según sea la actividad que desarrolle el funcionario. Esta posición la encontramos en dos autores franceses Nézard (*Theorie juridique de la fonction publique*, págs. 284, 345, 460, 476, 564, 575-77, 552-54, etc.) y Berthelemy (*Traité de droit adm.* 10 edic. París, 1923, pág. 48), que cita el Prof. Petrozziello, y en general en los manuales o tratados de Derecho administrativo, al exponer las distintas corrientes doctrinales (1).

Dentro de la categoría general de funcionario, hay que distinguir al funcionario que realiza una función de autoridad o una función de gestión. Según sea la función, la naturaleza jurídica de empleo sería o bien de Derecho público o de Derecho privado; es decir, cuando el Estado actúe con imperio y autoridad nos encontraríamos con una figura de naturaleza pública, regulada por el Derecho público, por el contrario la relación de empleo vendría regulada por el Derecho privado, caso de que el Estado actuase como persona jurídica de Derecho privado.

Ordinariamente también es rechazada esta teoría entre los tratadistas (2).

Después de esta somera referencia a las teorías que aparte de su valor histórico, e indudablemente instructivo para la mejor comprensión de la evolución doctrinal sobre la materia que tratamos en estas cuartillas, fijémonos a continuación en las teorías que podemos decir tienen una indudable vigencia, ya que en ellas se inspira la legislación positiva de los Estados.

*Doctrina reglamentaria, estatutaria o legal.*—Llamada también del acto unilateral condicionado, y aceptada por un sin número de autores, intenta explicar la naturaleza jurídica de la situación del funcionario público como determinada unilateralmente por la ley, o re-

---

(1) En Italia, Meucci; suscribe esta tesis. V. Istituz, di Dir. Amm. 6 edición, páginas 189, 200-201.

(1) Para más detalles puede consultarse el trabajo del Prof. Petrozziello, cit.; pág. LXXXV y sigts.

glamentos, en el sentido de que la autoridad legislativa fija los derechos y deberes del funcionario por vía *unilateral, general e impersonal*.

Desarrollamos para una mejor comprensión de esta tesis, el pensamiento de dos de sus más genuinos representantes, los Profesores Roger Bonnard y Gastón Jèze.

El Prof. Bonnard, (pág. 367, ob. cit.) deduce de esta situación, las siguientes consecuencias: 1.—La situación del funcionario es uniforme para cada categoría de funcionarios. 2.—El funcionario no puede pedir la modificación de esta situación más que en la medida en que los ciudadanos pueden solicitar la modificación de una ley o reglamento. 3.—Esta situación, este *status*, puede ser modificado en todo momento sin consentimiento del funcionario por la autoridad legislativa o reglamentaria que la ha establecido. «Esta tercera consecuencia, añade, es o constituye la razón práctica fundamental de la situación legal o reglamentaria».

A la vista, por una parte de esta tercera conclusión a la que llega el Prof. Bonnard, y de otra, de algunos preceptos que regulan al funcionariado en el sistema positivo patrio, parece relativamente aceptable esta posición, y sería pueril y temerario rechazarla con la mera afirmación de que no es adecuada para explicar la naturaleza jurídica de la relación de empleo; aunque en este mundo, como todo es susceptible de modificación y perfeccionamiento, yo estimo modestamente que la afirmación absoluta que hacen algunos de estos autores, tal por ejemplo, el Profesor Bonnard, en pro de la tesis reglamentaria, negando radicalmente todo carácter contractual, es inexacta por unilateral e incompleta.

Resultaría interesante, un estudio exclusivamente dedicado al análisis de esta doctrina; los límites impuestos a estas cuartillas impiden hacer un examen completo de la tesis en cuestión, su origen, desarrollo, etc.; por otra parte, la bibliografía entre los tratadistas franceses no escasea, lo que invita y llama más para este estudio.

Veamos con un poco de detenimiento el desarrollo de esta concepción de la relación de empleo.

Esta tercera consecuencia a la que se refiere Bonnard, según él «constituye la razón práctica fundamental de la situación legal o reglamentaria», no es una objeción muy sólida, por cuanto que la modificación unilateral por parte de la administración de las condiciones de empleo, como ocurriría en las condiciones de cualquier otro contrato administrativo, no supone la negación del carácter contractual, ya que precisamente una de las características de estos contratos, es la subordinación al fin público que se persigue, de los mismos.

El mismo Prof. Bonnard, no excluye la posibilidad de que teóricamente pueda estar el funcionario en una situación individual contractual; lo que sí sostiene terminantemente es que la situación del empleado, en el Derecho positivo francés es legal o reglamentaria; este criterio también es sostenido como veremos a continuación por el Prof. Jèze en su obra: *Los contratos administrativos*.

¿En qué sentido para el Prof. Bonnard la situación jurídica del funcionario es reglamentaria o legal? El mismo responde a la pregunta: «El buen funcionamiento de los servicios públicos exige que la administración pueda en todo momento modificar las condiciones de los mismos» y, en este sentido, añade, es la situación del funcionario legal, o reglamentaria.

El mismo Consejo de Estado que en jurisprudencia constante y numerosa consagra la tesis de la situación reglamentaria, pese a todo, no abandona la idea del Contrato de Derecho público; así en sentencias de 5 de mayo de 1911 y mayo de 1922, etc. A este respecto, el autor citado confiesa «que después de esta teoría del contrato de Derecho público que consagra la Jurisprudencia del Consejo de Estado, habría en el acto de nombramiento del funcionario un verdadero contrato. Solamente que sería de una naturaleza especial: Contrato de Derecho público».

Ante tal interpretación que va contra la doctrina sustentada por estos autores, Bonnard, con Jèze, y otros objetan: «decir que

hay contrato en este pretendido contrato de Derecho público es emplear la palabra contrato en un sentido completamente cambiado. Una de las cosas esenciales del contrato es la creación de una cierta situación jurídica individual—extremo en el que también fundamenta su tesis el Prof. Jèze—, pero en el contrato de Derecho público no hay ninguna creación de este género. El acto sale de la categoría de los contratos para entrar en el de acto-condición». En definitiva, reconocen en el nombramiento del funcionario un acuerdo bilateral de voluntad por el cual se aplica un *status* legal, reglamentario, general e impersonal, y niegan que este acuerdo tenga por objeto la creación de una situación jurídica individual. Este *status* legal o reglamentario del funcionario se refiere a la situación del funcionario establecida por una ley o un reglamento; suele estudiarse por los autores las ventajas e inconvenientes de ambos, soliendo inclinarse la opinión hacia el *status* reglamentario que ofrece menos dificultades para su realización; en este sentido se expresa Bonnard. (Pág. 370 de su Précis).

El Prof. Jèze entre la gran variedad de contratos administrativos, incluye el contrato de prestaciones de servicios personales (pág. 180 de la obra «Les contrats administratifs», y sigts.).

Parte del concepto de contrato que ha de reunir las siguientes condiciones según él: 1. Acuerdo de voluntad entre la administración y el particular; 2. El acuerdo tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicios personales, mediante una remuneración; 3. La prestación a realizar por el individuo está destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público; 4. Las partes se someten a un régimen especial de Derecho público.

¿A la vista de estas cuatro condiciones de los contratos administrativos, sería desacertado considerar la relación de empleo como un contrato de tal naturaleza? Yo creo, sencillamente, que no.

Por otra parte, esta tesis de los contratos administrativos que se ha venido abriendo paso en la doctrina francesa después de una jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, no sin ciertas va-



cilaciones, en ocasiones, por parte de la misma jurisprudencia citada, conviene notar que es rechazada por autores de indiscutible autoridad, (Duguit, *Droit constitutionnel*, seg. edic. 1923, pág. 43) (Hauriou, *Précis de Droit administratif*, 9 edic. pág. 905), si bien como indica el mismo Jèze, este último se acerca más a la tesis sustentada por el Consejo de Estado.

Se pregunta a continuación Jèze (Pág. 180 y sigts.), si es preciso considerar como un contrato administrativo todo acuerdo de voluntad entre la administración y los individuos que colaboran personalmente en la gestión de los servicios públicos.

Señala tres supuestos; el primero, constituido por los funcionarios públicos propiamente dichos, aquellos que hacen de su empleo un algo permanente, normal y ordinario; en estos funcionarios no hay contrato.

Un segundo grupo de individuos, que sin ser funcionarios, colaboran para el servicio público permanentemente; la relación es contractual.

Finalmente, aquellos individuos que no colaboran en los servicios públicos más que de una manera accidental, la relación es contractual, pero se trata no de un contrato administrativo sino de un contrato de derecho privado.

En la sentencia del Consejo de Estado de 7 de agosto de 1909, el Comisario del Gobierno Mr. Tardieu (citado por el Prof. Gaston Jèze), describe detalladamente la situación en que se encuentra el funcionario, parte de cuyo razonamiento copiamos por ser a nuestro juicio de interés:

«A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, las partes no tratan en un pie de igualdad. El Estado fija unilateralmente y en vista de un mejor funcionamiento del servicio público, las diversas clases de contratos. El determina solo, sin discusión y sin acuerdo posible, con los candidatos a funcionarios los deberes y obligaciones que se impone a cada agente... «No solamente fija el Estado las condiciones, sino que aún se reserva el derecho de modificarlas en el curso de la ejecución; en fin, él queda siempre en

libertad de suprimir el servicio y por consiguiente el empleo. Este es el acuerdo de voluntades que se produce luego del nombramiento aceptado por el funcionario, acuerdo generador de obligaciones recíprocas, que constituyen lo que se llama el contrato de función pública». Hasta aquí Mr. Tardieu, citado por Jèze (Página 184, nota 1 de *Les contrats administratifs*). A juicio del Prof. Jèze, Mr. Tardieu ignora la enorme diferencia que existe entre la idea de contrato y la situación jurídica legal en que se encuentra el funcionario y que tan exactamente describe.

Pero cual es en definitiva la idea de contrato, para que el Profesor Jèze la considere tan lejos de la situación en la que se halla el funcionario?

La Administración que se caracteriza por su dinamicidad, necesita para el cumplimiento de sus fines la realización de obras o la prestación de servicios; el contrato público supone un medio de colaboración voluntaria de la Administración con los particulares, y se caracteriza por las siguientes condiciones:

1. Acuerdo de voluntad bilateral, dirigido a producir determinados efectos jurídicos;
2. Situación privilegiada de una de las partes, en razón del fin público que se persigue, y
3. Creación de una determinada situación jurídica individual.

Los partidarios de la doctrina reglamentaria, si en principio admiten esta clase de contratos, no lo hacen íntegramente, en el sentido por ejemplo del Prof. argentino Bielsa, y en general de los seguidores de la tesis contractual para calificar y determinar a la relación de empleo; así observamos, que una de las objeciones que oponen a la tesis contractual, es la fijación unilateral de las condiciones de empleo y la posibilidad de su modificación por la Administración cuando así lo requieran las necesidades del servicio, cuando en virtud de lo que constituye uno de los presupuestos del contrato de derecho público, la posibilidad y conveniencia de modificar esas condiciones por razones de utilidad pública o interés general, puede admitirse lo que supone un serio reparo para algunos tratadistas que echa por tierra la tesis contractual.

Así mismo, no parece absolutamente cierto que en la relación de empleo no existe creación de una cierta situación jurídica individual; cierto, que al nombrar un funcionario se aplica un *status* reglamentario o legal, lo que no quiere decir que al aceptar esa designación el funcionario público para ocupar un puesto en los cuadros permanentes de la administración, no aparezca una situación jurídica individual, no solo general e impersonal.

Muchos son, ciertamente, los tratadistas que siguen esta doctrina; ya se ha hecho referencia a ello. Con todo, autores contemporáneos hay, que consideran esta doctrina como insuficiente para explicar convenientemente la efectiva y real constitución de la relación de empleo, en cuanto que desconoce o prescinde de la voluntad individual. «Considerar, escribe Petrozziello, el nombramiento en su sustancia y forma como un acto emanado unilateralmente de la administración y reducir la voluntad individual a un mero supuesto condicional, no es jurídicamente satisfactorio y contrasta con la realidad».

Se añade, que en el fondo de esta doctrina se encuentran reminiscencias del poder coercitivo de la administración, y recuerda la llamada teoría política ya expuesta. Dada la natural evolución de los regímenes políticos, y dentro de un Estado que voluntariamente se somete a unas normas, Estado de derecho, creo no es desacertado la admisión de la tesis contractualista, siendo por el contrario temeraria la tesis del acto unilateral.

*La doctrina contractual de Derecho público.*—A lo largo de este trabajo, queda patente bien a las claras, cual es la posición, el punto de vista de los seguidores de esta tendencia.

Parten del concepto de contrato público, «una de las cuestiones más debatidas en la moderna doctrina», al decir del Prof. Alvarez Gendín (Pág. 17, «Los contratos públicos»). Según lo que entendamos por contrato público, así será la postura que adoptemos respecto a la relación de empleo, ya que admitidas las premisas, no es menos lógico aceptar las conclusiones.

Sin tratar de profundizar en las cuestiones que nos llevaría



muy lejos, aludiremos esquemáticamente a ella, para mejor comprensión de la doctrina contractualista.

Muchas son las definiciones que se han dado; el Prof. Bielsa, entiende por contrato, «la convención que el Estado obrando como sujeto de derecho público realiza con otro sujeto. En él deben concurrir como garantías esenciales: a) uno de los sujetos es la administración pública obrando como tal; b) el objeto del contrato es una prestación de utilidad».

El Prof. Ferraris, escribe (1): «Aparece el contrato de derecho público siempre que una persona administrativa obrando como tal en razón de la personalidad privada o pública que le pertenece, ejercita un acto de imperio determinado o decreta unilateralmente la norma en cuya virtud, para satisfacer una necesidad general, una persona física o moral debiera hacer una prestación de cosas o servicios quedando comprometida a ello y dando su consentimiento a cambio de prestaciones o ventajas dispensadas por la Administración».

Admiten también este contrato Laband, Borsi, Yorodzu Oda, Laferrière, Stengel, Cino Vitta, etc., cuyas citas omitimos para no alargar este estudio, remitiéndonos a los trabajos que con carácter monográfico se han escrito sobre la materia.

De otro lado, niegan el carácter contractual del «Contrato público», autores como, Otto Mayer quien afirma: El contrato de derecho público no es un verdadero contrato. En éste se presupone la igualdad jurídica de las partes que no se dá en el de Derecho público; el contrato de Derecho público se aproxima a la requisición». (En «Theorie des franzosisches Verwaltungsrecht, páginas 291-93); el mismo Duguit, citado por el Prof. Jèze como hemos referido; entre nosotros el Prof. Royo Villanova que se le hace perder su carácter privado, etc.

Es un intento de sistematizar las posiciones personales de los distintos tratadistas podemos afirmar:

---

(1) Diritto Amministrativo, t. I. pág. 252. 1922.

Hay un primer grupo, que considera idéntico el contrato administrativo y el contrato de Derecho civil; es decir, esencialmente el contrato era una figura única, dándose diferencias secundarias entre los contratos administrativos y los civiles. Esta posición hoy insostenible, fué propia de los autores de principios de siglo. Un segundo grupo que, dadas las especiales circunstancias del sujeto, el interés general, etc., aunque con la misma naturaleza jurídica supone al contrato administrativo público como un caso especial del contrato civil.

Y finalmente, los autores que consideran al contrato administrativo como una figura jurídica de Derecho público, plenamente desligada del Derecho privado, con características propias.

De todo lo dicho acerca del contrato público, bien puede deducirse que de la solución que demos a este problema, dependerá la concepción de la naturaleza jurídica de la relación del funcionario con el Estado.

Así por ejemplo el ya citado Prof. Bielsa, refiriéndose a la posición de los tratadistas franceses escribe:

«Contra esta opinión —la contractualista de Derecho público— se ha arguido que solo hay una situación reglamentaria y no contractual, opinión que prevalece en Francia y a cuya cabeza figura Berthelemy.»

«El argumento me parece simplista y falso; él se funda principalmente en que el Estado fija unilateralmente las condiciones del empleo o función, impone las relativas obligaciones y las modifica a su voluntad; el empleado o funcionario por su parte—agrega—, las acepta sin discusión. Bien, pero esto ocurre en numerosos contratos y especialmente en los llamados de adhesión; v. gr. los de transportes que efectúan las empresas o concesionarios de servicios públicos.»

«Pero vamos a la esfera del Estado y aprovechemos como ejemplo el contrato de obras públicas. En él el Estado también fija unilateralmente, en el pliego de condiciones, las obligaciones de contratista. Este por su parte, se presenta en virtud de la licita-

ción, a un concurso sustancialmente igual a la concurrencia de los postulantes al empleo público. Y ya en la ejecución del contrato de la obra pública (en marcha) el estado puede también modificar unilateralmente las obligaciones relativas a la naturaleza de la prestación de la obra (de acuerdo con la extensión dada por la ley) como puede el órgano administrativo modificar circunstancialmente las obligaciones del funcionario durante el desempeño de su cargo (son situaciones en el fondo idénticas) (Algunas ideas directrices sobre el estudio de nuestro derecho administrativo, pág. 14).

Establece como vemos un parangón entre el contrato de obras públicas y la relación de empleo que considera como vimos «un contrato de Derecho público», similar al de obras públicas.

Otro de los autores que sostienen esta tesis contractual de Derecho público, es el Prof. Alvarez Gendín, quien en su trabajo «Los contratos públicos» (Pág. 165 y sigts.), expone una idea general de la doctrina del contrato público aplicable al empleo público permanente, calificando a esta relación de un «contrato de locación de servicios», denominación de sabor tradicional romano.

Estima que en el contrato de locación de servicios, hay por un lado una reglamentación y por otro un consentimiento del funcionario que acudió a un concurso o a una oposición, nunca una sumisión a un acto administrativo (pág. 166).

En lo contractual añade, no solo hay bilateralidad de obligaciones sino consentimiento mutuo, caracteres ambos específicos de todo contrato, público o privado.

Muestra su disconformidad con algunas opiniones expuestas por tratadistas, así por ejemplo el Prof. Fernández de Velasco, según el cual las normas jurídicas que originan la situación del funcionario pueden estimarse de carácter reglamentario y en tal sentido contractuales de Derecho administrativo, a lo que añade el Sr. A. Gendín, que si son contractuales no pueden ser reglamentarias, pues todo contrato, como hemos visto, implica consentimiento. Así mismo, al argumento que presenta el Prof. García Oviedo (Hacia la emancipación del Derecho administrativo, pág. 183), según el

cual la modificación de circunstancias por vía unilateral destruye la naturaleza contractual de esta relación de empleo, responde el citado autor (Sr. A. Gendín, pág. 168) que «si se admiten alteraciones de condiciones relativas al funcionamiento del servicio, no pueden en cambio admitirse en las relaciones económicas reglamentadas *a priori* y aceptadas que fueron por el funcionario».

En otro lugar (La concesión y el contrato de Derecho público, pág. 426 y sigts.), y refiriéndose precisamente a esta modificación unilateral de condiciones, en relación con el trabajo del Sr. Fernández de Velasco: *Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual*, escribe:

«Este punto de vista de los autores modernos procede de ver en los contratos como una relación jurídica que crea derechos subjetivos invulnerables, siendo susceptibles de modificación las condiciones estipuladas en la concesión por voluntad unilateral de la administración». (pág. 426, nota).

En definitiva, este autor llega a la siguiente conclusión: «El funcionario adquirió por contrato la propiedad del cargo que podrá reglamentarse libremente por la entidad administrativa», y califica a este contrato como decimos de «locación de servicios»; esta denominación nos recuerda aquellas cuatro figuras contractuales del derecho romano: el contrato de venta, la *locatio*, el mandato y la sociedad. La *locatio rei* y la *locatio conductio operum*, ésta última, equivalente a la prestación de servicios. (Derecho romano, Arias Ramos, pág. 373 y sigts.)

De todo lo dicho se infiere, que la posición de los autores de éste tercer grupo, en lo que a la relación de empleo se refiere, supone la aceptación sin ningún género de dudas del contrato de locación o prestación de servicios, como figura jurídica de Derecho público. En este contrato, encontramos un aspecto reglamentario o legal y otro contractual; admitir solamente el primero, negando el segundo, nos llevaría a una visión unilateral del problema que estudiamos.

Esta posición que me parece la más convincente a la vista del

proceso seguido en la designación del funcionario y aceptación del nombramiento por el mismo, por encuadrar perfectamente dentro de esa institución jurídica que denominamos contrato público, y lleva consigo por una parte el reconocimiento del aspecto reglamentario de la relación de empleo con un carácter más acusado si cabe que en otros contratos públicos y por otra la afirmación del carácter contractual, constituyendo en definitiva un contrato que podemos calificar de *prestación de servicios*.

Han sido, como en tantas otras cosas, los autores germanos los que quizás más profundamente hayan construido esta doctrina. El Prof. Rhem, en el trabajo que publica en los *Annalen des deutschen Reichs* (1884, pág. 679 y sigts.) intitulado *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschen Staatsrecht* (La naturaleza jurídica del servicio público según el derecho público alemán) cita a los autores Schmitthenner, Mohl, Seydel, Stengel, E. Loning, Gareis y Gaupp. (1).

Por lo visto, es fácil constatar que esta tendencia doctrinal, considera frente a la tesis del acto unilateral condicionado que la relación de empleo se crea mediante un proceso bilateral, sinalagmático.

Observemos con detalle una afirmación que hace el Prof. Petrozziello, al referirse a la teoría contractual. El punto de partida, dice, está en que la noción de contrato es una forma jurídica general, la cual no es propia y exclusiva del derecho privado. Añade, que en la relación de empleo, se encuentran los mismos elementos constitutivos del contrato civil, a saber: Libre consentimiento de las partes; capacidad para contratar y finalmente, objeto de comercio o hecho lícito.

En las anteriores líneas, resalta un hecho: la identificación de los elementos constitutivos del contrato civil con los elementos del contrato público; lo cual, en realidad no es exacto, como se ha

---

(1) El Prof. Petrozziello, nos remite para una más reciente indicación bibliográfica a la obra de W. Jellinek, ya citada, pág. 344.



puesto de manifiesto. Podrá haber en la noción de contrato una forma jurídica general común tanto para los contratos de derecho público como los de derecho privado, pero lo que es notorio, es la autonomía del contrato de Derecho público, con características especiales, contrato de derecho público, que como creo haber dicho, pudiera incluso no denominarse contrato para evitar confusionismos y aludir a «relación de Derecho público» sencillamente.

En la relación de empleo, hay en definitiva no una subordinación de voluntades, sinó una coordinación de las mismas.

La doctrina italiana, al igual que la francesa, no se han mostrado excesivamente propensas a acoger esta figura jurídica. Recordemos los nombres de Forti (1), Ferraris (2) y Borsi (3).

Para poner punto final a la teoría contractualista, recogemos las cuatro fundamentales objeciones opuestas a esta doctrina; dificultades que no entrañan la invalidez de la misma, pues todas ellas tienen réplica (4).

Consiste la primera en que no puede haber acuerdo de voluntad y por consiguiente contrato, cuando la voluntad de la Administración pública actúa en un plano superior.

A esto, puede contestarse, que si bien en ocasiones la voluntad de este público se presenta en un plano de superioridad, en el caso de la relación de empleo, esta superioridad no es tan absoluta que anule el carácter contractual; por otra parte, esta superioridad de la Administración en la contratación pública es característica motivada por el fin público que se persigue.

Otra dificultad se funda en que las condiciones de empleo se determinan unilateralmente por las leyes y reglamentos, sin dejar

---

(1) Forti: *Nozione giuridica delle concessioni amministrative*, C. III, en *Giur. ital.* 1900, IV, pág. 392 y sigts.

(2) Ferraris: *Dir. Amm.* I, pág. 252.

(3) Borsi: *Il rapporto d'impiego nella Società delle Nazioni*, en *Riv. di Dir. intern.* 1923, pág. 261-293; especialmente en los números 3, 4, 5, 6 y 16. También en *La contrattualità del rapporto d'impiego pubblico...*, pág. 8 y sigts.

(4) Cino Vitta, en *Nuevo Digesto Italiano*, pág. 795.

margen alguno a la voluntad individual. Esto mismo, se contesta, ocurre en el Derecho privado, en el cual encontramos contratos cuyo contenido es fijado por una de las partes, quedando a la otra, la facultad de aceptarlo o rechazarlo.

También se dice, y es la tercera objeción que el contrato de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil debe tener por objeto una cosa que está dentro del comercio, lo que no se dá en la relación de empleo, puesto que la función pública está fuera del comercio. Si así sucede en el Derecho civil, con el objeto de los contratos, al pasar al Derecho público, la contratación no se rige por las normas de aquél, no siendo necesaria esta condición.

Finalmente, es posiblemente la más grave objeción, se dice que no solo el contenido de la relación es fijado unilateralmente por la administración pública, sino que a través de toda la vida jurídica de la relación tiene un influjo decisivo la voluntad del ente público, pudiendo variar igualmente unilateralmente este contenido.

Esta objeción, añade el Prof. Cino Vitta, no queda sin contestación, ya que algunos juristas han puesto de manifiesto que en ciertas relaciones de Derecho privado de índole contractual, existe también una cierta superioridad de una de las partes.

Es precisamente esta objeción, la que ha motivado la formulación de la teoría del acto bilateral, con la que se trata de salvar las dificultades que presentan las teorías ya enunciadas del acto unilateral y la contractual de Derecho público.

*Teoría del acto bilateral.*—Supone, la creación de una nueva figura jurídica, el acto bilateral. Con ella, se mantiene por una parte la eficacia de la voluntad individual en la relación de empleo; y al mismo tiempo, no se desconoce la indudable superioridad de la administración, pues, la declaración de voluntad de la misma lleva consigo las características de todo acto administrativo.

Esta doctrina, que tiene el mérito indudable de la originalidad, y que trata de resolver el problema que planteamos mediante una solución ecléctica, intermedia, tiene el defecto «de introducir para

la resolución de nuestra cuestión, una tercera figura de actos entre los contratos y los actos unilaterales que es desconocida en otros campos jurídicos y que por eso se adapta mal para una inserción en la teoría general del derecho», escribe el Prof. Cino Vitta.

Con todo, bien está en tenerla en cuenta, ya que esta construcción, pudiera en ocasiones adaptarse perfectamente a una determinada realidad de la vida jurídica.

*Conclusiones.*— Para terminar estas cuartillas escritas sin más pretensión, no se si lograda, de fijar sucintamente la posición del problema, recogiendo todas las teorías que se han formulado, y que puedan, quizás, servir (D.m), de base para un más razonado estudio, quiero sentar unas observaciones que estimamos muy necesarias para la mejor inteligencia de la cuestión, que presenta como se ha visto un indudable interés doctrinal y no pequeñas dificultades para su solución.

En principio ha de tenerse muy en cuenta, que dada la complejidad de la vida administrativa, un esquema único en ocasiones sería insuficiente para la completa y satisfactoria solución del problema.

De otra parte, estas teorías hoy predominantes, no son tan absolutas que se excluyan de manera que constituyan categorías netamente distintas y diferenciadas.

En este sentido, el tantas veces citado, Prof. Patrozzello, intenta establecer a modo de solución ecléctica, tres supuestos en los cuales según la mayor o menor intervención de la voluntad del Estado individuo en la relación de empleo, darían lugar a una de las tres teorías.

Pese a todo, estimamos mas convincente la teoría contractual de Derecho público, lo cual creemos se irá abriendo paso en la doctrina y recogiéndose en la legislación positiva, como observamos se ha hecho en Francia e Italia en donde se señalan supuestos de

carácter contractual de Derecho público en determinadas relaciones de empleo.

Por último como entendemos es cosa absurda toda radical oposición entre la teoría y la práctica, la doctrina y la jurisprudencia, ya que el Derecho es un arte para la vida, arte de lo bueno y de lo justo, esperamos (D.m.) completar este trabajo con una segunda parte donde se estudie con detalle los principios en que se inspira la legislación Patria y la doctrina sentada por nuestra Jurisprudencia.

Oviedo, 19 de marzo de 1948, festividad de San José.

# NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION ENTRE EL FUNCIONARIO PUBLICO Y EL ESTADO

SINTESIS DE LA EVOLUCION DOCTRINAL DEL PROBLEMA (1)

<b>DOCTRINAS HISTORICAS</b>	En el campo del Derecho Privado.	{ Doctrinas civilísticas	{ La relación de empleo como un derecho real (Criterio do- minante en el D.º feudal).	{ Precario. Donación del Príncipe. Sucesión hereditaria. Posesión. Propiedad, etc,
	Posición-intermedia.	{ Doctrina mixta.	{ Ve en la relación de empleo una dualidad de elementos: de Derecho Público y de Dere- cho Privado.	{ Acto unilateral + con- trato de Derecho Pú- blico.
<b>TENDENCIAS DOMINANTES</b>	{ Todas en el campo del Derecho Público.	{ Teoría del acto unilateral condicionado, (Tratadistas franceses e italianos).	{ Especial posición de Nézard y Berthelemg.	
		{ Teoría del acto bilateral (W. Jellinek y M. Petroz- ziello).		

(1) A manera de resumen recogemos todo lo expuesto, siguiendo fundamentalmente al hacer esta clasificación al Prof. Petrozziello, en la ob. cit