

JURISPRUDENCIA LABORAL EN MATERIA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

(Por su especial interés ofrecemos dos comentarios a dos sentencias del Tribunal Supremo: una de la Sala de lo Social, y otra de la Sala de lo Contencioso, ambas relativas a funcionarios públicos. Estos comentarios forman parte del ejercicio de examen del Curso monográfico «La materia contenciosa laboral; extensión y límites de la jurisdicción de trabajo», correspondiente al Doctorado de la Facultad de Derecho de Madrid, 1967-68, a cargo del profesor MANUEL ALONSO OLEA, catedrático de Derecho del trabajo de la Universidad Central.)

Los conflictos promovidos por funcionarios públicos quedan sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa. El capítulo IV de la ley reguladora de dicha jurisdicción (LJC) de 27 de diciembre de 1956 —artículos 113 a 117 inclusive— se refiere expresamente al procedimiento en materia de personal. El artículo 113 de la misma ley establece que «los recursos contencioso-administrativos que tuvieren por objeto actos que se refieran a cuestiones de personal, que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles, se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en el capítulo primero de este título, con las especialidades señaladas en los artículos siguientes». Sin entrar a analizar los problemas terminológicos que dicho precepto entraña («cuestiones de personal», «empleados públicos»), es claro que los asuntos relativos a funcionarios públicos deben ventilarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que la relación jurídica que liga al funcionario con la Administración no se rige por los preceptos del Texto Refundido de la ley de Contrato de Trabajo (LCT) de 26 de enero de 1944.

La LCT excluye de su normativa a los funcionarios públicos, «que se regirán por su legislación especial» (art. 8.º). La exclusión no significa que los funcionarios públicos no sean «trabajadores». En todo caso, pudiera pensarse que los funcionarios públicos son trabajadores que se «incorporan» a la Administración pública, a través de un título jurídico distinto del contrato de trabajo. En efecto, la relación funcional deriva exclusivamente de su situación legal y reglamentaria, regulada por el Derecho administrativo, y sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa, de suerte que las pretensiones formuladas frente a la Administración por los funcionarios públicos no pueden ser conocidas por la jurisdicción especial de trabajo por no plan

tearse con ocasión de un contrato de trabajo, único elemento esencial determinante de esta jurisdicción.

Cierto que la realidad ofrece numerosas situaciones próximas a las que constituyen el *status* funcional, que sin responder a los caracteres específicos de dicho *status* se moldean en base a la prestación de determinados servicios, que también pueden ser calificados o incluidos dentro del ámbito de la «función pública». En unos casos, de las pretensiones formuladas por quienes en tales situaciones se encuentran, puede llegar a conocer la jurisdicción contencioso-administrativa. En otros supuestos, la prestación de los servicios obedece a un título jurídico que no es dado asimilar al *status* de los funcionarios públicos. El problema surge entonces, a efectos jurisdiccionales, respecto al grupo de personas que prestan estos servicios de carácter administrativo.

Cabría pensar que al no quedar excluidas de la normativa de la LCT (art. 8.º) no existe obstáculo alguno para entender que la prestación de tales servicios queda sometida a dicha ley. Para decidir este problema, conforme a la solución apuntada, bastaría partir del concepto de «funcionario» a efectos de excluir de la jurisdicción laboral a los funcionarios públicos y ampliar el ámbito de esta última a todas las demás personas que sin ostentar dicha condición presten servicios a la Administración pública.

La cuestión, sin embargo, no se ofrece con esta aparente sencillez. La definición del funcionario público resulta oscura y confusa, tanto en nuestra doctrina como en las esferas legal y jurisprudencial. Esta última, en términos casuísticos, ha venido atribuyendo de antiguo la cualidad de funcionario público a determinadas situaciones personales de prestación de servicios configurados de «función pública», en razón a supuestas afinidades o semejanzas con la relación funcional, pero que, en rigor, no ofrecen fundamento suficiente para inferir la condición de funcionario público.

Esa inconcreción del concepto de funcionario público en el orden jurisdiccional ha conducido a situaciones límites, e incluso a que se declarara incompetente la jurisdicción laboral para conocer de cuestiones promovidas ante ella por personas que sin ser funcionarios públicos, *strictu sensu*, prestaban servicios calificados como de función pública.

A continuación van a ser estudiadas dos sentencias del Tribunal Supremo: una de la Sala de lo Social y otra de la Sala de lo Contencioso, que ponen de manifiesto la problemática existente en torno al concepto de funcionario público.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE MARZO DE 1965
(Ref. Aranz.: 1.610)

En el primer considerando se hace referencia a los motivos del recurso, con objeto de calificar la relación mantenida por el demandante, al prestar sus servicios profesionales y técnicos en la Dirección General de Ganadería del Ministerio de Agricultura. El tratamiento de los temas propuestos quedaba, por tanto, *decisivamente condicionado por la calificación que merezca aquella relación jurídica, bien estimada como laboral, o bien sea entendida como necesario antecedente del desarrollo de una función para el servicio del Estado, en cumplimiento de sus propios y públicos fines y en beneficio de la comunidad.*

En el segundo considerando se alude a la «inatacada relación de hechos declarados». Como tales hechos se recogen los siguientes: que el demandante prestaba los servicios propios de su profesión de veterinario, en la realización de un servicio público; que fue nombrado o designado... previo concurso por la Dirección General de Ganadería; que recibía como remuneración... con cargo, sin duda, al Presupuesto General del Estado.

Seguidamente se infiere de los cuatro apartados que anteceden que «no es posible calificar la relación jurídica así creada como contrato de trabajo, en sentido estricto, regulado por la legislación laboral».

Ahora bien: es necesario advertir que ninguno de los cuatro apartados, lo mismo en su consideración aislada —*per se*— que estimados en su conjunto cierran el paso a la calificación rechazada en este segundo considerando.

De otra parte, resulta obligado poner de manifiesto que el admitir la calificación de contrato de trabajo no implica «violentar el texto legal» que se cita en el segundo considerando. Lo que, en principio, por quedar violentada no podría admitirse sería la apreciación que de dicha figura jurídica se hace a la vista del artículo 1.º de la LCT.

Es incuestionable que dicho precepto no contiene proposición alguna que obligue a una interpretación restrictiva del mismo, o que permita distinguir entre «contrato de trabajo en sentido estricto» —expresión que se utiliza en el segundo considerando— y contrato de trabajo en sentido «no estricto».

La doctrina emplea la denominación de contrato de trabajo para designar aquel *contrato en virtud del cual trabajador y empresario asumen las obligaciones recíprocas de cesión del trabajo y remuneración del trabajo cedido* (1).

El Tribunal Supremo, tras arbitrar en el segundo considerando de la sentencia una nueva fórmula definitoria, un tanto distante de la que se recoge el artículo 1.º de la LCT, llega a la conclusión de que la relación jurídica debatida responde a los caracteres de la relación funcional, no sin antes hacer singulares apreciaciones acerca de lo que «no estuvo en la mente del legislador» al formular una serie de

(1) MANUEL ALONSO OLEA, en *Introducción al Derecho del Trabajo*, Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1963, pág. 130. También, v. BAYÓN CHACÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. Marcial Pons, vol. I, 6.ª ed., pág. 282, y ALONSO GARCÍA: *Derecho del Trabajo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, pág. 33.

Por lo que se refiere a la doctrina extranjera: 1. ALEMANIA: HUECK-NIPERDEY definen el contrato de trabajo como el contrato en virtud del cual el trabajador está obligado a la prestación de trabajo, en servicio del empleador (v. en *Compendio de Derecho del Trabajo*, traducción de RODRÍGUEZ PIÑERO Y DE LA VILLA, Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1963, pág. 84); 2. FRANCIA: RIVERO-SAVATIER no definen el contrato de trabajo pero sí destacan ciertos rasgos o caracteres que le son propios, como la subordinación jurídica del asalariado (v. *Droit du travail*, París, 1966, pág. 280, colección «Puf»); CAMERLINCK-LYON CAEN, definen esta figura jurídica como la convención por la cual una persona se compromete a poner a disposición de otra su actividad, bajo subordinación y mediante una remuneración (v. *Droit du travail*, 2.ª ed., pág. 91, colección Dalloz); 3. ITALIA: V. SANTORO-PASARELLI: *Nociones de Derecho del trabajo*, traducción de FERNANDO SÁNCHEZ, en colección Est. de Trab. y Prev., IEP, Madrid, 1963, páginas 101 y sigs.).

consideraciones en torno a la función pública, a la «disciplina» y orden jerárquico de la Administración, y a que la Administración no puede tener el concepto de empresario que la norma exige para calificar de laboral la relación creada, pues ni obra como ente titular de un patrimonio, ni encomienda por precio o salario la ejecución de una determinada obra o servicio que debe realizarse directamente o por administración, según previene el tercer párrafo del artículo 5.º de la citada LCT (2).

Sin embargo, no parece que de dichas consideraciones y tampoco de la «inatcada» relación de hechos probados sea dado inferir, con estricto rigor lógico, que los trabajos encomendados al actor habían, necesariamente, de merecer la calificación de «función pública» y, en consecuencia, tuviera que atribuirse al mismo la condición de funcionario público.

La alusión que hace el segundo considerando a las condiciones de independencia en que el actor realizaba sus trabajos tampoco resulta suficientemente demostrativa de su condición de funcionario público. El ejercicio de la función pública no elimina la nota de «dependencia» y, precisamente, el hecho de que el demandante prestase sus servicios con la categoría de técnico de 2.ª clase, pone de relieve que las realizaba con subordinación y dependencia jerárquicas. Esta misma nota de dependencia serviría, por lo demás, para calificar la relación jurídica como de contrato de trabajo, habida cuenta que, a la vista de los antecedentes consignados en la sentencia, no es posible atribuir la condición de funcionario público al demandante. Tampoco cabe calificar la función realizada por el actor como servicio público (3).

Pero, acaso, sea el tercer considerando donde se aprecia con rasgos más destacados que la argumentación utilizada en la sentencia que se comenta no es apodíctica. En efecto, el demandante fue designado para el ejercicio de una misión veterinaria; como técnico de 2.ª clase fue destinado al Servicio de «Campañas de Saneamiento Gana-

(2) Esta interpretación ofrece un particular interés si se tiene en cuenta que el artículo 1.º del texto refundido de Procedimiento laboral determina en su apartado 1.º que se considerarán empresarios el Estado, las Diputaciones y los Ayuntamientos respecto de los trabajadores que tengan a su servicio, ya sea directamente o a través de los organismos dependientes de ellos, sin otras excepciones que las que expresamente señale la legislación. En efecto, este precepto no parece exigir la concurrencia de los requisitos invocados por el Tribunal Supremo, en este caso al hilo del artículo 5.º de la LCT. Por otra parte, no cabría sostener que el término «trabajadores» utilizado por el citado artículo 1.º del T. R. F. L. haya de referirse solamente a los manuales, pues el mismo Tribunal Supremo entiende que se ha superado el «mezquino» criterio que reducía el campo laboral (*sic*) a las faenas puramente manuales (segundo considerando de la sentencia que se comenta) y hay que admitir que la afirmación de tan Alto Tribunal puede aplicarse al caso concreto de esta sentencia (aunque pueda parecer a simple vista paradójico), en el sentido de otorgar la condición de trabajador al demandante que realizaba, se presume, tareas manuales para las que se precisa una formación predominantemente intelectual.

(3) El que las funciones desempeñadas por el actor se califiquen como propias de un «servicio público» corresponde a una idea o concepción sumamente amplia, conforme a la cual el servicio público se identifica con toda la actividad administrativa encaminada a la satisfacción de fines de interés general. Es claro que esta noción de poco puede servir por su misma imprecisión, habida cuenta, además, que el servicio público es tan sólo uno de los medios de acción administrativa.

dero» —lo cual, verdaderamente entraña un trabajo muy próximo al de «participación en la producción» (cfr. art. 1.º LCT)—; y parece ser que en el desempeño de sus actividades ejecutaba, dirigía o colaboraba en un servicio de carácter público, incluso con capacidad para la realización de actos administrativos trascendentes a los particulares y con miras al bien común.

En base a estos datos, el Tribunal Supremo considera que la situación del actor es inenajable en la enunciación del artículo 6.º de la LCT, razón por la cual el tercer considerando da por sentado que las circunstancias que concurren en el demandante hacen resaltar con nitidez la figura del funcionario público, que, como tal, no puede ser objeto de contrato de trabajo.

Estas apreciaciones no parecen debidamente fundadas, toda vez que, al demandante, por su cometido, cabría incluirlo dentro de los llamados «trabajadores intelectuales» que el propio artículo 6.º de la LCT califica de «trabajadores», sin que, por lo demás, sea preciso distinguir si esta denominación ha de aplicarse o utilizarse «en sentido estricto» o en sentido amplio. En efecto, resulta probado que el actor realizaba los trabajos propios de su profesión a nivel directivo, mas no parece, en cambio, probado, que estas tareas directivas respondieran a alguno de los cargos mencionados en el artículo 7.º de la LCT —determinantes de exclusión automática de la LCT— ya que el demandante ostentaba el cargo de técnico de 2.ª categoría, y no el de director general, director o gerente, subdirector general, inspector general o secretario general.

Ha de entenderse que el actor realizaba funciones de naturaleza técnica, si bien consistentes en *proponer* la producción de determinados actos administrativos, ya que en nuestra organización administrativa no suele ser frecuente que los funcionarios de nivel técnico tengan facultades decisorias o trascendentes a terceros, puesto que estas funciones suelen reservarse a cargos de nivel superior. Podría ponerse en duda que el actor, en el cometido de su función dictase actos administrativos trascendentes a los particulares, primero, porque si ejercía la profesión veterinaria ha de suponerse que sus actos no estarían destinados, normalmente, a los administrados y, en segundo lugar, tampoco parece posible que la facultad de dictar actos administrativos (acto jurídico realizado por la Administración, entendiéndose por acto jurídico aquél que define o da lugar al nacimiento de una situación jurídica subjetiva) estuviera a nivel técnico de 2.ª categoría.

Pues bien, sin que aparezca suficientemente aclarado que el demandante ostentaba la condición de funcionario público, en el siguiente considerando de la sentencia que se comenta se habla ya del «funcionario reclamante», como argumento clave para sentar la tesis de incompetencia de la jurisdicción laboral.

Aquí el tema es más complejo; exige analizar todos los datos fácticos que en la sentencia se consignan para determinar si cabe o no mantener que el actor gozaba de la condición de funcionario público. Por ello es preciso puntualizar algunos extremos que se contienen en el tercer considerando.

En primer lugar, el hecho de que el actor fuese nombrado técnico de 2.ª clase mediante concurso, no demuestra que el mismo gozase de la condición de funcionario público, porque, además de los funcionarios públicos, también quedan «incorporados a la Administración» otras personas que no reúnen esta cualidad, y que entran a pres-

tar servicios mediante un concurso o prueba de aptitud (por ejemplo, el personal contratado regulado por el artículo 6.º de la Ley Articulada de Funcionarios y por el Decreto 1.742/1966, de 30 de junio).

De igual modo, la realización, dirección o colaboración en un servicio público tampoco acredita la condición de funcionario público, ni aun siquiera la facultad de dictar actos administrativos trascendentes a los particulares, pues resulta que todas estas tareas o funciones se dan al máximo en personas que, en ocasiones, ostentan cargos públicos sin reunir la condición de funcionario público.

Tampoco el ejercicio de una función pública de manera permanente (4), la independencia en el ejercicio de la función (5) o el percibir remuneraciones con cargo a los presupuestos generales del Estado (6) acreditan la posesión de la cualidad de funcionario público.

El concepto de funcionario público, oscuro e insuficiente, por lo demás, desde un triple punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal (7), no puede prestar una gran

(4) La «permanencia» por sí sola no configura la categoría de funcionario público. Obsérvese que el dato de la permanencia lo mismo puede referirse a la función que a la prestación de las actividades de que se trate. Si la permanencia de la función fuese requisito esencial para otorgar la condición de funcionario público, las personas que con este carácter trabajan en una Dependencia dejarían de ser funcionarios públicos desde el momento en que aquélla se suprimiese. Si la permanencia de la función fuese requisito esencial para otorgar la condición de funcionario público, las personas que con este carácter trabajan en una Dependencia dejarían de serlo, por ejemplo, al pasar a la situación de excedencia, en cualquiera de sus modalidades, lo que no ocurre en la realidad.

(5) Normalmente, la dependencia es una de las notas que caracterizan el contrato de trabajo (aunque se advierte una corriente doctrinal y jurisprudencial en contra de este criterio —v. ALONSO OLEA: *La materia contenciosa laboral*, Inst. «García Oviedo», 2.ª ed., Sevilla, págs. 50-54); de ahí que se haya pensado, como supuesto «inencajable», en la LCT, el trabajo prestado con independencia. Sin entrar en el fondo del análisis de la cuestión relativa a la «dosis» de dependencia o independencia que debe darse en la realización de un trabajo, para incluirlo o excluirlo de la LCT, no puede decirse que la prestación de servicios profesionales de los funcionarios públicos sea independiente, ni siquiera a nivel directivo, toda vez que la Administración, por tratarse de una organización jerárquica, destaca, en el seno de su estructura y composición interna, un acusado grado de dependencia jerárquica y disciplinaria, si bien de signo distinto a la que se da en la relación de trabajo regulada por la LCT. A mayor abundamiento, la pretendida «independencia» que sirve al Supremo para orientar el fallo de la sentencia comentada en una dirección concreta, es irrelevante a los efectos de la definición de los rasgos que especifican la condición y cualidad del funcionario público.

(6) El hecho de percibir remuneraciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado tampoco confiere la condición de funcionario público; pero sí debe afirmarse, con seguridad, que solamente los funcionarios públicos (los que ostentan esta cualidad legal y reglamentariamente) perciben sus haberes con cargo al capítulo de personal (artículo 1.º) de los Presupuestos Generales del Estado. Determinadas personas que no son funcionarios públicos, a los efectos legales, también perciben sus remuneraciones con cargo a créditos consignados en el Presupuesto, si bien éstas no figuran en dicho capítulo.

(7) El concepto de funcionario público ha sido siempre uno de los más oscuros

ayuda a los efectos de decidir la calificación jurídica que debe darse a la relación habida entre el demandante y la Dirección General de Ganadería, toda vez que la condición y cualidad de funcionario público única y exclusivamente deben considerarse referidos a aquellas personas que, respecto de la Administración, se encuentran en una situación estatutaria que se configura conforme a un ordenamiento legal y reglamentario (8).

En base a los anteriores razonamientos sería cuestionable que la relación jurídica objeto de calificación por el Tribunal Supremo constituya un supuesto inencajable en la LCT, pero lo que resulta todavía más discutible es que, aún negado el carácter laboral, dicha relación entrañe necesariamente un vínculo jurídico de función pública.

De ahí que no parezca muy acertado el que se declare la incompetencia de la jurisdicción laboral para conocer de la cuestión planteada ante la misma, desde el momento en que para fundamentar tal incompetencia se aduce la falta en los contendientes de

y polémicos de nuestro Derecho administrativo. (Sobre la ampliación del término de «funcionario», v., JOHANNES MESSNER: *El funcionario en la sociedad pluralista*, Ed. Rialp, Madrid, 1962.) Es conveniente destacar que los textos positivos no coinciden, al determinar las notas características del mismo. Así, por ejemplo, el artículo 119 del Código penal, al establecer en su párrafo 3.º que se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley, o por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. El artículo 319 de la ley de Régimen local considera que son funcionarios públicos los que en virtud de nombramiento legal desempeñen en los Organismos o Entidades que componen la Administración local servicios de carácter permanente, figuren en las correspondientes plantillas y perciban sueldos o asignaciones con cargo a los presupuestos respectivos. El artículo 82 de la ley de Entidades Estatales Autónomas establece que son funcionarios de los organismos autónomos quienes previa oposición o concurso presten en ellos servicios permanentes, figuren en las correspondientes plantillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos.

Por último, el artículo 1.º de la ley articulada de Funcionarios de la Administración Civil del Estado dice que «son funcionarios de la Administración pública las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo» (este texto ofrece grandes perspectivas de ampliación del concepto de funcionario público, pero téngase en cuenta que no utiliza la expresión de «funcionario público» sino la de «funcionario», simplemente.) Dicho precepto se completa, a efectos conceptuales, con los artículos 3.º, 4.º y 5.º de la citada ley.

(8) Este es el único dato que sirve para establecer la cualidad del funcionario público. Por ejemplo, muchos de los funcionarios que hoy prestan servicios en la Administración del Estado, que proceden de los extinguidos Jurados Mixtos de Trabajo no obtuvieron el reconocimiento de funcionarios públicos hasta el 13 de agosto de 1940, en que un Decreto del Ministerio de Trabajo les otorgó dicha condición jurídica, el «Estatuto jurídico» de tales funcionarios, con anterioridad a la indicada fecha de 13 de agosto de 1940, comprendía alguna de las notas que se han utilizado para definir al funcionario público, tales como la de percibir remuneraciones con cargo a los Presupuestos del Estado, gozar de inamovilidad en el desempeño de sus funciones, no poder ser separados de sus cargos sino previa formación de expediente disciplinario, etc. (Ello, no obstante, véase sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 17 de octubre de 1967, entre otras, declaratorias de que dichos funcionarios obtuvieron la «cualidad de públicos» desde el momento en que fueron confirmados en sus cargos en propiedad, por ley de 14 de julio de 1934.)

JURISPRUDENCIA

aquella cualidad que inexcusablemente exige el artículo 1.º del texto refundido de Procedimiento laboral; falta de cualidad que no resulta clara y terminantemente probada.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que, sustancialmente, lo que se perseguía era la declaración de nulidad de una Orden de la Dirección General de Ganadería, que dispuso el traslado del «funcionario» reclamante, siempre habría de reconocerse que, para ello, no se siguió el procedimiento adecuado previsto en el artículo 145 de la ley de Procedimiento administrativo (LPA), de 17 de julio de 1958, incumplándose el trámite indicado en el artículo 50 del entonces vigente texto de Procedimiento laboral, aprobado por Decreto 149/1963, de 17 de enero, que exigía el requisito de agotar previamente la vía gubernativa para poder demandar al Estado u organismos de él dependientes ante la jurisdicción laboral.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE DICIEMBRE DE 1962

(Ref. Aranz.: 4.904)

La sentencia objeto de este comentario plantea la nulidad de una Orden emanada de la Subsecretaría de Comercio, por la que se incoaba un expediente disciplinario, y la del propio expediente, hasta su resolución por Orden ministerial, que, de acuerdo con la propuesta del instructor, acordó la separación definitiva del demandante y baja en el escalafón respectivo. Interpuesto el oportuno recurso de reposición contra esta Orden, fue confirmada la resolución anterior.

El Tribunal Supremo, en el primer considerando de la sentencia, trata, en primer lugar, como cuestión previa, el análisis de los motivos de nulidad alegados, con prelación al examen de calificación de los hechos sancionados, e incluso, a la determinación de si es admisible el recurso interpuesto, toda vez que el recurrente varió en su escrito-demanda los pedimentos que formuló en el recurso de reposición, puesto que —estima el Tribunal Supremo— las nulidades de pleno derecho cancelan los efectos jurídicos de los actos y disposiciones administrativas a que afecten, porque siendo potestad de orden público la seguridad social se impone su prevalencia sobre las demás cuestiones procesales, en mérito no solamente a la equidad, sino también al derecho de los particulares.

Nos parece un tanto discutible la postura del Tribunal Supremo al no plantearse, como cuestión previa y de especial pronunciamiento, la admisibilidad del recurso, si ello fuera preciso, como requisito previo al análisis de las cuestiones de fondo que se plantean en el recurso-contencioso, máxime cuando la Defensa de la Administración interesó la inadmisibilidad del recurso, en base a que el recurrente varió en el suplica de su escrito-demanda los pedimentos que formuló en reposición, como trámite previo a la vía jurisdiccional.

El criterio mantenido por el Supremo consiste, en este caso, en posponer la estimación de la admisibilidad del recurso —exigencia jurídico-procesal— a la consideración de si es procedente o no declarar nulo un acto administrativo —cuestión jurídico-material—, por entender que esta materia impone su prevalencia sobre las demás cuestiones procesales en mérito de la equidad de las leyes y del derecho de los particu-

lares, siendo inexplicable que tan Alto Tribunal no tuviera en cuenta, en este caso, que el proceso constituye un medio de hacer efectivas determinadas garantías que afectan al principio de seguridad jurídica —y no a la «seguridad social», como se especifica en el primer considerando— establecidas no sólo «en favor de los particulares», sino también en favor de la propia Administración del Estado.

Por otra parte, hay que hacer constar, ya que no lo hace el Supremo, que el hecho de que el actor variara en su pedimento contencioso las pretensiones formuladas en reposición, no puede ser alegado por la Defensa de la Administración con motivo de la inadmisibilidad del recurso. Dos tipos de consideraciones pueden abonar esta afirmación:

La ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 no exige que el escrito de interposición del recurso contenga idénticas o iguales pretensiones a las formuladas en reposición.

Según una interpretación *lege ferenda* no parece que la inadmisibilidad del recurso pudiera fundarse en el supuesto vicio, habida cuenta que, frente a la vieja LJC, la del 27 de diciembre de 1956 ha evitado, en lo posible, todo formalismo hasta el punto de conceder determinados plazos para subsanar los defectos procesales, como lo prueba el contexto del artículo 129 de esta última ley.

Con independencia de que en el caso concreto que analizamos no prosperó la alegación de la Defensa, es imposible desconocer que hubiera sido improcedente el análisis de las cuestiones de fondo del recurso, sin la resolución de las cuestiones previas que pudieran plantearse en el proceso; como sería, en el supuesto que nos ocupa, la estimación de si el recurso era admisible o no, desde el punto de vista formal, y de acuerdo con las exigencias y requisitos previstos en la vigente LJC.

A continuación, dentro del primer considerando, el Tribunal Supremo afirma que «conviene recordar que en la doctrina se ha consolidado que en el Derecho público únicamente se toman en consideración las gravísimas infracciones de ley para que se produzca el efecto de considerar nulo el acto o disposición administrativos y realmente aquél es nulo cuando careciere de sus elementos jurídicos esenciales».

En principio, cabría afirmar que toda infracción de ley no resulta grave si no gravísima, en tanto en cuanto el acto producido en contra de lo dispuesto en ella, sea administrativo o no, perturba la legalidad y el orden jurídico y social, aparte de la nulidad de todo acto en contra de la ley, por aplicación del artículo 4.º del Código civil, por lo que parece suficiente sea calificado como no ajustado a Derecho, sin necesidad de acudir al uso de calificativos que no tienen significación práctica.

Por lo que se refiere al Derecho público, la ley de Procedimiento administrativo (LPA), en su artículo 47 enumera los supuestos de nulidad de pleno derecho. La excepcionalidad que reviste toda declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo radica en que, normalmente, será muy difícil que la propia Administración realice un acto a través de un órgano manifiestamente incompetente, o que su contenido sea imposible o constitutivo de delito, o que para ello se prescindiera total y absolutamente del procedimiento legal establecido para su producción. No es más grave o «gravísimo» el acto que se encuentre comprendido en alguna de estas tres causas de nulidad que aquel dictado con infracción de otros requisitos. En ambos casos lo cierto

es que la infracción de lo dispuesto en una ley supone o puede suponer un atentado al principio de legalidad o al de seguridad jurídica, y como no suele ser frecuente que la propia Administración desconozca los límites legales de su actuación, la doctrina ha interpretado que lo normal no será, precisamente, la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, sino el efecto de su anulabilidad, previsto en el artículo 48 de la misma LPA.

Por ello, cuando el Supremo hace referencia a la doctrina, en el primer considerando de la sentencia, no cabe entender que el análisis de la nulidad de pleno derecho constituya una materia especulativa *lege ferenda*, sino que la propia LPA determina en su artículo 47 los supuestos de nulidad de los actos administrativos. Estos supuestos han de entenderse *numerus clausus*, ya que los actos administrativos normalmente no son nulos, sino anulables.

El primer considerando de la sentencia, también, hace referencia al principio jerárquico normativo que se consagra en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 23 a 32 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 —LRJ—) para, seguidamente, en el segundo considerando, entrar en el fondo de la cuestión planteada, en el sentido de decidir la nulidad de las disposiciones impugnadas por el demandante.

Hubiera sido interesante que el Tribunal Supremo dedicase una mayor atención al problema que deriva de la recta calificación de la disposición o disposiciones impugnadas, puesto que las Ordenes objeto de impugnación no merecen la denominación de disposiciones de carácter general, y los artículos 23, párrafo 2.º, 24, 27 y 29 de la LRJ se refieren a las de carácter general y no a las de naturaleza particular.

A estos efectos, la cita específica del artículo 30 de la LRJ es la que hubiere correspondido en el caso controvertido al establecer que «las disposiciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas». Este dato tiene relevancia para considerar que no es lo mismo una disposición de carácter general que una de carácter particular, y como quiera que es distinto el alcance de cada una de ellas, resulta también diferente el procedimiento de impugnación de la vía contenciosa.

Para decidir las cuestiones de fondo que se plantean en la sentencia, es conveniente en un segundo orden de ideas o cuestiones, abordar el tema del carácter o de la naturaleza jurídica del Instituto Español de Moneda Extranjera (IEME), organismo al que pertenecía el demandante.

El IEME fue configurado por el Decreto de 24 de noviembre de 1939 como entidad de Derecho público, dotado de personalidad jurídica y con dependencia directa del Ministerio de Industria y Comercio.

Por Decreto-ley de 21 de febrero de 1947 el IEME pasó a depender de la Subsecretaría de Economía Exterior, órgano que, conjuntamente, dependía de los Ministerios de Asuntos Exteriores y del de Industria y Comercio. El Decreto-ley de 19 de julio de 1951 determinó que todos los Servicios adscritos a la Subsecretaría de Economía Exterior y Comercio pasarían al Ministerio de Comercio. A partir de este momento el IEME quedaba integrado en la estructura orgánica del Ministerio de Comercio, y publicada la ley de Entidades Estatales Autónomas (LEEA), el Decreto de 14 de

junio de 1962 clasificó dicho Instituto como Entidad Estatal Autónoma del Ministerio de Comercio.

Todas estas variaciones operadas en la dependencia orgánica del IEME no afectaron, al mismo tiempo, a los Estatutos por los que se regía el citado Instituto, aprobados por el Decreto de 24 de noviembre de 1936. Entre las facultades atribuidas al Consejo de Administración del Instituto figuraba la de nombrar y destituir al personal del mismo, y dentro de las competencias de la Dirección General del Instituto Español de Moneda Extranjera se contenía la facultad de ejercitar la jefatura del personal adscrito a dicho Organismo. En base a estos datos, el Supremo estimó que la función de jefatura llevaba aneja el ejercicio de la potestad disciplinaria que inició la formación del expediente disciplinario promovido contra el demandante, si bien hay que hacer constar que el Decreto de 24 de noviembre de 1934 no se refería a la posibilidad de que la Dirección General del IEME tuviese facultades para incoar expedientes disciplinarios promovidos contra el personal cuya jefatura ostentaba.

Contra estos antecedentes la sentencia objeto de comentario plantea el tema de si el Decreto citado de 1934 puede prevalecer contra lo dispuesto en el artículo 15, números 2 y 3 de la LRJ. Para resolver la cuestión planteada (que no afecta para nada al tema del principio jerárquico normativo), hay que destacar que el expresado número 2 del artículo 15 de la LRJ atribuye a los subsecretarios la jefatura del personal de su Departamento. Por tratarse el IEME de una entidad estatal autónoma, conviene tener en cuenta que el personal adscrito a este Organismo no puede tener la condición de «personal» con dependencia jerárquica del subsecretario de Comercio, y que las funciones que corresponden a este último órgano respecto del IEME son, precisa y estrictamente, las que sobrecogen en el número 3 del mismo artículo 15 de la LRJ («asumir la inspección de los centros, dependencias y Organismos afectos al Departamento»).

De ahí, que la cuestión debatida en la sentencia que se analiza, no fuera, precisamente el de la prelación de normas jurídicas (aspecto que sirve de base para el fallo dictado por el Supremo) sino, más bien, constituía cuestión de fondo la de si el subsecretario de Comercio, según la LRJ, tenía competencia para decidir el expediente disciplinario incoado contra el demandante. Pues bien, no parece que el subsecretario de Comercio tuviera tal competencia, no ya sólo por efecto del apartado 2.º, en relación con el 3.º, ambos del artículo 15 de la misma LRJ, sino también porque la Dirección general del IEME tan sólo tenía relación jerárquica con el Consejo de Administración del expresado Instituto, y no con el subsecretario de Comercio, a tenor de lo dispuesto en el tan citado Decreto de 1934. A mayor abundamiento, conviene destacar que el artículo 6.º, letra a), de este mismo Decreto, que fijaba las atribuciones del presidente del IEME, preveía la posibilidad de que todos los poderes de la incumbencia de este cargo fueran delegados en el subsecretario de Comercio.

Todos estos datos vienen a confirmar que, en ningún caso, el subsecretario de Comercio pudo dictar la Orden por la que se dio término al expediente disciplinario promovido, ya que las funciones de este órgano respecto del IEME, habrían de limitarse a las que resultaren de la inspección prevista en el mencionado párrafo 3.º del artículo 15 de la LRJ. Pero esta consecuencia no se deduce en virtud del principio je-

rárquico normativo, sino pura y simplemente del análisis de la competencia del subsecretario de Comercio.

Finalmente, en el tercer considerando de la sentencia, el Tribunal Supremo, tomando como base una definición de «funcionario público», que, por otra parte, no puede ser tenida en cuenta en términos absolutos, dada la imprecisión conceptual que gira en torno al funcionario, da por supuesto que el demandante ostentaba esta condición en razón a que, entre otros extremos más o menos irrelevantes, percibía sus emolumentos con cargo al presupuesto del IEME. Conviene aclarar que ni el hecho de que percibiera el demandante remuneraciones con cargo al presupuesto de este Organismo, ni la circunstancia de que desde la fecha de ingreso del actor en el Instituto hubiera ascendido de categoría en varias ocasiones, hasta el momento en que fue suspendido de empleo y sueldo, acredita suficiente y fehacientemente que el interesado gozase de la cualidad de funcionario público, aun cuando el nombramiento de sus respectivos cargos se hubieran concedido por el citado Instituto.

En efecto, el artículo 82, párrafo 1.º, de la LEEA, define como funcionarios públicos de Organismos autónomos a «quienes previa oposición o concurso, presten en ellos servicios permanentes, figuren en las correspondientes plantillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos». Por de pronto, no se deduce de los antecedentes de hecho recogidos en la sentencia que el actor hubiese ingresado en el IEME mediante oposición o concurso, sino que más bien parece desprenderse que el ingreso del demandante en el citado Organismo fue debido a que, con anterioridad, había sido empleado del Banco de España y del Centro Oficial de Contratación de Moneda. Tampoco resulta suficientemente probado que el actor figurase en una plantilla, ni que la percepción de sus haberes se verificase de un modo fijo y permanente, en virtud de una permanencia en el servicio que, en nuestro Derecho administrativo, sólo se concibe a favor de quienes ostentan la condición de funcionario público.

El Tribunal Supremo, sin tener en cuenta la propia definición del «funcionario público» dada por la LEEA, hace derivar de una definición que no hace al caso (Código penal), la cualidad de funcionario público para otorgársela al demandante.

En el tercer considerando de la sentencia se afirma que el demandante prestaba sus servicios en el IEME «sin perjuicio de que conservara sus derechos en el Banco de España como empleado del mismo en su origen», lo que parece abonar la tesis de que el actor sin perder su condición de «trabajador», y en razón a ello, realizaba ciertas funciones en el IEME.

De ahí que las cuestiones que plantea la sentencia objeto de este estudio debieran haberse ventilado ante la jurisdicción laboral.

* * *

Nuestro ordenamiento jurídico abunda en zonas grises de difícil o compleja calificación jurídica: concretamente la de aquellas personas que no son funcionarios públicos, *strictu sensu*, pero que, sin embargo, prestan servicios a la Administración pública e, incluso, realizan funciones públicas vinculadas, tradicionalmente, a los cargos

que ostentan los funcionarios públicos. No sería aventurado afirmar que el problema no se reduce única y exclusivamente al ensayo de una serie de definiciones que acoten el carácter y la naturaleza jurídica de diversas categorías personales que prestan servicios a la Administración. El análisis de los hechos lleva a consideraciones más profundas y de mayor alcance.

El casuismo con el que se pretende resolver una problemática que afecta en esencia a la estructura de personal de la Administración española, con todos los inconvenientes que acarrear soluciones particulares a veces contradictorias, revela que las características del personal administrativo cambian a un ritmo mayor que el previsto por las normas legales y que, éstas son, en ocasiones, insuficientes o escasas para atender las necesidades «reales».

En efecto, tradicionalmente el régimen jurídico de los funcionarios ha sido atraído por el Derecho administrativo y el de los trabajadores «manuales», en principio, por el Derecho del trabajo. Cuando el tema de los llamados «trabajadores intelectuales» toma carta de naturaleza en nuestro Derecho, también parece quedar sometido al ámbito de la disciplina laboral. Con estas clasificaciones en un tiempo pudo ser posible el encasillamiento de cuantas personas prestaban servicios por cuenta ajena, según que trabajasen en la empresa privada o en la Administración del Estado. Pero pronto se ha podido observar que no todas las categorías personales que prestan servicios por cuenta ajena pueden ir encuadradas en uno o en otro sector. Acaso, conjuntamente, el Derecho del trabajo y el Derecho administrativo manifiesten su insuficiencia para atender y dar respuesta a todas las modalidades de trabajo que se dan en la realidad social. Es posible entrever que la totalidad de los problemas que plantean las diversas categorías personales que prestan servicios a la Administración del Estado no se resuelven con sólo acudir al Derecho administrativo. El Derecho administrativo, por su naturaleza jurídico-pública, no parece tomar muy en cuenta determinados aspectos laborales que sería posible descubrir en las relaciones jurídicas habidas entre la Administración y el personal «no funcionario», sino, incluso, en relación con sus funcionarios públicos. Así, por ejemplo, sería inconcebible hablar de derechos colectivos frente al Estado y, sin embargo, algunas experiencias extranjeras (el caso de Alemania) muestran que no repugna al Derecho administrativo el que los funcionarios públicos celebran convenios colectivos con el Estado. El fenómeno se ofrece aún distante en la actual perspectiva española, ya que, de momento, no se observa una deseable liberalización de múltiples formalismos y concepciones jurídicas no muy de acuerdo con la hora presente. La búsqueda de garantías sociales y jurídicas frente al fuerte intervencionismo estatal lleva a pensar que mientras las diversas categorías personales que prestan servicios a la Administración no tomen conciencia de grupo, no será posible una dinamización de las instituciones personales administrativas. Es preciso ampliar la noción «funcionario público» (cosa que no ha realizado la reforma de funcionarios en España), y agilizar la terminología de la «función pública». El cumplimiento de estos objetivos serviría para no incurrir en ciertos tópicos, como los advertidos en las dos sentencias objeto de comentario.

Ambas ponen de relieve que, en punto al personal administrativo (sin discriminación), tanto el Derecho administrativo como el Derecho del trabajo, tienen título jus-

tificado para interesarse. El error está en la adopción de criterios parciales, atendiendo sólo al dominio de lo administrativo o de lo laboral. El acierto estaría en que las relaciones administrativas de prestación de servicios quedasen en cierto modo incididas por las normas laborales, en tanto en cuanto el Derecho del trabajo no puede quedar impasible ante la forma y el modo en que la Administración actúa con sus propios empleados (sobre todo en el supuesto de los «no funcionarios»).

Ahora bien, la adopción de una postura intermedia, como la indicada, la de un Derecho administrativo «modulado» por el Derecho del trabajo en materia de personal administrativo originaría, sin duda, confusiones y conflictos jurisdiccionales, y nada más opuesto a nuestra idea que un proceso de deformación del Derecho, o un enfrentamiento entre el Derecho administrativo y el Derecho del trabajo. Dado que el problema está latente, más bien señalaríamos la necesidad de un Derecho de las profesiones, algo más allá del Derecho del trabajo y del propio Derecho administrativo, que llegara a configurar, ciertamente, una jurisdicción de las profesiones y una materia contenciosa-profesional.

JOSÉ ANTONIO UCELAY DE MONTERO