



ESTUDIOS

LA FUNCION PUBLICA EN ALEMANIA*

Por el Prof. CARL H. ULE

35.08(43)

Sumario: 1. La transformación estructural de la función pública.—2. Los principios tradicionales del funcionariado profesional. 3. Politización propia e impropia del funcionariado.—4. Despolitización del régimen de personal.—5. Retribución uniforme y diferenciada.—6. La formación de los funcionarios superiores.

1. LA TRANSFORMACION ESTRUCTURAL DE LA FUNCION PUBLICA

EN el siglo XIX la Función pública era esencialmente una actividad ejercida por funcionarios. La razón estriba en el hecho de que el funcionariado profesional naciera en los últimos tiempos del absolutismo, y también en la específica competencia administrativa del Estado moderno, cuyo centro de gravedad estuvo en un principio en la función de policía y en la administración de justicia, en la enseñanza, la beneficencia y la sanidad, y en la gestión tributaria y aduanera. En la Alemania de hoy tales servicios se hallan todavía atendidos casi exclusivamente por funcionarios. Sólo con el progresivo desarrollo de las comunicaciones, desde mediados del siglo pasado, comenzaron los servicios ferroviarios y postales a adquirir una amplitud cada vez mayor, a la vez que en las municipalidades

* Este trabajo forma parte del libro que con el título de *La reforma administrativa en Alemania* publicará en breve la ENAP en su colección «Estudios Administrativos», serie A.

fueron desarrollándose los servicios y transportes públicos. Conviene señalar a este respecto que en Alemania los ferrocarriles, dejando aparte los privados, relativamente poco importantes, fueron explotados por el Estado desde el principio, y que también los suministros de agua, gas y electricidad en las ciudades estuvieron a cargo de los servicios municipales. Incluso los tranvías y autobuses fueron explotados por empresas municipales de transportes. La posterior transformación de estos servicios municipales de suministros y de transportes en empresas de economía mixta no comenzó hasta después de la primera guerra mundial.

La aparición de las empresas públicas al lado de la administración soberana clásica, originariamente en primer plano, ejerció una influencia considerable sobre la estructura de la Función pública. A estas empresas públicas debe atribuirse, en primer lugar, el enorme crecimiento que ha experimentado la cifra de empleados y operarios al servicio de la Administración. Las funciones de carácter técnico, que no podían ya ser desempeñadas por los funcionarios administrativos propiamente tales, hicieron que entraran al servicio de la Administración empleados y operarios que en los últimos cuarenta años han conseguido en la misma una situación casi de predominio. Del total de 2.600.000 personas que prestan servicio en la administración pública de la federación, de los *länder*, de los municipios y agrupaciones de municipios y de las demás corporaciones, instituciones y fundaciones de Derecho público, sólo 1,1 millones son funcionarios; la mayoría (1,5 millones) son empleados y operarios. En 1913 el porcentaje del personal empleado dentro del total del personal al servicio del Estado era en Prusia sólo el 14 por 100.

De todos modos, esta transformación estructural de la Función pública no se debe tan sólo a la expansión de las empresas públicas, sino también a otras razones. También la tecnificación del trabajo de oficina ha conducido a una proliferación del personal empleado, en detrimento del personal funcionario, sobre todo por el empleo de mano de obra femenina para trabajos de mecanografía, etc. Otra razón importante es la asunción de ciertas funciones, que, como ocurrió con el control de la economía en la primera guerra mundial, se consideraron transitorias y fueron confiadas por regla general no a funcionarios, sino a empleados. Totalmente independiente de tal hecho es el que dichas funciones, concebidas como transitorias, como es el caso, por ejemplo, de la construcción forzosa de viviendas instituida en Alemania al finalizar la primera guerra mundial, hayan resultado después muy persistentes. También la legislación, ya mencionada, sobre daños de guerra, subsiguiente a la segunda guerra

mundial, ha colocado a la Administración ante funciones de este carácter, que por su naturaleza son transitorias (ayuda a los refugiados, asistencia inmediata, compensación de cargas, socorro a las víctimas de la guerra, reparaciones, etc.). Ya he indicado antes que las respectivas leyes constituyen leyes de medida (*Massnahmengesetze*), que un día perderán su razón de ser, cuando su finalidad haya sido conseguida. Por razones fácilmente comprensibles, para realizar tales funciones transitorias no se suele utilizar personal funcionario, sino personal empleado que pueda ser despedido en caso de desaparición o reducción de estas funciones. Si bien a este respecto no se trata de funciones propias de las empresas públicas, sino de la Administración soberana clásica, motivos de economía de personal han hecho que se admita en la Función pública a personal empleado, en proporción superior. El gran aumento del personal empleado con respecto al personal funcionario, registrado después de 1945, ha de reconducirse, sin duda, a tales motivos.

La utilización de empleados en lugar de funcionarios está permitida por la Ley Fundamental, si bien ésta contiene en su artículo 33, párrafo 4.º, una reserva de funciones en favor de los funcionarios, en el sentido de que el ejercicio de facultades soberanas sólo puede serles encomendado a ellos. Esta reserva de funciones sólo representa, sin embargo, un principio. Caben excepciones al mismo cuando existen motivos sustanciales imperiosos para encomendar funciones soberanas a no funcionarios. Por consiguiente, es posible la utilización de empleados para el ejercicio de funciones que no puedan ser realizadas por los funcionarios disponibles.

La transformación estructural de la Función pública ha conducido, pese al reconocimiento de los principios tradicionales del funcionariado profesional por parte de la Ley Fundamental, a una cierta asimilación del Derecho de funcionarios al Derecho laboral general, que llevada a sus últimas consecuencias conduciría a la supresión del funcionariado profesional y a la destrucción del Derecho de funcionarios. Ya después de la primera guerra mundial hubo algunos esfuerzos encaminados a regular todo el Derecho de la Función pública y, por tanto, también el Derecho de funcionarios, según los principios del Derecho laboral. En aquel momento no fue viable, debido a que la Constitución de Weimar salió al paso con la garantía institucional del funcionariado profesional, establecida en los artículos 128 y 130. Después de la segunda guerra mundial se insistió en este sentido, lo cual cristalizó en un principio en el mencionado artículo 29, párrafo 1, de la Constitución de Hesse y en las leyes promulgadas en base de la misma, especialmente en la ley sobre el es-

tatuto jurídico de los funcionarios y empleados de la Función pública del *land* de Hesse, de 12 de noviembre de 1946, así como en la Ley de la Jurisdicción de trabajo de Hesse, de 30 de noviembre de 1948. Un intento realizado, todavía en los primeros meses de 1949, por la potencia norteamericana de ocupación y enderezado a introducir sus concepciones acerca de la Función pública en el Derecho del Sector Económico Unificado y con ello en el futuro Derecho federal, no tuvo éxito, debido a que entre tanto el Consejo Parlamentario, al igual que treinta años antes la Asamblea Nacional de Weimar, había resuelto mantener los principios del funcionariado profesional en su configuración tradicional.

Con el reconocimiento de los principios tradicionales del funcionariado profesional, contenido en su artículo 33, párrafo 5, la Ley Fundamental ha salido resueltamente al paso de todos los intentos encaminados a transformar la relación de Derecho público del funcionario en una relación de servicio sometida a normas de Derecho privado. La distinción peculiar de la Ley Fundamental entre funcionarios, empleados y operarios de la Función pública excluye la posibilidad de un Derecho público unitario relativo a todos los servidores públicos. Con ello se han puesto unas barreras no despreciables a la asimilación entre el Derecho de funcionarios y el Derecho laboral general.

No obstante, no cabe desconocer ciertas repercusiones de las concepciones jurídico-laborales sobre el nuevo Derecho de funcionarios. La transformación estructural operada en la Función pública, que dio al personal empleado y operario una superioridad numérica con respecto al personal funcionario, hubo también de conducir necesariamente a una aproximación en lo que respecta a su ordenamiento jurídico. Ya la Constitución de Weimar había garantizado, tanto a los funcionarios como a todos los empleados y trabajadores, la libertad de asociación; la Ley Fundamental se ha atendido a esta norma. Ello no lleva aparejado, sin embargo, un derecho a la huelga por parte de los funcionarios, pues tal derecho sería incompatible con la fidelidad de los funcionarios para con su Patrono (*Dienstherr*). Esta prohibición de la huelga es parte esencial del Derecho alemán de funcionarios; explica por qué en los grandes servicios de los ferrocarriles federales y del correo federal se empleen funcionarios para todos los trabajos que no son puramente manuales, aun cuando la actividad del maquinista o del cartero podrían ser desempeñadas también por personal empleado. En cambio la libertad de asociación, garantizada por la norma constitucional a los funcionarios y a todas las personas que integran la Función pública, está reconocida por

la nueva legislación de funcionarios. Las limitaciones a dicha libertad de asociación por las normas del Derecho de funcionarios no son posibles jurídicamente.

Una importante consecuencia de esa libertad de asociación es la obligación impuesta a la federación y a los *länder* de consultar a los órganos centrales de los sindicatos competentes en la preparación de las normas generales o legales reguladoras de las relaciones jurídicas del Derecho de funcionarios. Otorga a los órganos centrales de los sindicatos y a las asociaciones profesionales de los funcionarios el derecho a ser consultadas, lo cual les garantiza una influencia no despreciable sobre el contenido de las normas generales o legales del Derecho de funcionarios. Dado que las leyes de funcionarios y los reglamentos dictados para su ejecución regulan numerosas cuestiones que en el Derecho laboral son objeto de convenios colectivos, este reconocimiento legal del derecho de los sindicatos y de las asociaciones profesionales de funcionarios a colaborar en la función de elaboración de las normas jurídicas, viene a constituir un reconocimiento de los conceptos del Derecho laboral.

Una irrupción aún más acusada de los conceptos del Derecho laboral en el Derecho de funcionarios la constituye la institución de la representación corporativa del personal (*Personalvertretung*). También la Constitución de Weimar había formulado en su artículo 30, párrafo 3, el principio de que los funcionarios, previa una regulación legal más precisa, tendrían una representación funcional especial. De esta forma, el Derecho de funcionarios había recogido del Derecho laboral el concepto de los Consejos de Empresa. El concepto de una organización de la empresa que garantizara al personal una cierta intervención en la decisión de las cuestiones de personal y sociales fue así transplantado a la Función pública. Si bien no se habían dado aún los supuestos fácticos necesarios para la recepción del concepto de la representación corporativa del personal en el seno de la Función pública —falta ante todo el antagonismo económico entre trabajadores y patronos, entre los empresarios y el personal—, dicha recepción respondía a las ideas democráticas y sociales de la nueva época. Si la colaboración de los administrados en la Administración se eleva al rango de principio general, como sucede en la ya aludida Administración por comités de cooperación ciudadana, es natural que también otorgue a los funcionarios una participación en la Administración de personal. Sin embargo, la Constitución de Weimar se había limitado a prever la posibilidad de instituir una representación especial corporativa de los funcionarios. Con ello había rechazado la idea de una representación corporativa

conjunta del personal funcionario, el personal empleado y el personal operario. Si el Derecho laboral general es el Derecho especial de los trabajadores dependientes, cabe entender que dentro del marco de validez de la Ley Fundamental tal fenómeno constituye la realización del concepto del Estado social en el ámbito del Derecho laboral privado. Pues la imagen guía del Estado social obliga al legislador a nivelar las tensiones sociales y el mejoramiento del nivel de vida de los sectores socialmente más débiles. El Derecho que disciplina los convenios colectivos, la organización de las empresas, la protección al trabajo y la jurisdicción laboral sirve a tales finalidades. En cambio, para el Derecho de funcionarios, el concepto del Estado social no posee una importancia fundamental; su existencia —la del Derecho de funcionarios— descansa, como demuestra su ya larga historia, en unos supuestos totalmente distintos de la mera dependencia social y económica del trabajador con respecto al empleador. Por eso el concepto del Estado social sólo puede tener una importancia secundaria con respecto al Derecho de funcionarios. Sólo puede ejercer su acción dentro del cuadro de los principios tradicionales del funcionariado profesional. Sin embargo, dentro del cuadro de dichos principios puede conducir a una cierta aproximación del Derecho de funcionarios al Derecho laboral, ya que la regulación jurídica que le compete es en su mayoría parte integrante del Derecho laboral positivo. El moderno desarrollo de la regulación jurídica en materia de protección al trabajo y de jornada laboral de los funcionarios, así como en lo que respecta a la retribución y a la previsión social, debe ser entendido y aceptado como una repercusión del concepto del Estado social. Las fuertes disputas que hace algunos años tuvieron lugar en la República Federal sobre la jornada laboral de los funcionarios de los ferrocarriles muestran la medida en que han penetrado ya en el Derecho de funcionarios las ideas generales del Derecho laboral sobre la jornada de trabajo.

2. LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL FUNCIONARIADO PROFESIONAL

Como resulta de las repetidas alusiones al reconocimiento por parte de la Ley Fundamental de los principios tradicionales del funcionariado profesional, toda reforma de la Función pública se halla ligada en Alemania al marco constituido por tales principios. Con la sumisión del legislador a los principios tradicionales del funcionariado profesional, la Ley Fundamental persigue la finalidad de sus-

traer a la acción del legislador la institución del funcionariado profesional, que acusa la impronta decisiva de dichos principios tradicionales. La abolición del funcionariado profesional sería absolutamente incompatible con tal finalidad. Pero también es inadmisibles desviarse de alguno o algunos de los principios tradicionales concretos que en su conjunto definen la esencia del funcionariado profesional. La supresión de uno de tales principios sólo puede ser justificada cuando el mantenimiento de la institución del funcionariado profesional haga necesaria una medida tan radical. Tal circunstancia puede darse, por ejemplo, cuando las transformaciones de la situación jurídico-constitucional fuercen al legislador a abolir uno de tales principios, para mantener viva la institución del funcionariado profesional en las nuevas condiciones. Pues en tal caso la supresión del principio tradicional no tiene por finalidad la disolución, sino la conservación del funcionariado profesional, ya que se halla abonada por la finalidad de la garantía constitucional de la institución. Si, por el contrario, la abolición del principio se debe a móviles de otra naturaleza, será incompatible con la garantía del funcionariado profesional como institución. Por consiguiente, los criterios fiscales sólo pueden justificar la supresión o la conculcación de un principio tradicional cuando sólo de este modo se pueda mantener el funcionariado profesional como institución.

Por tanto, en la regulación del Derecho de funcionarios, tanto el legislador federal como el territorial se hallan limitados en amplia medida por los principios tradicionales del funcionariado profesional. Sin duda, en la aplicación de un principio tradicional podrán regular puntos concretos de modo distinto a como dichos puntos estuvieran disciplinados en el pasado, pero esto no afecta en nada al principio en sí. Puede también introducir nuevos principios en la medida que no se opongan a los tradicionales. Por el contrario, no puede derogar principios tradicionales con el solo fin de llevar a la práctica nuevas concepciones sobre la posición del funcionariado profesional en el Estado de Derecho democrático y social. En esa sumisión del legislador a principios e instituciones jurídicas que cuentan con una tradición más o menos larga se refleja una tendencia conservadora de la Ley Fundamental, opuesta a toda reforma esencial de la Función pública. Esta tendencia podría conducir a un anquilosamiento del funcionariado y obstaculizar su ulterior evolución: si el legislador estuviera íntegramente vinculado a la regulación anterior del Derecho de funcionarios. Por consiguiente, es acertado que el legislador de la Ley Fundamental sólo haya vinculado la regulación del Derecho de funcionarios de la federación y de los *länder* a los principios

del funcionariado profesional que han tenido su precipitado en determinados principios e instituciones jurídicas. Dentro y fuera de tales principios el legislador es libre. En este ámbito, pero sólo dentro de él, hay lugar para una reforma del Derecho de funcionarios. Para las posibilidades de dicha reforma es además de importancia decisiva una delimitación más precisa de los principios tradicionales.

Principios tradicionales del funcionariado profesional son todos los preceptos e instituciones jurídicas del Derecho de funcionarios que tienen importancia decisiva para la existencia y la continuidad del funcionariado profesional y que han tenido validez durante un periodo de tiempo largo, capaz de crear una tradición. En este contexto no puede reconocerse una importancia decisiva a la validez de estos preceptos e instituciones jurídicas durante la época nacionalsocialista, pero sí a su reafirmación o reconocimiento por la Constitución de Weimar. Pues la Ley Fundamental es una constitución de un Estado de Derecho democrático que en cierta manera quiere continuar la obra de la República de Weimar, pero que en cambio se halla en franca oposición con el ordenamiento autoritario nacionalsocialista. Por ello han de contarse entre los principios tradicionales todos los principios e instituciones jurídicas que han determinado la esencia del anterior Derecho de funcionarios. Entre ellos pueden citarse la ya mencionada reserva de funciones, la relación funcionarial como relación de Derecho público, de servicio y de fidelidad, la Función pública como profesión, el principio de la carrera, el principio del mérito, la garantía de una retribución y unas prestaciones sociales adecuadas a la función, la inviolabilidad de los derechos adquiridos, la independencia respecto de los partidos políticos, la libertad de opinión y de asociación, las garantías contra las medidas arbitrarias enderezadas a extinguir o a alterar la relación funcionarial, la protección jurídica a través de los tribunales en los litigios suscitados dentro del ámbito del Derecho de funcionarios y el derecho a una representación funcionarial. La importancia de estos principios tradicionales en concreto no puede ser examinada con mayor detalle dentro del marco de este trabajo; sólo indicaremos en forma somera qué otras regulaciones normativas quedan excluidas por dichos principios tradicionales.

Ya hablamos de la llamada reserva de funciones (*Funktionsvorbehalt*). Excluye la posibilidad de transferir, mediante un precepto, facultades de carácter soberano al personal empleado u operario y asegura así al funcionariado, dejando aparte algunas excepciones, este ámbito de la administración estatal y local. El carácter jurídico público de la relación funcionarial y su configuración como relación

de servicio y de fidelidad se opone a su transformación en una relación de servicio de carácter laboral, sujeta a normas de Derecho privado. El funcionario y su patrono público (*Dienstherr*) están ligados por deberes de fidelidad recíprocos que prohíben al funcionario hacer valer sus derechos, fundados o presuntos, derivados de la relación de servicio, con medios propios de la lucha laboral, especialmente mediante la huelga. El principio de que la función pública representa una profesión exige del funcionario la plena entrega a su profesión y excluye una aplicación distinta de su fuerza de trabajo, mediante una actividad secundaria, por ejemplo, sin autorización de su patrono. Se opone, además, a la extinción prematura de la relación funcional, concebida sobre una base vitalicia, mediante la denuncia o el despido contra la voluntad del funcionario. La exclusión de la relación funcional, en el caso de un funcionario en propiedad, sólo es posible por medio de un procedimiento disciplinario formal y en virtud de sentencia de un tribunal disciplinario. No obstante, todos los funcionarios se jubilan al alcanzar el límite de edad o en caso de incapacidad para el servicio. Pero esa limitación de carácter vitalicio de la relación funcional forma parte de los principios tradicionales del funcionariado profesional. Los funcionarios políticos que existen en la federación y en los *länder*, como, por ejemplo, los legados y embajadores, los funcionarios directivos de los ministerios, tales como los subsecretarios (*Staatssekretäre*) y los directores generales (*Ministerialdirektoren*), los presidentes de distrito gubernamental (*Regierungspräsidenten*) y los prefectos de Policía, pueden ser declarados cesantes en cualquier momento. El principio de la carrera significa que la Función pública está dividida en carreras (cuerpos), para las cuales los funcionarios son preparados y formados y en el seno de las cuales se desarrolla su vida profesional. Lo contrario del principio de la carrera lo constituye una regulación normativa que no se oriente a una formación especializada y, en consecuencia, a una carrera determinada, sino a un puesto de trabajo concreto al cual pueda concurrir todo aquel que estime que posee la aptitud necesaria para desempeñar el puesto. En cambio, el principio de la carrera tiene por finalidad proporcionar aspirantes a un gran número de puestos afines de la Administración, para cubrir con los mismos dichos puestos. Por ello es inseparable del principio de la Función pública como profesión y no puede tener efectividad sin un sistema de formación y de pruebas selectivas. El principio de la carrera no se encuentra recogido en toda su pureza en el Derecho de funcionarios alemán; por excepción, pueden también ser admitidas en la relación funcional otras personas. Esta quebra del

principio de la carrera es objeto de polémica; su importancia queda paliada por el hecho de que exista un órgano independiente (en la Federación, la Comisión Federal de Personal, y en los *länder*, las Comisiones Territoriales de Personal) que tiene que decidir sobre la capacidad de los otros aspirantes. El hecho de que la Función pública esté también abierta a personas ajenas a la misma, cuya colaboración es especialmente ventajosa para el interés público, es digno de elogio; sin embargo, esta posibilidad debería quedar limitada a los casos verdaderamente excepcionales, para que con la misma no se resintiera el principio de la carrera. El principio del mérito exige que la selección de los aspirantes a determinada carrera o a un cargo determinado se lleve a cabo sólo en razón de la aptitud, la capacidad y la eficacia técnica; excluye la consideración de otros puntos de vista, tales como el sexo, el parentesco, la raza, la religión o las creencias religiosas o políticas. Cualquier práctica administrativa que atente contra estos principios es, por tanto, ilegal y anti-constitucional. Sin embargo, la medida en que se viole el principio del mérito por la aplicación de puntos de vista políticos, confesionales u otros puntos de vista no estrictamente técnicos, sobre todo en la promoción de los funcionarios, es algo que no es susceptible de una apreciación estadística, como es lógico; sin embargo, parece como si la provisión de los cargos de dirección de la Administración estatal y local estuviera vinculada por regla general a una determinada filiación política del candidato. No obstante, constituye una cierta garantía del principio del mérito la institución de las comisiones examinadoras independientes. Mediante esta institución, la decisión sobre la aptitud, la capacidad y la eficacia técnica se transfiere a unos órganos que por su composición ofrecen la garantía de un juicio objetivo. Sin embargo, las comisiones examinadoras sólo desempeñan un papel negativo con respecto al acceso a los cargos públicos y no pueden impedir que, no obstante un resultado mediocre en los exámenes, sea posible la promoción en base de otras razones. Para el ascenso del funcionario dentro de la jerarquía administrativa rige también el principio del mérito, no el de la antigüedad, según el cual el acceso a las categorías superiores se rige solamente por los años de servicio del funcionario. Sin embargo, en la práctica administrativa el principio de la antigüedad desempeña un papel mucho más importante que el que realmente le debería corresponder bajo el dominio del principio del mérito. En relación con el principio de que la Función pública constituye una profesión, se halla el principio de que el patrono tiene que garantizar al funcionario nombrado en propiedad una retribución adecuada. Dicha retribución no se deter-

mina en razón de los méritos personales del funcionario en concreto, sino en base de la importancia de la categoría respectiva, y debe hacer posible al funcionario un nivel de vida que corresponda a su categoría. Tiene que ser ajustada constantemente a la evolución de la estructura de los salarios y los precios y puede incluso ser reducida cuando la situación económica da lugar a ello, como entre 1930 y 1933, también en función del movimiento de los salarios y los precios. El principio de la retribución adecuada a la categoría no rige solamente para los funcionarios en servicio activo, sino también para los jubilados. Sus pensiones se fijan en función de la última categoría poseída. En el caso normal asciende al 75 por 100 de la última categoría retributiva. Se discute, tanto en la doctrina como la jurisprudencia, si la inviolabilidad de los derechos adquiridos pertenece a los principios tradicionales del funcionariado profesional. Sobre la validez de este principio no debería existir duda, pues ya la Constitución de Weimar lo había reconocido expresamente. Sin embargo, las opiniones diferían entonces y difieren ahora acerca del exacto alcance del principio. Según la concepción correcta, supone una violación de los derechos adquiridos la intervención del legislador en la relación de servicio de un funcionario determinado cuando, por ejemplo, dicho funcionario es convertido en funcionario político susceptible de ser declarado cesante en cualquier momento. Sobre los principios referentes a la independencia política de los funcionarios y a su libertad de opiniones políticas y de asociación, habemos de volver al examinar otros puntos. La garantía contra las medidas arbitrarias enderezadas a la extinción o a la modificación de la relación funcional significa que tales medidas sólo son posibles en base de una habilitación legal y no deben quedar al criterio del patrono público (*Dienstherr*). El Derecho de funcionarios vigente admite el cese o la jubilación forzosa en cualquier momento, a criterio del patrono público, en el caso del funcionario interino que no se encuentra en la situación de funcionario en prácticas (*Vorbereitungsdients*), sin que sea precisa la existencia de unas condiciones fijadas mediante ley. Si en el pasado sólo podían ser actuadas ante los tribunales ordinarios las pretensiones jurídico-patrimoniales de los funcionarios, la cláusula general de la jurisdicción contencioso-administrativa, instaurada en 1945, permite defender en juicio los derechos no patrimoniales de los funcionarios. Sólo están exceptuadas de la revisión jurisdiccional las resoluciones que no afectan a la relación funcional básica, sino al destino o puesto de trabajo del funcionario. Esta concepción, sustentada por la jurisprudencia y por la parte preponderante de la doctrina, debe ser enérgicamente apo-

yada. Si los funcionarios pudieran impugnar también ante los tribunales de lo contencioso-administrativo las instrucciones de servicio de sus superiores, quedaría anulada la subordinación jerárquica del funcionario a las órdenes o instrucciones y con ello se paralizaría el funcionamiento de los organismos. El principio de que los funcionarios tienen derecho a una representación funcional especial fue ya aludido en otro lugar. Excluye la creación de representaciones corporativas comunes para el personal funcionario, el personal empleado y el personal operario que fueran elegidas conjuntamente por los tres grupos de la Función pública y hubieran de decidir sobre las cuestiones personales y sociales de todo el personal. Si bien es cierto que el Derecho alemán vigente en materia de representación corporativa (*Personalvertretungsrecht*) conoce unas representaciones corporativas comunes (Consejos de Personal) para el personal funcionario, el personal empleado y el operario, no obstante, prescribe para la elección del consejo la elección por grupos y para la adopción de acuerdos en los asuntos que sólo afectan a los pertenecientes a uno de los grupos, la votación por grupos.

3. POLITIZACION PROPIA E IMPROPIA DEL FUNCIONARIADO

Lo expuesto acerca del alcance de los principios tradicionales del funcionariado profesional, en general y en particular, pone de relieve que la ley Fundamental ha señalado límites relativamente estrechos a las reformas de la Función pública. En un punto concreto, sin embargo, la propia ley Fundamental ha iniciado un giro que puede ser subrayado en cuanto que representa un apartamiento del sistema de la Constitución de Weimar y una verdadera reforma del Derecho alemán de funcionarios. Dicho giro puede ser definido como una verdadera y propia politización del funcionario, que se halla en plena consonancia con la esencia y las tradiciones del funcionariado profesional alemán dentro del marco del Estado constitucional.

La Constitución de Weimar había permitido a los funcionarios pertenecer a un partido político que tuviera en su programa la lucha contra la República democrática. Semejante actitud anticonstitucional está hoy prohibida a los funcionarios, ya que el artículo 9, párrafo 2, y el artículo 21, párrafo 2, de la ley Fundamental declaran prohibidas y contrarias a la Constitución las asociaciones orientadas contra el orden constitucional, y los partidos políticos que por sus fines o por la actuación de sus afiliados tienden a perjudicar o a

eliminar el orden democrático liberal o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. Con ello queda también prohibido constitucionalmente a todo funcionario pertenecer a tales asociaciones o partidos o defender sus objetivos.

La ley Fundamental y el Derecho de funcionarios promulgado en desarrollo de la misma vinculan hoy al funcionario al Estado con mayor fuerza que lo hiciera la República de Weimar. Hasta el asesinato del ministro doctor Rathenau, el año 1922, no había impuesto dicha República al funcionario la obligación de defender la forma política republicana constitucional en el ejercicio de su actividad oficial, aun cuando ya la Constitución había declarado que el funcionario era servidor de la comunidad y no de un partido. Dicha comunidad no era entonces ni es tampoco ahora, como pensaran algunos funcionarios en la República de Weimar, un «Estado en sí», desligado del orden constitucional vigente, sino el pueblo, que había dado a su vida política, en la Constitución entonces y en la ley Fundamental hoy, un orden a cuyos principios debe conformarse también el orden constitucional de los *länder*. Por ello el Derecho de funcionarios exige hoy al funcionario que en su comportamiento en general (es decir, dentro y fuera del servicio) muestre su adhesión al ordenamiento fundamental democrático y liberal y defienda el mantenimiento del mismo. Esta estrecha vinculación al Estado, comparable al juramento de fidelidad que prestaba el funcionario al monarca en la monarquía constitucional, excluye toda posible neutralidad política del funcionario con respecto al Estado de Derecho democrático y social representado por la República Federal.

Esta auténtica politización de los funcionarios no tiene nada que ver con la cuestión de si les debe ser permitida o prohibida, facilitada o dificultada la pertenencia a partidos políticos, su trabajo activo en éstos y la pertenencia a los órganos de representación popular. La afirmación de que la adhesión al ordenamiento fundamental democrático y la defensa de su mantenimiento sólo pueden esperarse de los funcionarios si se les reconoce también la posibilidad de ser miembros activos de un partido político, no puede ser demostrada. Tampoco se puede decir que los funcionarios que no pertenecen a ningún partido político sean menos fieles a la Constitución que los que están organizados políticamente en un partido. En la única ocasión que ha habido hasta ahora de poner a prueba su fidelidad a la Constitución, el pronunciamiento de Kapp, de 1920, la totalidad del funcionariado se puso del lado del Gobierno constitucional.

La libertad de opinión y de asociación de los funcionarios forma parte, desde la Constitución de Weimar, de los principios tradiciona-

les del funcionariado profesional. Sin embargo, hay que preguntarse si la libertad de actuación política de los funcionarios en méritos del mantenimiento de la institución del funcionariado profesional no debería ser objeto de unas limitaciones más rigurosas que las previstas por la ley fundamental en su artículo 137, párrafo 1, que habilita al legislador para limitar la elegibilidad de los funcionarios. Es ésta una cuestión de la reforma administrativa que está pendiente ya desde la Constitución de Weimar y cuya solución puede ser de importancia decisiva para el futuro de la institución del funcionariado profesional. El Derecho vigente admite, sin limitación alguna, la actuación política activa de los funcionarios en los partidos políticos conformes a la Constitución. No podemos entrar aquí en mayores detalles acerca de los múltiples vínculos que por razón del patronazgo de partido surgen entre los funcionarios y los partidos ni acerca de las diversas formas en que se manifiesta la influencia de los partidos sobre la actividad oficial de dichos funcionarios. Si los funcionarios pueden ser miembros de los partidos políticos, ningún partido renunciará a la posibilidad de ejercer influencia sobre la política de personal del Gobierno y en ocasiones incluso sobre la actividad administrativa de sus miembros funcionarios. No puede renunciar a ello, ya que tampoco los demás partidos políticos dejarán de agotar tales posibilidades de ejercicio de influencia. De esta manera todos los funcionarios, incluso los que no están vinculados a ningún partido, se encuentran metidos en la maraña de las luchas de los partidos por el poder político. Difícilmente cabe que con ello pueda ponerse en peligro el verdadero y propio sentido de la institución del funcionariado profesional, consistente en el cumplimiento de las tareas impuestas a la Administración con imparcialidad y justicia y para el bien de la generalidad. No hay una solución perfecta para los conflictos que puedan plantearse a un funcionario entre su entrega al bien común y su adhesión a los fines de un partido como consecuencia de su actuación política activa. Por ello no debería esperarse hasta el momento en que la integridad del funcionariado profesional se viera debilitada de manera decisiva por efecto de esta vinculación de los funcionarios a los partidos y ya no fuera posible el cumplimiento de las tareas impuestas al funcionario dentro de una tónica de entrega al bien de la generalidad. Los peligros que con ello amenazan no sólo a la institución del funcionariado profesional, sino al Estado democrático en general, fueron denunciados ya en los años veinte por figuras destacadas de la ciencia alemana del Derecho público; sin embargo, tales advertencias tuvieron entonces tan escasa resonancia como hoy.

4. DESPOLITIZACION DEL REGIMEN DE PERSONAL

Relacionada con esta exigencia de neutralidad política se halla la creación de servicios y comisiones de personal independientes. Ya hemos señalado anteriormente que el principio del mérito puede ser garantizado mediante la creación de comisiones examinadoras independientes, al menos en el sentido de que el acceso a la Función pública quede cerrado a todos aquellos a quienes una comisión examinadora no les reconozca aptitud, capacidad y eficacia técnica. Un paso decisivo en orden a la eliminación de influencias extrañas, en especial de política de partido, de carácter confesional, o de grupo, sobre la política de personal, tendría lugar sólo cuando las decisiones en todas las cuestiones importantes de personal—ceses, nombramientos, promoción, etc.—fueran sustraídas a los ministros, vinculados a los partidos, y transferidas a un servicio o comisión de personal independiente y al margen de toda subordinación jerárquica. Pero de tal normativa se halla muy alejado el Derecho alemán de funcionarios vigente. Si bien es cierto que éste prescribe, tanto en la Federación como en los *länder*, la creación de organismos independientes (Comisión Federal de Personal, Comisiones Territoriales de Personal) que por su composición como por su procedimiento ofrecen la garantía de unas decisiones objetivas en materia de personal, no obstante dichos organismos sólo son competentes para decidir sobre medidas de política de personal de menos importancia y no ejercen influencia alguna sobre la política de personal en su conjunto.

Una solución radical para la totalidad del problema sería el sistema que rige en los Estados Unidos para la carrera directiva, la sujeción de los jefes de los servicios a una propuesta en terna que les es formulada por la *Civil Service Commission*. Pero no es fácil que tenga partidarios en Alemania este sistema de rigurosa sujeción a un órgano ajeno al servicio respectivo. En todo caso no ha tenido éxito en la práctica, como ya señalé anteriormente, el intento realizado por la ley de Funcionarios bávara de 1946, en virtud de una exigencia expresa del Gobierno militar norteamericano de vincular a los órganos encargados de los nombramientos a una propuesta en terna formulada por la Oficina Territorial de Personal. Los preceptos de la ley de Funcionarios bávara que regulan este punto no han sido aplicados nunca. Contra esta solución cabe objetar también que apenas tiene en cuenta los intereses específicos del servicio de los distintos órganos y que sustituye plenamente la responsabilidad personal que lleva en sí toda decisión en materia de personal basada en el resultado de una prueba. Descansa en la convicción, cabría

decir en la fe, relativa a la infalibilidad de los resultados de los exámenes. Tal convicción no existe en tal medida en Alemania, sobre todo en la antigua Prusia. Tampoco está concebida —y ésta ha sido sin duda la objeción decisiva— para una función pública fundada en el principio de la carrera y en el del nombramiento permanente.

Otro cambio consistiría, por ello, en la institución de unos subsecretarios permanentes (*permanente Staatssekretäre*) según el modelo inglés. En Inglaterra la política de personal no está concentrada en un servicio especial de personal, como en los Estados Unidos, sino que en cada ministerio está en manos de un subsecretario permanente. La competencia de la política de personal estaría atribuida al respectivo organismo, pero quedaría sustraída a la influencia del ministro, responsable ante el Parlamento y vinculado a la política de partido. Por ello, el subsecretario permanente no podría estar vinculado a un partido. Habría de proceder de las filas del funcionariado profesional y tendría que poseer un amplio conocimiento de la Administración pública y de las técnicas de administración de personal. Igualmente en su calidad de subsecretario permanente, continuaría ostentando la condición de funcionario profesional. Su competencia habría de comprender la adscripción y la promoción de todos los funcionarios del organismo bajo su dirección, siempre que, en los casos de funcionarios inferiores, no procediere transferir dicha competencia a órganos intermedios. Con el fin de que pudiera estar al margen de las influencias de la política de partido de su ministro o del Gobierno sería necesario que no estuviera subordinado jerárquicamente al ministro o al Gobierno. Por otra parte, sería precisa una colaboración de confianza entre el Gobierno, el ministro y el subsecretario permanente. Por esta razón, el Gobierno había de gozar del derecho a ordenar el cese de uno de tales subsecretarios cuando no gozase ya de su confianza. Con ello se saldría al paso, en lo esencial, al reparo jurídico-constitucional contra la institución de tal órgano independiente y situado al margen de la jerarquía, dentro del sistema de la responsabilidad parlamentaria de todo ministro. Sin embargo, el Gobierno sólo debería hacer uso en raros casos de excepción del derecho a ordenar el cese del subsecretario permanente.

La creación de los subsecretarios permanentes sólo podría llevarse a cabo en Alemania mediante una modificación del Derecho vigente, pues, según el vigente Derecho de funcionarios, los subsecretarios y directores generales son, tanto en la Federación como en los *länder*, funcionarios jerárquicamente subordinados que en la Federación y en la mayoría de los *länder* pueden ser declarados ce-

santes en cualquier momento; sus puestos son considerados como cargos cuyos titulares han de profesar una adhesión permanente a las concepciones y objetivos políticos fundamentales del Gobierno. Por ello, la provisión de los cargos de subsecretario en la Federación y en los *länder* es normalmente objeto de los convenios de coalición en la formación de Gobierno. Los partidos políticos deberían mostrarse dispuestos, pues, a renunciar a la influencia que les concede el Derecho vigente en cuanto a la provisión de los cargos de subsecretario y a través de la subordinación jerárquica de los subsecretarios en las cuestiones de política de personal. No es de suponer que los partidos se decidan a tal autolimitación.

5. RETRIBUCION UNIFORME Y DIFERENCIADA

Otra cuestión, que no guarda ninguna relación con los problemas examinados hasta aquí, hace referencia a la retribución de los funcionarios. Dado que la federación sólo puede dictar preceptos marco con respecto al Derecho de funcionarios, la retribución de los funcionarios territoriales, incluidos los municipales, queda dentro de la competencia de los *länder*. Si bien éstos están sujetos a los preceptos marco de la ley Federal de retribuciones, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal estos preceptos deben, no obstante, dejar a los *länder* un margen suficiente para poder acomodar la retribución de los funcionarios a su capacidad financiera y para poder adaptarla al nivel de vida del *land*. No pueden prescribirse a los *länder* cifras máximas fijadas cuantitativamente para la retribución de sus funcionarios. Los *länder* tienen, pues, la posibilidad de fijar la cuantía de las retribuciones de sus funcionarios con toda independencia, apartándose de la normativa retributiva de la federación y de los demás *länder*. O sea que puede suceder, y de hecho sucede, que el régimen retributivo de un *land* determinado coloque a los funcionarios de dicho *land* en una situación considerablemente menos ventajosa que el establecido para los correspondientes funcionarios de otro. Contra tales divergencias en el seno del Derecho territorial, en lo que respecta a la retribución, si las mismas son compatibles con los preceptos marco dictados por la Federación, no cabe formular objeción alguna desde el punto de vista del Derecho vigente. Forman parte del ordenamiento federal y por tal razón no pueden representar violación alguna del principio de igualdad.

A pesar de ello, esta diferencia de trato no es bien acogida entre los funcionarios afectados e incluso la opinión pública se ha pro-

nunciado en contra de las divergencias entre las retribuciones de los funcionarios susceptibles de una valoración igual en el orden funcional. Si la igualdad en cuanto a titulación previa, formación, tareas y funciones exige, desde el punto de vista de la justicia, un trato igual en el orden retributivo, se estimará arbitrario el que los mismos funcionarios se hallen en un *land* en una situación retributiva peor en que en otro *land*. Por ello se considera actualmente la posibilidad de modificar el artículo 75, número 1, de la ley Fundamental, relativo a la competencia de la federación para la promulgación de preceptos marco sobre el régimen jurídico de las retribuciones, en el sentido de habilitar a la federación para que pueda someter a los *länder* de un modo más estricto a un determinado sistema retributivo y pueda igualmente fijar los máximos y los mínimos correspondientes a los funcionarios de un mismo grupo. Sin embargo, estas exigencias, defendidas sobre todo por las asociaciones de funcionarios, tropiezan todavía con una fuerte oposición en algunos *länder*.

Todo este fenómeno muestra que la vigente atribución de competencias en el ámbito del régimen jurídico de las retribuciones no se considera adecuada ni por los funcionarios afectados ni por gran parte de la opinión pública. Existe a este respecto ostensiblemente una divergencia entre la normativa constitucional y los criterios de los sectores afectados. Constituye, por tanto, un auténtico problema de la reforma administrativa y el de si el ordenamiento jurídico debe ser adaptado a las nuevas concepciones. En este sentido habrá que tener en cuenta también que la moral de trabajo de los funcionarios afectados subirá de nivel con la uniformización de las retribuciones, con lo cual se elevaría igualmente la eficiencia de la Función pública. Dentro de este orden de ideas, la constante adaptación de las percepciones de los funcionarios a las condiciones generales de los precios y salarios adquiere una especial relevancia. Dicha adaptación debe ser privada del carácter odioso, todavía manifiesto, de una pugna por la subida de los sueldos de los funcionarios, ya que no se trata en realidad de una elevación de las percepciones reales, sino sólo de una acomodación al poder adquisitivo decreciente del dinero. En una economía nacional en la cual, a causa de una inflación progresiva e imperceptible, el valor del dinero se reduce cada año en varias unidades de porcentaje, un ajuste constante de las retribuciones de los funcionarios al valor intrínseco del dinero es una necesidad imperiosa.

6. LA FORMACION DE LOS FUNCIONARIOS SUPERIORES

Un problema todavía pendiente de la reforma administrativa alemana es el de la formación de las nuevas promociones de la carrera directiva. Debido a que todos los *länder* se aferran a la idea de la formación uniforme para los futuros jueces, fiscales, abogados y directivos de la Administración, las posibilidades de reforma están sumamente limitadas, constreñidas dentro del ámbito de los estudios universitarios y del servicio preparatorio. El proyectado acortamiento del servicio preparatorio, de los tres años y medio actuales a tres, o incluso a dos años y medio, reducirá el periodo de prácticas de los jóvenes juristas (funcionarios en prácticas, *Referendare*) en la Administración estatal y local y en la jurisdicción contencioso-administrativa. En algunos *länder* se considera, por ello, la posibilidad de añadir, en tal caso, una vez aprobado el segundo examen de Estado, unas actividades de formación administrativa especial para los *Assesoren*, como las que ya existen en la Administración fiscal y en otras Administraciones especiales. Sin embargo, todas estas cuestiones son todavía demasiado fluidas para que pueda hablarse de resultados concretos. No obstante, puedo señalar que la Escuela Superior de Ciencias Administrativas de Spira ha dedicado en dos ocasiones en estos últimos años reuniones de varios días a los problemas de formación de funcionarios: en otoño de 1962, a la formación jurídica en la Administración, y en el otoño de 1964, a la formación administrativa de los juristas. Las ponencias y comunicaciones de dichas dos reuniones han sido publicadas en la colección de la Escuela Superior de Spira; en este lugar he de remitirme a las mismas (vols. 17 y 25).

