

Manfred Degen

Consejero del Tribunal
Administrativo de Münster

La carrera administrativa en la República Federal de Alemania *

SUMARIO: I. LOS ELEMENTOS PRINCIPALES DEL DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA GERMANO-OCCIDENTAL. II. LAS CRÍTICAS Y LOS PROYECTOS DE REFORMA.

Sobre la reforma de la función pública, se discute desde los días de la República de Weimar cuya Constitución de 11 de agosto de 1919 confirmó los principios generales del derecho de la función pública de la Alemania Imperial (1). Este debate, iniciado por la democracia social y los sindicatos, y brutalmente interrumpido por la dictadura nazi (2), fue retomado tras la segunda guerra mundial en la RFA (3).

* El presente trabajo fue publicado, originalmente en lengua francesa, en la *Revue Française D'Administration Publique*, núm. 25, enero-marzo 1983, págs. 155 a 174. Deseamos dejar constancia de nuestro agradecimiento, tanto a los responsables de la Revista como a su autor, por las facilidades que nos han dispensado, a fin de que haya podido ser reproducido, traducido al castellano, en el presente número de *Documentación Administrativa*.

(1) *Reichsbeamtengesetz de 31-III-1873 y de 17-V-1907 (RGBl., I, p. 275)*, que se mantuvo en vigor hasta 1937.

(2) *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums de 7-IV-1933 (RGBl., I, p. 175)*, *Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben de 23-III-1934*, *Deutsches Beamtengesetz de 26-I-1937 (RGBl., I, p. 39)*.

(3) MERKL, «Entwicklung und Reform des Beamtenrechts», *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer —VVDSStRL—*, 7, 1932, pp. 1 y ss.; *Heidelberger Program der SPD von 1925*; FENSKE, «Beamtenpolitik in der Weimarer Republik», *Verwaltungsarchiv —VerwArch—*, 64, 1973, pp. 117 y ss.

En primer lugar, las deliberaciones de la Asamblea Constituyente tuvieron como resultado que la ley fundamental de 23 de mayo de 1943 rechazara el modelo del *civil service* americano (4) y renovara en su artículo 33 los principios tradicionales del funcionariado. Tras el acceso al poder del gobierno liberal socialista hacia fines de los años sesenta, la función pública fue objeto —al igual que otros campos— de un impulso reformador. El Gobierno federal estableció una Comisión de estudios para la reforma del derecho de la función pública, que presentó al público en 1973 los resultados de sus investigaciones y sus propuestas de reforma (5). Uno de los problemas fundamentales de la reforma era determinar de qué forma podía estructurarse mejor el desarrollo de la situación profesional de los agentes de la Administración, es decir, determinar si el sistema de carrera válido para los funcionarios y el sistema de empleo válido para los empleados contratados de la Administración debían subsistir o no. En el marco de este problema se planteaba la cuestión de saber qué criterios y qué procedimientos debían ser racionalmente aplicados en materia de selección y de promoción profesional.

Para examinar con profundidad las ventajas y los inconvenientes de los sistemas de carrera y de empleo, nos parece útil presentar en primer lugar los principales elementos constitutivos del derecho de la función pública germano-occidental, y explicar a continuación las críticas recibidas por el sistema actualmente en vigor así como los proyectos de reforma.

I. LOS ELEMENTOS PRINCIPALES DEL DERECHO DE LA FUNCION PUBLICA GERMANO-OCCIDENTAL

1. Al igual que el derecho francés de la función pública, el derecho germano-occidental se caracteriza por la distinción entre agentes públicos y empleados contratados de la Administración. Para poder apreciar bien la importancia real de estas dos categorías de personal de la Administración, es preciso recordar algunos datos estadísticos (6):

En 1978 el número de agentes al servicio de la Administración de las colectividades territoriales —es decir, de la Federación (7) de los *Laender* y de las comunas— se elevaba a 3.531.000, de los cuales

(4) V. MÜNCH, «Öffentlicher Dienst», en V. MÜNCH (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4.ª ed., 1976, p. 29; MAYER y STUBY, *Die Entstehung des Grundgesetzes*, 1976, pp. 178 y ss.

(5) *Informe de la Comisión de Estudios para la Reforma del Derecho de la Función Pública*, tomos I-XI, Baden-Baden, 1973 (*Studienkommission für die Reform öffentlichen Dienstrechts*).

(6) Cfr. HANSEN, «Entwicklung und Struktur des Personals im öffentlichen Dienst», *Die öffentliche Dienst —DöV—*, 1980, pp. 161 y ss.

(7) Se incluyen aquí los servicios de correos y de los ferrocarriles.

1.671.000 eran agentes públicos (47,3 por 100), 1.047.000 empleados (30,4 por 100) y 787.000 obreros (22,3 por 100).

Si se realiza una clasificación de los agentes públicos según las categorías de la carrera funcionarial, se aprecia que el 19,9 por 100 pertenecía a la categoría superior, el 33,2 por 100 a la categoría elevada, el 36 por 100 a la categoría media y el 10,9 por 100 a la categoría subalterna.

Mientras que la mayor parte de los agentes públicos (69,2 por 100) pertenecía a la categoría media y elevada, las estadísticas relativas a los empleados indican una estructura diferente: entre los empleados la categoría superior representaba un porcentaje del 6,8 por 100 y el de la categoría elevada del 19,1 por 100; por el contrario el 69 por 100 de los empleados formaban parte de la categoría media y el 5,1 por 100 de la categoría subalterna. Esta distinta distribución por categorías de los agentes públicos y los empleados contratados de la Administración se explica por el hecho de que estas dos clases de agentes están encargados de funciones administrativas diferentes y sometidos por ello a distintos regímenes estatutarios.

2. En materia de régimen de la función pública la constitución de la RFA no se limita a proclamar un programa político sin valor jurídico; por el contrario, las disposiciones de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*, —GG—) deben ser observadas obligatoriamente por el legislador de la Federación y de los *Laender*. Los actos legislativos y ejecutivos están sometidos sin ninguna excepción al control del Tribunal Constitucional Federal que es competente para declarar la nulidad de toda disposición legal o reglamentaria contraria a la Constitución.

La disposición decisiva en materia de régimen de función pública la constituye el artículo 33, párrafos 2-5, GG.

a) Esta disposición nos revela en sus párrafos 4 y 5 que:

«4. El ejercicio de las prerrogativas de poder público a título de función permanente debe ser conferido a agentes de la administración ligados a los entes públicos por una relación de servicio y fidelidad.»

«5. El derecho de la función pública debe ser regulado teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública profesional.»

Según la jurisprudencia (8) y la doctrina dominante (9) el sistema de carrera se considera como uno de los principios tradicionales de la

(8) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts —BVerfGE—*, 7, p. 155; 9, p. 268; *Neue Jurische Wochenschrift —NJW—*, 1977, p. 1189).

(9) MAUNZ, DÜRIG, HERZOG y SCHOLZ, *Grundgesetz, Kommentar*, 1981, art. 33, nota 67; ULE, «Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts», en *Studienkommission, op. cit.*, tomo V, pp. 441 y ss. (p. 503); MAYER, «Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts», en *Studienkommission, op. cit.*, tomo V, pp. 557 y ss. (p. 673).

función pública profesional. Este principio establece que la situación administrativa del funcionario comienza por un cierto grado de entrada determinado por su formación y se desarrolla por vía de promoción desde el momento de su ingreso y hasta el fin de su actividad profesional. ¿El acceso a los grados superiores sólo puede realizarse de forma progresiva? (10). Desde un punto de vista histórico, el sistema de carrera en Alemania se remonta a principios del siglo XIX. En Baviera este sistema existe desde la Ley real de 1 de enero de 1805 (*Königliche Hauptlandespragmatik*), la primera ley moderna alemana en materia de derecho administrativo (11). La ley imperial relativa a la función pública de 31 de marzo de 1873 contenía asimismo disposiciones (párrafos 17 y 23) que correspondían aproximadamente al régimen actual de carrera (12). La Constitución de la República de Weimar no reconoció expresamente el principio en cuestión, aunque hay que destacar que el artículo 129 se basaba en el reconocimiento implícito del principio de carrera (13). La primera reglamentación sistemática de las carreras de los funcionarios fue introducida por los «Principios del Reich relativos a la selección y a la promoción de los funcionarios» de 14 de octubre de 1936 y por el «Reglamento en materia de carrera» de 28 de febrero de 1939 (14). La Ley-cuadro federal de 1 de julio de 1957 aplicable a los funcionarios ha retomado como propios estos principios (15).

De esta forma, el sistema de carrera fue establecido de forma definitiva bastante tarde, y lo fue además bajo el régimen nacional-socialista. Por este hecho nos parece dudoso, e incluso opuesto a la doctrina dominante, que el sistema de carrera constituya verdaderamente un principio tradicional de la función pública profesional ya reconocido bajo la República de Weimar (16).

Si se acepta a pesar de todo el sistema de carrera como principio tradicional y en consecuencia como principio constitucional, esto conlleva que el legislador no está habilitado para aplicar el sistema de empleo a los funcionarios. Este sistema implica que los agentes de la Administración son reclutados *más para empleos bien definidos* y que el ascenso profesional no puede tener lugar más que superando una nueva selección con vistas a obtener un mejor puesto. De acuerdo con la

(10) Cfr. SCHEERBARTH y HÖFFKEN, *Beamtenrecht*, 3.ª ed., 1979, pp. 237 y ss.

(11) *Churpfalzbaierisches Regierungsblatt* 1805, p. 226.

(12) *RGBL.*, I, pp. 61 y ss.

(13) MAYER, «Möglichkeiten und Grenzen einer Neugestaltung des Laufbahnsystems für den öffentlichen Dienst im Rahmen des Grundgesetzes», en KÖNIG, L AUBINGER y WAGENER (eds.), *Festschrift für C. H. Ule*, 1977, pp. 335 y ss. (p. 341).

(14) *RGBL.*, I, p. 893.

(15) *BGBL.*, I, p. 667.

(16) THIEME, «Empfiehlts es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen? Gutachten für den 48», *Deutschen Juristentag*, 1970, parte D, pp. 26 y ss.

Constitución este principio no es aplicable más que a los empleados y obreros de la administración.

El sistema de empleo rige tradicionalmente en Alemania para los empleados de la Administración. Esto se explica históricamente por el hecho de que durante la Primera Guerra Mundial fueron contratados trabajadores con el objeto de reemplazar provisionalmente a los funcionarios llamados a filas o bien para desempeñar determinadas labores administrativas resultantes del estado de guerra. Estos empleados no tenían más que contratos de trabajo sometidos al derecho privado. Este sistema no está prohibido por la Constitución, por lo que el legislador tiene plena libertad para decidir sobre su inclusión o no en el sistema de la función pública (17).

b) En materia de selección y de promoción, el artículo 33 GG nos dice en sus párrafos 2 y 3:

«2. Todos los alemanes tienen un derecho igual de acceso a la función pública según su aptitud, cualificación y capacidad profesional.»

«3. El disfrute de los derechos cívicos es independiente de la confesión religiosa. La pertenencia o no a una confesión o ideología no debe entrañar, para nadie, perjuicio alguno.»

A través de la noción de aptitud la Constitución estipula que sólo pueden admitirse en la función pública quienes reúnen las necesarias cualidades físicas y morales. La aptitud se entiende así en un sentido amplio y comprende la personalidad del candidato. Según la jurisprudencia (18) y la doctrina (19), este criterio en materia de selección comporta tres elementos:

- 1) la salud física y psíquica;
- 2) la aptitud moral, y
- 3) la fidelidad a los principios fundamentales de la Constitución (20).

La cuestión de determinar si esta fidelidad a la Constitución puede ser considerada verdaderamente como uno de los elementos integrantes de la aptitud para acceder a la función pública, es objeto de un apasionado debate en Alemania Federal. Es aquí donde radica el problema de las «incapacidades profesionales». Sin pretender entrar en detalles, nos parece necesario destacar el hecho de que si se plantea la

(17) Cfr. NEESSE, «Der Angestellte im staatlichen und kimmunalen Bereich. Gedanken zum Strukturwandel im öffentlichen Dienst», *Zeitschrift für Beamtenrech —ZBR—*, 1967, pp. 34 y ss.

(18) *BVerfGE*, 4, p. 294 (p. 927); sentencia del tribunal Federal Administrativo (*Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts —BVerwGE—*), 11, p. 139 (p. 141).

(19) MAUNZ, DÜRIG, HERZOG y SCHOLZ, *op. cit.*, art. 33 GG, nota 19; SCHEERBART y HÖFFKEN, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

(20) *BVerfGE*, 39, p. 324.

fidelidad a la Constitución como un problema de aptitud y si, por consiguiente, se examinan las ideas políticas del candidato, se corre el riesgo de hacerle un proceso a las intenciones. Desde el punto de vista histórico, hay que decir que la República de Weimar sólo esperaba de sus funcionarios un comportamiento leal hacia el Estado como elemento de la obligación de confidencialidad; fue el régimen nacional socialista, el que, por primera vez, exigió de sus funcionarios una convicción política conforme al sistema como criterio determinante de la aptitud del funcionario (21). Teniendo en cuenta las desgraciadas consecuencias que esta práctica ha tenido en la vida política de la RFA, creemos mejor rechazar el examen de la fidelidad a la Constitución como criterio decisivo de la aptitud de un candidato a la función pública.

A ello se añade otro punto: se trata del criterio de la «cualificación», establecido en el artículo 33, párrafo 2, GG. Este criterio se refiere a la cualificación profesional del candidato para el grado al que postula (22). La Constitución no dice nada sobre el procedimiento que debe seguir la Administración para juzgar adecuadamente la cualificación de un candidato a la función pública o de un agente que presente su candidatura con vistas a su promoción.

La «capacidad profesional» en el sentido del artículo 33, párrafo 2, GG se basa en los resultados obtenidos por el agente en el desempeño de su trabajo. Esta es la razón por la que en materia de selección la capacidad profesional no juega en principio ningún papel, y por el contrario su papel es determinante en materia de promoción (23).

c) El artículo 33, párrafo 3, GG prohíbe a la Administración favorecer o perjudicar a nadie por razón de su confesión religiosa o de sus ideas filosóficas, y retoma así la regla general establecida por el artículo 33, párrafo 3, GG. Esta disposición prohíbe formalmente al poder público discriminar a nadie por razón de su pertenencia a un sexo, una raza, una descendencia, una lengua, o por razón de su país natal, de su origen social o de sus ideas religiosas o políticas. Este principio de igualdad y de no discriminación adquiere mayor importancia si se aplica a la selección de los candidatos a la función pública de ideas extremistas. Aunque se ignora con excesiva frecuencia el alcance jurídico del artículo 33, párrafo 3, GG, es precisamente esta disposición cons-

(21) Cfr. DENNINGER y KLEIN, «Verfassungstreue und Schutz der Verfassung», en *VVDStRL Bd.*, 37, 1978, pp. 8 y ss.; SCHLINK, «Zwischen Identifikation und Distanz. Zur Stellung des Beamten im Staat und zur Gestaltung des Beamtenrechts durch das Staatsrecht», *Der Staat*, 15, 1976, pp. 335 y ss.; MAJER, «Ursprünge der Gesinnungsprüfung», *Recht im Amt*, 1978, pp. 161 y ss.; KRÜCHENHOFF y SCHIMKE, «Gewährbieten jederzeitiger Verfassungstreue» von Bewerbern für den öffentlichen Dienst und Rechtsstaatlichkeit», en KOSCHNICK (ed.), *Der Abschied vom Extremistenbeschluss*, 1979, pp. 23 y ss. (p. 63).

(22) MAUNZ, DÜRIG, HERZOG y SCHOLZ, *op. cit.*, art. 33 GG, nota 19; V. MÜNCH, *Grundgesetz- Kommentar*, tomo 2, 1976, art. 33, nota 14.

(23) V. MÜNCH, *op. cit.*, art. 33, nota 15; MAUNZ, DÜRIG, HERZOG y SCHOLZ, *op. cit.*, art. 33 GG, nota 19.

titucional la que impide a la Administración discriminar a un candidato extremista por razón de sus ideas políticas (24).

d) Para comprender bien el valor jurídico del artículo 33, párrafos 2 y 3, GG, hay que mencionar que esta disposición no pretende definir de forma precisa los criterios que la Administración debe aplicar en materia de selección y promoción. Por el contrario, la Constitución deja al legislador un marco normativo muy amplio en esta materia, limitándose a señalar los objetivos que debe seguir toda regulación, de asegurar la imparcialidad de las decisiones administrativas en materia de selección y de promoción, de garantizar la eficacia de la administración y de respetar los derechos individuales del candidato. Por consiguiente, la Constitución quiere ante todo poner un freno a los abusos de poder, y especialmente a un posible favoritismo proveniente de los partidos políticos o de las iglesias, que amenazaría con permitir la selección o la promoción de funcionarios que compartieran las ideas políticas de la agrupación interesada, sin tener en cuenta su aptitud profesional. Como el sistema político germano-occidental se caracteriza por un régimen de partidos a todos los niveles (tanto a nivel nacional, como regional y comunal), y asimismo, por un papel político importante de las iglesias, sindicatos y patronato, el riesgo de favoritismo constituye un peligro real.

3. En lo que concierne a los funcionarios de carrera, los principios constitucionales son precisados por las disposiciones de la ley-marco federal relativa a la función pública (*Beamtenrechtsrahmengesetz —BRRG—*) (25), la ley federal sobre el estatuto de los funcionarios de la Federación (*Bundesbeamtengesetz —BBG—*) (26) y las disposiciones legales de los «Laender» (*Landesbeamtengesetze —LBG—*).

a) De acuerdo con estas disposiciones, el estatuto del funcionario se define como una relación de servicio (27) y de fidelidad (28) entre una persona física de nacionalidad alemana y una persona jurídica de derecho público, titular de la prerrogativa de tener agentes a su servicio (29). Esta relación se establece mediante la formalización de un acto de nombramiento con el fin de que la Administra-

(24) SCHLINK, *op. cit.*, pp. 349 y ss.

(25) Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG) de 3-I-1977 (BGBl., I, p. 21) y de 10-V-1980 (BGBl., I, p. 561).

(26) Bundesbeamtengesetz de 3-I-1977 y de 10-V-1980.

(27) Relación de servicio: obligación del funcionario de poner a disposición del Estado toda su fuerza de trabajo; integrado en la organización jerárquica de la Administración, el funcionario está sometido a las instrucciones de sus superiores y al poder disciplinario del Estado.

(28) Relación de fidelidad: obligación del funcionario de convertirse en garante del orden fundamental liberal y democrático y de contribuir al bien público; deber de asistencia del Estado.

(29) Gozan de esta prerrogativa en virtud de la ley: Federación, *Laender*, Comunas (párrafo 121, número 1, BRRG); la tienen por concesión: Corporaciones de Derecho público, establecimientos de Derecho público, fundaciones de Derecho público (párrafo 121, número 2, BRRG).

ción Pública ejerza sus prerrogativas de poder público o realice misiones que por razones de seguridad del Estado o de la vida pública no deben ser encomendadas exclusivamente a empleados contratados de la administración (30). El estatuto del funcionario se rige exclusivamente por disposiciones legales y reglamentarias de derecho público.

b) En materia de selección y de promoción, el derecho alemán está marcado por el sistema de carrera. En la RFA no existe una carrera única para todos los funcionarios; al contrario, nuestro sistema se caracteriza por el hecho de que el conjunto de los funcionarios se divide en cuatro categorías. Se entiende por categoría la jerarquía de todos los grados que pueden ser adquiridos desde el ingreso por vía de promoción por todos los funcionarios que hayan realizado los mismos estudios y pertenezcan al mismo cuerpo administrativo (31). El Reglamento federal sobre la carrera de los funcionarios (*Bundeslaufbahnverordnung* —BLV—) distingue cuatro categorías: las categorías subalterna, media, elevada y superior (32). Estas categorías se basan en un sistema de remuneración que establece globalmente un abanico de retribuciones que van desde la clase 1 a la clase 16 y que fija un escalón de cuatro clases de sueldo por categoría.

El Reglamento no permite el ascenso de una categoría a otra superior más que por vía de examen. Este sistema de carrera germano-occidental se fundamenta en la separación del empleo y el grado. Mientras que el empleo (*Dienstpost*) designa un puesto de trabajo que depende de la organización de los servicios, el grado (*Amt*) está vinculado al funcionario confiriéndole vocación a ocupar un cierto número de puestos diferentes. Por consiguiente, el cambio de destino de un funcionario no depende solamente de la organización de los servicios, es decir, que la Administración no puede trasladar a los agentes a su conveniencia. El traslado de un servicio a otro (*Versetzung*) puede ser acordado en el interés del servicio, sea a petición del funcionario, sea de oficio. Sin el consentimiento del funcionario interesado, un traslado de destino sólo se admite si el nuevo empleo, al cual la autoridad quiere trasladar al funcionario, pertenece al mismo cuerpo administrativo, el puesto corresponde a su grado anterior y el nuevo destino está dotado de una retribución total al menos tan elevada como su remuneración actual (parágrafo 18 BRRG). La cuestión de determinar si un cambio de destino responde al interés del servicio puede ser sometida al control máximo del juez administrativo (33). Por el contrario, las condiciones jurídicas de un cambio de puesto de un departamento a

(30) Parágrafo 2, párrafo 2, BRRG.

(31) Parágrafo 2, párrafo 2, BLV.

(32) Parágrafo 2, párrafo 2, BLV.

(33) *BVerwGE*, núm. 26, p. 65.

otro en el interior del mismo servicio (*Umsetzung*) no están determinadas por la ley sino por la jurisprudencia del Tribunal federal administrativo. Este traslado a otro puesto requiere la condición de que el nuevo empleo no sea inferior en cualificación y responsabilidad al empleo ocupado hasta el presente (34). En materia de cambio en el interior de un servicio, la jurisprudencia y la doctrina alemanas reconocen como principio tradicional del funcionariado la incapacidad de la Administración para trasladar a un funcionario a un puesto que no sea equivalente al suyo actual (35). Así, grado y empleo están mucho más estrechamente ligados en la RFA que en Francia (*).

c) La selección de los funcionarios no se realiza en Alemania Federal por la vía de las oposiciones. Ni nuestro sistema educativo en general ni la función pública en particular están marcados por una tradición del sistema de oposición, tan estimado por los franceses. Ello explica por qué en la RFA nadie ha tenido la idea de proponer como proyecto de reforma la selección de los agentes por vía de oposición. Nuestra concepción de este sistema se halla más bien en la línea de Honoré de Balzac, que hace decir a Grégoire Gérard en *Le Curé de Village*: «Ce mode est celui du concours, invention moderne, essentiellement mauvaise, et mauvaise non seulement dans la Science, mais encore partout où elle s'emploie, dans les Arts, dans toute élection d'hommes, de projects ou de choses» (36). Al aplicar el sistema de oposición se fomentaría la erudición basada en la lógica formal y en la retórica, y no la inteligencia práctica. Además, pretender que ante el tribunal de oposición todos los candidatos son verdaderamente iguales, nos parece adolecer de falta de realismo cuando se conocen las desigualdades sociales que existen. Una selección de los funcionarios por vía de oposición nos parece que es un procedimiento de selección demasiado rígido y abstracto para poder apreciar correctamente la aptitud de un individuo y sus capacidades.

En la RFA los exámenes finales que deben superar todos los estudiantes de Derecho, así como los estudiantes orientados a la enseñanza, son evaluados por un tribunal de exámenes independiente de la universidad y compuesto de profesores y de agentes en activo en la Administración (por ejemplo, jueces, funcionarios, profesores de instituto, etc.). Es cierto que en algunos *Laender* de la RFA se realiza una clasificación de los estudiantes en función de la nota obtenida, pero el hecho de estar situado a la cabeza de la lista por el tribunal examina-

(34) *BVerwG*, ZBR, 1968, p. 218.

(35) Honoré de BALZAC, *Le Curé de Village*, Gallimard, París, 1975, p. 240.

(*) *N. de T.*: Lo mismo puede decirse en relación a España, donde la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, limita «la garantía del nivel del puesto de trabajo» a la imposibilidad de que el funcionario sea designado para desempeñar un puesto inferior o superior en dos niveles al correspondiente a su grado personal (art. 21, núm. 2).

(36) Honoré de BALZAC, *Le Curé de Village*, Gallimard, París, 1975, p. 240.

dor no confiere ningún derecho preferente a la hora de ser seleccionado para la Administración.

En Alemania Federal se piensa que es más razonable que el nombramiento de un funcionario sea dejado a la elección de la Administración. Se considera por ello el nombramiento de un funcionario como un acto discrecional, aunque al ejercer su poder discrecional la autoridad no es totalmente libre, pues la decisión tomada por la Administración en materia de selección debe respetar los criterios de aptitud, de cualificación y de capacidad profesional. Estos criterios son precisados por el Reglamento federal sobre la carrera de los funcionarios y los reglamentos paralelos de los *Laender*. Como estas precisiones no van muy lejos, las nociones de aptitud, de cualificación y de capacidad profesional se consideran como conceptos jurídicos indeterminados; es decir, que el contenido de estas nociones no está suficientemente precisado por la ley y los reglamentos, y deja así un cierto margen de apreciación a la Administración, margen de apreciación que, según la doctrina alemana, no equivale a poder discrecional. La aplicación de estos conceptos jurídicos indeterminados está sometida sólo a un control jurisdiccional restringido. Por consiguiente, en la RFA la Administración puede seleccionar a un candidato que en el examen final haya obtenido notas medianas, pero que se distinga de los demás aspirantes por otras cualidades (por ejemplo, por una mejor comprensión de las exigencias de la práctica administrativa, por una mayor habilidad en el arte de tratar con los administrados y en sus relaciones con sus compañeros, o por una mayor capacidad de trabajo). *Porque* estamos aquí ante elementos que pueden ser decisivos en lo que concierne a la aptitud del candidato para la función pública y que, por consiguiente, han de ser tenidos en cuenta por la Administración a la hora de realizar la selección, sin menoscabar por ello el criterio de la cualificación (37).

El procedimiento de selección de los funcionarios no está definido en las disposiciones legales, y ello no es casual. La Ley no impone en materia de procedimiento de selección más que la publicación de un anuncio informando que un puesto de funcionario está vacante; se exige, además, que la representación del personal ejerza su derecho de co-gestión (38). Por lo demás, los procedimientos de selección son regulados por decreto de la autoridad central responsable de los asuntos de personal a nivel de la Federación o de un *Land* (39). Así, no existe

(37) MUBGNUG, «Der Zugang zum öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland», en DOEHRING (ed.), *Verfassungstreue im öffentlichen Dienst*, 1979, pp. 416 y ss. (p. 428).

(38) Parágrafo 8 BBG, parágrafo 4, párrafo 1, BLV; parágrafo 7, párrafo 3, LBG NW; parágrafo 76, BPersVertG.

(39) Parágrafo 4, párrafo 3 BLV; en cuanto al procedimiento de selección aplicado actualmente en la RFA, cfr. ALTHOFF y BRANDSTÄTTER, «Voraussetzungen und Konsequenzen eines ein-

en la función pública germano-occidental un único procedimiento de selección, sino una gran variedad de ellos. A estos efectos, una simple entrevista con el director de los servicios puede considerarse como un procedimiento de selección, pero no se excluye tampoco que se obligue a los candidatos a superar un examen de entrada. En general, puede decirse que el sistema de selección se hace más complejo según la categoría para la cual se pretende presentar la candidatura. Estos distintos procedimientos no tienen otra finalidad que la de permitir a la Administración hacerse una idea de la personalidad del candidato y de su aptitud para la categoría a la que aspira. A falta de criterios verdaderamente objetivos, la opinión del examinador basada en su experiencia juega un papel predominante.

Pero el proceso que sirve para enjuiciar la aptitud del candidato a la función pública no finaliza con estos procedimientos de selección. Porque la selección de los funcionarios no se realiza *uno acto* en la RFA, sino que se desarrolla en distintas etapas en un lapso de tiempo bastante largo.

La primera etapa consiste en un período preparatorio de prácticas. Para ser admitido a este *stage* es necesario presentar como condición previa un certificado que demuestre que se ha terminado un cierto ciclo de estudios escolares o universitarios (categoría subalterna: escuela primaria; categoría media: escuela técnica *Realschule* o escuela primaria y formación profesional; categoría elevada: bachillerato o bachillerato especializado *Fachhochschulreife*; categoría superior: universidad). Si los candidatos son además juzgados aptos para el servicio en la Administración, son nombrados funcionarios «a título precario». El período de prácticas tiene por finalidad formar a los futuros funcionarios y debe otorgarles los conocimientos y las capacidades que corresponden a los agentes de la categoría pretendida. Este *stage* abarca un período de tiempo que va de seis meses a tres años según la categoría de la carrera. En lo que concierne al servicio elevado, este período de prácticas se realiza desde hace algunos años en una Escuela Superior de Administración Pública (*Fachhochschule für öffentliche Verwaltung*). En cuanto a la categoría superior, se trata de un *stage* jurídico que, al mismo tiempo, prepara para las profesiones de juez, abogado, síndico, etcétera. Este período de prácticas está más bien orientado a los futuros jueces y abogados, pero la preparación que ofrece resulta insuficiente para la función de un agente de la Administración.

Al final del período de prácticas, los aspirantes deben someterse a un examen final a fin de demostrar su cualificación para la categoría

heitlichen psychologischen Auswahl und Zurechnungsverfahrens für den öffentlichen Dienst», en *Studienkommission*, *op. cit.*, tomo X, pp. 213 y ss. (p. 222); REIMANN, «Die auslese für die Einstellung in den öffentlichen Dienst», *Der öffentliche Dienst —DöD—*, 1979, pp. 241 y ss.; QUAMBUSCH, «Verwaltungsqualität durch Beamtenqualifizierung», *ZBR*, 1980, pp. 44 y ss.

pretendida. Este examen tiene lugar normalmente ante un tribunal independiente cuyas decisiones no pueden ser corregidas por la Administración, pero que en cuanto actos administrativos están sometidas al control restringido del juez administrativo.

Tras haber superado el examen final, la situación «en precario» del funcionario no finaliza por ello, a menos que una regla jurídica o un reglamento interior de la Administración así lo disponga expresamente (40). Así ocurre en lo que concierne a los aspirantes a la categoría superior (41). En los demás casos la situación «en precario» del funcionario subsiste hasta que el aspirante sea nombrado funcionario en período de prueba o su contrato sea rescindido por insuficiencia profesional. Hay que añadir que los aspirantes que han superado el examen final no tienen derecho por ello a ser nombrados funcionarios a título de prueba; por el contrario, la Administración, en el ejercicio de su poder discrecional, es libre de proceder o no al nombramiento.

Tras la publicación de la vacante de un puesto es obligatorio presentar candidatura para ser nombrado funcionario a título de prueba. Estos funcionarios son agentes que pasan un período probatorio antes de adquirir la titularidad; ocupan un empleo permanente, pero no de forma permanente al no haber adquirido la titularidad. Durante el período de prueba, que dura de uno a tres años según se trate de una u otra de las categorías, el funcionario debe probar por su trabajo práctico que está preparado para el desempeño de las tareas que corresponden a su empleo. Además, este período probatorio ha de permitir a la Administración hacerse una idea de las tareas que se corresponden mejor con las aptitudes del joven funcionario.

El estatuto de los funcionarios en período de prueba, que se parece mucho al del funcionario titular, comporta respecto a este último una diferencia importante en lo que se refiere a la estabilidad del empleo. En el caso de que el aspirante no satisfaga las exigencias del período probatorio, la Administración puede interrumpir el *stage* antes de su término, e igualmente puede, al final del mismo, denegar la titularidad por estimar que el aspirante no está bastante cualificado o no ha demostrado suficiente aptitud para la función pública. Aquellos que han superado satisfactoriamente el período probatorio tienen derecho a la titularidad (42).

d) En la RFA se entiende por promoción un nombramiento por el cual se confiere a un funcionario titular un grado superior dotado

(40) Parágrafo 32, párrafo 2, BBG; parágrafo 35, párrafo 2, de la Ley del Land Renania-Westfalia sobre el estatuto de los funcionarios (*Landesbeamtengesetz Nordrhein-Westfalia* —LBG NW—).

(41) SCHEERBARTH y HÖFFKEN, *op. cit.*, p. 261.

(42) Parágrafo 9, párrafo 2, BBG; parágrafo 9, párrafo 3, LBG NW; SCHEERBARTH y HÖFFKEN, *op. cit.*, p. 199.

de una remuneración total más alta y de otro tratamiento (43). Debido al sistema de carrera en vigor, la promoción constituye un ascenso de grado que no está necesariamente vinculado a un cambio de empleo. Como ningún funcionario tiene derecho al ascenso de grado, la promoción se deja al poder discrecional de la Administración (44), que es libre de concederlo o denegarlo. Así en la RFA el *ascenso* tiene lugar exclusivamente por elección. Sin embargo, la elección que realiza la autoridad jerárquica no es totalmente discrecional, dado que la Administración está obligada a respetar los principios constitucionales establecidos por el artículo 33, párrafo 2, GG. En materia de ascenso de grado resulta sobre todo determinante el principio de capacidad profesional (*Leistungsprinzip*). El criterio de la antigüedad del funcionario sólo juega un papel secundario en materia de promoción profesional; sólo tiene una importancia decisiva en el caso de que la capacidad profesional de un funcionario sea equivalente a la de otro.

En cuanto a la elección entre los funcionarios que presenten su candidatura para obtener un ascenso, la Administración debe establecer de antemano las condiciones de aptitud y de cualificación que se esperan de los candidatos. Aunque se trate de un ascenso de grado, el principio de eficacia de la Administración exige que la Administración tenga de todos modos en cuenta el carácter específico del puesto que será ocupado por el funcionario que va a disfrutar de ese ascenso. Para ello, la autoridad utilizará las clasificaciones de puestos existentes.

En materia de promoción el medio más importante al que puede recurrir la Administración para juzgar la aptitud y la cualificación de un candidato a un grado superior lo constituyen las calificaciones profesionales que el funcionario ha obtenido con anterioridad. Al director de los servicios le corresponde calificar cada cinco años al menos el valor profesional y la aptitud del funcionario. Antes de que la Administración tome una decisión sobre el ascenso de grado de un funcionario se recibe una calificación especial del mismo. Cada calificación debe ser comunicada al funcionario interesado; no existe cuadro anual de ascensos (45).

Además, el Reglamento sobre la carrera de los funcionarios federales exige, desde la reforma del año 1979, para que pueda tener lugar el ascenso, que el funcionario a quien corresponda haya probado su aptitud para el puesto superior durante un período de prueba cuya duración está limitada a un año como máximo (46). Esto tiene por con-

(43) Parágrafo 12, párrafo 1, BLV.

(44) GÜNTER, «Beförderung», ZBR, 1979, pp. 93 y ss. (p. 99); BVerwGE, 15, p. 3 (p. 6); 19, p. 252 (p. 255); 49, p. 232.

(45) Parágrafos 40 y 41 BLV.

(46) Parágrafo 11 BLV.

secuencia que el candidato al ascenso es destacado a un puesto superior y sometido así a las exigencias de un trabajo más difícil y que comporta una mayor responsabilidad. Si el funcionario destacado ha rendido satisfactoriamente, ello debe hacerse constar al final del período de prueba. En la jerga jurídica se llama a estas prueba el «tercer examen de Estado».

A ello hay que añadir que la Administración debe respetar las distintas limitaciones al ascenso. Así, el respeto a la jerarquía de los grados impide todo ascenso que no las tenga en cuenta. Asimismo, no puede tener lugar un ascenso durante el período inicial de prueba y en el año siguiente a la selección o el último ascenso. Del mismo modo, el ascenso de un funcionario no puede producirse durante los dos años precedentes a la jubilación.

En lo que concierne al procedimiento de ascenso, la Administración debe comunicar que un puesto superior está vacante por medio de un aviso interno o público. Los funcionarios que presenten su candidatura para el ascenso tienen derecho a ser oídos por el jefe del servicio y a examinar las hojas de servicio del personal. Los representantes del personal tienen que ser oídos en toda decisión administrativa en materia de promoción (47).

4. Antes de exponer las críticas dirigidas al sistema de carrera tal como se aplica actualmente a los funcionarios de la RFA vamos a hacer algunas observaciones sobre la situación de los empleados contratados de la Administración, regida por principios diferentes a los que están en vigor para los agentes públicos. El régimen jurídico de los empleados y de los obreros de la Administración está definido como una relación de servicio y de fidelidad (48) entre una persona física y una persona jurídica de Derecho público. Al contrario que el régimen de los funcionarios, esta relación resulta de un contrato privado establecido para el cumplimiento por empleados de misiones de carácter científico, técnico o auxiliar, o para la realización por obreros de trabajos físicos. Este régimen de los empleados contratados de la Administración no se rige por disposiciones legales, sino por convenios colectivos concertados entre los sindicatos de la función pública y los empleados públicos (49).

Los principios constitucionales establecidos en el artículo 33, párrafos 2 y 3, GG, se imponen igualmente al Derecho aplicable a los empleados y obreros de la Administración. Contrariamente al régimen de los funcionarios, no es el sistema de carrera, sino el de empleo el que fija la situación de los empleados contratados de la Administración en

(47) Parágrafo 76, párrafo 1, BPersVertrG.

(48) WOLFF y BACHOF, *Verwaltungsrecht*, II, parágrafo 107 III.

(49) WOLFF y BACHOF, *Verwaltungsrecht*, II, parágrafo 118 II b).

la RFA. Por consiguiente, los empleados contratados no son seleccionados para acceder a un cierto grado, sino para ocupar un puesto bien definido. El trabajador contratado queda en principio afectado a este puesto hasta el fin de sus servicios profesionales. Así, la decisión de la Administración en materia de selección depende enteramente de la aptitud y de la cualificación del candidato al puesto pretendido, es decir, de su capacidad para satisfacer las exigencias que incumben al desempeño de ese puesto. Por consiguiente, un candidato que solicite un puesto de empleado o de obrero no está obligado a presentar como condición previa un certificado acreditativo de haber finalizado un cierto ciclo de estudios, salvo en el caso en el que el convenio colectivo así lo exija (50). Además, no hay período preparatorio; el trabajador que es seleccionado no debe someterse más que a un período de prueba que dura como máximo seis meses (51). En lo que concierne al salario, la clasificación de los trabajadores privados de la Administración se rige exclusivamente por las características del conjunto de funciones que el agente ejerce de modo permanente. En el marco del sistema de empleo no puede haber un sistema de promoción en el sentido de un ascenso en una jerarquía; la mejora de la situación profesional de un trabajador privado no puede hacerse más que pasando una nueva selección para obtener un puesto mejor. Las condiciones de tal mejora profesional han sido dulcificadas en los últimos años en la RFA por los convenios colectivos; la Administración puede destinar al empleado a un puesto mejor durante un tiempo de prueba; una vez finalizado este plazo de prueba y suponiendo que el trabajador satisfaga las exigencias del puesto superior, se le reclasifica en la categoría superior en virtud del convenio colectivo (52). Por consiguiente, un empleado contratado puede tener derecho a una reclasificación, mientras que ningún funcionario tiene derecho a la promoción, ni aun en el caso de que haya satisfecho brillantemente las exigencias propias de las funciones correspondientes a su grado durante años.

II. LAS CRITICAS Y LOS PROYECTOS DE REFORMA

1. Si se quieren analizar en profundidad las ventajas y los inconvenientes de los sistemas de carrera y de empleo, es necesario determinar previamente las funciones que debe cumplir toda regulación de

(50) Según el convenio colectivo federal de los empleados de la Administración (Bundesangestelltentarifvertrag —BAT—), los candidatos que aspiran a las clases I o II deben presentar como condición previa un determinado certificado.

(51) Parágrafo 5 BAT.

(52) Parágrafo 23 a) BAT.

la situación profesional de los agentes de la Administración. A nuestro entender, hay que distinguir tres objetivos fundamentales:

a) En un Estado de Derecho, la primera función que la regulación del estatuto de los agentes de la Administración debe cumplir, es la de garantizar la legalidad de la acción administrativa. Ello implica que la obligación de la Administración de someterse al Derecho no debe ser mediatizada por la influencia que los partidos políticos u otros grupos de presión pudieran tener sobre la acción administrativa. Para que la Administración pueda cumplir sus misiones de una forma imparcial y neutra, el Derecho relativo a la función pública debe asegurar que los agentes se beneficien de una cierta independencia en el ejercicio de su función y disfruten de las suficientes ventajas materiales (53).

b) Además, la acción de la Administración debe ser eficaz. Para ello, la situación profesional de los agentes de la Administración debe estar regulada de tal manera que los agentes se hallen motivados para satisfacer las exigencias de sus puestos y la Administración pueda seleccionar y destinar a los agentes siguiendo criterios de aptitud y de valor profesional. La eficacia de la acción administrativa exige, por otra parte, que los efectivos de la Administración sean estables, a fin de garantizar la continuidad en la acción administrativa (54).

c) El régimen jurídico de la función pública debe permitir que la Administración se organice de forma estable, coherente y clara, manteniéndose al mismo tiempo flexible para poder adaptarse rápidamente a nuevas misiones. Por consiguiente, es preciso que las disposiciones legales dejen a la Administración un cierto margen de maniobra en materia de gestión de personal. A ello se añade otro punto: el derecho relativo al estatuto de los agentes de la Administración debe preservar la unidad del personal administrativo a fin de evitar que los distintos cuerpos administrativos rivalicen entre ellos (55).

2. En cuanto a los inconvenientes del sistema de carrera, tal como éste rige actualmente para los funcionarios en la RFA, la Comisión de estudios para la reforma del régimen jurídico de la función pública y una gran parte de la doctrina germano-occidental han formulado la tesis de que este sistema puede perjudicar al principio de eficacia de la acción administrativa.

a) La primera objeción realizada al sistema se refiere al hecho de que tanto el acceso a las categorías de carrera existentes como la pro-

(53) FORSTHOFF, «Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts», en *Studienkommission, op. cit.*, tomo V, pp. 24 y ss.; KÖNIG, «Fortentwicklung des Laufbahnrechts», *DöV*, 1977, pp. 343 y ss. (p. 343).

(54) *Studienkommission, op. cit.*, tomo I (Informe de la Comisión), pp. 176 y ss.

(55) MATERN, «Die Heranbildung von Führungskräften in der öffentlichen Verwaltung», *ZBR*, 1978, pp. 217 y ss. (p. 217); SIEDENTOPF, *op. cit.*, p. 27.

moción profesional de los agentes estén en relación con una cierta formación general previa. Esta relación establecida por el Derecho actual se considera contraria al principio de eficacia. En efecto, el valor profesional de un funcionario parece vincularse en este sistema a su aptitud a la función pública en general, no a los resultados obtenidos en su trabajo. Los resultados que superen la media sólo excepcionalmente se encuentran recompensados por un ascenso de categoría (56).

b) A ello se añade otro punto: dado que el sistema de carrera, tal como rige actualmente en la RFA, parte del grado personal del funcionario y no del puesto de trabajo, la selección de funcionarios para un cierto grado de entrada no parece constituir una garantía suficiente de que los agentes seleccionados respondan plenamente a las exigencias del puesto concreto que ocupan. Pero en lo que se refiere a la eficacia de la actuación administrativa, resulta fundamental que el agente sea competente en las funciones que incumben a su cargo (57).

c) Además, se considera que la clasificación de las categorías de la carrera en cinco grados resulta demasiado esquemática, dada la gran variedad de las funciones administrativas. Se afirma que esta rígida clasificación no toma en consideración las particularidades de los diversos servicios administrativos (58).

d) Por otro lado, la crítica pone el acento en el hecho de que el ascenso de grado no puede sobrepasar en principio el último de los cinco grados de la categoría a la que pertenece el funcionario. Se considera que el régimen actual dificulta el ascenso de una categoría a otra. Por consiguiente, se reprocha al sistema de carrera en vigor que no favorece la motivación de los agentes y que perjudica a los mejores (59). Algunos llegan a afirmar que el sistema de carrera no resulta democrático ni igualitario (60).

e) Por último, la crítica atañe a la estrecha relación existente entre grado y empleo tal y como se halla establecida por las normas jurídicas que regulan el cambio de puesto. Se piensa que estas reglas no dejan a la Administración un margen de maniobra suficiente para solucionar los problemas de la gestión de personal, porque la Administración no puede destinar a su conveniencia a funcionarios especialmente aptos para determinados puestos. Por otra parte, resulta probado que si un funcionario baja en su rendimiento, esta relajación no puede dar lugar a un cambio de destino sin el acuerdo del funcionario afectado (61).

(56) THIEME, *op. cit.*, p. 27.

(57) *Studienkommission, op. cit.*, tomo I (Informe), pp. 176 y ss.

(58) *Ibidem*, p. 179.

(59) *Ibidem*, p. 180.

(60) THIEME, *op. cit.*, p. 27.

(61) SIEDENTOPF, *op. cit.*, p. 27.

3. En la RFA los inconvenientes del sistema de carrera son los que ocupan el centro del debate sobre la reforma del régimen de la función pública, mientras que no se presta ninguna atención a las ventajas de este sistema. Este hecho se explica porque nadie se cuestiona verdaderamente los principios del sistema de carrera, cuyas ventajas son evidentes. Nos parece, sin embargo, necesario exponer estas ventajas a fin de determinar si las reformas propuestas se inscriben o no en el marco del sistema de carrera.

a) El régimen actualmente en vigor garantiza bastante bien el respeto a la legalidad de la acción administrativa, dado que los agentes públicos disfrutan de una cierta independencia en el ejercicio de su función y de las suficientes ventajas materiales. El hecho de que la selección y el ascenso de los funcionarios estén fijados de forma rígida por las categorías de la carrera y de que los funcionarios sean nombrados de por vida, deja a los agentes la libertad de ejercer sus funciones con independencia de las presiones a las cuales estarían en otro caso expuestos por parte de los partidos políticos y de otros grupos de presión. Dado que la Administración no puede disponer de los empleos más que en un marco determinado por la ley, el Derecho germano-occidental no permite la aplicación del *spoil-system* americano por el que cada nuevo gobierno coloca a los funcionarios que le son favorables en un determinado número de puestos. Este efecto del sistema de carrera juega un importante papel en la RFA, pues en el sistema político germano-occidental los partidos políticos están representados en todos los niveles (62).

b) El sistema de carrera tal como rige actualmente para los funcionarios de la RFA no resulta contrario al principio de eficacia de la acción administrativa. Al criticar que el régimen vigente establezca una relación entre la formación general previa y el acceso a la categoría de carrera pretendida, se olvida que el Derecho actual no busca funcionarios tecnócratas capaces de cumplir perfectamente una función bien definida, sino más bien funcionarios que por su cultura general y sus cualidades humanas sean capaces de comprender que los problemas a solucionar se plantean en un determinado contexto humano, jurídico, económico y social. Además, este tipo de funcionario se caracteriza por su flexibilidad, su capacidad para abordar tareas muy diferentes que le llevan a ocupar distintos puestos. A ello hay que añadir, que el sistema de categorías de carrera favorece la continuidad en la acción de la Administración que es necesaria en interés de los administrados (63).

(62) FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 27; SCHEERBARTH y HÖFFKEN, *op. cit.*, p. 239.

(63) *Studienkommission, op. cit.*, tomo I (Informe), p. 179; SIEDENTOPF, *op. cit.*, p. 67; KÖNIG, *DöV*, 1977, pp. 343 y ss.; SCHRÖDER, «Fortentwicklung des Laufbahnrechts», *DöV*, 1977, pp. 146 y ss.

En lo que respecta a la noción de eficacia, cuyo papel es preponderante en el debate sobre la reforma del sistema de carrera, nos parece importante señalar que hasta el momento ninguna crítica al sistema en vigor ha logrado definir con suficiente precisión dicho concepto (64). Existe por ello el peligro de que se mida la acción administrativa sobre todo en términos cuantitativos como si se tratara de *marketing* o de organizar una producción industrial (65). Si se aplican los criterios objetivos de rendimiento a la acción administrativa, ello puede llevar a una ruptura en el proceso de identificación de los agentes con sus funciones. Por el contrario, es probable que esta identificación sea reemplazada por una concepción utilitarista del trabajo (*job orientation*). Ello quiere decir que los agentes realizarán su trabajo con la finalidad fundamental de obtener cada vez más ventajas materiales en recompensa de un incremento de rendimiento. Por este hecho, los funcionarios no considerarán ya su trabajo como un medio de realización, sino como una simple fuente de beneficios. Tal concepción del servicio resulta incompatible con las funciones encomendadas a los agentes públicos: en los servicios en los que entrañan ejercicio de jurisdicción, por ejemplo, la acción administrativa debe ser llevada a cabo de forma rigurosa y coherente y los agentes deben tener un alto sentido de responsabilidad. Pero si se obliga a los funcionarios a presentar un rendimiento en términos cuantitativos a fin de mes, mediante la resolución, por ejemplo, de un número determinado de casos, ello puede tener resultados nefastos. Este riesgo derivado de la búsqueda exclusiva de la eficacia a través del rendimiento existe también en otros campos, como, por ejemplo, en la Administración encargada de las tareas de planificación o en los servicios sociales (servicio médico, asistencia social, asistencia a la juventud, etc.) (66).

c) En último lugar, es conveniente mencionar que la clasificación de los funcionarios por categorías de carrera es una ventaja del sistema de carrera, pues posibilita una organización administrativa clara, estable y coherente. El hecho de que los funcionarios de carrera puedan estar destinados a un gran número de puestos diferentes deja a la Administración un margen de maniobra suficiente en materia de gestión de personal. Ello favorece la movilidad en la función pública, lo que permite a los funcionarios enriquecer su experiencia. Además, el sistema de categorías de carrera en vigor sirve para preservar la unidad

(64) KOCH, «Dienstrechtsreform und Leistungsbereitschaft», *VerwArch*, 70, 1979, pp. 131 y ss. (p. 142); ACHTERBERG, «Das Leistungsprinzip im öffentlichen Dienstrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt — DVBl.*, 1977, pp. 541 y ss. (p. 544).

(65) PIQUEMAL, *Les agents de l'Etat*, colección «Que sais-je», núm. 1.690, París, 1977, pp. 44 y ss.

(66) KOCH, *op. cit.*, pp. 143 y ss.

del personal administrativo y para evitar que los distintos cuerpos administrativos rivalicen entre ellos (67).

4. En lo que respecta al sistema de empleo que se aplica a los empleados contratados de la Administración, todo el mundo concuerda en reconocer las desventajas del sistema. Dado que la selección de los trabajadores no dependen más que de su capacidad para satisfacer las exigencias del ejercicio de un puesto bien determinado, la formación general de la mayoría de los contratados se manifiesta insuficiente, y de esta forma la Administración se encuentra en la incapacidad de destinarlos a otros puestos. Por consiguiente, las posibilidades de ascenso son bastante reducidas, lo que va en detrimento de la motivación de los empleados (68). La única ventaja que se le concede al sistema de empleo es que permite una cierta movilidad entre la función pública y el sector privado (69).

5. Las propuestas de reforma que fueron presentadas por la Comisión de estudios para la reforma de la función pública y que fueron aceptadas en lo esencial por el gobierno federal mantienen los principios generales del sistema de carrera y prevén incluso su aplicación a todos los agentes de la Administración. Lo que la Comisión propone es modificar el régimen de carrera actual mediante la introducción de algunos elementos nuevos próximos al sistema de empleo. Parece que las propuestas de la Comisión parten de la idea de realizar una especie de síntesis de los dos sistemas.

Según estas propuestas, el elemento básico del sistema de carrera ya no estará constituido por el grado, sino por el empleo. Por consiguiente, una categoría de la carrera ya no se considerará como la jerarquía de todos los grados que puedan ser adquiridos por todos los funcionarios con la misma formación general (*Laufbahngruppensystem*, sistema de categorías de carrera), sino como el conjunto de todos los agentes públicos que hayan recibido la misma formación profesional (*Funktionsgruppensystem*, sistema de categorías de funciones). La delimitación exacta de estas nuevas «categorías de funciones» no se hará de manera general para todos los funcionarios, sino que será establecida por cuerpos administrativos. El principio de la carrera estará marcado normalmente por un puesto de entrada determinado (*Basiseintieg*, entrada normal); para poder ocupar tal puesto de entrada (o «de base») se deberá presentar como condición previa un certificado acreditando que se ha finalizado un determinado ciclo de estudios. Siguiendo las propuestas de la Comisión de estudios, la selección de un agente podrá hacerse igualmente presentando, además de los certificados

(67) SIEDENTOPF, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

(68) *Studienkommission*, *op. cit.*, tomo I (Informe), p. 178.

(69) SIEDENTOPF, *op. cit.*, p. 66.

que son normalmente indispensables, otros diplomas que acrediten que se ha recibido una formación suplementaria (*Zwischeneinstieg*, entrada intercalada). Además, en casos puntuales la Administración será competente para seleccionar a un candidato para un puesto de entrada aunque éste no reúna las condiciones previas antes enunciadas relativas a la formación previa; de igual modo, en casos excepcionales, la autoridad podrá seleccionar a un candidato para un puesto superior a condición de que éste presente, además de los certificados que corresponden a la categoría pretendida, aptitudes excepcionales para ejercer las funciones de un puesto superior determinado (*Sondereinstiege*, entradas excepcionales).

El objetivo de estas reformas del régimen de carrera se dirige a mejorar la capacidad de los agentes para satisfacer las exigencias que incumben al ejercicio de sus puestos y a incrementar su motivación. Las propuestas presentadas por la Comisión se orientan, en efecto, a lograr un sistema de carrera que haga posible una promoción profesional permanente de los agentes públicos, franqueando los límites fijados por la categoría de entrada en la carrera (70).

Estas propuestas de reforma han sido ya en parte transformadas en legislación aplicable. Desde la enmienda del año 1978, el Reglamento federal de la carrera de los funcionarios permite a la Administración seleccionar también a agentes que no reúnan las condiciones previas en materia de formación anterior, pero que estén en disposición de probar que su grado de instrucción equivale efectivamente al nivel cultural exigido por el examen final de estudios (71). Además, el Reglamento facilita el avance de la categoría subalterna a la categoría media, así como el avance de la categoría media a la categoría elevada, aunque los funcionarios que obtienen de esta forma un ascenso de categoría sólo pueden ser destinados a determinados puestos. Pero el ascenso de categoría puede realizarse igualmente por vía de examen y en este caso no rigen tales restricciones de destino, por lo que puede afirmarse que el régimen de carrera en vigor se ha hecho ya más flexible (72).

En cuanto a las demás reformas propuestas por la Comisión de estudios, el gobierno federal ha hecho público en 1978 un programa de acción según el cual la reforma del régimen de carrera se llevará a la práctica poco a poco durante los próximos años.

6. En lo que concierne al procedimiento de selección tal como éste se aplica actualmente en la RFA, este problema no ha sido apenas objeto de discusión. A pesar de que las críticas consideran que el ré-

(70) *Studienkommission*, *op. cit.*, tomo I (Informe), pp. 187 y ss.

(71) Parágrafos 17, párrafo 1; 19, 20, párrafo 4; 24, 27 y 38 BLV.

(72) Parágrafos 23 y 29 BLV; cfr. V. HAMMERSTEIN, «Stand der Arbeiten zur Dienstrechtsreform», *VerwArch*, 69, 1978, pp. 292 y ss.

gimen actual presenta más inconvenientes que ventajas, nadie ha conseguido proponer otro modelo más convincente.

En síntesis, los censores critican el hecho de que en la actualidad la selección de los candidatos a la función pública no depende más que de la intuición del examinador y que este sistema carece de método. Carente de informaciones objetivas tanto sobre la aptitud de los candidatos como sobre las exigencias relativas al puesto a cubrir, la Administración debe contentarse con las notas obtenidas por los candidatos en los exámenes escolares o universitarios; estas calificaciones no tienen, sin embargo, más que una importancia relativa para juzgar la aptitud de un candidato a la función pública (73). Dado que la Administración no dispone de una clasificación analítica del empleo pretendido, la elección de los candidatos sólo se basa en la determinación de si el candidato es apto en general para el servicio de la Administración. Por el contrario, la selección de los empleados contratados de la Administración no plantea estos problemas dado que estos trabajadores son seleccionados para un puesto bien definido (74).

Los inconvenientes aquí mencionados son evidentes, pero ello no debe hacernos olvidar las ventajas del sistema vigente. Conviene destacar que es precisamente el carácter intuitivo del procedimiento de selección el que mejor respeta la individualidad de los candidatos. Es justamente esta ventaja la que está ausente en el sistema de oposición o de examen. Muchos son los candidatos que carecen de soltura para demostrar que poseen conocimientos teóricos, lo que no les impide responder plenamente a las exigencias de la práctica administrativa. Nos parece dudoso que en materia de selección la aplicación de tests a partir de métodos psicológicos diera resultados tan seguros como la elección realizada por un jefe de personal experimentado en su función.

Además, hay que recordar que bajo el régimen actual la selección de los funcionarios no se realiza *uno acto*, sino que se desarrolla en tres etapas en un lapso de tiempo bastante largo, lo que permite a la Administración hacerse una idea cada vez más precisa sobre la aptitud y la cualificación de los jóvenes funcionarios. Es sobre todo el trabajo práctico realizado por el funcionario durante el período preparatorio y el *stage* de prueba el que permite a la autoridad juzgar adecuadamente las capacidades de los candidatos. Una vez dicho esto, hay que reconocer que el régimen de estos dos períodos probatorios necesita ser reformado.

A la vista de la complejidad de los problemas que se plantean en lo que respecta a la selección de los agentes de la Administración, las propuestas de la Comisión de estudios resultan muy reducidas. La Co-

(73) *Studienkommission, op. cit.*, tomo I (Informe), p. 209.

(74) HUBLER, «Probleme der Rekrutierung», en *Studienkommission, op. cit.*, tomo X, pp. 146 y ss.

misión, al ser partidaria de la idea del funcionario «generalista» que puede ser destinado a diferentes puestos y consciente de las dificultades de apreciar con exactitud las aptitudes de los candidatos, no pretende proponer un nuevo modo de selección. Se limita por ello a querer transferir el poder decisorio en materia de selección a autoridades de la Administración central y a reclamar la presencia de psicólogos en las instancias competentes. Por lo demás, la Comisión de estudios no cuestiona el sistema actual de selección en cuanto proceso que tiene lugar en un período de tiempo bastante largo (75).

Es evidente que las propuestas de reforma en materia de selección son bastante cercanas a las teorías taylorianas del *scientific management*. A nosotros nos parece dudoso que sea posible «taylorizar» la selección de los agentes de la Administración aplicando a la función pública métodos psicológicos elaborados para el sector privado y las empresas industriales. Resulta sorprendente que la Comisión de estudios se incline por la «taylorización» de la Administración cuando se sabe que las empresas privadas punteras en el progreso comienzan a abandonar las ideas taylorianas.

Nos parece ingenuo querer guiar la decisión de la Administración en materia de selección por criterios verdaderamente objetivos. Nadie puede dar una definición exacta y objetiva de los criterios de aptitud, de cualificación y de capacidad profesional sin pronunciar por ello un juicio subjetivo. Por consiguiente, nos parece inútil perseverar en la definición objetiva de los criterios de selección. A este respecto, conviene dar más importancia al desarrollo del proceso que permite apreciar la aptitud de los candidatos. Para comenzar, el procedimiento de selección debe ser uniformizado en la RFA; podría, además, conferirse el poder de decisión en materia de selección a un tribunal que sea independiente de la Administración y que decida de forma mayoritaria.

7. El régimen de promoción ha sido objeto igualmente de vivas críticas en la RFA, que plantean dudas sobre la objetividad con la que la Administración juzga a los candidatos a un grado superior. A falta de criterios verdaderamente objetivos, la elección de la Administración es prácticamente discrecional, lo que puede llevar a la autoridad a recurrir a criterios sustitutos. Es decir, que los criterios en vigor de aptitud, de cualificación y de competencia profesional son reemplazados ilegítimamente por otros, como, por ejemplo, la antigüedad en el servicio, las opciones políticas del candidato o sus relaciones con sus superiores.

Las calificaciones profesionales que, según las disposiciones legales, deben jugar un papel decisivo en la decisión que la Administración tome en materia de promoción no contienen con frecuencia in-

(75) *Studienkommission, op. cit.*, tomo I (Informe), p. 209.

formaciones claras y concretas en lo que concierne a la aptitud y a la capacidad profesional del funcionario. Por consiguiente, estas calificaciones revelan en la mayoría de los casos tan pocas cosas sobre el funcionario que un buen número de jefes de personal se ven obligados, en contra de la ley, a procurarse informaciones complementarias sobre el candidato aspirante a un grado superior. Además, las calificaciones especiales con vistas a una promoción no sirven con frecuencia más que para confirmar las decisiones que ya ha tomado la Administración en materia de ascenso.

Por otro lado, la aplicación del régimen actual conlleva que el grado que un funcionario obtiene por ascenso no implica necesariamente su destino a un nuevo puesto cuyas funciones sean efectivamente más importantes. Como el sistema de carrera germano-occidental se basa en la separación de grado y de empleo, los funcionarios pueden ascender de grado sin cambiar de puesto. La Administración no tiene libertad para destinar a sus funcionarios más aptos a los puestos superiores dado que el traslado de un funcionario en el interior de un mismo servicio no se admite más que bajo determinadas condiciones jurídicas, por lo que el destino de un funcionario a un puesto no depende sólo de la organización de los servicios. Ello sólo es posible normalmente en el caso de que el titular actual del puesto sea promovido o jubilado.

Por último, el sistema de promoción germano-occidental motiva poco a los agentes a incrementar su rendimiento. De acuerdo con los sondeos de opinión, la gran mayoría de los funcionarios considera que la práctica administrativa en materia de ascenso no tiene suficientemente en cuenta la capacidad profesional de los candidatos al ascenso y que los verdaderos motivos de selección se mantienen oscuros. Por este hecho, piensan que no se puede hablar de igualdad de oportunidades. La mayor parte de los agentes no ven ninguna relación entre ascenso y rendimiento. Dado que los agentes se han dado cuenta de que la opinión de su superior es decisiva para el ascenso, se inclinan hacia el conformismo y la sumisión en lugar de poner en cuestión las ideas de sus superiores y hacer prueba de innovación (76).

En cuanto a la reforma del régimen de promoción, la Comisión de estudios propone comenzar por redefinir el concepto mismo de promoción. Siguiendo sus propuestas, no se entenderá ya por promoción un nombramiento por el cual el funcionario obtiene un grado superior, sino un nombramiento por el cual se encuentra al cargo de un puesto superior (77). Al igual que hoy, el ascenso será dejado a la elección de la Administración; pero esta elección deberá tener en cuenta

(76) *Ibidem*, pp. 179 y ss., 184 y 214; MAYNTZ, «Die Funktionen des Beförderungssystems im öffentlichen Dienst», *DöV*, 1977, pp. 341 y ss.

(77) *Studienkommission*, *op. cit.*, tomo I (Informe), p. 190.

las exigencias planteadas por este puesto superior, las capacidades y los intereses de los candidatos, así como los resultados de su trabajo. A estos efectos, el régimen de calificación profesional será modificado; los agentes serán evaluados por un comité, al menos cada cuatro años. La hoja de servicios comprenderá dos partes: en la primera la Administración anotará las capacidades, los intereses y la motivación del agente apoyándose en la forma de realizar el trabajo que desarrolla en su empleo; esta parte proporcionará sobre todo a la Administración la posibilidad de recopilar un determinado número de datos que permitan apreciar la aptitud de los agentes para ser destinados a otro puesto (*Verwendungsbeurteilung*). La segunda parte estará reservada al rendimiento, es decir, al valor profesional (*Leistungsbeurteilung*). Este sistema de calificación estará basado en un sistema de clasificación analítica de los puestos, que permitirá a la Administración hacerse una idea precisa sobre las particulares exigencias inherentes al ejercicio de cada empleo. Además, la Comisión de estudios propone que a la larga se establezca un análisis concreto de las capacidades de cada agente a partir de métodos psicológicos (78).

Las calificaciones obtenidas por cada agente no influenciarán solamente la elección de la Administración en materia de ascenso, sino que jugarán también un papel importante en cuanto a la atribución de primas de rendimiento o en cuanto a la reducción de la retribución por rendimiento insuficiente. En último lugar, la Comisión propone que se facilite la movilidad de los agentes en el interior del mismo servicio; si se siguen estas propuestas, la Administración tendrá mucha mayor libertad para destinar a los agentes de un puesto a otro. Por todo ello el régimen de promoción germano-occidental se orientará hacia una separación del ascenso de grado y de escalón, característico del sistema de promoción francés (79).

Estas propuestas de reforma, que fueron presentadas a la Comisión de estudios y aceptadas en gran parte por el gobierno federal, exigen algunos comentarios. *Grosso modo*, puede decirse que este nuevo sistema de ascenso sólo resulta lógico a quienes consideran el aumento de rendimiento como el objetivo prioritario de la reforma del régimen de promoción profesional. Si se convierte el sistema de ascenso en un principio de rendimiento, ello implica que no se tienen en cuenta las cualidades humanas de los agentes. Nos parece especialmente peligrosa la propuesta presentada por la Comisión, que pretende establecer un análisis concreto de las capacidades individuales de cada agente, pues ello equivale a transformar a los hombre en máquinas.

Además, resulta ilusorio creer que se puede determinar con preci-

(78) *Ibidem*, pp. 211 y ss.

(79) *Ibidem*, pp. 227 y ss.

sión el rendimiento de los agentes de la Administración. Por lo que respecta a ciertos campos de la Administración, la división del trabajo, es decir, la mecanización y la racionalización del trabajo, ha progresado ya de tal modo que ya no se pueden hacer diferencias entre los rendimientos de cada agente, concibiéndose el rendimiento como el conjunto del trabajo efectuado por todos los agentes. Pero incluso sin tener en cuenta el avance que ha experimentado la división del trabajo, la acción de la Administración necesita siempre una cooperación intensa entre los agentes, los departamentos, los servicios, etc. (80). Esta es la razón por la cual resulta extremadamente difícil establecer criterios objetivos y concretos en lo que concierne al rendimiento de un agente de la Administración Pública. Todo el mundo está de acuerdo en querer aplicar el sistema de la clasificación analítica de los empleos a la Administración, pero las diferencias son acusadas cuando se trata de elegir los criterios y los métodos para realizar esta clasificación.

Por lo demás, si se pretende que el ascenso de un agente a un empleo superior dependa de su destino, hay que señalar que el ascenso no puede seguir automáticamente al aumento de rendimiento. Cuando se trata de una organización jerárquica en la que los puestos disminuyen a medida que se suben sus escalones, no resulta viable poder afectar a un número ilimitado de agentes a puestos superiores; por este hecho las desigualdades son inevitables. A ello se añade que debido a la crisis económica y financiera del Estado el gobierno federal y los gobiernos de los *Laender* siguen una política de austeridad, lo que conlleva que el número de puestos, y sobre todo el número de puestos superiores, no se incremente más. Además, desde el punto de vista demográfico, hay que destacar que hoy en día la generación de las personas de treinta y seis a cuarenta y cinco años ocupa la mayor parte de los puestos importantes. Debido a que la Administración debió promover a jóvenes agentes a las funciones superiores, a falta de personas de más edad que fallecieron en el curso de la segunda guerra mundial, el número de puestos superiores disponibles se halla muy limitado. Por ello, los agentes no pueden tener asegurado un ascenso si su rendimiento sobrepasa la media.

Por consiguiente, no vemos de qué manera la aplicación del régimen de promoción, tal y como la Comisión de estudios lo entiende, podría redundar en una mejora de la motivación de los agentes y en un incremento del rendimiento. La Comisión de estudios predica una ideología individualista del rendimiento que no se corresponde con la realidad de la Administración moderna (81).

Desde hace algunos años, la reforma del régimen jurídico de la fun-

(80) WUNDERER, *op. cit.*, p. 342.

(81) KOCH, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

ción pública no se encuentra en el centro de los debates políticos en la RFA. La falta de eco de esta cuestión no se debe achacar sólo a la crisis económica y financiera del Estado, que ocupa toda la escena política y que impide al mismo tiempo al gobierno realizar los grandes proyectos de reforma, demasiado costosos en su mayoría. Lo cierto es que este silencio reina también en los despachos, en los que los especialistas del Ministerio del Interior manejan la reforma del régimen jurídico de la función pública, cuyas cuestiones de fondo dan por reguladas. En efecto, parece que estas cuestiones de fondo no han encontrado aún respuestas suficientes. Los intentos de reformas que se han llevado a la práctica en estos últimos años se han revelado como discutibles. Ello invita a plantearse la cuestión de si la reforma del régimen jurídico de la función pública no parte de ideas que bajo el punto de vista de las ciencias sociales han sido ya superadas.

Traducción: Blanca LOZANO.

ANEXO

Abreviaturas

BAT	Bundesangestlltentarifvertrag (Convenio Colectivo Federal sobre los empleados de la Administración).
BBG	Bundesbeamten-gesetz (Ley Federal sobre el estatuto de los funcionarios federales).
BGBI.	Bundesgesetzblatt.
BLV	Bundeslaufbahnverordnung (Reglamento federal sobre la carrera de los funcionarios).
BVersVertG	Bundespersonalvertretungsgesetz (Ley Federal sobre la representación del personal de la Administración).
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz (Ley marco federal sobre el estatuto de los funcionarios).
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (sentencias del Tribunal Constitucional Federal).
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (sentencias del Tribunal Federal Administrativo).
DVBL	Deutsches Verwaltungsblatt.
DöD	Die öffentliche Dienst.
DöV	Die öffentliche Verwaltung.
GG	Grundgesetz (Ley fundamental de la RFA).
LBG NW	Landesbeamten-gesetz Nodrhein-Westfalen (Ley del <i>Land</i> Renania-Westfalia sobre el estatuto de los funcionarios).
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
RGBl.	Reichgesetzblatt.
RiA	Recht im Amt.
VerwArch	Verwaltungsarchiv.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutxher Staatsrechtslehrer.
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht.

