



EL DERECHO DE RESIDENCIA Y LA MOVILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

35.087

Por VALENTIN R. VAZQUEZ DE PRADA

Sumario: 1. Introducción. — 2. El derecho de residencia y el derecho a residencia.—3. El derecho de residencia y el derecho al cargo.—4. Razones legitimadoras de ambos derechos.—5. Naturaleza del derecho de residencia.—6. Concepto legal del derecho de residencia. — 7. Posibles nuevos enfoques. — 8. Conclusiones.

Un concepto que se encuentra en íntima relación con el coste del servicio, en cuanto lo agrava, y también con la eficiencia, en la medida en que creemos la mejora, es el de casa-habitación de ciertos funcionarios. No pretendemos examinar el problema a la luz de las evidentes dificultades y de los desproporcionados costes de las viviendas, tan fuera en ciertos casos de las posibilidades económicas de los modestos funcionarios auxiliares en la labor de administrar justicia y que dan lugar a que determinadas zonas de la geografía española estén frecuentemente carentes de la adecuada plantilla. La cuestión se enfoca solamente aquí desde el ángulo de las necesidades esencialmente objetivas del servicio. Ciertos aspectos de la Administración de Justicia en el orden penal que no admiten dilación ni días inhábiles o de vacación. Existen diligencias de dicha naturaleza, cuya práctica por los Juzgados de Instrucción aparece exigida por la ley, cuando el caso lo requiere, y han de efectuarse durante la noche o fuera del horario habitual en otra clase de servicios. Si se quiere dar autenticidad efectiva a esta exigencia legal, señalada en el artículo 201 de la LEC, no basta con estamparla en un precepto,

sino que es necesario acompañarla de los medios materiales precisos para su puesta en práctica, cobrando dentro de ellos singular relieve, precisamente por su dificultad, el de dotar de casa-habitación, próxima o contigua al lugar del Juzgado, a aquellos funcionarios cuya presencia es preceptiva o altamente conveniente para la prestación del extemporáneo servicio...

A. GALÁN MENÉNDEZ: «Consideraciones en torno a O. y M. y la Administración de Justicia». *Boletín O. y M.*, Presidencia del Gobierno, núm. 5, Madrid, marzo 1971.

1. Introducción

El llamado *derecho de residencia* no tiene para todos el mismo significado, como tampoco es para todos tal derecho; como Garrido Falla puntualizó en su tratado, la relación Administración-administrado (y la categoría especial y hasta cierto punto *sui generis* del funcionario, cuya relación, no obstante, no deja de ser por ello jurídica, con la Administración a la que sirve) no se agota en una antítesis tan tajante como la que generalmente se da en el ámbito jurídico-privado, donde es factible hablar y presumir la existencia dual de unos derechos por un lado y unas obligaciones por otro, sino que en medio se presentan unas escalas o grados en donde sucesivamente van disminuyendo las notas consustanciales con tales derechos y obligaciones. Por esta razón, no existe ni podemos enunciar un inventario rígido e inmovible de derechos o de obligaciones, sino que, por el contrario, es sumamente corriente plantearse como probable o problemático la existencia de un derecho o de una obligación, o lo que es igual, la subsistencia temporal de una zona vaga y confusa que en un momento determinado se califica como refugio de derechos y otra como de obligaciones y que incluso los mismos derechos se vean desde otro ángulo como obligaciones y viceversa, lo que ocurre principalmente en la esfera funcional, montada sobre una relación que ha sido conceptuada desde los más diversos y variados puntos de vista. A la hora de entrar en el examen de su contenido y una vez hechos todos los deslindes necesarios y convenientes—separación de la relación orgánica de la de servicio—, es cuando aparecen todos los plantea-

mientos enumerativos y simplemente ejemplificativos, dejando la puerta abierta para otros, que pueden ser muchos, pocos o ninguno más. Tras realizarse una rigurosa exposición científica y objetiva de la naturaleza jurídica de la relación funcionarial, en que toda ella adquiere un tinte fuertemente estático y hasta mayestático, como propio de una relación que sólo se ve entonces en su aspecto puramente jurídico, se pasa el umbral del análisis concreto de su contenido, apareciendo entonces una visión antagónica, en la que reina la vacilación, el balbuceo y hasta la simple cita, como si su desarrollo quemara (1). De ahí que la misma denominación de algunas partes de ese contenido resulte imprecisa o equívoca, y en cualquier supuesto, ayuna de la precisa uniformidad terminológica o expresiva, que redundaría evidentemente en una mejor comprensión y consiguiente reglamentación por prácticos, teóricos y legisladores. Es lo que sucede con el derecho de residencia, que pasamos a examinar.

2. El derecho de residencia y el derecho a residencia

Obvio es que esta sencilla formulación está indicando la existencia de dos derechos cuya aproximativa denominación induce a su confusión e identidad. Su diferencia, aunque palpable, no es frecuente; fijémonos en que, frente a la naturaleza esencialmente económica del segundo—derecho a residencia— el otro supera tan simple fondo para ser algo o mucho más: un derecho que en cierta medida afecta a la libertad personal del funcionario público. Desarrollemos y expliquemos la diferenciación: el derecho a residencia es un derecho económico, que consiste en reconocer a ciertos funcionarios públicos el derecho de percibir una compensación económica —en cuyo concepto presupuestario no entramos—, afecta, como tal compensación, a servir como contravalor del gasto producido por el alquiler ocupacio-

(1) Como modélico en este sentido podemos citar el caso de R. ALESSI, que realizando un profundísimo estudio de la naturaleza jurídica de la relación orgánica, así como de la de servicio, cumple con un párrafo el estudio de los derechos de los funcionarios, terminando con un cortísimo y seco etc.: véase sus *Instituciones de Derecho administrativo*, t. I, 1970, p. 97.

nal de una vivienda-habitación. Lo que no significa que tal compensación sea monetaria, sino que ésta es la consecuencia de la previa y anterior compensación en especie, representada por la misma entrega de la vivienda para su morada por el funcionario público en cuestión. Sólo en la imposibilidad de proporcionar ésta, y como una escapatoria de tal obligación, se entroniza la otra modalidad o forma, que resulta en nuestros días mucho más cómoda y barata a todos aquellos entes públicos a los que se impone la obligación de abonar tal compensación a sus servidores. En cambio, el derecho de residencia, frente a esta delimitación genérica y a grandes rasgos *prima facie* del *derecho a residencia*, se incrusta en una formulación en ocasiones más amplia, como es el llamado *derecho al cargo*, según García de Enterría (2), como exteriorización de un derecho que tiene múltiples vertientes o manifestaciones, siendo probablemente una de ellas el ya citado *derecho de residencia*. Tendremos, pues, que, según esta visión, este derecho de residencia, en principio hipotético y conjetural, se nos presenta dentro de un marco mucho más amplio y acogedor, como es el derecho al cargo, derecho que, si bien se trasluce y traduce en consecuencias económicas, no es exclusiva ni principalmente económico, con lo que ya, también *ab initio* y *ex radice*, se distingue del anteriormente citado *derecho a residencia*, y decimos esto porque, partiendo de esta visión global del derecho de residencia como parte de uno más amplio, cual es el derecho al cargo, en éste apreciamos una fuerte connotación personalista, tanto en el sentido de la filosofía personalista de Mounier como en el estrictamente etimológico y gramatical, ya que configurada la Administración como una institución jerárquica (3) y proclamado de salida el principio de

(2) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Apuntes de la cátedra de Derecho administrativo*, 1.º, tomo III, curso 1968-69, Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, pp. 31 a 34.

(3) La idea de jerarquía, en la que todos los tratadistas se han recreado recordando los orígenes miméticos de la misma respecto de la organización eclesiástica y que nos revela la misma palabra derivada de la griega «ieros» sagrado, sugiere la imagen piramidal de la Administración pública, por cuyos peldaños ascienden aquellos funcionarios en los que van concurriendo ciertos requisitos que los habilitan para «determinados cargos» o «puestos de trabajo» en terminología moderna de nuestros días. Tales requisitos se intentaron configurar objetivamente de acuerdo con la propia naturaleza de una organización, pero sin perder de vista a las personas, o sea, se quería buscar un estímulo para la permanencia en tal organización de

igualdad de oportunidades el derecho al cargo surge tanto como una aspiración (o sea como una expectativa) que debe realizarse al darse y concurrir determinadas condiciones en un determinado funcionario.

3. El derecho de residencia y el derecho al cargo

Max Weber logró generalizar su fórmula visual del mundo medieval como *un cosmos de privilegios*, ya que, a su juicio, era un mundo en el que todo estaba ya repartido: todos sus miembros nacían con unos derechos que eran precisamente los que iban a tener durante toda su vida, que por esto tenía un carácter fuertemente fatalista y determinista. Este recuerdo a Weber y a su visión del mundo medieval le creemos siempre de interés, porque en él residen más similitudes y analogías con ciertos aspectos del mundo actual que una rápida consideración nos pudiera hacer creer. La idea al menos la estimamos válida en su extensión a la organización administrativa, efectuando en ella ligeros retoques, para abandonar la noción o referencia a los privilegios y sustituirlos por las *competencias exclusivas*. Para-

éstas, a la manera como Napoleón ofrecía como premio futuro el bastón de mariscal a todos aquellos sencillos soldados que quisieran acompañarle en sus campañas militares; la exigencia confluyente de tales características produjo como resultado una verdadera inflación de cargos sin contenido real, o lo que es lo mismo, una abundancia de personas —léase funcionarios públicos— que iban entrando en posesión puramente nominal de unos cargos que de hecho no desempeñaban (eran jefes de Administración de 1.^a o de 2.^a, y como tales cobraban, pero que prácticamente realizaban funciones muy inferiores, con frecuencia de simples auxiliares). Lo que hoy llamamos sociología burocrática o de la Administración pública, que tanto explica las desviaciones de una normativa por los condicionamientos que la realidad la impone, fue lo que en pasadas épocas justificó la necesidad de esta *desviación* conceptual, práctica y económica: por encima de los vaivenes de la política, que tan bien nos retrata la conocida figura del *cesante*, la Administración requería de los servicios de un personal vinculado a ella duraderamente, lo que sólo podía lograrse con los aumentos económicos simbolizados en las escalas administrativas, noción de *escalas* tan íntimamente unida, por lo demás, a la de ascenso para el que, con intención de eliminar la menor sombra nepotista, se produce casi únicamente por la vía de la antigüedad, lo que a su vez insufla mayor confianza en el funcionario, que sabe que sólo basta *aguantar* unos años para tener un ascenso e ir así ocupando —al menos sobre el papel— puestos más importantes de trabajo (o si se quiere, cargos más relevantes); como, por otra parte, las funciones administrativas nunca han estado bien delimitadas en sus atribuciones y competencias, como siempre ha habido intereses para que no lo estuvieran, y como al funcionario lo que le afecta mayormente son las secuelas económicas, el efecto de todo esto fue incurrir en la deformación, lo que apareció como un remedio.

fraseando lo anterior, diríamos que también la Administración es un cosmos de competencias, definición que, a pesar de la relación que hemos establecido con la imagen weberiana, no deja de ser aséptica; ya no lo es, si a la misma añadimos esto otro: «cosmos de competencias que tienden a ser exclusivas», si es que ya no lo son (4). Una Administración pública conforme con un esquema de la más simple racionalidad orgánica debería tener un número coincidente de cargos con los posibles titulares de los mismos, o, en otras palabras, en ella no debería haber titulares de derechos al cargo *sin cargo*, lo que aunque parezca paradójico ocurre en los supuestos en que la organización, por atender a otras requisitorias distintas a las suyas propias, modifica sus postulados, y con otros fines reconoce tales derechos, reconociendo simultáneamente la imposibilidad de hacer coincidir en los mismos los correspondientes cargos (véase nota 3). Marginando ahora estas desviaciones reales respecto del modelo organizativo, el derecho al cargo de todo funcionario público es el que a éste le corresponde en función de su formación y demás títulos (en sentido amplio) para ocupar cierto puesto de trabajo y ejercitar en consecuencia las facultades y atribuciones que al mismo se asignan dentro de ese cosmos o cuadro de competencias, que es como hemos definido a la Administración Pública. Tan fuerte es la impronta personal que el funcionario impone con su presencia y existencia, que las atribuciones y competencias, a pesar de ejercitarse en nombre y por delegación de la organización, adquieren un matiz colindante y limítrofe entre una rígida obligación y un derecho flexible (todavía

(4) Es esta tendencia o sesgo, como lo califican los economistas, uno de los mayores obstáculos tanto para la coordinación administrativa como para la reordenación y simplificación de los organigramas administrativos. Organos con competencias concurrentes sobre una determinada materia intentan de hecho comportarse como titulares exclusivos de las mismas, cada uno por su lado, con el consiguiente perjuicio para los administrados; por eso, la coordinación no dejará nunca de ser una permanente aspiración jamás alcanzada. Si a esto añadimos que en nuestro país, por determinadas características del sistema burocrático, el ejercicio de tales competencias lleva consigo notas de relieve social, así como efectos económicos —las tasas—, tendremos algunas causas que explican el comportamiento de toda nuestra Administración como conjunto y de algunos de sus Cuerpos funcionariales como partes del mismo; sobre esto, nos remitimos a la abundante bibliografía sobre la función pública española, y especialmente E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Administración española*. I. E. P., 1961 (reedición de bolsillo, Alianza Edit., 1972), y A. NIETO: *La retribución de los funcionarios públicos en España*. Revista de Occidente Edit., 1965.

se habla del *derecho de firmas* y hasta del *derecho a la firma*, puesto que según el primero sólo tiene derecho de firmar aquel a quien se atribuye la competencia, o sea al titular de la facultad o potestad cuando paralelamente se formula y se declara la obligación de ejercitar tales facultades y competencias, lo que revela la inconsecuencia de hablar simultáneamente de *derecho*: ¿hasta dónde llega el derecho y dónde comienza la obligación?, o ¿puede hablarse en términos lógicos simplemente de *derecho de firma*?; el *derecho a la firma* se establece en la práctica administrativa a favor de unos funcionarios que se ven consolidar un derecho consistente únicamente en despachar con el superior a quien presentan los documentos que reclaman su preceptiva firma; aquí, como en otros campos, la práctica supera la normativa y el mismo funcionamiento interno de una oficina impone a unos unos deberes y reconoce a otros unas facultades que el abuso o el uso indiscriminado califica de derechos).

Esta imagen del derecho al cargo se complica al examinarlo más profundamente, como todo el fenómeno administrativo, que sólo es simple visto desde sus aristas más sobresalientes y superficiales. Conviene que recordemos y tengamos siempre en cuenta, que la realidad es enormemente compleja y que frente al supuesto típico legal de prever un solo puesto de trabajo, o un solo cargo, para un solo funcionario, aquélla nos da inmediatamente a la vista el supuesto contrario: muchos puestos de trabajo, o muchos cargos, y muchos funcionarios (y esto no sólo por los principios, ahora principios, formulados por Parkinson, Hull o Peter, entre los que destaca el de la multiplicación funcionarial, estimulada por cada funcionario en particular, que pretende así eliminar posibles y futuros competidores, lo que si de momento paraliza los conflictos, no lo logra respecto del futuro, en el que volverán a nacer con más fuerza, a no ser que admitamos una duración temporalmente indefinida de los mismos) (5). Quere-

(5) Nos remitimos a las obras de todos estos irónicos denostadores de la realidad burocrática, cuyas obras han logrado plena divulgación y que a pesar de todos sus sarcasmos parecen quedarse cortas comparadas con la marcha del objeto examinado: resulta curioso comprobar con gran frecuencia cómo a la jubilación o traslado o ascenso de un funcionario, su vacante se ocupa provisionalmente por varios funcionarios, de modo que el trabajo realizado antes por uno lo es ahora por tres, lo

mos decir con esto que raramente la vacante de un cargo coincidirá con la existencia de un único aspirante y que justamente por este motivo se impone la existencia y estructuración de baremos o concursos a través de los cuales se dilucida al funcionario de mejor derecho para otorgarle el ascenso o el susodicho cargo (6).

Siguiendo a García de Enterría, el derecho al cargo se nos aparece como un derecho matriz que alberga y cobija otros derechos, entre los que figura el calificado como *derecho de residencia*. Su importancia se revela por la misma cita que de Zanibini hace este autor, que le atribuye la condición de ser «centro y presupuesto de todos los demás derechos funcionariales, que sin él carecen de razón de ser» (7). Alude, asimismo, a los condicionamientos socioeconómicos —o, si se quiere, simplemente sociales— que se alzaron como poderoso valladar a su reconocimiento en épocas pasadas, no muy alejadas de nosotros y aún vigentes en determinadas áreas geográficas (8). Ya hemos dicho

que parece demostrar la incompetencia de los sucesores —una de las reglas de Parkinson—; causa pavor comprobar que hasta hace unos pocos años, más de la mitad del presupuesto estatal iba a destino de gastos de personal y que actualmente cerca de esa mitad tiene el mismo fin en los presupuestos locales (véase como muestra el *Boletín de Información de la Vida Local*, núms. 54-55, I. E. A. L.).

(6) Aún no se ha generalizado en su totalidad este sistema objetivo de baremos y concursos en los que los aspirantes aportan sus méritos, cuya valoración dará lugar a un orden conforme al cual se otorgarán las vacantes, sino que subsisten algunas parcelas en donde se reconoce cierta discrecionalidad a la respectiva autoridad para efectuar los nombramientos definitivos, reduciéndola moderadamente a través de una terna-caso que a tantas arbitrariedades dio lugar durante el siglo XIX en las oposiciones a cátedras universitarias, y que nos recuerda el libro de S. CHENEZ sobre Joaquín Costa, Ariel Editorial, Col. Horas de España, 1972 (caso, por ejemplo, de la cobertura de vacantes de las plazas de interventor, secretario y depositario de los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona). (Las correspondientes entidades son libres de elegir al que estimen conveniente dentro de la terna, pero no forzosamente al primero, ya que entonces la terna sería inútil.)

(7) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit., p. 31. Aquí tiene plena confirmación nuestra anterior afirmación de no ser el derecho al cargo un derecho estrictamente económico, aunque sí produzca consecuencias de tal tipo.

(8) En nuestro país se ha puesto como una de las causas del nacimiento de «Cuerpos de funcionarios» la idea de defenderse de las arbitrariedades políticas que terminaban generalmente en las cesantías; el «cuerpo» aparecería como un grupo de defensa frente al ataque exterior que busca la disgregación y movilidad de sus miembros (véase A. NUERO, ob. cit., y sus otros trabajos sobre el tema funcionalial). Esta idea parece generalizarse a todos los estamentos sociales, y el mismo fin tienen las Juntas o Sindicatos militares, tan visibles en el primer cuarto de siglo actual, como se deduce, entre otros, del libro de FERNANDO DÍAZ-PLAJA *Otra Historia de España*, Plaza y Janés, 1972, y en general de todos los análisis de esta época (entre otros, TUÑÓN DE LARA: *Medio siglo de la cultura española*, etc.). También, RAYMOND CARR: *España. 1808-1936*, y los mismos enjuiciamientos de JUTGLAR, VICENS, etc. Sin embargo, la vigencia de los cambios administrativos con los cambios políticos se da

(véase nota 3) que este derecho nace tan pronto como la Administración pública siente la necesidad de poseer un cuerpo de servidores que la consagren toda su vida, o al menos por aquel tiempo en que pueden suministrar servicios eficientes (una época en donde comienza a reconocerse la aplicación de la máxima «el Gobierno cambia, la Administración permanece»). La proclamación del *derecho al cargo* es el anverso de una misma medalla en cuya cara se esboza la inamovilidad del funcionario frente a todos los anteriores vaivenes fruto de los cambios y alternancias políticas (9).

Ahora bien, resulta difícil precisar desde una situación actual o con una perspectiva histórica, el alcance primigenio de tal derecho, o, lo que es lo mismo, deducir con nuestros ojos cuál fue en su fecha de aparición su ámbito de actuación. Es cierto que con esta cautela estamos poniendo en tela de juicio la anterior identidad entre inamovilidad y derecho al cargo, ya que, si bien tal identidad resulta verdadera vista desde un relativo amplio espacio temporal, no debió serlo reduciendo este último, o sea concretándolo más a su fecha de aparición: la inamovilidad del funcionario, o, lo que igual, el que éste no perdiera su condición de tal, a pesar y no obstante los vaivenes políticos, ¿significaba que automáticamente el mismo funcionario conservaba su puesto de trabajo o *cargo*? La respuesta mucho nos tememos que debe de ser negativa, aunque la apoyemos más en la intuición y en la deducción que en una prueba testimonial o documental, lo que no es desechable, ya que la esfera de los derechos de los funcionarios, análogamente a los de los restantes administrados, no es una esfera perfectamente delimitada desde sus comienzos, sino más una elástica bolsa que se va ensanchando a medida que el tiempo transcurre y las conciencias adquieren mayores evidencias: ni todos los cuerpos de

aún en Estados Unidos, donde el cambio del partido en el poder—léase en la presidencia del Ejecutivo— lleva consigo un relevo de destacados y numerosos puestos cuya cobertura depende del nombramiento del Ejecutivo (por ejemplo, embajadores, puestos de trabajo en las agencias federales o del Gobierno, etc.).

(9) Con esto queda claro que son dos formulaciones de un mismo e idéntico derecho, pudiéndose precisar éste por cualquiera de ellas: decir de un funcionario que es inamovible no es sólo decirle que continuará siempre siendo funcionario, mientras no renuncie voluntariamente, sino que al seguir siéndolo lo será en el mismo puesto de trabajo para el que fue nombrado funcionario.

funcionarios aparecen simultáneamente ni la idea de defensa de la estabilidad en el cargo es tan general como para decir que en una fecha determinada todos los funcionarios son inamovibles y todos tienen derecho al cargo. Además, si bien la misma noción de «inamovilidad» es clara, no sucede igual con la de cargo ni con su paralela de «derecho» al mismo. Diríamos que mientras la inamovilidad es una noción que entra por los ojos, no es el caso del *derecho al cargo*. En la primera predomina una fuerte nota personal —el funcionario, con la inamovilidad, lo que defiende es su *status* social, su *status* económico, e, incluso, su propia razón de ser y existir, mientras que con el derecho al cargo se involucran otras ideas transpersonalistas en cuanto superan al funcionario como individuo para hacerle ver su pertenencia a una organización que le supera y que le trasciende, y frente a la que tiene derechos y obligaciones—. Con la inamovilidad lo que defiende el funcionario son sus medios de vida, sus economías, sus remedios de subsistencia, mientras que con el derecho al cargo defiende lo que con terminología moderna podríamos llamar su *ról* dentro de la organización en la que sirve, y como el funcionario no deja de ser individuo, es fácil presumir que en una etapa en la que comienzan a esbozarse las notas del funcionario moderno, comience a su vez por serlo antes aquella que más afecta a su vida, y ésta es la de la inamovilidad: sólo el tiempo le haría ver la paralela necesidad de proclamar el derecho al cargo, ya que al llevar éste consigo fuertes consecuencias económicas, aquélla —la inamovilidad— no tendrá idéntico contenido de no ir identificada con el derecho al cargo, o si se quiere, con el derecho al puesto de trabajo. Mucho más si pensamos que la inamovilidad sería una noción que el tiempo iría enriqueciendo, de forma que lo que empezó siendo una simple inamovilidad de la condición funcional, llegaría a ser con ese tiempo una rica noción en la que entrará, entre otras, la inamovilidad de residencia. Es un proceso en el que puede resultar de interés resaltar este aspecto y, por tanto, su condición gradual, y sucesivamente, intensiva y amplificativa: la inamovilidad cada vez abarca más y es más amplia. Y en este proceso la culminación puede venir representada por la ina-

movilidad de la residencia, ya que la inamovilidad en el cargo no tiene por qué ir emparejada forzosa y fatalmente a la inamovilidad de la residencia. Admitido el derecho al cargo, no tiene por qué proclamarse simultáneamente la necesidad del derecho de residencia, con lo que llegamos a la conclusión que el derecho de residencia es posterior al derecho al cargo, o, en otras palabras, las razones que explican la inamovilidad en el cargo son anteriores y distintas a las que legitimarán la inamovilidad de residencia.

4. Razones legitimadoras de ambos derechos

La idea que late en el fondo del derecho al cargo es en parte, creemos, de naturaleza privada; a manera de una prescripción posesoria que reconoce el titular de una situación —o cargo— la permanencia en el mismo en el futuro como consecuencia de su posesión pasada y presente. Aunque la Administración como organización se guía, como ya hemos dicho, por criterios transpersonales y objetivos, debe ceder a favor de los indicios que en pro de la competencia y aptitudes de un funcionario prueba su actuación reiterada en el tiempo. Teóricamente, esa organización puede efectuar cambios, traslados y permutas de funcionarios, siempre que añadamos que todas esas alteraciones persiguen un mejor y más perfecto cumplimiento de sus objetivos, pero justamente para emprenderlas —o no emprenderlas— debe atender, como cualquier otra organización, a las pruebas ofrecidas por el ejercicio anterior y presente de las competencias y atribuciones hecho por todos y cada uno de sus empleados; concurren tanto el interés público como el privado del mismo funcionario en la prolongación temporal de este último en su puesto de trabajo, y sobre la que luego alza su interés legítimo a que se reconozca su derecho a continuar en el cargo. Basta con que nos imaginemos el supuesto contrario de una organización administrativa que hiciera tabla rasa de esos derechos al cargo, para que dedujéramos la imposibilidad de funcionamiento de la misma: sería una Administración en constante innovación, en permanente reajuste, que ocasionaría un verdadero estanca-

miento de sus actividades sociales, ya que si toda reforma administrativa reclama un período de adaptación, una Administración que estuviera continuamente reformándose sería una Administración totalmente ineficaz (10).

Hay, pues, en el derecho al cargo una razón concurrente de intereses de ambas partes de la relación: por un lado, la Administración; por otro, el correspondiente funcionario. Aquella, porque al asignar a un determinado puesto de trabajo se fijará en el que venía desempeñándolo —si no el mismo, parecido puesto de trabajo— (11), atribuyéndoselo de modo definitivo, y el funcionario, por cuanto le sirve de incentivo el saber que se le reconocerán sus méritos a la hora de asignación de distribución de tareas, en función de lo realizado. Y ocurre entonces algo parecido a lo que sucede en el campo de la posesión en el Derecho privado: se protege y legitima al poseedor, mientras no se demuestre la existencia de otro con mejor derecho —o título— para el mismo hecho. Lo que tiene una mayor valoración en el terreno administrativo, en el que tanta importancia se da al precedente, a la experiencia y a la antigüedad.

En cambio, en el derecho de residencia, las razones son muy otras: hasta diríamos que son coyunturales y no estructuralmente necesarias e imprescindibles para la existencia y subsistencia de la función pública. Ha quedado claro, y en esto insistimos, en que el derecho al cargo no implica ni presupone el

(10) La misma Administración denota tras sus reformas estos períodos de reajuste que causan recelos y perturbaciones en el mismo comportamiento de sus funcionarios y no es infrecuente oír quejas de los mismos, así como del público, de que todo funciona peor y las reformas no hacen más que complicar y enturbiar los procedimientos: no hay que olvidar que lo que de perjudicial tiene la rutina, tiene de ventaja por su celeridad.

(11) Es justamente en esta razón donde se levanta el temor frente a las interinidades administrativas: todo el mundo sabe que lo interino se convierte en permanente y en esta permanencia sobre la que los mismos ocupantes «interinos» alzan su voz para reclamar nuevos y mayores derechos. (En estos últimos años, en España ha sido frecuente la publicación en la prensa de comunicados, cartas, informes, etc., en los que los titulares de estas situaciones interinas alegan su interinidad prolongada como razón de peso para su conversión en titulares de derechos definitivos y perfectos; no se para mientes en la inercia administrativa que permite la subsistencia y prolongación de situaciones por no actuar a tiempo; en cualquier caso, por la vía de la interinidad se produce luego una auténtica avalancha de presuntos derechos adquiridos sobre los que poco puede la Administración, que se ve de este modo encorsetada por una negligencia que no es más que a ella imputable; nos hallamos ante un comportamiento administrativo muy distinto del supuesto idealmente.)

derecho de residencia: dado un número determinado de iguales puestos de trabajo sitos en diferentes localidades, la Administración puede en principio —o podía en sus inicios— nombrar indistintamente para cualquiera de las localidades a los respectivos funcionarios, e incluso efectuado el nombramiento, trastocar el lugar de su desempeño, ya que cualquiera que fuera la localidad residente el funcionario seguía desempeñando y ejerciendo el mismo e idéntico puesto de trabajo. Sin embargo, pudo ser que esta primitiva e hipotética situación fuera influida por una serie de consideraciones similares que las que sirvieron para el establecimiento del derecho al cargo, o sea la puntualización de que no todas las localidades o lugares de ejercicio de los puestos de trabajo son idénticos y con las mismas características, sino que, más bien sucede lo contrario, influyendo la territorialidad en tal ejercicio, por lo que a determinado funcionario no le es lo mismo ejercer su derecho al cargo en una determinada localidad que en otra. Fijémonos que en tal razón pueden jugar consideraciones no confesadas de vecindad u origen del propio funcionario (12), que pueden repercutir en su productividad dentro de la organización y frente a cuya conducta ésta no puede permanecer extraña o indiferente.

Puede que no sean razones y sí sólo simples intereses del funcionario los que legitiman desde su aparición el derecho de residencia; si el derecho al cargo no presupone este último, desaparece una fuerte y poderosa razón de su y para su legitimación; puede ser que sean razones situacionales o de puro acon-

(12) Sería interesante hacer un estudio mitad estadístico, mitad sociológico, sobre la condición vecinal de los funcionarios que prestan sus servicios en la Administración periférica, ya que de él podríamos deducir una identidad que podría llegar al 100 por 100 de cada uno de ellos con la localidad en que prestan sus servicios, ya que el funcionario sólo admite dos salidas: o bien desea ir a Madrid o sólo desea volver a donde ha nacido (salvo las excepciones de matrimonio, nacimiento de hijos en localidad distinta). Hay una fuerte atracción del funcionario por su ciudad (aunque más intensa en unas zonas que en otras, siendo Galicia para nosotros el ejemplo más acusado de lo primero): el funcionario que vive en Madrid, inconscientemente se cree superior y, en el fondo, vive el deseo de volver a su ciudad de origen, aunque en un puesto de cierta responsabilidad (aquí puede residir una de las razones de cierta frustración administrativa ante lo que ese funcionario madrileño simboliza para sus coetáneos locales y lo que realmente es y hace); por eso, su marcha a la ciudad de origen sólo la admite, para evitar desilusiones, para ocupar determinados puestos de trabajo.

tecer social las que explican aproximativamente, y no en su totalidad, por qué ha terminado por reconocerse el derecho de residencia a los funcionarios públicos. Conviene no olvidar que la relación funcionarial no es una relación estática, sino sujeta a los mismos vaivenes de la sociedad, y, por tanto, a las mismas presiones de grupos, clases, etc., y es por eso por lo que para su justa valoración es preciso atender a razones no sólo jurídicas, sino asimismo extrajurídicas o de fuerte impronta social. Ya hemos aludido a la de vecindad u origen local del respectivo funcionario; los vínculos ciudadanos del funcionario con la ciudad de donde es originario (ciudad o núcleo demográfico) todavía conservan alguna fuerza —aunque no toda la que describiera Saleilles en su examen de la ciudad antigua (véase nota 12). Mas hay otras razones, como pueden ser la propia cicatería de la Administración empresaria o empleadora, cicatería causa de tantos otros comportamientos administrativos en otros órdenes (13) y que justifica todas nuestras alusiones a la distinción entre derecho de residencia y derecho a residencia, y, sobre todo, a este último, cuya referencia sería superflua de no tomar en cuenta lo que diremos a continuación, puesto que configurada como una relación la que liga al funcionario con la Administración, a pesar y por encima de su calificación estatutaria, sigue ostentando una nota fuertemente bilateral, o lo que es lo mismo, como de cualquier otra relación de servicio, a la Administración no se la puede olvidar que toda obligación o exigencia debe ir contrarrestada con su equivalente compensación económica, por lo que si bien p̄diera exigir, si lo estimase conveniente, el tras-

(13) GARRIDO FALLA ha puesto de relieve cómo la proliferación de tasas como signo más caracterizador de nuestro hasta hace poco sistema retributivo de la función pública tuvo su principal aliciente en la escasa atención prestada por la Administración para actualizar los sueldos de sus funcionarios, los cuales se buscaron la compensación por la vía de la presión de sus Cuerpos, los cuales a su vez presionaban para arrogarse la percepción del mayor número posible de tasas; abandonando una de sus más importantes funciones, la Administración dejaba o se hacía la ciega para no ver cómo sus propios funcionarios se arbitaban los recursos convenientes, causando el caos que el legislador vio la necesidad de reprimir y suprimir (?) por la normativa de las mismas tasas (T. R. de 1 de enero de 1966) y por la reforma de la función pública (Decreto de retribuciones de 1965 y mismo T. A. de la Ley de Funcionarios de 7 de febrero de 1964, aunque su resultado actual ofrece serios reparos a E. GARCÍA DE ENTERRÍA —véase su prólogo a la reedición de bolsillo de su obra sobre *La Administración española*, ob. cit.).

lado o cambio de residencia del funcionario, tal obligación debía hacerla acompañar de la correspondiente compensación económica del gasto que tal cambio produce al funcionario. Es por esto por lo que los traslados forzosos, por necesidades del servicio, ya sean definitivos o en simple comisión, van acompañados de la correspondiente indemnización que llega a la exacta y matemática compensación del coste del traslado y que se efectúa una vez realizado el cambio y presentando el funcionario los necesarios justificantes que sirven para que la Administración le recupere de todos los gastos ocasionados por su decisión. Es ésta, pues, una razón que puede tener cierto peso en la configuración del derecho de residencia, derecho que fácilmente puede admitirse por la Administración en cuanto su reconocimiento no la ocasiona gasto alguno, aunque puede alterarse su formulación y decir lo contrario: gracias a la existencia de este derecho, los traslados y cambios de residencia, al presentarse como violaciones del mismo exigen su indemnización. Es difícil en esta materia indicar cuál fue la primera causa o el motor de donde arranca la actual situación: si el derecho de residencia nace porque la Administración quiere reducir al mínimo el número de casos indemnizables o porque no puede imponer los cambios de residencia sin tomar en cuenta los gastos que producen (por lo que en estricta justicia no podía imponerlos si no está dispuesta a la correlativa indemnización). Quizá nos encontremos ante un caso en el que la causa es al mismo tiempo el efecto y en donde una y otro aparecen indefectiblemente unidos.

De todas las maneras, el derecho se ha consolidado; por la vía de los hechos y del mismo tiempo, del que nace la costumbre de derecho, como decían las Partidas, el derecho de residencia se consagra por la vía indirecta de proclamar la excepcionalidad de los cambios de la misma; más que positiva aparece definido negativamente. Es como un derecho que permanece quieto y que sólo se pone en movimiento cuando el funcionario recibe la orden de trasladar su residencia; hasta entonces no ha producido ningún efecto material ni visible. Es por lo que creemos se trata de un derecho distinto en su naturaleza y contenido a los demás

derechos funcionariales, y particularmente del derecho al cargo, del que intenta presentarse como parte y resto (14).

5. Naturaleza del derecho de residencia

La escasa doctrina que se ha ocupado de este tema (15) lo incluye o califica entre los llamados *derechos subjetivos condicionados*, aplicando aquí la terminología italiana de Zanobini y Ranelletti. Aunque en sí y aisladamente tal calificación puede estimarse correcta, podría añadirse más precisamente que configurada la relación funcionario-Administración pública como una relación estatutaria, aunque en la misma se subdistingan sus dos vertientes de la relación de servicio propiamente dicha y la orgánica, todos los derechos que de la misma se deducen son —y no pueden ser— más que condicionados, con lo que la aplicación de este término creemos no tiene más fin que el simplemente comprensivo y aclaratorio en modo general. Justamente, la teoría de los derechos adquiridos es la más flagrante prueba del carácter *condicionado* de todos los derechos funcionariales; sólo para evitar un corte tajante entre esta relación y las restantes que pueden producirse entre la Administración pública y los particulares obliga a emplear una terminología *sensu strictu* propia de estas últimas. Más exactamente, diríamos que este derecho es similar o a manera de los derechos condicionados o debilitados subjetivos que se dan en las otras ramas del Derecho administrativo. No obstante, no podemos abandonar ni renunciar a esta categoría calificadora porque, aparte de su valor orientador, carecemos de la denominación o categoría científica que recoja un supuesto autónomo en este campo, pero sin la existencia previa de los derechos absolutos, o, lo que es igual, mientras

(14) Como veremos seguidamente, los traslados forzosos aparecen como *sancionadores*, y socialmente tienen tal consideración; incluso más: se juzgan como verdaderos destierros. En los cuerpos reducidos, las vacantes no cubiertas voluntariamente, y cuyo desempeño se estima imprescindible por sus órganos rectores, suelen cubrirse por la vía de las *comisiones de servicio*, que aunque en cierto sentido forzosas, guardan la apariencia voluntaria al solicitarse, aunque condicionalmente, la aceptación por el destinado a la misma. La Administración se muestra hoy notablemente respetuosa con este derecho de residencia, por lo que busca el posible consenso del afectado con un cambio.

(15) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, p. 33.

que la categoría de los derechos condicionados tiene sentido dentro de un horizonte en el que se distinguen los derechos subjetivos absolutos (16); si éstos, por definición, los llevamos a rechazar en el campo funcional, significa que la categoría homónima a estos derechos condicionados no puede ser matemáticamente igual ni reflejo a los presentados en ese otro campo, aunque sí algo distinto. Por eso insistimos que, mientras tanto, tal calificación nos sirve como orientadora. Mucho más precisa sería, sin embargo, encajarle con las naturales limitaciones, debido a que hasta ahora esta categoría sólo se ha visto y aun con recelos en el campo jurídico-privado, en esa clase intermedia de derechos que la doctrina civilista traza entre los derechos reales y los de obligación, y que los alemanes conceptúan como *derechos con vocación real*, aunque no sean estrictamente reales, teniendo, por tanto, algo de los de crédito (17). Recordemos que en el mismo Derecho privado, de donde procede esta categoría, ha sido sólo por la vía de los interdictos *recuperandae possessionis* por donde se instrumentalizó en la Edad Media y en el campo de los beneficios eclesiásticos la posibilidad jurídica que tenían todos aquellos «con derecho a un determinado cargo» y que indirectamente presuponia una residencia determinada, ya que dichos beneficios son siempre *in sede*. Sólo en nuestros días —de principios de nuestro siglo data la conocida sentencia tan citada en todos los manuales y apuntes de cátedra de Derecho civil sobre el interdicto *recuperandae possessionis* del cargo de presi-

(16) Todo esto lo decimos con las naturales salvedades, ya que en el mismo terreno clásico sobre el que se formuló tal distinción, «derechos subjetivos absolutos-derechos subjetivos condicionados», se alzan críticas —véase, entre otros, F. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*— que la pone en interrogantes, dado que en el moderno Derecho administrativo todos los ciudadanos están bajo la potestad de supremacía general, y del mismo modo que el Estado carece de todo *ius eminens* frente a éstos, también éstos carecen de todo derecho absoluto que se levante como muralla infranqueable frente al Estado, lo que ha repercutido en la misma fundamentación de la institución expropiatoria (véase MEUCCI, pero sobre todo E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la expropiación forzosa*. I. E. P., 1958).

(17) Véase la referencia a esta categoría en la correcta selección de J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*; t. II: *Derecho de cosas*. Edit. Reus, 1957, páginas 30-35. Los canonistas han hecho cuidadoso estudio de todos estos remedios procesales dirigidos contra los despojos injustos de cargos beneficios y como comentario a los cánones correspondientes del *Codex Iuris Canonici* (nos remitimos a la bibliografía general sobre el tema de los beneficios, canonjías, etc., y demás cargos eclesiales, y en particular al conocido libro de J. FERNÁNDEZ REGATILLO, S. J., sobre *Institutiones Iuris Canonici*. Santander, Univ. de Comillas).

dente del «Touring Club»— el campo jurídico civil hizo uso de un remedio que procesalmente tenía eficacia como si fuera una *Actio antiexpoliandi*. Es, por ello, un derecho de naturaleza híbrida, mixto, ecléctico, en todos sus aspectos: no es ni real ni estrictamente personal, ni totalmente físico ni absolutamente inmaterial, ni de modo pleno económico ni vacío de todo contenido crematístico, e, incluso, no es un derecho igual y general para todos. Se define más por sus notas negativas que por lo que es, como ocurre con todos los derechos que no se convierten en algo valorable económicamente: al funcionario le interesa más su residencia que toda la indemnización que por ella puede recibir en determinados y señalados casos en que se ve obligado a abandonarla por traslado.

Ahora bien, este planteamiento continuaría la línea de generalidad, vaguedad y abstracción tan típica de los manuales al uso y en nada vendría a cubrir las exigencias de su actualización. ¿Cómo éste y otros derechos de los funcionarios públicos pueden contemplarse y seguir siéndolo, a pesar de todos los pesares, desde una perspectiva inmovilista? ¿Cómo puede verse lo mismo un derecho que comienza a delinearse como tal hace décadas, en una época en que no habían adquirido la virulencia de nuestros días los problemas de la vivienda y del habitat local del funcionario público? Si a la tradicional cicatería en las retribuciones de nuestra Administración pública añadimos esta visión doctrinal, legal y vigente, tendremos ese panorama desolador, en donde el silencio imperante no sabemos si es debido al continuo *ritornello* a que está sujeto entre nosotros el tema funcional o porque se estima que este tema no es de interés—aunque también puede ser debido a los múltiples requerimientos a que tiene que atender el estudioso y cuya atención, por ser humana, no puede dividirse.

Mas antes de pasar a estos nuevos enfoques conviene que insistamos en lo expuesto: por haber diferenciado el derecho de residencia del derecho al cargo es por lo que de aquél no puede predicarse la naturaleza plenamente objetiva de este último, del que en cierto sentido pudiera estimarse como manifestación particular de un probable e hipotético derecho de todos

y cada uno de los miembros de la comunidad a defender la legalidad vigente en materia de organización administrativa; junto a esta probable acción popular (18) habría en el funcionario público un cierto interés para que nadie ni ningún otro funcionario se arrogase funciones que le son suyas y que le corresponden como órgano investido de competencia (19). Tiene, por el contrario, matices personalistas, aunque el problema radica si los conserva en su totalidad y si a ellos no se han unido otros que interesan a la misma Administración: el matiz esencialmente personal se revela por las mismas razones legitimadoras que hemos citado como tales y porque como la doctrina ha subrayado, si bien con cierto unilateralismo en sus apreciaciones, el derecho al cargo no presupone, como dijimos, el derecho de residencia: que un abogado del Estado tenga derecho al cargo no significa que indefectiblemente deba ejercerlo en una única y determinada localidad, y no en ninguna otra. Al parecer, y según esta doctrina, son sus razones de conveniencia personal —de ahí, el matiz personalista— las que explicarían tal concurrencia de derechos. No existiría, según esta opinión, ninguna razón por la cual la organización administrativa exigiera la observancia de este derecho, como si tal organización pudiera concebirse como tal, o sea como algo quieto y estabilizado sin tener en cuenta para nada el nomadismo de sus miembros, es decir, de sus funcionarios. El llevar a máxima y única tal matiz personal ha sido el error de esta doctrina y el planteamiento con-

(18) Esta acción popular se expone entre interrogantes por los escasos estudiosos del tema de la organización; citemos el caso de GARCÍA TREVILJANO, que alude a ella; en un seminario de la cátedra del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA se examinó este tema de la exigencia de un comportamiento legal de la propia organización y del posible derecho que tiene cualquier miembro de la comunidad para hacer observar el reparto de competencias, de forma que cada órgano actúe según sus atribuciones. En principio, y a pesar de la dificultad de estructurar este *interesamiento general* en el buen comportamiento de la máquina administrativa, parece aceptable la posibilidad de viabilizar para todos este remedio procesal, aunque prácticamente quizá se incurriría en el concepto de CARNELUTTI de la acción: la simple posibilidad de acudir a los Tribunales como un derecho constitucional más.

(19) Véase J. SANTAMARÍA PASTOR: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Inst. de Estudios Administrativos, ENAP, 1972, particularmente, pp. 328 a 330 (sobre todo esta última), a *sensu* contrario: cualquier exceso en la competencia de un órgano, aunque sea superior, produce un acto nulo de pleno derecho, lo que nos revela la enorme importancia que tiene el respeto de las competencias por cada órgano, importancia que se revela por la misma gravedad de la sanción.

servador que de este derecho se ha hecho y hace como único —y aquí sí que acierta— superviviente de un mundo en permanente cambio y mutación.

6. Concepto legal del derecho de residencia

Antes de entrar en el examen de las nuevas circunstancias o condicionantes de este derecho debemos aludir a su *legalidad*, o a cómo lo concibe nuestro legislador en la actualidad. Ya hemos dicho que este derecho, como tantos otros alcanzados por los funcionarios públicos, debió seguir el mismo proceso que los de consolidación de cualquier otro derecho en el ámbito social, o sea no por declaración —que es siempre posterior—, sino por conquista, es decir, por inclusión, alegación y tácito reconocimiento, de modo que su expresión legal no es hasta nuestros días. La legalidad vigente es distinta según las esferas administrativas: en el ámbito central y con carácter general aparece un concepto de derecho de residencia distinto del de la esfera local. Para nuestro legislador hay dos derechos de residencia, en función cada uno de ellos de esta última, según se conciba como la *residencia local* (la localidad o circunscripción geográfica en donde preste sus servicios el funcionario) o como la *residencia-vivienda-habitación*. En un sentido amplio, no es anómalo hablar en ambos casos de *derecho de residencia*, aunque en sentido restringido y propio, en el segundo debe hablarse de *derecho a residencia*, y es así por lo que hemos partido de esta distinción, para diferenciarlos e independizarlos.

El primero, el derecho de *residencia local* o prestación de las funciones en una localidad geográfica determinada, en la esfera central, adquiere mayor precisión legal con el nuevo régimen legal de funcionarios públicos que representa la ley de Bases de 1963 y su desarrollo ulterior en el texto articulado de 7 de febrero de 1964. García de Enterría (20) ha subrayado este reconocimiento, aunque destacando sus aspectos *condicionados*: «Diríamos que el derecho se reconoce siempre que el servicio

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *ob. cit.*, p. 32.

lo permita y salvo que tal servicio exija el traslado o cambio de residencia (21). Pero reconocido, es un derecho que se auto-satisface en sí y por sí mismo, es decir, no produce con carácter general ninguna otra consecuencia (aunque puede producirlas, y de hecho y en su misma existencia las produce, por lo que luego se dirá, y que ahora podemos concretar en esto: ocasiona indirectamente consecuencias económicas, en sentido de ahorro y economías para el funcionario público, ya que, dada la escasa actualización de las indemnizaciones por traslado, el funcionario *con residencia fija* adquiere la plusvalía del alquiler de su vivienda, así como el ahorro de los gastos producidos por el cambio de la misma). Sólo es en casos excepcionales, previstos legalmente, cuando motiva un efecto directamente económico; con terminología económica, en tales señalados casos tiene *efecto-renta*, proporciona un *plus* económico sobre los conceptos retributivos normales y habituales del funcionario de que se trate. Y empleamos el calificativo de *plus* porque es el que estimamos más conforme con la intencionalidad legal, por su carácter excepcional y casuístico. Incluso creemos algo más: tal carácter excepcional se predica en razón de la misma excepcionalidad geográfica de las localidades en las y por las que se reconoce, siendo en cierto sentido como el plus que en las relaciones laborales se denomina de *carestía de vida* (que no tiene por qué ser forzosamente situacional o coyuntural, sino que puede derivarse, como en el caso presente, de la misma distancia o separación que respecto de determinados núcleos de población que juegan el papel de *referenciales* tienen esas localidades por vivir en las cuales y por prestar sus servicios en las mismas los funcionarios públicos reciben *una indemnización de residencia*).

Con ello hemos adelantado ya el término calificativo legal que se predica del efecto económico más importante producido directamente por el derecho de residencia: «indemnización de residencia». Incluso, de las expresiones normativas puede dedu-

(21) Curiosamente, y a esto ya hemos aludido en una de las notas anteriores, tan excepcional es el cambio de residencia que aun en aquellos casos en que las necesidades del servicio lo exigen e imponen, el mismo reviste la fórmula de «comisión de servicios», con lo que se le da un tinte voluntario, que se recalca aún más procurando «el consensus» voluntario del funcionario afectado.

cirse cierta equívocidad; en todas las leyes de Presupuestos y dentro de su parte articulada, al hablar de los créditos ampliables, se contiene la referencia a estas indemnizaciones, y las palabras empleadas suelen ser las siguientes: «las indemnizaciones de residencia que devengue el personal en los puntos en que se haya reconocido este derecho, conforme a la legislación en vigor» (22). Es evidente que, según estos términos, cabría distinguir un derecho de residencia, que sería precisamente el que diera lugar a aquellos casos en que, según la ley presupuestaria, se produce devengo de la *indemnización de residencia* de aquel otro derecho de residencia, más genérico, en que tal devengo no se produce. Podría también interpretarse en sentido contrario: negar a este último su condición de tal (al menos según la específica legislación presupuestaria) y atribuírselo sólo al otro (pero como cada ley tiene su ámbito, el de la presupuestaria no tiene por qué coincidir con el ámbito de las demás leyes, aunque sería deseable, y en esto sí que detectamos el distinto comportamiento que tiene nuestra Administración en su vertiente estrictamente jurídica de cuando se comporta como administradora de unos recursos financieros y sobre los cuales incide su comportamiento empresarial o como empleadora de trabajo). En cualquier hipótesis, esta normativa especial confirma nuestro anterior punto de vista del carácter excepcional de lo que hemos llamado *efecto-renta* del derecho de residencia: basta para comprobarlo releer y reflexionar sobre las palabras empleadas por el legislador. Fijándonos en ellas, vemos cómo alude con la expresión *puntos* como sinónimo de localidades, previa y expresamente señaladas, en donde se devenga la indemnización de residencia.

En la esfera local encontramos la misma *indemnización de residencia* con idéntico sentido: sólo para determinadas y seña-

(22) Esta cita legal, aunque escogida de la Ley de Presupuestos, bienio 1966/67, número 194/1965, de 21 de diciembre, artículo 5.º, puede encontrarse repetida en las mismas leyes presupuestarias anteriores y posteriores a tal fecha. Su condición de *ampliable* se explica al prohibirse toda transferencia de créditos de otras secciones a la relativa para dotaciones de personal. A través de la *ampliabilidad* se procura resolver la sin-salida que se produciría por la falta de créditos ante unos gastos que se caracterizan, sobre todo, por la imposibilidad de fijarlos rigurosamente con antelación. Véase artículo 7.º de la Ley de Presupuestos, bienio 1968-69, núm. 5/68, de 5 de abril (Rep. Leg. Aranzadi 1968, 676).

ladas localidades geográficas. La orden del Ministerio de la Gobernación de 17 de octubre de 1963, que aprueba la instrucción número 2, para aplicación y ejecución de la ley de 20 de julio de ese mismo año, sobre regulación de emolumentos de funcionarios de la Administración local, dispone en su apartado 2 lo que sigue: «*Indemnizaciones de residencia.*—Personal con derecho a ella: los funcionarios de las Corporaciones locales de las islas Baleares y Canarias y de las plazas de soberanía del norte de Africa que desempeñen plaza figurada en la plantilla reglamentariamente aprobada tendrán derecho a indemnización de residencia.» Si a esta previsión oponemos la regulación que esta misma orden hace de la indemnización por casa-habitación, tendremos unas líneas claramente delimitadoras del derecho de residencia; incluso, por contraste y por contraposición de sus notas, aparecerían netamente diferenciados uno y otro (el derecho de residencia y el derecho a residencia). Por lo pronto, la indemnización por casa-habitación es general en el ámbito local y se abona a los funcionarios de los llamados Cuerpos Nacionales (secretarios de Administración local, interventores, depositarios y los directores de bandas municipales) (23). Ahora bien: es aquí donde se ve el distinto enfoque y concepto que el derecho de residencia merece al legislador en función del ámbito en que se mueve: si es la central, entonces puede hablarse de *derecho de residencia* por cuanto el mismo nada cuesta al Estado—es un derecho que le sale gratuito y frente al que el mismo Estado se encuentra suficientemente inmunizado para que su posible

(23) Pudiera deducirse que el «deber de residencia» tiene su causa en una preunción tácita: los funcionarios de los Cuerpos nacionales son los únicos forasteros de cada Corporación local, siendo los demás —personal auxiliar— vecinos del mismo término municipal. Esto en términos generales es cierto, aunque también cabría preguntarse si en estos últimos no influyen las precarias condiciones económicas, al menos hasta fecha reciente, que identificaban al empleado municipal con el pluriempleado por antonomasia. Además, otras razones serían la misma revancha que esta medida representa frente a una época caracterizada por lo contrario: toda la etapa anterior a la Dictadura de Primo de Rivera, donde los funcionarios de los Cuerpos nacionales—principalmente el Secretario—eran el objeto predilecto para los acuerdos de cese de los Gobernadores civiles, contra lo que Calvo Sotelo instituyó precisamente como Cuerpo el de Secretario. Se busca también una cierta fijeza por la que se vislumbra la mayor eficiencia del cargo; sólo la vinculación del Secretario con su Ayuntamiento puede permitir a éste cierta prosperidad, o al menos estabilidad, que es lo que más se persigue, si no el progreso. Fijémonos que la vinculación llega hasta dar la condición de *vecino* al Secretario en cuyo Ayuntamiento presta sus servicios. No hay, pues, indiferencia de la ley frente a la residencia.

ejercicio no origine un derecho absoluto—. También en el fondo late una muy distinta concepción de la función pública: su intercambiabilidad y, al mismo tiempo, su identidad. Análogas o idénticas funciones son perfectamente intercambiables a nivel territorial (ejemplo: en todas las delegaciones de Hacienda se practican las mismas funciones y se realizan los mismos servicios, y en todas ellas existe similar organigrama y un número proporcional de funcionarios de los distintos Cuerpos); es por lo que aparece justificado, incluso, el mismo lenguaje: derecho de residencia del funcionario (la Administración no tiene interés manifiesto para que *residan* en un lugar determinado, y precisamente cuando tal interés existe, entonces, se impone; hablar entonces de *derecho* resulta desorbitado, y porque es así, por imponer al funcionario afectado un sacrificio, es por lo que se le *indemniza*). En cambio, en el ámbito local no se habla de *derecho* y sí de *deber de residencia*: al imponer a determinados funcionarios la obligación de residir en una localidad y sólo en ella se les reconoce la paralela indemnización. Fijémonos que en este ámbito se confunden el *deber de residencia* (lo que es derecho de residencia en el ámbito estatal) con el derecho de casa-habitación (o derecho a residencia). Expresamente en la orden citada, al regular la indemnización por casa-habitación, se contempla el *deber de residencia*; en su apartado 4 se dice que «dicho deber se considerará infringido siempre que aquél (el funcionario del Cuerpo Nacional a quien se impone), sin la autorización (de la Corporación local respectiva), establezca su residencia fuera del término municipal...» Es, por tanto, sumamente interesante la diferencia de enfoques que cada legislación tiene en su ámbito, y que en cierta manera puede verse como indicaria de una evolución y de la misma situación de ésta: la inamovilidad se logra bastantes años antes de que los funcionarios locales a quienes afecta el deber de residencia alcancen cierta estabilidad en la prestación de sus servicios (véase nota 23). Quizá en el futuro se observe un cambio en el ámbito local, dada la tendencia, cada día más creciente, a la mayor tecnificación de las funciones prestadas en y por las Corporaciones locales, y por tanto una suavización de este *deber de residencia*

con su conversión en derecho, incluso por la misma vía que la del Estado: para reducir el coste económico que representa el mantenimiento de este deber de residencia.

Hay, pues, una clara diferenciación de la regulación de la residencia del funcionario público, según sea estatal o local; en aquél prima más la objetividad y la técnica y, por consiguiente, la intercambiabilidad, a diferencia del segundo, en donde la diversidad misma de cada Corporación local repercute en los mismos funcionarios, para los que es motivo de ascenso el ir prestando sus servicios en localidades (Ayuntamientos) cada vez mayores. En el fondo incide sobre esta cuestión la distinta estructura territorial: en la estatal tiene carácter uniforme—recuérdese la imagen del territorio nacional de Tocqueville, como un tablero de ajedrez—, en oposición a la local, donde tantas particularidades subsisten y que establecen inmensas diferencias por debajo de una división que por ser centralista y de origen estatal buscaba la igualdad de condiciones. La futura y probable eliminación de las diferencias socioeconómicas entre los municipios españoles contribuirá al acercamiento de los *status* funcionariales, cualquiera que sea su ámbito.

7. Posibles nuevos enfoques

El derecho de residencia tras el anterior excurso discursivo y legal se nos presenta como un derecho muy impreciso en sus límites: cuando origina un efecto directamente económico—una indemnización— es porque correlativamente se concibe más como deber que como tal derecho. Más aún: la indemnización es como una compensación a tal deber, con el sacrificio que lleva consigo. Pero es, además, como una especie de estímulo que la Administración otorga a los funcionarios que deseen prestar sus servicios en determinadas localidades (o *puntos*, como dice la legislación presupuestaria). En atención a las especialísimas circunstancias que concurren en determinadas localidades geográficas (insularidad, alejamiento del territorio peninsular, el ser plazas de soberanía española enclavadas en territorio nacional extranjero, etc.), el Estado establece unos incentivos (a la in-

demnización de residencia se suelen unir otros incentivos: mayores vacaciones, abono de los gastos de traslado, ayudas económicas especiales, casa-habitación, etc.).

Es obvio que está montado sobre un artificio, por cuanto la base no funciona: razones socioeconómicas, de oportunismo y de coste y rendimiento de los servicios públicos han aconsejado al Estado observar una práctica, que está muy lejos de ser satisfactoria. De hecho sería interesante, como ya hemos indicado, hacer una estadística sobre la movilidad de los funcionarios públicos (se entiende la movilidad territorial). De ella se deduciría seguramente la escasa, si no nula, intensidad de la misma. Revelaría un sesgo, según lenguaje estadístico, según el cual el funcionario tiende a desplazarse hacia su localidad de origen y, cuando a ella llega, estabilizarse en la misma. En el plano territorial, el funcionario no tendría otra apetencia que volver a su ciudad natal. Por debajo del interés de los servicios y de los concursos públicos de vacantes que anuncia la Administración, es el interés particular de los funcionarios el que busca primeramente satisfacción. Es cierto que a través de tales concursos se busca la cobertura personal de los servicios públicos, y que si a los mismos concurre con la misma fuerza el interés personal de los posibles participantes, ninguna objeción hay que hacer, al eliminarse los conflictos y contradicciones nacidos entre el deseo del funcionario de trasladarse y la ausencia de una plaza por la que tenga particular interés (24). Estos concursos han venido a sustituir un régimen individualizado consistente en que el funcionario elevaba su correspondiente instancia de petición de traslado, instancia que frecuentemente era preciso reiterar periódicamente y cuyo propósito se alcanzaba cuando se producía la vacante que se pedía (sistema que rige para determinados Cuerpos, como es el caso del Técnico de Aduanas). Este sistema era escasamente útil y, sobre todo, ágil. Además presentaba como principal inconveniente el desvelar demasiado

(24) En los Cuerpos minoritarios, y recién acabadas las oposiciones de ingreso, se produce siempre la misma situación: unas plazas que se ofrecen a los aspirantes ingresados, repartidas por toda la geografía nacional, y a cuya selección se llega tras ajustes, compromisos y cambio de impresiones en que aquéllos procuran compaginar hasta donde sea posible el interés de todos y cada uno de los participantes.

a las claras el interés particular y subjetivo del funcionario peticionario; el traslado se producía por petición del funcionario y parece que era únicamente su interés el que se satisfacía con el mismo, dando al cambio un pronunciado automatismo que hacía decaer el interés de la organización por cubrir la vacante producida y que en base a la misma se trasladaba al funcionario. Era un procedimiento escaso de garantías, que facilitaba indirectamente el favoritismo en cuanto se procuraban mover las influencias para adelantar la cobertura de la vacante o para efectuar el correspondiente manejo o combinación de la que podían derivarse varios traslados y, de ellos, la satisfacción de los funcionarios afectados. No había periodicidad ni en los cambios ni en las vacantes: las peticiones de traslado podían ser rápidamente satisfechas o no podían serlo, y determinados funcionarios recibían el calificativo de *afortunados* por la pronta resolución de su traslado. Era un procedimiento que correspondía con una imagen concreta y de una época de la Administración: una Administración lenta, ritual, tradicional, con todo lo que esta palabra significa en lenguaje sociológico y de ciencia de la Administración; una Administración preocupada más del expediente y de la tramitación que de la eficiencia y de los resultados.

Con la reforma del estatuto funcional se reforma el procedimiento de traslados cambiando la óptica totalmente, si bien, todo hay que decirlo, parcialmente, porque como ese estatuto afecta en su parte principal sólo a determinados funcionarios, los demás siguen moviéndose por las pautas tradicionales o *antiguas*, lo que demuestra tanto la escasa capacidad de estos Cuerpos por modernizarse (y seguir con sus *viejas prácticas*) como por el anacronismo que en sí mismos simbolizan. Se instauran los concursos de vacantes en los cuales lo que destaca es la plaza o puesto de trabajo; incluyen un inventario de las mismas y se aplican unos criterios uniformes y únicos, dándose a todos los participantes las mismas posibilidades, eliminándose todas las fuentes de conocimiento particulares (con el anterior sistema el funcionario debía tener una red de informantes que le pusiesen en antecedentes de la vacantes producidas). La con-

vocatoria y la resolución son totalmente públicas. Hay una apariencia mayor de legalidad y, sobre todo, hay una prueba más ostensible de las necesidades del servicio y, en definitiva, de la organización. Ahora bien: estas convocatorias, para ser conformes con dicha apariencia, necesitan ser *periódicas*, o sea más o menos reiteradas y frecuentes, pero, en cualquier caso, serlo (lo único que variará será el *más o menos*, lo que no afectará la sustancia del procedimiento). Sólo tal frecuencia y periodicidad revelará la movilidad de la propia Administración (una Administración que no publique tales concursos sería una Administración *mayor*, dando a este término su usual sentido de edad, vieja, esclerótica, congelada y estancada, porque las vacantes no tienen que ser forzosamente sólo las motivadas por extinción de su hasta entonces titular físico, sino también *nuevas*, y es precisamente por esto por lo que no entendemos una Administración que no anuncie de vez en cuando, con alguna periodicidad, sus vacantes). Si la movilidad y el dinamismo deben ser los principales signos externos de una Administración pública que vaya en la misma dirección que los demás procesos sociales y económicos de nuestra época, tal movilidad y dinamismo se manifiestan y exteriorizan a través de la variación, incremento y publicación de las vacantes.

Ahora bien: teniendo en cuenta el interés *local* de los funcionarios, tales concursos tendrían cortos efectos si previamente la Administración no reorganizase sus servicios o, lo que es igual, si de los requisitos y exigencias impuestos en los mismos para cubrir determinadas plazas se deduce el interés tomado por los respectivos órganos rectores en su cobertura—hasta el punto que de la visión de los concursos se deduce el interés tomado por unos y otros órganos en tal cobertura (algunas plazas se anuncian sin la menor exigencia)—, también se deduce que la posibilidad de tales anuncios se monta sobre una política anterior. Por esta vía vemos y podemos concebir cómo todo forma parte de un proceso en el que el más simple eslabón depende del anterior, de forma que la cadena no rodará correctamente si todos los eslabones no están correctamente engrasados y coordinados. El apego del funcionario por su tierra, como diríamos

con lenguaje popular, debe compensarse con la oferta de unas plazas lo suficientemente atractivas como para equilibrar aquél. Es necesario repetir que la movilidad de la Administración debe ser buscada por la misma Administración, y es utópico presumir en el funcionario como persona una apetencia supralocal, y si esa Administración comprobó hace tiempo que para que determinados de sus servidores fueran a prestar sus funciones a determinadas localidades era imprescindible incentivarlos económicamente, esa Administración, hoy, debe averiguar que para buscar y lograr su movilidad debe establecer análogos incentivos. Fijémonos que la Administración ha fomentado indirectamente el reconocimiento tácito o presunto del derecho de residencia, ya que al no desconocer por la misma realidad de los hechos la fuerza de éstos (precios de los alquileres, de las viviendas, su escasez, gastos de traslado) ha entrado por la vía fácil de su respeto, liberándose simultáneamente de las obligaciones que consigo llevaría su violación. Este comportamiento personal de los funcionarios creo que ha tenido una suficiente demostración a medida que han ido sucediéndose los distintos concursos de vacantes en estos últimos años: el número de participantes ha ido disminuyendo y, por tanto, la competitividad para su cobertura ha ido perdiendo fuerza (en un proceso muy similar al de las oposiciones: menor número de concurrentes que llegan a la falta de personal seleccionable, concurriendo sólo uno a una plaza o uno por plaza). Al disminuir el número de aspirantes disminuye también la calidad del personal elegible y, en última instancia, lo más importante, que se olvida: la futura eficiencia de la plaza cubierta.

La Administración ha corregido, no obstante, algunos de sus comportamientos, que pueden tener incidencia en ese presunto derecho de residencia. Por ejemplo, carece de interés *centralizar* el sistema de ingreso si luego hay una total localización de los funcionarios ingresados y cada uno de ellos mira sólo a una localidad y sólo a ella; en tal caso nos encontraríamos con una centralización inicial disminuida, pero en cierta proporción contradictoria con el proceso y ritmo ulteriores. Las correcciones han venido por los niveles inferiores (esencialmente auxiliar).

La primitiva localización única (Madrid) se ha diversificado en las últimas convocatorias hasta llegar en el actual ejercicio (1972) a la constitución de tribunales locales que han centrifugado hasta el máximo, por ahora, este sistema de ingreso, comportamiento que vemos conforme con el concepto del derecho de residencia. Ignoramos, no obstante, si este proceso sacará todas sus consecuencias, o sea si los reclutados en cada localidad continuarán, una vez ingresados, en la misma. Parece que la misma lógica del sistema exige una respuesta afirmativa, pero con ello se descuida una circunstancia de relativo peso en la marcha de los asuntos administrativos y que ha motivado una de las citas introductorias del presente trabajo: señalemos que, conforme a este nuevo comportamiento, el funcionario lleva trazas de ser *local*—más bien, *localista*—por todos sus costados, ya que no habría—o al menos hay riesgos de que no lo haya—cambio alguno de ámbito territorial (ni siquiera cuando su ingreso), aumentando la paradoja, ya que se configuraría como una Administración de personal totalmente descentralizada frente y dentro de una Administración políticamente centralizada. Esa cita está contemplando, en el fondo, uno de los principales inconvenientes para el buen desenvolvimiento de trabajo funcional, como son las visitas de amigos o ajenas al trabajo de las oficinas, y que, como todo el mundo sabe, es una de las mayores lacras de la burocracia y contra la que se levantan reformas o medidas cuya reiteración es prueba bastante de su ineficacia. Por esta doble vía se llegaría a un resultado: una desvinculación cada vez mayor del centro de la periferia, y viceversa, con repercusiones en todos los niveles y con posibles incidencias sobre el control jerárquico.

Mas existen otros comportamientos que revelan una sistemática y consciente ignorancia de la Administración de las condiciones de vida que la rodean: sorprende cómo la rama central, salvo en contados y señalados casos, ha descuidado su exigencia de que los funcionarios vivan en determinados sitios dentro de la localidad en que prestan sus servicios. Es el motivo de que hayamos elegido la otra de nuestras citas introductorias: ciertos servicios y funciones públicas—unas más que otras—recla-

man una inmediatez en su prestación que a su vez impone la inmediatez de la residencia (vivienda-habitación). Es el caso de algunos funcionarios de la Administración de Justicia y a los que la cita se refiere; pero a nivel central, repetimos, si bien se previó para algunos funcionarios (ha sido tradicional y es habitual que los delegados de Hacienda tengan su domicilio en el que lo es de la respectiva delegación, unidad domiciliaria que se impone en los demás casos de delegación dada la continua y permanente intercomunicación que debe existir entre los órganos centrales y los delegados), no ha sucedido lo mismo para todos los restantes, y es esta la situación cuyo porvenir es conjeturable, o al menos lo es para nosotros: de hecho y prácticamente, en todos los servicios hay constancia de los domicilios particulares de los funcionarios que en ellos prestan sus servicios, lo que indica que la circunstancia no puede carecer de interés. Lo absurdo es ver en tal medida práctica algo que en sí mismo se agota y acaso sólo como una medida más de control indirecto, y en ciertos aspectos, policial. Poco, por no decir nulo, interés demuestra esa misma Administración por averiguar la lejanía o proximidad que tal circunstancia domiciliaria revela, sin cuidarse que ello puede repercutir —y repercutirá necesariamente— en la marcha de los servicios y en el cumplimiento de los horarios (hacerlo sería deshumanizar a éstos, lo que a la larga también repercutiría en su funcionamiento, ya que la Administración, como cualquier otra empresa, no puede olvidar su condición de ser una empresa de medios, uno de los cuales y el más importante es el elemento personal). Esto revela una contradicción íntima de la Administración de nuestros días; una Administración que pretende ser cada día más abarcadora y omnicomprendiva y que, sin embargo, frente a sus funcionarios todavía no ha superado su comportamiento decimonónico: imaginarse que las condiciones de vida siguen siendo las mismas que entonces y que nuestras ciudades apenas han cambiado como para imponerla cambios (25).

(25) Es el consabido tema de los *retrasos administrativos*, de los conocidos *leads* y *lags* de las actuaciones administrativas sobre los procesos económicos, tan estudiados por Arrow, y del retraimiento de la Administración a tomar medidas que paradójicamente ha obligado a tomar al sector privado. Hay unos desfases en muchos

8. Conclusiones

De nuestro estudio podemos extraer varias, pero como más importante la necesidad de un nuevo y actualizado planteamiento del derecho de residencia, que por ahora, y salvo reforma, permanece en un terreno pacífico, una especie de *limbo de los justos* de quien nadie se preocupa, porque a todos favorece y perjudica al mismo tiempo y en parecidas proporciones: a la Administración, porque tal como está nada le cuesta, y a los funcionarios, porque al menos les libera de ciertas cargas económicas. Se encuentra en una zona de nadie, sobre la que cada parte de la relación funcional alega lo que estima conveniente, aunque conociendo internamente los perjuicios derivados de una situación que, más o menos, se mantiene inalterable desde hace décadas. Ha sido como una tarea de la que la Administración ha venido desentendiéndose y dejando en manos de agrupaciones y mutualidades que han intentado, en la medida de sus fuerzas, resolverla, pero que no lo han hecho al ser aquéllas insuficientes. Ni los macrourbanismos, ni las metrópolis, ni la intensa diferenciación actual del fenómeno urbano han repercutido sobre una visión administrativa del derecho de residencia que aún permanece anclada en el pasado. Las profundas transformaciones producidas en la realidad social y en la misma Administración, tan diferente de la de tiempos pretéritos, han tenido bastante energía para erradicar una concepción y una conducta que sólo por la inercia y un mal concebido interés siguen manteniéndose. Un enfoque total y global del fenómeno administrativo nos lleva a visionar al funcionario y, por tanto, a la función pública como algo sumamente complejo, en cuyas coordenadas no entran solamente unos conceptos retributivos directos, sino una preocupación más amplia, que sobrepasa con

planos sobre cuya existencia y mantenimiento se hace preciso el recuerdo frecuente: se toman medidas en distintos planos y no se procura su coordinación, con lo que sus efectos pueden contrapesarse. ¿Puede una política de concentración *inmobiliaria* de servicios desentenderse de la residencia de sus empleados? Y, por el contrario, si se descongestionan los servicios, situándolos en los extrarradios, ¿pueden ignorarse sus repercusiones en los funcionarios que en ellos deben prestar sus servicios? Insistimos en la necesidad de tener en cuenta todas estas circunstancias para iniciar una determinada actuación.

creces el abono sin más de un sueldo mensual. La particularidad que modernamente se está alzando contra la pretendida uniformidad exige tener en consideración todas esas circunstancias que condicionan tanto la prestación de un trabajo en función justamente de la localidad, el sitio concreto donde la misma se desenvuelve. Se impone la concepción más realista y pragmática de un derecho, que con su a látere del derecho a residencia es uno de los más sobresalientes y de mayor trascendencia económica, que puede tener su marco en una política de personal, de líneas claramente esbozadas de duración y eficacia, móviles y dinámica, en aplicación de unas pautas legales generales. Si los *derechos adquiridos* fue el tema en boga hace unos años, el del derecho de residencia puede ser el del futuro, porque su incidencia sobre el funcionario es tan grande, así como sobre la misma Administración; porque si mediante aquéllos el funcionario intentaba defender lo que venía directamente percibiendo, a través de este derecho de residencia nos haremos cargo de la nueva realidad, que viene representada por el elevado coste de las viviendas, por la nueva localización de los servicios públicos atendiendo a necesidades de descongestión del centro de las ciudades, por la creciente motorización y el desnivel presentado por los transportes colectivos y, en general, por todas esas condiciones de la vida de nuestros días que no pueden ignorarse porque nos las encontramos diariamente con la simple salida a la calle.

