



**UNIVERSIDAD DE BURGOS**

**FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

# **TESIS DOCTORAL**

**RELACIÓN LABORAL EN LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EN LAS  
ENTIDADES INSTRUMENTALES DE  
DERECHO PRIVADO EN LOS DERECHOS  
ESPAÑOL Y BRASILEÑO**

**FABRICIA DREYER**

**DIRECTOR:**

**Dr. D. TOMÁS PRIETO ÁLVAREZ**

**Burgos, 2016**



## **Agradecimientos:**

Para la concreción de este trabajo no ha sido suficiente sólo la búsqueda del conocimiento consolidado en la doctrina y en la jurisprudencia española y brasileña. Ha sido necesario rodearme de personas que, además de compartir conmigo sus conocimientos jurídicos, me han honrado con la sabiduría del buen hacer.

Así, agradezco a mi director, Dr. D. Tomás Prieto Álvarez, por su indispensable orientación, correcciones, sugerencias, comentarios y por todo el apoyo que me ha brindado durante estos largos años en los que he desarrollado este trabajo de investigación. Tengo la seguridad de que si hubiera aprovechado toda sabiduría, dedicación, empeño, amor y respeto por el Derecho dedicados por este ángel traducido en persona, nominado Tomás, este trabajo quedaría infinitamente más enriquecido. Tomás, me siento honrada de haberte conocido, de poder haber sido agraciada y bendecida con tu presencia, con tus palabras de cariño, con tu atención y dedicación única. Muchas, pero muchas gracias. Agradezco a la Dra. Nuria Belloso Martín por todas las palabras de incentivo que me han ayudado a perseverar en la investigación.

Agradezco también a todos los profesores del Programa de Doctorado *Sociedad Plural y Nuevos Retos del Derecho*, del Departamento de Derecho Público, por la experiencia y profundo conocimiento jurídico compartido durante las clases.

Agradezco inmensamente a mi familia, y aquí incluyo familia de lazos sanguíneos y familia de corazón, que por ser tan grande, no puedo citar nombres para evitar injusticias si acaso omitiera alguno.

Una referencia especial, sin embargo, merece mi amada y querida madre, que abdicó de todo para ayudarme en el cuidado de mis hijos, entonces recién nacidos, para que yo pudiera destinar muchas horas del día y de la noche en la concreción del presente estudio.

Finalmente, agradezco al “Serviço Federal de Processamento de Dados -SERPRO-”, en las personas del Dr. Antônio João Nocchi Parera y Kátlei Magáli Kussler, consultores jurídicos con los cuales tuve el honor y el placer de trabajar, por el periodo de beca que me han concedido, por el aprendizaje diario, principalmente en lo que se refiere al respeto de la cosa pública. Puedo afirmar que fue aquí, en este empleador, en la compañía de mis competentes compañeros abogados donde desarrollé y aprendí a luchar por la defensa del patrimonio público.

Por último, a Cloceimar -compañero en todas las horas- le agradezco, y le dedico la realización de este trabajo de investigación, porque sin su compañía en todo momento, en cada viaje de Brasil a Burgos, ciudad que adoptamos como nuestro segundo hogar, este objetivo nunca se habría realizado. Junto con este trabajo nació también el bien mayor de nuestras vidas, nuestros hijos, tan esperados y hoy en día tan amados, Antônia y Heitor. Puedo afirmar, mi realización está hoy en día completa y por eso una vez más te agradezco.



# ÍNDICE

---

INTRODUCCIÓN .....	9
<b>CAPÍTULO I - PANORÁMICA GENERAL DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>17</b>
1.1. Concepto de la “huida” del Derecho Administrativo .....	19
1.1.1. La “excusa de la eficacia” .....	28
1.1.2. Las dos modalidades de recurso al Derecho privado por la Administración Pública: “en la forma de actuación” y “en la forma de organización” .....	31
1.1.2.1. Recurso al Derecho privado “en la forma de actuación” .....	31
1.1.2.2. Recurso al Derecho privado “en la misma organización” .....	34
1.1.3. Dos supuestos concretos: la actividad empresarial de la Administración y las fundaciones privadas del sector público .....	36
1.1.3.1. La actividad empresarial de la Administración: la iniciativa pública económica.....	36
1.1.3.2. Personificaciones privadas de dudosa constitucionalidad: las fundaciones privadas del sector público.....	39
1.2. Límites a la actuación bajo formas de Derecho privado .....	43
1.2.1. En general: el sometimiento pleno de la Administración a su Derecho específico .....	43
1.2.2. En particular, la huida del Derecho Administrativo en las relaciones laborales en el ámbito de la Administración pública. Remisión .....	45
<b>CAPÍTULO II - LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EMPLEADORA .....</b>	<b>45</b>
2.1. La Administración Pública española .....	53
2.1.1. Conceptos de Administración Pública y de sector público en España .....	53
2.1.1.1. Administración Pública territorial .....	66
2.1.1.2. Administración Pública instrumental (o sector público instrumental).....	69
2.1.2. Principios jurídicos de la contratación laboral en el sector público en España ....	80
2.1.2.1. Principios constitucionales del artículo 103.1 de la Constitución española en su aplicación a la contratación laboral en el sector público .....	82
2.1.2.1.1. Principio de eficacia .....	83
2.1.2.1.2. Principio de jerarquía .....	84
2.1.2.1.3. Principio de descentralización .....	86
2.1.2.1.4. Principio de desconcentración .....	87
2.1.2.1.5. Principio de coordinación .....	88
2.1.2.1.6. Principio del sometimiento pleno a la ley y al Derecho.....	90
2.1.2.2. Principios constitucionales específicos de la Administración como empleadora (artículos 23.2 y 103.3 de la CE): igualdad, mérito y capacidad .....	94
2.1.2.2.1. Igualdad .....	97
2.1.2.2.2. Mérito y Capacidad.....	100
2.1.2.3. Principios legales del artículo 1.3 del Estatuto Básico del Empleado Público .....	102

2.1.2.3.1. Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales .....	104
2.1.2.3.2. Objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizados con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera .....	106
2.1.2.3.3. Eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos .....	107
2.1.2.3.4. Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos .....	107
2.1.2.3.5. Transparencia.....	108
2.1.2.3.6. Evaluación y responsabilidad en la gestión.....	108
2.1.2.3.7. Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas.....	109
2.1.2.3.8. Negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo .....	109
2.1.2.3.9. Cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público .....	109
2.1.2.4. Principios rectores en relación con el acceso al empleo público (artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público) .....	110
2.1.2.4.1. Derecho al acceso al empleo público .....	111
2.1.2.4.2. Publicidad de las convocatorias y de sus bases .....	112
2.1.2.4.3. Transparencia.....	112
2.1.2.4.4. Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección .....	112
2.1.2.4.5. Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección .....	113
2.1.2.4.6. Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar .....	113
2.1.2.4.7. Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección .....	114
2.1.3. La regulación de la contratación de personal en el sector público institucional español.....	114
2.1.3.1. De la LOFAGE a la Ley 40/2015 .....	114
2.1.3.2. Reglas de contratación en las distintas entidades del sector público .....	116
2.1.3.2.1. Organismos públicos .....	116
2.1.3.2.2. Organismos autónomos .....	117
2.1.3.2.3. Entidades públicas empresariales.....	118
2.2. La Administración Pública en Brasil .....	123
2.2.1. Administración Pública brasileña como empleadora .....	131
2.2.1.1. Administración Pública Directa.....	131
2.2.1.2. Administración Pública Indirecta .....	132
2.2.1.2.1. Autarquías.....	133
2.2.1.2.2. Fundaciones públicas de Derecho público .....	135
2.2.1.2.3. Fundaciones públicas de Derecho privado.....	135
2.2.1.2.4. Empresas públicas y sociedades de economía mixta .....	136
2.2.2. Principios de la Administración pública brasileña como empleadora.....	138
2.2.2.1. Principios Constitucionales aplicables a la Administración Pública brasileña, artículo 37, Caput, de la CF/88 .....	139
2.2.2.1.1. Principio de legalidad .....	139
2.2.2.1.2. Principio de impersonalidad .....	140
2.2.2.1.3. Principio de moralidad .....	142
2.2.2.1.4. Principio de publicidad .....	143
2.2.2.1.5. Principio de eficiencia.....	144
2.2.2.2. Los demás principios aplicables a la Administración Pública Brasileña como empleadora.....	145
2.2.2.2.1. Principio de supremacía del interés público .....	145
2.2.2.2.2. Principio de presunción de legitimidad o veracidad .....	146
2.2.2.2.3. Principio de especialidad .....	147
2.2.2.2.4. Principio de control o tutela .....	147

2.2.2.2.5. Principio de autotutela .....	148
2.2.2.2.6. Principio de Seguridad Jurídica .....	149
2.2.2.2.7. Principio de isonomía o igualdad formal .....	151
2.2.2.2.8. Principio de Motivación .....	152
2.2.2.2.9. Principio de Continuidad de la Prestación de los Servicios Públicos ....	155
2.2.2.2.10. Principio de razonabilidad .....	155
2.2.2.2.11. Principio de proporcionalidad.....	157
2.2.2.3. Principios de Derecho laboral aplicables a la Administración pública brasileña como empleadora .....	158
2.2.2.3.1. Principios generales.....	160
2.2.2.3.1.1. Principio de la lealtad y buena fe.....	160
2.2.2.3.1.2. Principio de la no alegación de la propia torpeza .....	162
2.2.2.3.2. Principios específicos.....	164
2.2.2.3.2.1 Principio de Protección (tutelar, eficaz o protector) .....	164
2.2.2.3.2.2. Principio de la Norma más Favorable .....	169
2.2.2.3.2.3. Principio de la Imperatividad de las Normas Laborales.....	170
2.2.2.3.2.4. Principio de Indisponibilidad de los Derechos Laborales.....	170
2.2.2.3.2.5. Principio de la Condición más Benéfica.....	172
2.2.2.3.2.6. Principio de Inalterabilidad Contractual Lesiva .....	173
2.2.2.3.2.7. Principio de la Intangibilidad Salarial .....	174
2.2.2.3.2.8. Principio de la Primacía de la Realidad sobre la Forma .....	174
2.2.2.3.2.9. Principio de la Continuación de la Relación de Empleo .....	176
<b>CAPÍTULO III - CATEGORÍAS DE EMPLEADOS PÚBLICOS EN ESPAÑA Y EN BRASIL .....</b>	<b>179</b>
3.1. Evolución del empleo público en el Derecho español y brasileño .....	182
3.1.1. Evolución del empleo público español .....	182
3.1.2. Evolución del empleo público brasileño .....	196
3.2. Categorías de empleados públicos en España .....	206
3.2.1. Funcionarios de carrera .....	209
3.2.2. Funcionarios interinos .....	213
3.2.3. Personal laboral .....	216
3.2.4. Personal eventual .....	220
3.2.5. Personal Directivo.....	223
3.3. Categorías de servidores públicos en Brasil.....	225
3.3.1. Servidores Públicos Estatutarios .....	228
3.3.2. Empleado Público .....	230
3.3.3. Servidores Temporales.....	232
3.3.4. Servidores Públicos Militares .....	232
<b>CAPÍTULO IV - COMPARATIVA DE LAS RELACIONES FUNCIONARIALES Y LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS .....</b>	<b>235</b>
4.1. Constitución de la relación laboral: la selección .....	241
4.2. Durante la vigencia del contrato .....	254
4.3. En el momento de la extinción del contrato.....	260
4.3.1. Aplicación de los principios al Derecho Laboral y al Derecho Administrativo: la ponderación de principios .....	266
<b>CAPÍTULO V - LIMITACIONES NECESARIAS ENTRE APLICACIONES DE LAS REGLAS Y PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO Y DE DERECHO PRIVADO .....</b>	<b>277</b>
5.1. Cumplimiento de reglas .....	283
5.2. Responsabilidades personales .....	292
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>303</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>317</b>





## INTRODUCCIÓN

---

En la sociedad actual resulta evidente el crecimiento constante de las relaciones laborales —entendidas como aquellas regidas por el Derecho Laboral o del Trabajo— en el ámbito de la Administración Pública. Tales relaciones, aunque con un sustrato jurídico diferente —dado que la Administración Pública está regida en el Derecho público y las relaciones laborales se regulan en un Derecho considerado como privado—, acaban aproximándose; lo cual justifica que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan dedicado amplios debates acerca de este tema.

La Administración, por ser pública, se inserta en el Derecho público y es regulada por el Derecho Administrativo, el cual, a su vez, es una parte del Derecho público. Sin embargo, debemos ser cautos a la hora de vincular el Derecho Administrativo exclusivamente a las Administraciones Públicas, así como a la hora de afirmar, simplemente, que el Derecho Administrativo es el Derecho de las Administraciones Públicas. Tales afirmaciones, según la moderna doctrina, no son completamente correctas.

Las normas administrativas, como regla general, son destinadas a las Administraciones Públicas. Sin embargo, ello no significa que a las Administraciones Públicas se apliquen sólo las normas de Derecho Administrativo, puesto que, en algunos casos, las normas de Derecho privado

también se dirigen a las Administraciones Públicas y, a veces, al contrario, las normas de Derecho Administrativo se dirigen a personas de Derecho privado. La aplicación del Derecho privado a las relaciones públicas, así como la aplicación del Derecho público a las relaciones de Derecho privado, así como los conflictos existentes en el análisis conjunto de la aplicación de estas disposiciones constituyen los pilares y la justificación del presente trabajo de investigación.

La discusión surge a partir de que la Administración Pública inserta, dentro de sus organismos, las relaciones laborales que se rigen por el Derecho del trabajo, lo que acaba derivando en un amplio conflicto de intereses, principalmente con respecto a los límites y a las reglas establecidos en la contratación de estos empleados públicos, que no son observados en esta contratación de personal laboral. La Administración Pública, al incorporar en su plantilla interna a los empleados públicos que se rigen por normas de Derecho laboral, está recurriendo, en su ámbito, a unas reglas y unos principios ideados y afirmados a partir de intereses privados, para que regulen las relaciones privadas, las relaciones fundamentadas en un sistema capitalista. Lo que obliga a reflexionar sobre la modulación de estos principios cuando son aplicados desde una Administración.

Un problema específico relevante es de la contratación de personal por parte de la constelación de entidades instrumentales creadas por las Administraciones, que se integran en lo que genéricamente se llama en el Derecho español “sector público”, formando parte, en concreto, dentro de él, de lo que ahora el legislador acaba de denominar “sector público institucional” (Ley 40/2015 de 1 de octubre de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>1</sup>). El dato importante es que una parte de este sector público es formalmente Administración Pública (más adelante lo veremos), pero otra parte no lo es: y en estos está el problema, pues a ellos no se les aplica el EBEP —cuyo ámbito de

---

<sup>1</sup> Publicada en el BOE el 2 de octubre, ha de advertirse que su entrada en vigor no tendrá lugar hasta un año después de la publicación.

aplicación se restringe a las Administraciones Públicas, según su artículo 2º—. De entrada, no hay ningún impedimento para que la Administración Pública indirecta (que así es llamado en Brasil aquel conglomerado de entes instrumentales) contrate a empleados “públicos” (quien les contrata, en último término, lo es), en el sentido amplio de la expresión, vinculándose a las reglas y a los principios de Derecho privado, en particular al Derecho del trabajo. La investigación que hemos realizado analiza concretamente el hecho de que este tipo de contratación no respeta las reglas impuestas y los límites que deberían de ser propios de una Administración, aunque esta sea “indirecta”. A partir de ello, nuestro objetivo ha sido investigar si para la solución de este conflicto derivado del incumplimiento de las reglas y de los límites deberían respetarse los principios y las reglas del Derecho del trabajo o, si para el contrato de trabajo ejecutado en el ámbito de la Administración Pública las reglas y los principios que deberán aplicarse serían los de Derecho Administrativo.

De estos conflictos, entre reglas de Derecho público y reglas de Derecho privado, así como de la colisión de principios de interés público y principios de Derecho privado, surgen las cuestiones y objetivos que intentamos examinar en el presente trabajo. Cuando acudáis a reglas del Derecho privado en la Administración Pública, en el momento en que admitimos a empleados públicos en ella que se rigen por normas de Derecho privado, ¿qué instituto deberá prevalecer? ¿El Derecho del trabajo, cuya razón de existir se sitúa en la defensa del interés del empleado, de los particulares? o ¿el Derecho Administrativo, que persigue la defensa del interés público?

Para alcanzar los objetivos propuestos, utilizaremos básicamente el método comparativo entre la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, dando especial atención a la doctrina y a la legislación española y brasileña.

Hemos dividido nuestro trabajo de investigación en cinco Capítulos. En el Capítulo I abordaremos la panorámica general de la huida del Derecho

Administrativo, conceptualizando el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, su origen, objetivos y fundamentos, los cuales se concretan, en resumen, en la búsqueda de la eficacia en la prestación de los servicios públicos, siendo ésta, incluso, una de las principales justificaciones adoptadas por la doctrina y la jurisprudencia para explicar la existencia y la importancia de tal fenómeno. Estudiaremos, en concreto, el hecho de que, por medio de este fenómeno, la Administración se sirve de dos formas de “huida”; es decir, se recurre al Derecho privado *en la forma de actuación y en la forma de organización*. Diferenciaremos estas dos posibilidades. Así, y con el objetivo de que comprender más profundamente el fenómeno de la huida, analizaremos las diferentes modalidades y las posibilidades de ejercicio de las funciones de la Administración Pública, ya sea por la actividad empresarial o por las fundaciones privadas del sector público. Para finalizar el estudio de este primer Capítulo, analizaremos los límites existentes en la actuación del sector público cuando se somete a la reglas de Derecho privado, estableciéndose el necesario contrapunto derivado de la vinculación constitucional de la Administración Pública a las reglas de Derecho público, analizándose, entonces, la posibilidad de aplicación del Derecho privado laboral en las hipótesis de contratación laboral y la justificación, en este aspecto, del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo en las relaciones laborales. Ya adelantamos que la “regla de oro” que seguiremos es la que, en la doctrina española, acuñó PARADA VÁZQUEZ tiempo atrás: que cuando la Administración escapa del Derecho Administrativo, disfrazándose de Sociedad Anónima o de Entidad pública sujeta al Derecho privado, no deja de ser Administración y debería, en consecuencia, estar sujeta a los mismos principios constitucionales.

En el segundo Capítulo nos detendremos a analizar la Administración Pública española y brasileña, sus conceptos, sus fundamentos y naturaleza jurídica, así como el concepto de Administración Pública como empleadora, las varias formas de Administraciones Públicas, el concepto y finalidad de la Administración Pública territorial o directa, así como el concepto y finalidad de

la Administración Pública instrumental o indirecta. Ya desde antes conviene advertir que la contratación de empleados sometidos a la legislación laboral es la propia y genuina en la Administración Pública instrumental o indirecta, aunque haya crecido con profusión en la Administración directa. Veremos también que la razón para descentralizar el servicio público es la búsqueda de una mayor agilidad y efectividad. Sin embargo, nos preguntaremos: agilidad y efectividad, ¿a qué coste? Veremos y cuestionaremos si tal forma de agilidad y efectividad, así como la inserción del Derecho privado en los órganos públicos, no violaría muchos de los principios que rigen la Administración Pública.

Por tanto, en este segundo Capítulo abordaremos también los principios que rigen las relaciones públicas, prestando especial atención a los principios jurídicos de la contratación laboral en la Administración Pública en España: los principios constitucionales del artículo 103.1 de la Constitución española, en la medida de su aplicación a la contratación laboral en la Administración Pública; los principios constitucionales específicos de la Administración Pública como empleadora (artículos 23.2 y 103.3 de la CE); los principios legales del artículo 1.3 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en texto aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre); y finalmente, los principios rectores en relación con el acceso al empleo público (artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público).

También en este segundo Capítulo, después de que examinemos la Administración pública brasileña, analizaremos los principios de esta Administración como empleadora, los principios constitucionales que le son aplicables, en especial los definidos en el artículo 37, *caput*, de la CF/88, así como los demás principios aplicables a la Administración Pública Brasileña como empleadora, finalizando este Capítulo con el análisis de los principios de Derecho laboral aplicables a la Administración pública en Brasil. Ello nos permitirá analizar, en el siguiente Capítulo, las diversas categorías de empleo públicos en España y en Brasil. El adecuado planteamiento de los mencionados

principios servirá entonces de base para entender y discutir las razones por las cuales la Administración Pública contrata a empleados que se rigen por las leyes privadas para que presten servicios en el ámbito público.

En el Capítulo tercero, abordaremos las distintas categorías de empleados públicos en España y en Brasil, comenzando el estudio por la evolución histórica del empleo público español y brasileño para entonces adentrarnos en el análisis y definición de las diversas modalidades de *empleados públicos* en España y *servidores públicos* en Brasil, entendiendo específicamente cuáles son las posibilidades y las modalidades de contratación de los empleados por el régimen de Derecho del trabajo por parte de la Administración Pública indirecta, tanto en el Derecho español como en el brasileño.

Siguiendo nuestro estudio, en el Capítulo cuarto abordaremos la comparativa de las relaciones funcionariales y laborales en las Administraciones públicas, las cuales comienzan por la selección de los candidatos que deben desempeñar los cargos ofrecidos por la Administración, las características y las consecuencias existentes durante la vigencia del contrato así como en el momento de su extinción para entonces enfrentarnos a la conflictiva relación derivada de la coexistencia de los principios y de las reglas de Derecho privado, Derecho del trabajo y los principios y las reglas del Derecho público, Derecho Administrativo.

Nos ocuparemos en este Capítulo de la problemática derivada del conflicto aparente de institutos —Derecho del Trabajo y Derecho Administrativo—, así como de otras problemáticas surgidas como consecuencia del incumplimiento de normas legales. Algunos autores argumentan que el acercamiento de los regímenes se produjo con la intención de uniformizar los derechos de los trabajadores al servicio público; por otro lado, otros argumentan que la aproximación del Derecho público al Derecho privado se produjo con el objetivo de flexibilizar las rígidas relaciones existentes en la Administración

Pública, en la búsqueda de la real cobertura y aplicación del principio de eficacia. En cualquier caso, la evidente diferencia entre los regímenes provoca que surjan numerosos problemas derivados de las relaciones laborales en las Administraciones Públicas.

Tales problemáticas se analizarán en el momento de la contratación de empleados para que presten servicios en la Administración Pública. También nos ocuparemos de los problemas que surjan durante la vigencia del contrato y en el momento de la extinción del mismo, sin olvidar que la Administración Pública tiene como pilares tres principios: legalidad, eficacia e intereses generales. Por ello, en cualquier acto que realice, debe tener como presupuesto estos principios, bajo pena de invalidez y atribución de responsabilidad. Adelantamos que la idea central es que tanto en la contratación del personal laboral, como durante y al final del contrato, es necesario que la Administración —también la instrumental e indirecta en toda su extensión— tenga siempre presente que no es un empleador privado, sino un ente público —aunque carezca formalmente de la condición de Administración—, en la condición de empleador-administrador, debe representar la voluntad y los intereses públicos.

Terminamos este Capítulo abordando los principios aplicados al Derecho del trabajo, con la intención de comprender adecuadamente la colisión de institutos público-privado. El trabajo prestado en la iniciativa privada, objeto del Derecho del trabajo, está ligado al capitalismo, al trabajo libre, a la libre competencia, a la obtención de ganancias y resultados, a la subordinación y dependencia, a la autonomía de las voluntades, al interés del empleador. Tal tipo de trabajo se rige por los principios relativos al derecho protector del trabajo y en nada se asemeja, o al menos no debería asemejarse, al trabajo prestado en la esfera pública, donde los principios son otros, donde el trabajo prestado será —siempre— en beneficio del interés público.

Finalmente, con el objetivo de analizar pormenorizadamente el tema objeto de la presente investigación, en el Capítulo quinto presentaremos las limitaciones necesarias entre aplicaciones de reglas y principios de Derecho público y de Derecho privado, prestando especial atención al cumplimiento de reglas y responsabilidades personales, al hecho de que administrar, en los ámbitos públicos, significa tutelar los intereses de la generalidad, los intereses sociales, en detrimento de los intereses individuales. Gestionar no significa ser dueños de la cosa pública, dado que sólo se puede ser dueño de cosas privadas, y la Administración Pública, reiteramos, no puede tener “dueña”; otra cosa es que pueda tener personas a su servicio. Estas personas físicas, analizadas en este Capítulo, deberán de cumplir las reglas derivadas de su condición de agentes de una entidad pública. En caso de incumplimiento, deberemos aportar una solución; es decir, en el momento en que se incumplen las reglas y los límites impuestos para la contratación de un empleado público, en el momento que el pacto contractual establecido en base a los límites de la legalidad es incumplido, debemos determinar qué principios y reglas deberán considerarse en la resolución del *impasse*: los de Derecho público o los de Derecho privado. Terminaremos el presente estudio ofreciendo unas Conclusiones de nuestro trabajo de investigación, así como la Bibliografía que hemos utilizado.



---

**CAPÍTULO I - PANORÁMICA  
GENERAL DE LA HUIDA DEL  
DERECHO ADMINISTRATIVO**

---



### 1.1. Concepto de la “huida” del Derecho Administrativo

En España, las primeras referencias importantes acerca del Derecho Administrativo surgen en el siglo XIX, en ocasión de la revolución Francesa y la consecuente teoría de la división de los poderes —legislativo, ejecutivo y judicial— formulada por Montesquieu. En la doctrina<sup>2</sup> predomina, en esta fase, el criterio de identificar la Administración con el Poder Ejecutivo. Tal concepto se quiebra a mediados del siglo XIX, en razón de que, en la práctica, no se verifica la absoluta relación entre el Poder Ejecutivo y el Derecho Administrativo. Surge entonces en Alemania la concepción y la idea de la personalidad jurídica del Estado, que tuvo como principal justificación la problemática de la concepción del titular de la soberanía —ni el pueblo, ni el monarca, sino el Estado—. Esta nueva concepción del Estado, titular de personalidad jurídica, encierra el concepto de vinculación de la Administración pública con el Poder Ejecutivo y comienza a ser considerada como efectiva función del Estado-persona.<sup>3</sup> Esta es, incluso, la concepción de GARCÍA ENTERRÍA, citado por SOCÍAS CAMACHO<sup>4</sup>, cuando apunta que la verdadera

---

<sup>2</sup> La primera edad de oro de la ciencia del Derecho Administrativo español surge a mediados del siglo XIX, tras la Revolución Francesa y la teoría de la división de los poderes. En esa etapa predomina en la doctrina iusadministrativa continental el criterio consistente en identificar la Administración con el poder ejecutivo. Dada la trascendencia que en la génesis de nuestro Derecho Administrativo tuvo la importación del Derecho Administrativo francés, dicha identificación caló hondo en los primeros administrativistas españoles clásicos, los ensayistas (SILVELA, DE BURGOS, OLIVAN) los sistematizadores (GÓMEZ DE LA SERNA, ORTIZ DE ZUÑIGA) y los creadores (POSADA HERRERA, COLMEIRO). Así lo explica SOCÍAS CAMACHO, J. M., “Huida del Derecho Público y Racionalización Administrativa en el Sector Público Instrumental”. *Revista española de Derecho Administrativo* 161. Enero-Marzo 2014, pp. 263-297.

<sup>3</sup> SOCÍAS CAMACHO, J. M., “Huida del Derecho Público y Racionalización Administrativa...”, cit., p. 265.

<sup>4</sup> SOCÍAS CAMACHO, J. M., “Huida del Derecho Público y Racionalización Administrativa...”, cit., p. 266.

nota que define la Administración Pública, y que la diferencia del Poder Legislativo y Judicial, es la de su personificación, es decir, la configuración de la Administración pública como persona jurídica y del Derecho Administrativo como el Derecho estatutario de tal persona.

Asimismo, en Brasil, el Derecho Administrativo surgió a principios del siglo XIX, junto con el nacimiento del Derecho Constitucional, así como de otras Ramas del Derecho público, responsables del fundamento y del desarrollo del entonces denominado Estado de Derecho, el cual se destacó por la aplicación y el respeto del principio de legalidad, principio fundamental del Derecho Administrativo. Hasta entonces en Brasil, el régimen que había existido había sido el de la Monarquía, donde no había espacio para el desarrollo del Derecho Administrativo, por la simple razón de que todo poder, soberano, emanaba del Monarca y su voluntad era considerada y traducida en verdadera Ley. El Derecho Administrativo, se puede afirmar, nació y se justificó con la creación del Estado Moderno, también llamado por la doctrina como Estado de Derecho, en el cual, la actuación de los gobernantes era y sigue siendo limitada por la legislación vigente. Desde entonces, el Derecho Administrativo viene transformándose, reinventándose, junto con el propio concepto de Estado de Derecho que se formó y evolucionó con la promulgación de cada nueva Constitución brasileña que, a su vez, trajo en su esencia las directrices básicas del Derecho Administrativo.

La evolución histórica del poder constituyente en Brasil nació con el Estado Liberal de Derecho, con la Constitución de 1888, pasando por el Estado Social de Derecho en 1934, llegando al Estado Democrático de Derecho con la Constitución de 1988, vigente hasta la actualidad. En las palabras de Di PIETRO<sup>5</sup>, el Estado Democrático de Derecho trae consigo dos grandes ideas: la

---

<sup>5</sup> Di PIETRO, María Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. Revista eletrônica de Direito do estado. Número 5. 2006. P. 20. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf>. Consultado el 26.11.2014.

primera, tiene como ideal vincular la Ley a los ideales de justicia; es decir, la de someter al Estado al Derecho y no a la ley en sentido puramente formal; la segunda, busca la participación del ciudadano en la gestión y control de la Administración Pública, en el proceso político, económico, social y cultural.

Es en base a estas dos ideas como se verifica la inserción y comprensión del principio de legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo brasileño. Según apunta la autora antes citada, tal principio comenzó a abarcar no sólo el derecho positivo, sino también todos los valores y los principios acogidos por el ordenamiento jurídico, de modo que cuando se indica que el Estado está sujeto al principio de legalidad, se debe considerar en su sentido más amplio. A partir de estas dos ideas y fundadas en la inspiración de la llamada Reforma del Estado, se llega al denominado Estado Subsidiario, basado en el principio de subsidiariedad, que se traduce en el hecho de que el Estado debe respetar los derechos individuales, absteniéndose de ejercer actividades que puedan ser desarrolladas por particulares por su propia iniciativa y sus propios recursos, así como de que el Estado debe fomentar, coordinar y fiscalizar la iniciativa privada de modo que garantice a los particulares el éxito en la conducción de sus iniciativas empresariales.

Considerando estas breves líneas históricas del Derecho Administrativo en Brasil, así como la voluntad de la Administración, basada en el principio de legalidad y, principalmente, fundada en el principio de la subsidiariedad, se verifican actualmente diversas medidas adoptadas por el Estado, tales como la privatización de las empresas estatales, la ampliación de las actividades de fomento a las empresas particulares que desempeñan actividad de interés público, la disminución del cuadro de los servidores públicos, entre tantas otras muy bien citadas por DI PIETRO<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> ZANELLA Di PIETRO, M<sup>a</sup>. S. “500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 5. 2006, pp. 20-21. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf>.

Tales medidas, adoptadas por el Estado Moderno, tienen como objetivo el alcance de la eficiencia en la prestación de los servicios públicos, buscándose, incluso, la sustitución de la forma burocrática de administrar la cosa pública por la forma gerencial tan presente en las empresas privadas, la llamada por la doctrina como “Administración Gerencial”<sup>7</sup>. Se observa que el Derecho Administrativo viene tomando nuevos rumbos, modificando su identidad, justificando tales cambios en el objetivo de mejorar y dar celeridad al funcionamiento de la Administración Pública.

En la búsqueda de este ideal, traducido en la celeridad y eficiencia, parte de la doctrina viene afirmando que el tradicional Derecho Administrativo, basado en la legalidad, ha servido de obstáculo al desarrollo de la Administración, razón por la cual defienden la fuga del Derecho administrativo y la búsqueda de la aplicación de normas no tan rígidas, que permitan la flexibilidad y la libertad de actuación de los administradores, ampliando, incluso la discrecionalidad administrativa.

Este nuevo concepto de la Administración es el que impone la visión de la Administración como sujeto de derecho y, en consecuencia, titular de las distintas relaciones jurídicas instrumentales al servicio de los ciudadanos por medio de su atención a los intereses generales de la comunidad, concepto este que estudiaremos más adelante.

Lo cierto es que cuando hablamos de Administración Pública no nos referimos sólo a una, sino a un conjunto de varias organizaciones, de diferentes niveles, cada una de ellas con personalidad jurídica propia, y aquí incluimos las

---

Consultado el 26.11.2014.

<sup>7</sup> La Administración gerencial consiste en la definición de metas que deben ser cumplidas por los órganos públicos y las entidades de la Administración pública indirecta; ello otorga mayor autonomía administrativa, financiera y gerencial a aquellos entes para permitir el cumplimiento de metas; y la sustitución de los controles formales, hoy en día existentes, considerados inadecuados porque se preocupan sólo por los medios, por un control de resultados, en que la eficiencia de los resultados es más importante que los fines. ZANELLA Di PIETRO, M<sup>a</sup>. S. “500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro”, cit.

Administraciones directas y las indirectas<sup>8</sup>.

En este momento, con la posibilidad del surgimiento de la Administración pública indirecta, se permite el recurso a reglas distintas al Derecho Administrativo, abriendo entonces las puertas a la absorción de reglas de Derecho privado. El Derecho Administrativo sufre un claro proceso de transformación, siendo uno de los fenómenos existentes el de la huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho privado.

En la doctrina, se considera a FLEINER como el autor que utilizó por primera vez, ya en 1928, el término “huida hacia el Derecho privado”. Pero, como recordara Sebastián MARTÍN-RETORTILLO<sup>9</sup>, se estaba refiriendo a la huida del Derecho Administrativo “por parte de los establecimientos públicos *industriales*” —que, como veremos, es lo suyo propio, aunque puedan pesar sujeciones en tal recurso—, y no a la extensión que el fenómeno ha adquirido en los últimos tiempos.

Específicamente en España, la entonces innovadora expresión “huida del Derecho Administrativo” surgió en la década de los ochenta, y tenía entonces la huida como interés y perspectiva la inaplicabilidad de las reglas y de los presupuestos del Derecho Administrativo para el sector público<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Los conceptos de Administraciones directas e indirectas serán objeto de estudio detallado en el capítulo específico, destinado al concepto de Administración pública. En este momento nos basta señalar la existencia de las diversas Administraciones públicas.

<sup>9</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La organización administrativa y la aplicación del Derecho Privado (Aspectos subjetivos y operativos)”, en *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*, Institut d'Estudis Autònoms-Marcial Pons, Barcelona, 1997, p. 35.

<sup>10</sup> En este sentido, cabe reseñar las importantes aportaciones de Jaime RODRÍGUEZ- ARANA: En la década de los ochenta del siglo pasado, sobre todo, empezó a utilizarse por parte de la doctrina un término bien expresivo de un fenómeno que ciertamente había producido una cierta confusión y no poca inquietud en cuantos se dedican al estudio de nuestra disciplina: la huida del Derecho Administrativo. Expresión, me parece, con la que se pretendía, y todavía se pretende hoy, llamar la atención sobre la pérdida de influencia del Derecho Administrativo como Ordenamiento matriz a partir del cual debía regirse jurídicamente toda actuación del aparato público, sea cual sea su caracterización normativa. En el fondo, se añora la posición del Derecho Administrativo como Derecho Único sobre el que debe girar el régimen jurídico de la

A lo largo del tiempo, se hizo común en el ámbito del Derecho público la utilización de la expresión “huida del Derecho Administrativo” para justificar y explicar el fenómeno y las consecuencias de la creación de distintas formas de organización de la Administración Pública, las cuales, con el objetivo de atender a los fines de interés público, se consolidaban en personas jurídicas de Derecho privado que, aunque ostentasen la condición de ente público, estaban vinculadas, en su mayor o menor extensión, a las reglas de Derecho privado.

Y es concretamente en la aplicación de estas reglas de Derecho privado, o en la intención de aplicarlas a estos entes con personalidad privada, donde reside el principal impacto de este fenómeno, así como el mayor interrogante acerca de su constitucionalidad, en la medida en que, cuando se utiliza la expresión “huida del Derecho Administrativo” la duda que se plantea es: ¿qué Derecho debe entonces aplicarse?

No se puede olvidar que el régimen jurídico aplicado a estas entidades, aunque ostenten personalidad privada, en la medida en que tengan la condición de Administración Pública, viene determinado por las leyes administrativas vinculadas al Derecho público.

En la doctrina administrativista se ha planteado una cuestión que gira en torno a la siguiente pregunta: ¿resulta compatible con la normativa constitucional que la Administración se valga, para el cumplimiento de sus fines de interés general, de entidades que se rijan por el Derecho privado, con las menores o nulas garantías que ello comporta? La respuesta es mayoritariamente afirmativa y la suscribimos, aunque no sin matices. El sometimiento al Derecho privado de estas entidades es posible —e incluso necesaria, cuando compita con privados en

---

Administración pública, olvidando, con más o menos intensidad, que existe un núcleo básico de principios constitucionales vinculados a las actividades administrativas y a los fondos públicos vinculados al interés general, que con su manto trascienden la naturaleza del Derecho de que se trate en cada caso. RODRÍGUEZ-ARANA, J., *La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)*. Disponible en: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Rodriguez-Arana-La-vuelta-al-Derecho-Administrativo-A-vueltas-con-lo-privado-y-lo-publico.pdf>. Acceso el 07.10.2014.



el sentido estricto— pero tiene sus límites. En resumen, sostenemos que por más que una entidad pública adopte una forma de personificación privada, realizando una actividad materialmente administrativa, no quedará liberada del deber constitucional de servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución española<sup>11</sup>), de que el ejercicio de las potestades públicas — donde existan— se encomiende a funcionarios (artículo 103.3 de la Constitución española), o del sistema de responsabilidades administrativas (artículo 106. 2 de la Constitución española<sup>12</sup>); exigencias específicas del Derecho público<sup>13</sup>.

Con seguridad se podría afirmar que desde el momento en el que se permitió la inclusión de reglas de Derecho privado en el ámbito de la Administración pública, con ocasión de la prestación de servicios públicos de forma indirecta por parte de la Administración pública, iniciativa ligada a la descentralización administrativa, el fenómeno de la “huida del Derecho Administrativo” se hace presente. Diversas serían las explicaciones surgidas a lo largo de la historia, como afirma RODRÍGUEZ-ARANA<sup>14</sup>: Para unos, ni siquiera pueda mentarse en el ámbito de la Administración pública el Derecho Privado —o de mercaderes, como se le tilda en ocasiones desde estas doctrinas—: constituye una grave traición a los orígenes y tradición de un Derecho que ha sido, es y debe seguir siendo el Ordenamiento propio, privado y específico de la persona jurídica de la Administración pública. Para otros, la eficacia y la eficiencia exigible también a la Administración pública está prácticamente ausente de un Derecho Administrativo de corte autoritario, que

---

<sup>11</sup> Artículo 103.1 La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

<sup>12</sup> “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

<sup>13</sup> PASCUAL GARCÍA, J., *La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público*. Disponible en: [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu\\_gasto\\_publico/60\\_07.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/60_07.pdf)  
Acceso en: 07.10.2014

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J., *La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)*, cit.

bascula únicamente sobre los privilegios y prerrogativas: tal Derecho no es congruente con lo que la sociedad espera y exige de la Administración pública.

En el momento que se profundizó la discusión sobre el tema de la fuga del Derecho administrativo al Derecho privado, la doctrina española imprimió un intenso debate acerca de la posibilidad de la introducción de normas de Derecho privado en la Administración Pública y, en consecuencia, se desarrollaron dos fuertes corrientes. La primera, que entendió como plenamente posible la aplicación de normas de Derecho privado a la Administración Pública, defendida por autores como José Manuel SALA ARQUER<sup>15</sup>, Ignacio Borrajo INIESTA<sup>16</sup> y Fernando GARRIDO FALLA<sup>17</sup> y la segunda, que criticó férreamente la fuga del Derecho administrativo al Derecho privado, defendida por autores como Silvia DEL SAZ CORDERO<sup>18</sup>, Sebastián MARTIN-RETORTILLO BAQUER<sup>19</sup>.

Entre los autores que defienden la posibilidad de aplicación de reglas de Derecho privado a la Administración Pública, la justificación que utilizan para amparar su tesis es la de la necesidad de la búsqueda de la eficiencia en el ámbito de la Administración Pública.

Este fenómeno de la huida se justificó<sup>20</sup> por la búsqueda de la eficiencia y

---

<sup>15</sup> SALA ARQUER, J. M. “Huida del Derecho Privado y huida del Derecho”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 75. 1992. Madrid. Civitas.p. 399-416

<sup>16</sup> BORRAJO INIESTA. I. “El intento de huir del Derecho Administrativo”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 78. 1993. P. 233-250.

<sup>17</sup> GARRIDO FALLA, F.; PALOMAR OLMEDA, A.; LOSADA GONZÁLES, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, V. I. 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2005

<sup>18</sup> SAZ CORDERO, S. del. “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”. *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994, Madrid: p. 57-98.

<sup>19</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La organización administrativa y la aplicación del Derecho Privado (Aspectos subjetivos y operativos). *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*.

<sup>20</sup> En este sentido, destacamos las sabias palabras de RODRÍGUEZ-ARANA al explicar el origen de la búsqueda de las normativas de Derecho privado en el ámbito de la Administración pública: “Es bien sabido que en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado, el descubrimiento de la eficacia, de la eficiencia, del *management*, encontró en la Administración un terreno bien abonado para el florecimiento del estudio y de la práctica de los entonces modernos enfoques de la dirección por objetivos y otras tantas maneras, legítimas y positivas, de introducir en el aparato público una sana competencia y una razonable reflexión sobre la evaluación de los resultados. Esto, que objetivamente pudo haber sido un paso muy relevante en

eficacia de los servicios prestados por la Administración pública, en la medida en que para la población, las empresas privadas eran sinónimo de eficiencia y eficacia, mientras que la Administración pública era sinónimo de ineficiencia e ineficacia. Entendieron entonces los operadores del derecho —o al menos una parte de ellos— que aproximar la Administración pública a las reglas aplicables a las empresas privadas podría ayudar a la búsqueda de la efectividad y eficiencia en el sector público.

Se puede afirmar, por lo tanto, que el fenómeno de la huida se justificó por la aparente facilidad de gestión del sector público por las reglas de Derecho privado, las cuales permiten una mayor flexibilidad en la práctica de los actos, introduciendo, en el control de la Administración pública, una verdadera gestión empresarial, basada en reglas de Derecho privado, generando, incluso, cierta vulnerabilidad en el control interno de las actividades administrativas. En consecuencia, se produjo el surgimiento de muchas personas jurídicas descentralizadas, cuya función era el ejercicio de la actividad pública, pero sometidas a las reglas de Derecho privado.

Sin embargo, no se puede olvidar que los ciudadanos no son clientes del Estado, y en este sentido no se puede tratar a la Administración como una efectiva entidad empresarial, regida pura y simplemente por reglas y principios de Derecho privado. Tampoco se puede olvidar que la Administración Pública

---

orden a realizar las reformas normativas que fuera menester, sin embargo desembocó, en alguna medida, fruto del pensamiento único, en una relativa absolutización de los objetivos a alcanzar prescindiendo, en tantas ocasiones, de los procedimientos. Lógicamente, en este contexto, la corrupción estaba servida como desgraciadamente la realidad demostró en tantos países durante los años en los que reinó sin problemas la idea de que mercado era igual a eficiencia y eficacia, y lo público sinónimo de ineficiencia e ineficacia. Como suele ocurrir, nunca se producen los fenómenos por una sola causa, por lo que quizás se pueda afirmar que, en efecto, algo de esto puede estar detrás de la radical seducción que las bondades del mercado provocó en no pocos gestores y administradores públicos durante esta época: destierro del Derecho Administrativo, preferencia por el Derecho Privado, constitución de todo un entramado de entes públicos y sociedades públicas creadas precisamente para operar en el nuevo mundo de la eficacia y de la eficiencia. En fin, en esos años sí que se produjo una masiva huida del Derecho Administrativo con la correspondiente, a su vez, ida al Derecho Privado". (RODRÍGUEZ-ARANA, J., *La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)*, cit.).

no es un empleador privado: y esto nos interesa particularmente. No contrata siguiendo los procedimientos de las empresas privadas y que, por tal razón, las personas que prestan trabajo en el que hemos llamado “sector público” no podrán disfrutar de todas las garantías, derechos y deberes aplicables a las personas que ejercen su trabajo en la iniciativa privada.

### 1.1.1. La “excusa de la eficacia”

Como ya sabemos, el artículo 103.1 de la Constitución española establece, con pretensiones de generalidad de toda la actuación de la Administración Pública, que ésta “sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Si la Administración es una organización instrumental es precisamente, como ya hemos indicado anteriormente, porque está constitutivamente obligada a servir a los intereses generales de la mejor manera posible. “De la más eficaz”, se deduciría del inciso segundo transcrito. Ciertamente, el *principio de eficacia* debe regir la totalidad de la actuación administrativa; pero en sus justos términos. Es justamente este principio el que se invoca con más frecuencia para justificar que la Administración se valga de formas que toma prestadas del Derecho privado para llevar a cabo, no sólo sus actividades de prestación de bienes y servicios, sino —y ahí está lo preocupante del problema fundamental— “el ejercicio de funciones administrativas, de funciones que venían entendiéndose como funciones públicas en su más propio sentido”, afirmaba MARTÍN-RETORTILLO<sup>21</sup> —que fue uno de los que manifestó una mayor inquietud ante este hecho—. Como explica MUÑOZ MACHADO<sup>22</sup>, “en España en concreto, la cuestión de que el Derecho Administrativo sólo es fuente de dificultades y

---

<sup>21</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *ibíd.*, p. 35

<sup>22</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 61.

rémoras se convirtió casi en un axioma (...) al final de la década de los ochenta”; pero advierte que tal axioma fue “revisado luego, cuando el levantamiento de los procedimientos y garantías que supuestamente atenazaban a la Administración abrieron mil caminos a la corrupción”.

Ciertamente, esta entrada de la Administración en el ámbito de la actividad económica prestacional requeriría de formas flexibles que se encuentran sobre todo en el Derecho privado y no —más o menos así se ha sostenido— en el entramado de límites, trabas y limitaciones que serían característicos del Derecho Administrativo.

En la Constitución Brasileña, además de tantos otros principios que posteriormente serán estudiados, está pautado en el artículo 37, que la Administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios obedecerá al principio de la eficiencia<sup>23</sup>. No se puede olvidar, sin embargo, que la citada eficiencia en el párrafo del mencionado artículo, debe ir de forma conjunta con los demás principios constitucionales aplicables a la Administración Pública, principalmente el principio de legalidad que, además de un principio, es también un deber del administrador.

En este sentido, cabe destacar la advertencia de JESÚS LEGUINA VILLA<sup>24</sup>, cuando afirma que no hay duda de que la eficiencia es un principio que no se debe subestimar en la Administración de un Estado de Derecho, puesto que lo que es necesario para los ciudadanos es que los servicios públicos sean prestados adecuadamente. Aclara también el mencionado autor, que la eficacia que la Constitución española exige de la Administración no debe confundirse

---

<sup>23</sup> En la Constitución española se habla de principio de eficacia, mientras que la constitución brasileña se refiere al principio de eficiencia. De hecho, en ambas constituciones, el objetivo de la introducción de estos principios fue, en síntesis, la búsqueda de una administración más rápida y menos burocrática.

<sup>24</sup> LEGUINA VILLA, J. “A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo”. Trad. Prof. Rodrigo Sánchez Rios. *Genesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, setembro de 1995, p. 637

con la eficiencia de las organizaciones privadas no es tampoco un valor absoluto frente a los demás. Ahora, el principio de la legalidad debe quedar resguardado, porque la eficacia que la Constitución propone es siempre susceptible de ser alcanzada según el ordenamiento jurídico, y en ningún caso escarneciendo este último, lo que implica que se deberá de modificar cuando su inadecuación ante las necesidades presentes constituya un obstáculo para la gestión eficaz de los intereses generales; sin embargo, nunca podrá justificarse la actuación administrativa contraria al derecho, aunque pueda ser elogiado en términos de pura eficiencia.

En el mismo sentido, como bien recuerda DESDENTADO<sup>25</sup>, el principio de eficacia “no es el único, ni siquiera el más importante de cuantos, de acuerdo con la Constitución, han de guiar la conducta de la Administración [... de modo que] el ordenamiento jurídico que regule un determinado sector de actividad administrativa, no puede imponer a la Administración una conducta que vulnere otros preceptos o principios jurídicos por mucho que esa forma de actuación sea la más eficaz para la satisfacción del interés público en cuestión. Las normas que rigen la Administración han de prever para ésta los caminos *más eficaces posibles* dentro del respeto al resto del ordenamiento jurídico y, especialmente, a los principios constitucionales”. En realidad, la eficacia que se exige a la Administración no es —necesariamente—, como sugiere el concepto, la de la rapidez, flexibilidad, rendimiento, eficiencia, etc., sino la de la igualdad, legalidad, objetividad, publicidad y concurrencia, mérito y capacidad, participación, etc., que no siempre coinciden con la solución más “eficaz”.

---

<sup>25</sup> DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, p. 107. Como diría LEGUINA VILLA “la eficacia que la Constitución propugna es siempre la que cabe alcanzar conforme a Derecho y en ningún caso sorteando o quebrantando el ordenamiento jurídico”; vid. “Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo”, *RJN*, nº 19, 1995, p. 12. Por su parte, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ya había apuntado, con carácter general, que “sería excesivo, sin embargo, intentar colocar el principio de eficacia como piedra angular de la Administración Pública...” (*Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 104.).

### **1.1.2. Las dos modalidades de recurso al Derecho privado por la Administración Pública: “en la forma de actuación” y “en la forma de organización”**

Cuando se habla de la actuación administrativa bajo formas de Derecho privado, sin más, se hace alusión a fenómenos diversos que, aunque obedecen a una misma *ratio* o justificación —la aludida excusa de la eficacia—, en buena parte reciben tratamientos jurídicos (y merecen juicios de oportunidad) también diversos. La utilización por parte de la Administración de técnicas del Derecho privado puede realizarse sólo en el plano de su actuación concreta, es decir: una *persona jurídico-pública* (de naturaleza territorial o institucional) lleva a cabo una actividad determinada con sometimiento a las reglas del Derecho privado (por ejemplo, celebra un contrato privado). A esto se alude con la expresión “Derecho privado *sólo en la forma de actuación*”. Frente a eso, las personas jurídico-públicas pueden valerse, también, de las formas organizativas que ofrece el Derecho privado (sociedades mercantiles, por ejemplo) para llevar a cabo tareas que les corresponden. Como es lógico, esas formas organizativas jurídico-privadas arrastran, normalmente, el sometimiento de esas actividades a las reglas de Derecho privado que rigen la actuación de las personas jurídico-privadas. A esto se quiere hacer referencia cuando se habla de “Derecho privado *en la forma de organización*”. Procede a analizar ambos supuestos separadamente.

#### **1.1.2.1. Recurso al Derecho privado “en la forma de actuación”**

La contratación laboral por parte de las Administraciones Públicas (ahora aludidas en el sentido más estricto y formal) no es sino un caso paradigmático de huida en la forma de actuación. Solo aludido en la Constitución el servicio

administrativo mediante funcionarios, la contratación regida por el Derecho del trabajo se nos presenta pues una excepción, como un caso de huida.

Como este caso nos ocupará más adelante, referimos ahora otro ejemplo claro de la utilización por parte de la Administración del Derecho privado sólo en su forma de actuar: la celebración por una organización pública territorial (Estado, Comunidad Autónoma, Municipio, etc.) o por un Organismo Autónomo de un contrato privado (artículo 20.2 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>26</sup>). La técnica, ya clásica, de los *actos separables*, que disocia el fondo del contrato (Derecho privado y jurisdicción ordinaria) de las fases de preparación y adjudicación del mismo (Derecho público y jurisdicción contencioso-administrativa)<sup>27</sup>, es suficiente para garantizar que la Administración actúe en este ámbito con sujeción a los principios clave que rigen con carácter general su actividad (legalidad presupuestaria, eficacia, igualdad, etc.), por mucho que determinados aspectos de esa relación contractual se sometan a reglas del Derecho privado.

Otra manifestación de lo que aquí se está denominando sometimiento al Derecho privado en las formas de actuación (aunque no de organización), es el caso de las que la legislación estatal denomina “entidades públicas empresariales”. Según el (aún vigente) artículo 53.2<sup>28</sup> LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del

---

<sup>26</sup>“Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”.

<sup>27</sup> Sin pretender descender a mayor detalle, dice el artículo 21.1, de la Ley de Contratos de Sector público citada que “corresponderá a este orden jurisdiccional [el contencioso-administrativo] el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada...”.

<sup>28</sup> Artículo 53.2. “Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.



Estado) éstas “se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”. Una muy importante corrección a ese pretendido sometimiento general al Derecho privado lo constituye el precepto conforme al cual “la contratación de las entidades públicas empresariales se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas” (artículo 57.1 LOFAGE). Hay que advertir que, aunque la LOFAGE quedará derogada por la nueva Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, de 1 de octubre de 2015, cuando ésta entre en vigor, la nueva ley mantiene esta categoría de las entidades públicas empresariales.

A esto hay que añadir los regímenes singulares que la LOFAGE declaró subsistentes para determinadas organizaciones jurídico-públicas (Agencia Estatal de Administración Tributaria, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc. —Disposiciones Adicionales 8ª a 10ª—), que dan entrada, en mayor o menor medida, a la aplicación del Derecho privado. También en estos casos estamos ante supuestos de *formas de organización jurídico-pública con sometimiento en parte de su actuación a formas de Derecho privado*.

En Brasil, la Constitución Federal de 1988 contempló, expresamente, la posibilidad de aplicación del Derecho Privado a las empresas públicas y sociedades de economía mixta con respecto a los explotadores de actividad económica, permitiendo, por lo tanto, una clara excepción para la aplicación exclusiva de las reglas de Derecho Administrativo a estas entidades de la Administración Pública. En los términos del párrafo primero, inciso II, del artículo 173<sup>29</sup> de la Constitución Federal Brasileña, "La ley establecerá el

---

<sup>29</sup> Art. 173, CF/88. A excepción de los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de una actividad económica por parte del Estado sólo será permitida cuando sea necesaria para los imperativos de la seguridad nacional o el relevante interés colectivo, conforme definidos en la ley.

estatuto jurídico de la empresa pública, de la sociedad de economía mixta y de sus subsidiarias que exploten actividad económica de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios, disponiendo sobre: (...) II "sujeción al régimen jurídico propio de las empresas privadas, incluso en cuanto a los derechos y a las obligaciones civiles, comerciales, laborales y tributarias".

Tal posibilidad de aplicación de las reglas de Derecho privado a la Administración Pública Indirecta en Brasil no fue una innovación de la Constitución de 1988, de modo que ya queda contemplada la citada desde hace muchos años, en los términos de lo previsto en el párrafo único del art. 27, del Decreto Legislativo 200 de 25 de febrero de 1967, que así dispone: "Se aseguran a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta las condiciones de funcionamiento idénticas a las del sector privado cabiendo a estas entidades, bajo la supervisión ministerial, ajustarse al plan general del Gobierno."

Por consiguiente, resulta evidente que tanto la legislación española como la brasileña posibilitan la aplicación de las reglas de Derecho privado en las formas de actuación de la Administración Pública.

#### **1.1.2.2. Recurso al Derecho privado "en la misma organización"**

Las formas del Derecho privado pueden aparecer, sin embargo, no ya en la actuación de las personas jurídico-públicas, sino *en la misma organización que éstas eligen para la gestión de las tareas administrativas o de tipo económico*. Y valerse para ello de una forma de organización jurídico-privada arrastra el

---

§ 1º La ley establecerá el estatuto jurídico de la empresa pública, de la sociedad de economía mixta y de sus subsidiarias que exploten la actividad económica de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios, disponiendo sobre:

I - su función social y formas de fiscalización por el Estado y por la sociedad;

II - la sujeción al régimen jurídico propio de las empresas privadas, incluso en cuanto a los derechos y las obligaciones civiles, comerciales, laborales y tributarias (...)

sometimiento de la actividad de la misma, al menos en una parte fundamental, a las normas del Derecho privado. El Derecho positivo parte de esta posibilidad. Así, para todas las Administraciones públicas, presupone la facultad de gestionar los servicios públicos mediante la creación de sociedades de Derecho privado en cuyo capital ya sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma, para disponer que estos supuestos no están sometidos a las reglas que sobre el contrato de gestión de servicios públicos contiene esta Ley.

La Disposición Adicional 12ª LOFAGE establece que esas sociedades mercantiles estatales “se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación”<sup>30</sup>. Para la Administración local, por último, el artículo 85<sup>31</sup> LRBRL (Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) permite gestionar los servicios públicos locales (en el concepto amplio de los mismos que se contiene en el apartado 1 de dicho precepto) ya sea directamente, mediante la creación de una sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca

---

<sup>30</sup> En la misma línea el artículo 113 de la nueva Ley 40/2015 establece que “Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas”.

<sup>31</sup> Artículo 85.1. Son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales.

2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

- a) Gestión por la propia Entidad local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local.

4. La gestión indirecta adoptará alguna de las siguientes formas:

- a) Concesión.
- b) Gestión interesada.
- c) Concierto.
- d) Arrendamiento.
- e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local.

íntegramente a la entidad local, ya sea indirectamente, mediante sociedad mercantil y cooperativas cuyo capital social sólo en parte pertenezca a aquéllas, además de otras formas.

Por último, conviene destacar la equivocidad a la que conduce la utilización en este contexto de un verdadero tópico que se enuncia bajo la expresión “libertad de formas”. Cualquier libertad tiene sus límites, pero, desde luego, han de tenerlos lo que no son en realidad libertades sino competencias de la Administración.

### **1.1.3. Dos supuestos concretos: la actividad empresarial de la Administración y las fundaciones privadas del sector público**

#### **1.1.3.1. La actividad empresarial de la Administración: la iniciativa pública económica**

Los ámbitos que más fácilmente se prestan a la utilización por parte de la Administración de formas de Derecho privado (en especial, del Derecho privado *en la forma de organización*), como se ha dicho, son los de la actividad administrativa de prestación y de intervención directa en el mercado (intervención no en el sentido de regulación de la actividad de los particulares, sino de producción y oferta de bienes y servicios por parte de la propia Administración). Parece necesario aquí trazar una frontera (en sus concretos límites, muchas veces, difícil) entre dos tipos de actividades: de una parte, la *prestación de servicios públicos*<sup>32</sup>, que pueden considerarse tareas directamente administrativas (el artículo 128.2<sup>33</sup> de la Constitución española consagra un

---

<sup>32</sup> De “noción huidiza” califica LAGUNA DE PAZ a esta del servicio público; *vid.* LAGUNA DE PAZ, J.C., *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 198.

<sup>33</sup> Artículo 128.2 Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

*concepto estricto de servicio público*: una actividad prestacional que por Ley se sustrae del ámbito de la libertad de mercado y se atribuye a una organización jurídico-pública, que podrá gestionarla directa o indirectamente<sup>34</sup>); y de otra parte, la que podría denominarse *actividad empresarial de la Administración*; supone la participación de la Administración en la actividad económica, como empresario, pero *en la que no puede dejar de servir, por imperativo del artículo 103.1 de la Constitución española, a los intereses generales*, aunque en la que la conexión con éstos se produce sólo de manera mediata. La necesidad de distinguir deriva, como ha de suceder siempre en el análisis jurídico de las cuestiones, de la existencia de consecuencias jurídicas distintas, de diversos regímenes jurídicos, para uno u otro campo de la actividad administrativa. En efecto, basta con citar el artículo 128.2 de la Constitución española para comprobar cómo, ya desde la perspectiva constitucional, caen bajo regímenes distintos, por un lado, las actividades estrictamente consideradas de servicio público (reserva de éstas mediante ley al sector público); y, por otro, la denominada actividad empresarial de la Administración (“se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”).

Lo más frecuente en la práctica es que para la realización de estas tareas la Administración se valga de formas organizativas del Derecho privado (sociedades mercantiles), aunque no necesariamente tenga que ser así, como demuestra, para el ámbito de la Administración del Estado, el artículo 53.1<sup>35</sup> LOFAGE. Su poco precisa definición del objeto de las entidades públicas empresariales (“la realización de actividades prestacionales, la gestión de

---

<sup>34</sup> En opinión de ARIÑO ORTIZ: “la Constitución española en su artículo 128 ha venido a confirmar plenamente (el) concepto estricto de servicio público”. La definición del mismo que ofrece este autor es: “servicio público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”(ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 305, p. 299).

<sup>35</sup> Artículo 53.1. Las entidades públicas empresariales son Organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”) permitiría, a nuestro juicio, que la Administración del Estado se sirviera de esta forma de personificación jurídico-pública para la gestión de alguna de las actividades a las que aquí se está haciendo referencia.

Ya sea con una u otra *organización*, lo que parece indiscutible es lo relativo a cuál será su *forma de actuación: la propia del Derecho privado*. La apertura o remisión al Derecho privado que el mismo Derecho constitucional administrativo explícita o implícitamente determinaría, se justifica en la eventual primacía de las reglas de la competencia inherentes a la economía de mercado (artículo 38) en el ejercicio de esta iniciativa empresarial económica. Ello puede no sólo justificar sino aún exigir la sumisión de la iniciativa pública (artículo 128.2) a formas organizativas y de actuación propias del Derecho privado y, concretamente, mercantil, que prevalecerían así sobre el Derecho Administrativo en este específico ámbito. Serían, en suma, los propios principios del Derecho constitucional administrativo los que estarían permitiendo e incluso imponiendo, por exigencias de igualdad de tratamiento inherentes a la economía de mercado, la aplicación a esa actividad de un mismo Derecho privado. El problema es la determinación y observancia de los principios jurídico-públicos por parte de estos entes y en esas actividades “privadas”.

La Constitución Federal Brasileña, asimismo, hace distinción entre la Administración pública indirecta prestadora de servicio público y la Administración pública indirecta ejerciente de actividad económica. En los términos del imperativo constitucional, solamente a esta última se le permite la aplicación de las reglas de Derecho privado, en los exactos términos de lo previsto en el artículo 173 de la Constitución Federal de 1988.

### **1.1.3.2. Personificaciones privadas de dudosa constitucionalidad: las fundaciones privadas del sector público**

En línea con lo anteriormente manifestado, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>36</sup> apuntan que “las personificaciones para actuar en un régimen de Derecho privado pueden justificarse cuando la Administración pretenda actuar en el mercado libre y al nivel de los demás empresarios (los iniciales artículos 90 y 92 del Tratado CEE —hoy artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento— excluyen hoy cualquier ventaja a las empresas públicas que distorsionen la competencia), ejercitando un tráfico en masa de naturaleza materialmente mercantil; carece, sin embargo, de toda justificación posible en otro caso y ni el legislador, ni menos aún la Administración, pueden en cualquier caso dispensar a una organización inequívocamente pública (por su origen, por su actuación, dominada totalmente por la Administración Pública matriz, por su financiación, en cuanto que opera con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) de las vinculaciones que la Constitución le impone”. Responden al segundo supuesto, inquietante muestra de la “huida” que aquí referimos —quizá sobre todo por la fuerza con que ha irrumpido—, las fundaciones privadas del sector público, que obtuvieron refrendo legal en la Ley 30/94, de 24 de noviembre, reguladora de las Fundaciones y de los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

La derogación de la parte de esta Ley correspondiente a las fundaciones (Título I y correspondientes Disposiciones Adicionales), operada por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, siguió admitiendo como posibilidad normal la constitución de fundaciones por parte de las Administraciones Públicas, pero en la regulación de las que pasó a llamar “fundaciones de sector público estatal”, se incorporan limitaciones y garantías para obstar en buena medida la huida del Derecho público.

---

<sup>36</sup> Vid. *Curso...I*, cit., p. 404.

Aunque ya incluso antes de la Ley estatal 30/94 se crearon algunas Fundaciones privadas por parte de algunas entidades públicas<sup>37</sup>, fue el artículo 6 de aquella Ley la que por primera vez reconoció expresamente y de manera general en el ordenamiento español a las personas jurídico-públicas la capacidad de constituir ese tipo de Fundaciones privadas, sin más especificaciones ni reglas particulares.

Con este respaldo, se produjo la constitución de Fundaciones privadas del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales<sup>38</sup>, de las Universidades<sup>39</sup>, etc., para realizar las más diversas actividades que hasta entonces realizaban las correspondientes Administraciones públicas.

PIÑAR MAÑAS<sup>40</sup> afirmó claramente que la posibilidad de crear fundaciones no integra el "status" jurídico-constitucional de las Administraciones públicas, que en consecuencia en absoluto se vería afectado por el hecho de que se les niegue la posibilidad de crear fundaciones, pero, al mismo tiempo, no cree que pueda considerarse inconstitucional. A su juicio, de acuerdo con CAFFARENA, las fundaciones erigidas por la Administración vienen en realidad a desnaturalizar tanto a ésta como a aquéllas, pero concluyó finalmente que, puesto que la Constitución no prohíbe la creación de entidades con personificación jurídico-privada para conseguir los intereses generales a su cargo, esta posibilidad de considerar para ello fundaciones privadas es un tema que la Constitución deja en manos del legislador. Aun admitidas, este autor dedujo la conveniencia de plantearse la necesidad de hacer frente a una regulación diferenciada de la diversidad de tipos de fundaciones

---

<sup>37</sup> Lo recuerdan PIÑAR MAÑAS, J.L., en "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 97, 1998, p. 38, o VAQUER CABALLERÍA, M., en *Fundaciones públicas y Fundaciones en mano pública (La reforma de los servicios públicos sanitarios)*, prólogo de PAREJO ALFONSO, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 27.

<sup>38</sup> Aunque SANTAMARÍA PASTOR, J.A., entiende que en este ámbito serían ilegales (*Principios...*, cit., p.607).

<sup>39</sup> Silvia DEL SAZ se ha ocupado de estudiarlo en "Las fundaciones en el ámbito universitario", *Autonomías, Revista Catalana de Derecho Público*, 23, 1998 (*Especial "Universidades"*), pp. 29-52, lo mismo que MIRO I BAS, en el mismo número de esta misma *Revista*, pp. 105 y ss., sosteniendo tesis diferente; RIVERO, R., alude asimismo, críticamente, a la cuestión en *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.160.

<sup>40</sup> *Op.cit.* pp. 62-63.



que pueden constituirse, porque las fundaciones creadas por entidades públicas, que podrían denominarse *fundaciones administrativas*, deberían contar con su propia normativa, abogando, en suma, por una Ley que establezca su regulación diferenciada. Ésta ha venido a ser —aunque sin aprobación de ley distinta, sino incorporando a la ley general un capítulo específico para estas fundaciones— la solución que adoptó el legislador con la Ley 50/2002.

Críticos con la regulación de 1994 y recelosos con la situación generada se habían mostrado también los profesores PAREJO y VAQUER<sup>41</sup>, en la obra citada. No llegaron, sin embargo, a concluir su radical inconstitucionalidad, sino que se limitaron a condicionar *su conformidad con el orden constitucional* a que dicha habilitación operada por el citado artículo 6 de la anterior Ley de Fundaciones sólo se entendiera “como expresiva de una previsión del Derecho común ‘receptora’ de las remisiones expresas que a tal posibilidad organizativa hagan las normas administrativas correspondientes”.

Quien sí sostuvo la tesis de la inconstitucionalidad insalvable del citado artículo 6 de la Ley 30/94, en sus apartados 1 y 4 fue el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ<sup>42</sup>, a quien seguimos en este punto. Parte de que “solo con evidente fraude podría el legislador sustraer la actuación constitucionalmente propia de la Administración al Derecho constitucional administrativo con el burdo artificio de determinar que éste sólo sería aplicable a las organizaciones que se configuren formal y nominalmente como Administraciones públicas, pero no cuando los mismos Poderes públicos, para llevar a cabo las mismas funciones o actividades, creasen instrumentos organizativos a su servicio, bajo su dirección o *influencia dominante*, previstos por el ordenamiento jurídico privado para los sujetos privados

---

<sup>41</sup> PAREJO ALFONSO, L., Prólogo, cit., pp. 16-17.

<sup>42</sup> Tal como defendió en su ponencia “Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad”, presentada en el XIII Congreso italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Salamanca en octubre de 2000 y publicado en *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer Sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales* (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. Y TORNOS MÁS, J., (editores) Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 301 y ss.

y, por lo tanto, sin forma de personificación jurídico-pública ni denominación, ni carácter formal de Administraciones públicas. De admitirse esta *libertad* del legislador (no digamos nada si esta *libertad* se le reconociera incluso a la misma Administración), estaríamos reduciendo la Constitución, en cuanto determina los elementos básicos del Derecho Administrativo, a papel mojado”. Teniendo en cuenta que la personificación privada de la entidad descentralizada —de la fundación en cuestión— comporta la aplicación de todo un régimen jurídico-privado, se planteaba si la Constitución permitía someter enteramente al Derecho privado al sujeto gestor descentralizado y su actividad —que es lo que sucede al crearse una Fundación privada como instrumento de descentralización— respecto a algún tipo de actuación administrativa distinta de la iniciativa empresarial económica en régimen de mercado. A lo que contesta que, fuera de ese supuesto de actividad económica pública, “no vemos ningún principio ni exigencia constitucional que pueda, no ya exigir, sino tan sólo justificar o permitir el que la Administración realice alguna de sus actividades *como un particular*, tomando la forma descentralizada de una persona jurídica privada societaria o fundacional y sometándose de forma general al Derecho privado”.

¿Qué solución adoptó el legislador en 2002? El artículo 8 mantiene incólume el antiguo artículo 6, reconociendo capacidad de fundar a “las personas físicas y las personas jurídicas, ya sean éstas *públicas* o privadas”, capacidad que hace expresa para las personas jurídico-públicas “salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”. A la par, incorpora un nuevo Capítulo, el XI, dedicado a las “fundaciones del sector público estatal”. Se pretendió así que la constitución de estas entidades encuentre cumplida justificación (han de aportarse, dice el artículo 45.2, “razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente”); y a la vez se persigue que su actividad no escape de los parámetros constitucionales exigibles a cualquier entidad “en mano” pública (en materia de presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas, selección y contratación de

personal, y disposición dineraria —artículo 46—). Si no se elimina, sí al menos se obstaculiza una vía de escape del Derecho Administrativo. Volveremos sobre este artículo al tratar más adelante de la regulación de la materia de personal en estas fundaciones. No obstante, ha de recordarse que estos preceptos estarán vigentes hasta la plena entrada en vigor de la Ley 40/2015, en octubre de 2016.

## **1.2. Límites a la actuación bajo formas de Derecho privado**

### **1.2.1. En general: el sometimiento pleno de la Administración a su Derecho específico**

El artículo 103.1 de la Constitución española se erige en este punto como determinante. El sometimiento *pleno* y por lo tanto *positivo* y no meramente negativo (como el que es propio de los sujetos privados y sobre todo de la sola persona natural que es el ser humano), de la Administración a la ley y al Derecho, al ordenamiento jurídico en su conjunto (Constitución, leyes, reglamentos, principios generales del Derecho, etc.), impuesto por este artículo de nuestra Constitución, comporta ya por definición que ese ordenamiento contenga todas las previsiones y predeterminaciones específicamente necesarias para la organización y actuación de la Administración. Algo que por tanto *demand*a un ordenamiento específicamente determinante de la organización, competencia y modo de actuación de la Administración. Precisamente aquél —o aquella parte del ordenamiento jurídico en su conjunto— que por eso mismo se suele llamarse *Derecho Administrativo*, la parte del Derecho *público* especificada por tener como destinatario propio a la Administración Pública en todas sus diversas manifestaciones.

Además, puede decirse que el artículo 103.1 de la Constitución española levanta un muro que separa al Estado (y a la Administración) del ciudadano, aunque aquél se sirva de formas de organización jurídico-privadas. Que la

Administración haya de servir siempre a los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho destaca, en primer lugar, que esos órganos u organizaciones del Estado son *medio al servicio de fines*; y, en segundo término, que no gozan de ámbitos ilimitados de autodeterminación, sino, estrictamente, de las *competencias* que se le otorguen para la consecución de esos fines. Exactamente lo contrario que la persona, el ciudadano o el individuo: fin en sí mismo, dotado de una dignidad a la que son inherentes los derechos fundamentales (artículo 10.1<sup>43</sup> de la Constitución española). De esta manera, como explica PARADA<sup>44</sup>—uno de los autores más críticos con el fenómeno de la “huida”—, “cuando la Administración escapa del Derecho Administrativo, disfrazándose de Sociedad Anónima o de Entidad pública sujeta al Derecho privado, no deja de ser Administración y debería, en consecuencia, estar sujeta a los mismos principios constitucionales”. La “diferencia” entre la Administración y el ciudadano la describe gráficamente el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>45</sup>. Así, un empresario o una persona privada puede dilapidar, si quiere su patrimonio, favorecer con él a sus amigos, asumir los riesgos que desee, elegir como quiera a sus empleados...; un “poder público —dice, es bueno reproducir la lista de limitaciones o vinculaciones que recoge— no puede hacer nada de eso, porque tiene expresamente proscrita la actuación arbitraria (artículo 9.3), porque tiene la obligación de promover que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos (del grupo de ofertantes posibles de los contratos, por ejemplo) ‘ya sean reales ya sean efectivas’ (artículo 9.2), porque les vinculan todos los derechos y libertades (artículo 53.1), porque están sometidos al Derecho presupuestario (artículo 134.2) y a la censura del Tribunal de Cuentas (artículo 136), porque manejan fondos públicos, además de ser ajenos, lo que impide toda equiparación con empresarios o administradores privados, porque están obligados a la objetividad, a la imparcialidad, a servir los intereses generales, porque han de someterse a ciertos

---

<sup>43</sup> Artículo 10.1. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

<sup>44</sup> PARADA VÁZQUEZ R., *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 31.

<sup>45</sup> *Curso...I*, cit., p. 404.

principios del procedimiento administrativo (artículo 105) y al control judicial de su actuación y a los fines que la justifican (artículo 106.1)”. Una lista no pequeña de limitaciones y sujeciones que resultan irrenunciables, sea cual sea la vestimenta del poder administrativo.

### **1.2.2. En particular, la huida del Derecho Administrativo en las relaciones laborales en el ámbito de la Administración pública. Remisión**

Es notorio —y es lo verdaderamente relevante para nuestra investigación— que uno de los ámbitos de la actuación de la Administración Pública en los que ha prendido con más fuerza la utilización instrumental del Derecho privado es el del empleo público<sup>46</sup>, hasta el punto de que “la crisis del Derecho Administrativo se manifiesta en la huida del régimen administrativo del personal al servicio de las Administraciones Públicas” (DEL SAZ<sup>47</sup>). Para algunos sectores doctrinales, incluso, ha de cuestionarse la constitucionalidad de esta “desfuncionarización”, así calificada por PARADA<sup>48</sup>: esta autor se muestra particularmente receloso ante esta realidad —por otra parte tan consolidada— a la vista de la letra de la Constitución. En esto aspecto, tiempo ha que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) viene a exigir a las Administraciones públicas, en el ámbito de la contratación laboral, tanto el

---

<sup>46</sup> Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., “El régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública (régimen estatutario y laboralización)”, en *Derecho Público y Derecho privado...*, cit., pp. 71 y ss. Da cuenta de que “cuantitativamente, el fenómeno de la laboralización es tan importante que hoy en día más de la mitad del personal al servicio de las entidades locales y un porcentaje elevado del personal al servicio de las Comunidades Autónomas —más en unas que en otras— está vinculado por un contrato laboral”.

<sup>47</sup> DEL SAZ, S., “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en *VVAA Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 151.

<sup>48</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II (organización y empleo público)*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 442. A su juicio, en la medida en que “la Constitución no contempla la posibilidad de una sujeción al Derecho privado o laboral de los empleados de las Administraciones Públicas, mencionando únicamente el sistema de función pública (...) no parece lícito que el legislador ordinario pueda establecer una dualidad de regímenes para el personal que sirve de modo permanente a las Administraciones Públicas”.

cumplimiento escrupuloso de los preceptos del Estatuto de los trabajadores, como la sumisión a los principios de Derecho público exigidos por la legislación de la Función Pública. En resumen: cuando la Administración se somete al Derecho privado en materia de contratación laboral, está vinculada a los principios de igualdad, mérito y capacidad reconocidos en los arts. 23 y 103 de la Constitución.

Conceptualizado el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, sus límites, aplicaciones y consecuencias, nos vamos a centrar ahora en la esencia del presente estudio, que es concretamente el de identificar si el Derecho Administrativo podría ser desconocido, en todas sus esferas, en el ámbito de las relaciones de empleo firmadas con los entes públicos.

La Constitución española, en el artículo 103.3, establece que unos principios jurídicos para el acceso a la función pública en España: mérito y capacidad. ¿Esto es aplicable en los mismos términos a toda contratación realizada desde una Administración, o desde los entes instrumentales de naturaleza privada que ésta haya podido crear para el cumplimiento de sus fines?

De la misma forma, establece la Constitución brasileña, en el artículo 37, II<sup>49</sup>, que no podrá haber contratación de servidores públicos, en cualquier esfera de la Administración pública (directa o indirecta), sin previa aprobación mediante concurso público, observando todos los principios y reglas aplicables al Derecho público, previendo la Constitución brasileña, incluso penalidades expresas para los gestores públicos, autoridades responsables, que no cumplen

---

<sup>49</sup> Artículo 37. La administración pública directa e indirecta de cualquier de los Poderes de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a lo siguiente:  
II - la investidura de un cargo o empleo público depende de la aprobación previa en una oposición pública de pruebas o de pruebas y títulos, de acuerdo con la naturaleza y la complejidad del cargo o empleo, en la forma prevista en la ley, señalando los nombramientos para el cargo en comisión y declarado en la ley de libre nombramiento y exoneración;

con las disposiciones de este artículo, como se indica en el párrafo 2º<sup>50</sup>.

No hay duda, pues, que en el momento de la incorporación de funcionarios, los principios del Derecho Administrativo deberán ser respetados, bajo pena de nulidad del acto. ¿Podríamos, afirmar, de igual forma, que en el ámbito de una relación laboral las reglas de Derecho Administrativo también deberían ser observadas? Es aquí donde se plantea la gran cuestión. En este momento de la relación laboral, en el ámbito de la función pública, la doctrina admite la aplicación del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, justificando la aplicación de las reglas del Derecho privado.

Procede que adelantemos ya que en las relaciones laborales en el ámbito de la Administración pública nos encontramos, de forma conjunta, con la aplicación de las reglas de Derecho público, en el momento inicial de la contratación, y reglas de Derecho privado en las demás fases de la relación de empleo<sup>51</sup>.

Dejamos ahora solamente apuntada esta huida hacia el Derecho privado en el ámbito laboral-público, cuyo cabal encuadramiento será abordado en las partes posteriores de este trabajo doctoral.

En este sentido, RODRÍGUEZ-ARANA<sup>52</sup> contribuye de forma brillante al afirmar que, en efecto, la realidad nos está mostrando hasta qué punto hoy emerge con fuerza un nuevo<sup>53</sup> Derecho Administrativo como Derecho del poder

---

<sup>50</sup> § 2º La inobservancia de lo dispuesto en los incisos II y III implicará la nulidad del acto y la sanción por parte de la autoridad responsable, en los términos de la ley.

<sup>51</sup> En los capítulos siguientes nos detendremos a conceptualizar la expresión relación de empleo, empleados públicos y funcionarios a servicio del ente público, tanto en la legislación española como en la brasileña.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J., *La vuelta al Derecho Administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)*, cit.

<sup>53</sup> El autor apunta, acertadamente, que la consecuencia de los cambios viene, insisto, de la mano de la realidad y de la fuerza de la libertad solidaria en el contexto del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Por ello, en el marco de la Unión Europea, el concepto tradicional de servicio público al que acompañan los dogmas de la titularidad pública y la exclusividad tenía poco que hacer porque el espacio europeo hoy es un espacio que no comulga ni con los

a la libertad. Sólo con situarnos en el mundo del denominado del servicio público, comprobamos el alcance y la dimensión de la eclosión de una nueva regulación que surge por la necesidad de preservar y asegurar el interés general en entornos abiertos a la libertad, antaño objeto de monopolio. Concluye el profesor, con propiedad, afirmando que “vuelve el Derecho Administrativo, eso sí, con nuevos contornos y perfiles, con un nuevo colorido que deriva de la Constitución española y europea. La huida del Derecho Administrativo de décadas atrás pasó a la historia porque incluso cuando aparece el Derecho privado como Ordenamiento al que se sujeta la Administración, hay materias que mantienen su dependencia de los principios básicos de lo público tal como la selección del personal y la contratación”.

Lo cierto es que en el ámbito de la Administración pública, aunque intente alejarse de las reglas de Derecho administrativo, esta fuga jamás será total, porque ya hemos visto que cuando el administrador se vale de reglas de Derecho privado, lógicamente y necesariamente tales reglas serán, como mínimo, parcialmente derogadas por el Derecho público. En definitiva, se puede afirmar que esto obedece a que lo que hace del Derecho Administrativo una rama especial, es concretamente lo que le separa del Derecho privado.

---

monopolios ni con una consideración unilateral del interés general. Probablemente por eso, cuando se alumbró el concepto de servicio de interés general para caracterizar los nuevos servicios públicos europeos susceptibles de explotación económica, una parte significativa de la doctrina científica pensó que el cielo se nos venía encima, que había que preparar ya un digno funeral al Derecho Administrativo y que tendríamos que defendernos con uñas y dientes frente a un invasor dispuesto a desmontar, una por una, todos los conceptos, categorías e instituciones de nuestra disciplina. Sin embargo, para sorpresa de propios y extraños encontramos con una mayor regulación administrativa consecuencia de la necesidad de garantizar las denominadas obligaciones de servicio público de dichos servicios de interés general. Lo que está pasando en este sector demuestra, a mi juicio, que estamos ante un nuevo Derecho Administrativo más sensible a la realidad y más comprometido con la libertad. En el caso europeo, es bien sabido que cuando se estaba buscando una denominación adecuada para configurar el concepto de los nuevos servicios públicos en un mundo de libre competencia, no pareció oportuno ni mantener la expresión francesa, porque ya no respondía a la realidad, ni tampoco el término anglosajón *public utilities* en la medida en que tampoco se era partidario de la regulación mínima. Se encontró un concepto que recogió la mejor de la tradición francesa y lo mejor de la tradición anglosajona y, así, desde una perspectiva de integración apareció el nuevo concepto. Es verdad que al principio la jurisprudencia comunitaria se dejó guiar quizás por una interpretación demasiado economicista, para, más adelante, emprender un camino, espero que sin retorno, en el que el equilibrio libertad económica-interés general es la línea fundamental de interpretación



Una vez examinada la cuestión acerca del fenómeno de la huida del Derecho administrativo, sus exigencias y principios, se comprueba la necesidad o aparente necesidad de la garantía constitucional para el Derecho Administrativo en el ámbito de la Administración Pública. Lo que se pretende con el presente estudio, y se hará en los próximos capítulos, es determinar el nivel de aplicación, aunque sea parcial, en las relaciones privadas en el seno de la Administración pública, de las reglas del Derecho Administrativo.



---

# **CAPÍTULO II - LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EMPLEADORA**

---



*“De poco vale un barco bien  
construido si los oficiales  
desconocen las reglas de la  
buena navegación”*  
(Alejandro Nieto)

## **2.1. La Administración Pública española**

Para poder adentrarnos en el tema específico de nuestro trabajo, resulta imprescindible, en primer lugar, definir lo que entendemos por Derecho Administrativo, por Administración Pública y cuál es su verdadero objetivo. Y esto en el Derecho español así como en el brasileño, dado que lo que buscamos en este estudio es un análisis comparativo de las relaciones laborales en la Administración Pública española y brasileña, y específicamente en las entidades instrumentales de Derecho Privado.

### **2.1.1. Conceptos de Administración Pública y de sector público en España**

En España, remontándonos a sus raíces históricas, puede afirmarse que el Derecho Administrativo tiene su origen en la Revolución Francesa, con el claro objetivo de oponerse a las formas del gobierno absolutista. Este partía del principio de que la fuente de todo el Derecho era la persona del Rey, dado que el Rey era la representación de Dios en la comunidad.

“Los revolucionarios rechazaban ambas cuestiones: la fuente del derecho no está en ninguna instancia supuestamente trascendental a la comunidad, sino en ella misma, en su voluntad general; y, simultáneamente, sólo hay una forma legítima de expresión de esta

voluntad, la Ley general (*lex singularis* o privilegio es una *contradictio in terminis* para la filosofía naturalista del iluminismo que alimenta la Revolución), Ley general que ha de determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder.”<sup>54</sup>

A partir de este concepto material de Derecho, el absolutismo implicaba la más pura arbitrariedad. La comunidad empezaba a valorar las asambleas populares como la verdadera expresión de su derecho.

En definitiva, la historia muestra que la comunidad, una vez conquistado su derecho de democracia, exige que todas las acciones del poder se justifiquen en una Ley previa.

Ha escrito SANTAMARÍA PASTOR<sup>55</sup>, en su último manual, que “la complejidad de la Administración Pública y del Derecho Administrativo, y su profunda interpenetración con la sociedad y con otras ramas jurídicas hacen inútil cualquier pretensión de definición precisa; no solo en términos universales, válidos para todos los tiempos y países, sino incluso limitada a un Estado y un momento histórico concretos. Ello se debe a que ambas nociones aluden a realidades históricas”. Esa dificultad hace que sea necesario aproximarse a estas realidades “contemplando el proceso de su formación a lo largo del tiempo”.

“La primera y fundamental pregunta a resolver es qué cosa sea la Administración Pública. La pregunta —siguen diciendo estos GARCÍA DE ENTERRÍA y RODRÍGUEZ<sup>56</sup> a renglón seguido—, aparentemente sencilla, ha sido sin embargo, el centro de los debates que han hecho posible la elaboración dogmática del Derecho Administrativo. Las respuestas y soluciones han sido muchas y dispares a lo largo de casi dos siglos de historia de la disciplina”. El carácter dinámico de la institución, las alternancias a que es sometida, arrastran

<sup>54</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, . R., *Curso de Derecho Administrativo I*. 14ª ed., Madrid: Thomson, 2008, p. 442.

<sup>55</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2004, p. 26.

<sup>56</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 27.

al contenido y sentido de la disciplina. Es por lo que dice SORIANO GARCÍA<sup>57</sup> que “el concepto de Derecho Administrativo, lejos de ser un dato a priori, será lo que históricamente se exija en cada momento a la propia Administración Pública, no siendo, por tanto, un concepto fijo y cristalizado definitivamente”. De ahí que se habla con frecuencia de las reformas de la Administración Pública o de sus transformaciones<sup>58</sup>; reformas que se sitúan “en el contexto de las grandes transformaciones vividas por nuestra sociedad y nuestro Estado, que aún están en gran parte en curso”<sup>59</sup>.

La Administración Pública no es fácil definirla ni describirla, lo mismo sucede con el Derecho Administrativo. Decía WALDO<sup>60</sup> que “no hay ninguna buena definición de Administración Pública. Tal vez haya buenas definiciones breves pero no una buena explicación breve” y FORSTHOFF<sup>61</sup>, que “la Administración se deja describir, pero no se deja definir”. Es un debate cargado de matices en el que cada autor puede tener algo que aportar y alguna perspectiva nueva que abrir para la reflexión. Particularmente, en España, las que invitó a abrir la Constitución de 1978.

En la doctrina jurídico-administrativa, básicamente son dos las concepciones enfrentadas sobre lo que ha de entenderse por Administración Pública:

- a) aquella que sostiene que la Administración pública es una organización, un conjunto de personas jurídicas, u órganos u organizaciones del Estado —en sentido amplio— (concepto orgánico o subjetivo de Administración);

<sup>57</sup> SORIANO GARCÍA, J.E., “El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho”, *Revista de Administración Pública*, nº 121, 1990, p. 149.

<sup>58</sup> *Vid. in totum Estudios para la reforma de la Administración Pública*, SÁINZ MORENO, F., (Dir.) INAP, Madrid, 2004.

<sup>59</sup> PRATS CATALÁ, J., “Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”, en *Estudios para la reforma...*, cit., p. 29.

<sup>60</sup> WALDO, D., *Estudio de la Administración Pública*, Aguilar, trad. Carreño, Madrid, 1964, p. 6.

<sup>61</sup> FORSTHOFF, E., *Traité de Droit Administratif*, trad. FORMONT, p. 1.

b) y la que pone el acento en que la Administración es una actividad, una función pública estatal —que normalmente es ejercida por los órganos de la Administración pública, pero no siempre— (concepto material, objetivo o funcional de Administración).

La Administración Pública, por lo tanto, puede ser considerada, en cuanto a su concepto, fundamentalmente, desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo. Según el primer sentido, se entiende por Administración Pública un conjunto de órganos; según el segundo sentido, una actividad. Ambos puntos de vista son distinguidos en todo momento por la doctrina, pero poniendo el énfasis sobre uno de ellos.

Cuando la balanza se inclina por el lado del aspecto subjetivo, se considera Administración la actividad realizada por los órganos a los que se asigna aquel carácter; en cambio, cuando el que predomina es el aspecto objetivo, la Administración Pública como sujeto estará integrada por el conjunto de órganos —y entes— que realizan la actividad que se estima como administrativa.<sup>62</sup>

En un sentido estricto, se puede afirmar que la Administración Pública es la actividad que desarrolla la vida asociada a través del orden, la seguridad y la subsistencia; consiste en una capacidad que produce civilidad, es decir, significa regular la convivencia armónica de la sociedad.

El panorama doctrinal está repleto de posturas intermedias que reconocen las ventajas y los defectos de esos dos conceptos, presentados en forma pura. Parece oportuno presentar ahora las dos variantes más relevantes: para una parte de los autores, que permanecen en los contornos de la concepción subjetiva, la

---

<sup>62</sup>ENTRENA CUESTA, R., “El concepto de administración pública en la doctrina y el derecho positivo españoles”. Disponible en: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1960\\_032\\_055.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1960_032_055.PDF)



consideración de la potestad o función administrativa (en principio, la clave para la segunda acepción antes apuntada) constituye precisamente (hasta paradójicamente, dirían otros) lo específico o determinante de la presencia de una Administración (de modo que podríamos decir que para esta postura se produce una *expansión de la Administración*). Para otros, en principio fieles también a esta acepción subjetiva de la Administración y solícitos con la trascendencia de la potestad administrativa, sostienen la aplicación del Derecho Administrativo más allá del ámbito de la Administración-sujeto (se produciría aquí una *expansión del Derecho Administrativo* y una quiebra de la premisa inicial “Derecho Administrativo como derecho de la Administración Pública”). La consecuencia de este panorama, expuesto de modo sumario, es el ofrecimiento de variadas descripciones o definiciones del objeto controvertido que pretenden reunir los mayores aciertos posibles y eliminar al máximo los flancos débiles.

Estas posturas “intermedias”, si bien apuntadas en tiempos pretéritos, han tomado cuerpo en tiempos relativamente recientes, en la medida en que la complejidad de la vida social se ha desbocado, a cuyo servicio han medrado las responsabilidades públicas y los “aparatos” estatales para atenderlas. En este sentido, la Constitución española de 1978 espoleó el debate doctrinal sobre lo que era y lo que no era Administración (y/o sobre el concepto de Derecho Administrativo): la institucionalización al máximo nivel de instituciones o órganos públicos antes inexistentes —la Corona, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, dotados de unos aparatos instrumentales, semejantes a los que servían en otros poderes, y que realizan funciones claramente administrativas— o la preocupación por la plena reconducción a Derecho de toda la actividad de cualesquiera poderes obligó a completar o retocar las teorías clásicas. Parece adecuado exponer éstas, en su devenir histórico, para después detenernos en las posturas doctrinales modernas, acordes, decíamos, con la actual complejidad de la actividad pública.

El proceso de desarrollo histórico de las distintas posiciones acerca de la comprensión científica de la Administración y del Derecho Administrativo muestra cómo los intentos definitorios de esta disciplina han seguido un movimiento pendular: así, a la concepción subjetiva dominante —es claro que nunca de modo absoluto: siempre han coexistido ambas concepciones<sup>63</sup>— a lo largo del siglo XIX, siguió, a partir fundamentalmente de la obra de Adolfo POSADA, el predominio de la consideración objetiva a lo largo de la primera mitad del siglo XX, para, a partir de ese momento, volver a predominar las definiciones subjetivas.

A la luz de la Constitución española de 1978 puede decirse que la doctrina mayoritaria administrativa se inscribía en la concepción subjetiva de la Administración Pública. Aunque se ha dicho que la norma constitucional no se pronuncie por ninguna de las tesis clásicas en la conceptualización de la Administración, ni debía hacerlo, lo cierto es que el texto aporta argumentos suficientes para quienes preconizan la postura orgánico-subjetivista de la Administración. Adelantamos ahora, sin embargo que, a la par, otros ven una invocación de la noción funcional de Administración Pública al referirse el artículo 106.1 a la legalidad de la *actuación administrativa*.

Tal vez sea del artículo 103.2 de la Constitución Española que con mayor claridad podamos extraer la conclusión antes mencionada: “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”. El sentido primario de este precepto no es, desde luego, ofrecer un concepto de Administración, sino establecer una reserva (relativa: “de acuerdo con...”) de ley para la regulación de la creación, el funcionamiento y la coordinación de ciertos

---

<sup>63</sup> Con relación a la evolución de las distintas concepciones sobre la Administración Pública existe un trabajo clásico, muy citado, del profesor ENTRENA CUESTA, que ya se citó, en el que pone de manifiesto que las tesis objetivas y subjetivas han estado sometidas —como dejé apuntado— a movimientos pendulares de preeminencia, pero sin que en ningún momento la prevalencia de un criterio suponga el olvido de la otra posición, que va a mantener su vigor. La razón puede encontrarse, sin duda, en el necesario complemento entre una y otra perspectiva en ciertos casos extremos. (ENTRENA CUESTA, R., “El concepto de Administración Pública...”, cit.)

órganos del Estado.

Con claridad se desprende, pues, que el concepto de Administración pública al que alude este precepto constitucional es el de un conjunto de órganos que junto con el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, los órganos judiciales, etc., forma parte de la estructura del Estado. En concreto, ese precepto se refiere a la Administración general o gubernativa del Estado, es decir, del Estado como organización central, contrapuesta a las Comunidades Autónomas, las Provincias, los Municipios, etc., porque expresamente se dice que la reserva (relativa) de ley se establece en esta norma constitucional para los órganos de la Administración del Estado. El artículo 103.2 de la Constitución española trasluce, en consecuencia, el *concepto orgánico o subjetivo* de Administración<sup>64</sup>. Dentro de ésta, se refiere, en concreto, a la “parte de Administración” más fácilmente aprehensible y mejor delimitada que existe. Será la que GUAITA llamará “Administración ‘en sentido técnico o restringido’”, empleado además en los arts. 70.1 b), 149.1.18ª, 154 y, sobre todo, 97 CE<sup>65</sup>.

El concepto orgánico-subjetivo de Administración contenido en estos artículos se limita, en principio, a la del Estado. Es obvio que con ello no se agota este sentido del concepto de Administración. Según dispone el artículo 2.1 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, vigente hasta octubre de 2015, y que recoge el concepto orgánico que ahora nos interesa) son también Administración pública las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración local, además de las Entidades de

---

<sup>64</sup> *Vid.*, por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1988, p. 37.

<sup>65</sup> GUAITA MARTORELL, A., “Las ‘otras’ Administraciones del Estado”, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, IEF, Madrid, 1988, p. 864. Se le ha denominado también, por otros autores, “Administración propiamente dicha”, “la Administración dependiente del Gobierno”, “Administración gubernativa”, etc.

Derecho Público.

Según el artículo 103 de la Constitución española, la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Por Administración Pública se entiende, por tanto, el conjunto de Administraciones Públicas existentes, de manera que en realidad no existe una única Administración Pública, sino una pluralidad de ellas que integran la estructura administrativa del Estado.

Existe una multitud de normas de Derecho Administrativo que regulan el funcionamiento de la Administración, entre las que se encuentran, además de la propia Ley 30/1992, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE, que también será derogada por la Ley 40/2015); la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LGOB); y en alguna medida, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA); la Ley de Contratos del sector público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011.

Por lo tanto, y de manera simple, se podría definir el Derecho Administrativo como el Derecho de la Administración<sup>66</sup>. Así, según GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>67</sup>, una de las figuras más reputadas de la doctrina del Derecho Administrativo en España, “la más simple y tradicional definición del Derecho Administrativo lo considera como el Derecho de la Administración Pública, realidad política radicalmente ajena a las administraciones privadas, al menos desde el punto de vista jurídico, por más que, desde la perspectiva neutra de las técnicas de organización o de los métodos de trabajo ambas clases de

---

<sup>66</sup> MARTÍN MATEO, R.; DÍEZ SÁNCHEZ, . J., *Manual de Derecho Administrativo*. 28ª ed.-Navarra: Aranzadi. 2009, p. 62.

<sup>67</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p 29.

Administraciones puedan considerarse bajo un prisma unitario (tampoco nunca totalmente abstracto e intercambiable) por la llamada Ciencia de la Administración.”

En palabras de ZANOBINI, citado a su vez por RAMÓN PARADA<sup>68</sup>, “el Derecho Administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objetivo la organización, los medios y las formas de la actividad de las Administraciones Públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos”.

Como bien apunta F. GARRIDO FALLA<sup>69</sup>, el Derecho Administrativo es “aquella parte del Derecho público que regula la organización y el funcionamiento del Poder ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y Órganos constitucionales del Estado”.

También se puede definir el Derecho Administrativo como “aquel derecho que disciplina un conjunto de actividades eficazmente dirigidas a dar cumplida respuesta a los intereses públicos y para las cuales el ordenamiento concede potestades singulares”<sup>70</sup>.

Por consiguiente, podemos afirmar que el Derecho Administrativo es el conjunto no sólo de normas, sino también costumbres y principios que están destinados a regular el comportamiento de la sociedad organizada en un Estado y, por consiguiente, también el comportamiento de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, debemos tener cautela al vincular el Derecho

---

<sup>68</sup>PARADA, R., *Derecho Administrativo I*, Parte General. 17ª ed. - Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 27

<sup>69</sup>GARRIDO FALLA, F.; PALOMAR OLMEDA, A.; LOSADA GONZÁLES, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, V. I. 14ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 128.

<sup>70</sup>MARTÍN MATEO, R.; DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 64.

Administrativo sólo a las Administraciones Públicas, o incluso al afirmar, simplemente, que el Derecho Administrativo es el Derecho de las Administraciones Públicas, pues tales afirmaciones, según la doctrina moderna, no son totalmente correctas.

Las normas administrativas, por regla general, están destinadas a las Administraciones públicas, sin embargo, no es correcto afirmar que a las Administraciones Públicas se las aplican sólo las normas de Derecho Administrativo. En algunos casos, las normas de Derecho privado también se dirigen a las Administraciones Públicas; en otras ocasiones, por el contrario, las normas de Derecho Administrativo se dirigen a las personas de Derecho privado.

En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR<sup>71</sup> establece que:

“Decir, (...) que el Derecho Administrativo es el derecho de la Administración Pública, podría inducir a la conclusión de que se trata de dos nociones perfectamente homólogas; y de esta correlación se deducirían dos postulados hipotéticos: 1) que el Derecho Administrativo sólo se aplica a la Administración Pública y 2) que la Administración Pública sólo se rige por el Derecho Administrativo.”

Tales postulados, sin embargo, no son del todo verdaderos.

Llegados a este punto conviene preguntarse de qué se componen las Administraciones Públicas. El Derecho Administrativo, según los estudiosos y como ya hemos indicado anteriormente, nació a partir de la Revolución francesa y, la Administración Pública se vino a identificar con el poder Ejecutivo, en el marco constitucional del principio de la división de poderes. “El Derecho Administrativo venía a ser entonces el régimen del Poder Ejecutivo”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General* I. 2ª ed. Madrid: Iustel, 2009, p.47.

<sup>72</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 30.

Con el paso del tiempo, entorno a la segunda mitad del siglo XIX, se buscaron medios para garantizar la autonomía del Derecho público, la autonomía del Estado, atribuyéndolo el estatus de persona jurídica.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>73</sup>, “para el Derecho Administrativo la Administración pública es una persona jurídica. Esta personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo.”

A primera vista puede dar la impresión de que la Administración es única, pero no es así. En el ordenamiento hay varias Administraciones Públicas, cada una de ellas titulares de relaciones jurídicas administrativas.

La todavía vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece y regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones, además del procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas. En su artículo 2.1 y 2.2 determina su “ámbito de aplicación”, y con él que “se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas”. Establece lo siguiente:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación.

“1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

A) La Administración General del Estado.

B) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

C) Las Entidades que integran la Administración Local.

2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de

---

<sup>73</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 32.

Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.”

Como afirman GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS<sup>74</sup> “ninguna norma recoge un concepto de la Administración Pública, sólo regulan definiciones de lo que se entiende por Administración Pública *a efectos de aplicación de cada Ley específica* (...). Esto convierte la cuestión en un asunto de carácter doctrinal y no exento de dificultades, debido a la extraordinaria variedad de Administraciones Públicas y a la diversidad de sus fines. Por ello, se han sucedido diferentes intentos de delimitación conceptual de la Administración.

De la misma forma, La ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, en el título I, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en su artículo 1.2 establece lo que se considerará Administración *a los efectos de esta Ley*:

“Artículo 1.2:

“Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas: a) La Administración General del Estado. b) La Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración local. d) Las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o a las Entidades locales”.

Ello nos lleva a concluir que no hay una única Administración Pública, sino varias. En España, las Administraciones Públicas están organizadas en tres niveles territoriales: El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales. Cada una de ellas, a su vez, puede crear su propio conjunto de órganos a los cuales confiarán funciones específicas y relevantes, que también se

---

<sup>74</sup> GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 71.



considerarán Administraciones Públicas.

GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS<sup>75</sup> definen a la Administración como “una organización social dotada de personalidad jurídica y de poder público con la finalidad institucional de servir al interés general, sometiéndose plenamente al derecho y al control judicial”. A la vez, los mismos autores aportan la siguiente tabla de las distintas concepciones de la Administración propuestas en la doctrina europea, clasificación que advierten es “no exhaustiva y de fines meramente pedagógicos”:

DENOMINACIÓN DE LA TEORÍA Y AUTOR PRINCIPAL	CONCEPTO-BASE	DEFINICIÓN RESULTANTE
Jurisdiccional: CORMENIN, GÉRANDO, MACAREL.	Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.	Son Administraciones Públicas las instituciones cuya actividad es revisada judicialmente por el Consejo de estado.
Del servicio público: Escuela de Burdeos (DUGHIT).	Servicio público (interés general).	Son Administraciones Públicas las instituciones que actúan en persecución del interés general.
Del poder público: Escuela de Tolosa (HAURIOU).	Poder público de naturaleza imperativa.	Son Administraciones Públicas los sujetos que ejercen poder público de carácter imperativo.
Funcionalista: OLIVÁN, COLMEIRO, DE BURGOS, POSADA DE HERRERA, GARRIDO FALLA.	Función Administrativa.	Es Administración pública aquella parte del Poder Ejecutivo distinta del gobierno y dirigida a la ejecución de las leyes.
Subjetiva: GARCIA DE ENTERRÍA.	Personalidad jurídica de la Administración.	La Administración Pública es un conjunto de órganos dotados de personalidad jurídica que está sometido a un Derecho estatutario propio.

De forma sucinta, pensamos, pues, que se puede afirmar que la *Administración Pública* de España es el aparato de gobierno y gestión de los

<sup>75</sup> GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, cit., p. 72.

intereses públicos españoles.

Para cumplir sus fines, cada una de las Administraciones Públicas se sirve de patrimonio y empleados públicos, mediante los que pretende cumplir sus objetivos. Cuando la Administración haga uso de personas físicas que, a cambio de una remuneración, trabaje por cuenta del órgano o ente al que estén adscritos, estaremos ante el empleo público, cuya normativa básica se encuentra en el texto Refundido del EBEP de 2015.

Las Administraciones Públicas españolas se dividen en Administraciones Territoriales o directas y Administraciones instrumentales, también denominadas institucionales, funcionales o indirectas, que es de lo que pasamos u ocuparnos.

#### **2.1.1.1. Administración Pública territorial**

El prototipo de Administración, tal como se ha descrito en las páginas anteriores, es una Administración de tipo territorial. Pero lo cierto es que la Administración moderna se divide en dos grandes grupos, cuyo criterio de división opera según una absoluta heterogeneidad, en la medida en que en uno y en otro caso funcionan los elementos territorio y fines. Estos dos grandes grupos son la *Administración territorial*, que algunos llaman directa, y la *Administración instrumental o institucional*, también denominada funcional o indirecta (aunque ya adelantamos que las propuestas doctrinales al respecto de estas segundas son variadas).

Sobre esta distinción decían GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ lo siguiente:

“La distinción entre entes territoriales y no territoriales, procedente de la doctrina alemana, alude en su formulación originaria al diverso

papel que el territorio puede jugar en la configuración misma del ente. En tanto que en los entes territoriales el territorio aparece como algo que afecta esencialmente a la naturaleza de la entidad, en los territoriales el papel del territorio se reduciría – dice esa tesis – al simple ámbito para el ejercicio de las competencias que les han sido asignadas.”<sup>76</sup>

La Administración Pública territorial o directa se ocupa genéricamente de todos los fines administrativos. Su relación con el administrado se establece por el solo hecho de estar domiciliado el administrado en un lugar del territorio que abarca la jurisdicción de una Administración.

“La razón principal y determinante de la creación de este tipo de Administración es muy simple, con ella ha querido la Administración territorial central, este es, el Estado, atender a determinados aspectos de la intervención que el entramado social demandaba, configurando el aparato administrativo de modo especialmente apto para tal atención, a cuyo efecto lo conveniente era crear figuras administrativas *ad hoc* dotadas de personalidad jurídica generalmente, y en todo caso surgidas con un perfil absolutamente autónomo frente a la masa indiferenciada de la Administración territorial.”<sup>77</sup>

La Administración Pública Territorial del Estado es aquella que se identifica con el Poder Ejecutivo, que tiene por función primordial la gestión de todo el territorio nacional en beneficio de los intereses generales, previstos en los artículos 97<sup>78</sup> y 103.1<sup>79</sup> de la Constitución española.

---

<sup>76</sup> <sup>76</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 386.

<sup>77</sup> GONZÁLEZ BERENGUER, J. L.

Disponible en:[http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=11695&cat=sociologia](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=11695&cat=sociologia). Consultado el 21/03/2010.

<sup>78</sup> Artículo 97: El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

<sup>79</sup> La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con

En las palabras de RAMÓN PARADA:

“La Administración del Estado es aquella parte de la Administración Pública, identificada con el Poder Ejecutivo, que tiene a su cargo la gestión en todo el territorio nacional de aquellas funciones y servicios que se consideran fundamentales para la existencia misma de la comunidad nacional. Actúa bajo la dirección del Gobierno y sirve con objetividad los intereses generales.”<sup>80</sup>

Así pues, la Administración pública puede ser clasificada en tres niveles:

1. Administración General del Estado: es la administración central de todo el Estado Español, conforme previsto en los artículos 97 y siguientes de la Constitución de España, encargada de llevar a la práctica el programa del Gobierno y de satisfacer los intereses generales.
2. Administración Autonómica: compuesta por todos aquellos organismos que gestionan competencias atribuidas total o parcialmente a las regiones y nacionalidades de España, prevista en los artículos 137 y siguientes de la Constitución.
3. Administración local: comprende a municipios, provincias y las islas, conforme artículos 140 y siguientes de la Constitución española.

Pero creadas por las Administraciones territoriales existe un abanico de instituciones de distinto tipo —unas, formalmente, son también auténticas Administraciones, otras no: estas segundas son las más problemáticas a los efectos de nuestra investigación—; en el fondo responden, todas ellas, a un principio de descentralización funcional. De ellas dice SANTAMARÍA PASTOR lo siguiente: “En torno de la misma (de la Administración territorial) encontramos un imponente conjunto de organizaciones diferenciadas, dotadas también cada una de ellas de personalidad jurídica propia, a las que se

---

sometimiento pleno a la ley y al Derecho

<sup>80</sup>PARADA, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*. 20ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 83.

encomienda la gestión de un servicio o área competencial determinada”<sup>81</sup>.

A este conjunto de organizaciones diferenciadas las denominamos Administraciones Instrumentales o indirectas, a las que nos referiremos en el siguiente epígrafe. Tienen interés para nosotros por un motivo: cuando estamos ante indubitadas Administraciones públicas (fundamentalmente las territoriales), es claro que el EBEP extiende la aplicación —al menos sus principios— a todo su personal, sea funcionario o laboral. El problema se concreta cuando estamos ante estas entidades “administrativas” o “públicas” que en realidad no son Administración formal, y que quedan fuera del ámbito de aplicación del EBEP.

#### **2.1.1.2. Administración Pública instrumental (o sector público instrumental)**

Para entender mejor el origen y la finalidad de la Administración instrumental en España, conviene que nos remontemos a su origen. Una de las primeras, si no la primera forma de Administración de tipo instrumental, se dio con la formación de las fundaciones reales, en la época de la Monarquía absoluta. Tales fundaciones tenían como prerrogativa prestar servicios de salud y se constituían, básicamente, en forma de hospitales.

Posteriormente, en el siglo XVIII, surgieran las fábricas reales, con la intención de desarrollar la industria por la Administración Real. Surgen así las fábricas de tapices, porcelanas, tejidos y armas.

Con el paso del tiempo, en el siglo XIX, la Administración instrumental se consolidó en la forma de establecimiento público, al objeto de permitir la prestación del servicio público esencial, u otros como educación (universidades), hospitales, centros de tratamiento para locos. Un objetivo de la formación de las Administraciones institucionales era atribuir una cierta independencia en la

---

<sup>81</sup>SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., pp. 32-33.

gestión de los servicios públicos prestados.

Según RAMÓN PARADA<sup>82</sup>, las Administraciones institucionales, por estar formalmente desvinculadas del interés del Estado, tenían mayor facilidad para lograr el apoyo de los particulares, lo que no sucedería si la entidad estuviese directamente vinculada a los intereses del Estado.

Podemos afirmar que en la Administración instrumental el Estado encontró una forma, indirecta, de transferir a la sociedad el deber de contribuir a las actividades originarias del Gobierno. Salud o educación son obligaciones originarias del Estado con respecto a sus administrados. De esta forma, difícilmente la mayor parte de los contribuyentes se sentiría animada a dar parte de su patrimonio al Estado, ni tampoco contribuir al buen desarrollo de la institución.

Mediante la Administración instrumental, sin embargo, y teniendo presente el hecho de que la misma no está vinculada directamente al poder Estatal, el administrado no se sentía contribuyendo directamente con el Estado, sino con aquel sector de población menos favorecido que necesita utilizar los servicios de salud, educación, etc.

Posteriormente, surgió entonces una tercera forma de Administración instrumental, constituida por las “cajas especiales”. En palabras de Ramón PARADA<sup>83</sup>, estas cajas especiales no fueron otra cosa que órganos administrativos ordinarios insertados en la jerarquía, pero privilegiados con excepciones de dudosa legalidad a los principios y reglas presupuestarias de unidad de caja y de especialidad. El objetivo era administrar las tasas recaudadas por la prestación de servicios con destino a compensar las insuficientes

---

<sup>82</sup> Al establecimiento público se le dota de personalidad jurídica independiente del Estado, con el fin de atraer a su patrimonio ciertas liberalidades (herencias, legados, donaciones) que los particulares no harían si el beneficiario fuese el conjunto del Estado y sus múltiples finalidades y no la institución concreta que motiva su generosidad. PARADA, R., *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, cit ., p. 229

<sup>83</sup> PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II*, cit., 230.

dotaciones presupuestarias del personal o material.

Ese sistema no fue del agrado de la mayor parte de la población, provocando un descontento en cuanto a la prestación de los servicios, ya que no seguía una transparencia y finalidad específica, originando, inclusive, graves desigualdades retributivas entre los funcionarios.

Para solventar esta situación, se publicaron dos leyes, con el objetivo precisamente de regular este tipo de institución: la ley de Tasas y Exacciones Parafiscales y la ley de Entidades Estatales Autónomas.

Hasta la publicación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, no existía ninguna legislación o reglamento de los entes institucionales. Cada ente se regía, de forma totalmente libre y desvinculada, por la respectiva norma de creación.

Esta Ley abandonó la terminología “establecimiento público” hasta entonces aplicada a la Administración institucional, pasando a denominar tales Entes como “Entidades Estatales Autónomas”. Estas entidades, a su vez, fueron clasificadas en tres clases, como son: Servicios administrativos sin personalidad jurídica, Organismos autónomos y Empresas nacionales.

Según PARADA VÁZQUEZ<sup>84</sup>, La Ley, según su Exposición de Motivos, respondía a la necesidad de resolver el problema originado “por la creación de diversas Entidades estatales que bien pueden denominarse autónomas, porque ha sido preciso dotarles de personalidad jurídica distinta del Estado, requieren, no obstante, una cierta autonomía funcional y financiera, sin la cual los servicios que tienen encomendados no podrían atenderse o lo serían deficientemente”.

Para la doctrina mayoritaria, la expresión “autonomía” transmite una falsa idea acerca de qué serían estas instituciones de la Administración Pública.

---

<sup>84</sup> PARADA, R., *Derecho Administrativo I cit.* p. 230.

Aunque no estuviesen directamente vinculadas al poder Estatal, tales instituciones dependerían del mismo, de manera que no tendría, efectivamente, autonomía en sus decisiones. De hecho, la propia exposición de motivos de la Ley hacía referencia a que “aún en los casos que dichas Entidades gozan de personalidad distinta del Estado no se trata de personas independientes del mismo”.

Lo que parece claro de este breve recorrido histórico es que la Administración territorial puede crear distintas entidades y dotarlas de personalidad jurídica propia. La finalidad de estas distintas entidades es gestionar las funciones atribuidas por la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales. Entre este conjunto de entes instrumentales creados por las Administraciones territoriales siempre han destacado unas entidades de indubitado carácter administrativo que la Ley española de Entidades Estatales Autónomas de 1958 denominó “organismos autónomos” (denominación que conservan hoy), y que integraban lo que se ha venido denominando Administración institucional, remarcando así lo naturaleza — insistimos— de auténtica Administración Pública.

Es bien conocido que esto obedece a un principio de descentralización funcional. Como apunta BENOIT, citado por RAMÓN PARADA<sup>85</sup>, mientras la descentralización territorial es un fenómeno esencialmente político y constituye una forma de concebir el Estado en su conjunto, provocada por la presión de la población y su forma de asentamiento, la denominada descentralización funcional es un fenómeno de distribución interna de los órganos públicos de los entes territoriales que depende del arte administrativo, fundamentado en razones técnicas, y en el que los administrados no se interesan directamente.

Aunque en la vieja Ley de 1958 se consideraban también como entidades

---

<sup>85</sup> PARADA, R., *Derecho Administrativo II, cit.*, p. 227



estatales autónomas a las “empresas nacionales”, en aquellos momentos no se planteaba una eventual naturaleza “administrativa”: estas sociedades integraban lo que, como un concepto puramente económico u organizativo, se llamaba, ya entonces, el “sector público”. Hoy en día la proliferación de entes creados por las Administraciones territoriales, y su relevancia, así como el interés por someterlos en alguna medida a reglas jurídico-públicas, ha llevado a un ensanchamiento de aquel concepto de Administración institucional, o mejor a sus sustitución por los de “Administración instrumental” o de “sector público” (éste segundo ha quedado, en los últimos años, “judificado”, incorporándolo a leyes jurídico-públicas como un concepto propiamente jurídico —desde la Ley General Presupuestaria de 2003<sup>86</sup>— como un conjunto heterogéneo de entidades, pero al que se aplican normas de este carácter). Así, es bien conocido que lo que era la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es hoy la Ley de Contratos del Sector Público. En la Administración Instrumental, pues, podremos encontrar una importante variedad de entes que difieren en relación a sus formas de personificación y régimen jurídico. Tales entes se diferencian por la instrumentalidad, es decir, los fines, los servicios y objetos que específicamente se le determinan. Por tal razón, a estos entes es común la designación de entes “instrumentales”.

En este caso se ha producido —cada vez con mayor profusión— una “vuelta de tuerca” a la descentralización funcional referida. En la medida en que el Estado fue asumiendo otras tareas en las áreas sociales y económicas, surgió también la necesidad de encontrar nuevas formas de gestión del servicio público y de la actividad privada ejercida por la Administración. Por un lado, la idea de especialización, con vistas a la obtención de mejores resultados. Por otro, y con el mismo objetivo, la utilización de métodos de gestión privada, más flexibles y más adaptables a la nueva forma de actividad asumida por el Estado, en especial la de naturaleza comercial e industrial. Conviene destacar que, en algunos países

---

<sup>86</sup> Su precedente Ley General Presupuestaria de 1977 y su Texto Refundido de 1988 mencionan reiteradamente al sector público pero carece propiamente de la condición de categoría jurídica.

como Alemania, tales hechos fueron realizados con fines de socialización y, en otros, especialmente en los subdesarrollados, con vistas al desarrollo económico, como sostiene DI PIETRO.<sup>87</sup>

La Administración indirecta, pues, se interesa por dotar a un sector de la Administración de una cierta independencia de gestión económica y jurídica, mediante el reconocimiento de personalidad jurídica propia, atemperándose discretamente el principio de jerarquía.

La proliferación de organizaciones especializadas resultará potenciada en las últimas décadas mediante la creación de sociedades mercantiles, sociedades anónimas o fundaciones, de capital íntegra o mayoritariamente público, para atender fines de interés general.

En lo referente a la nomenclatura o denominación de este tipo de entes, algunos autores<sup>88</sup> entienden que Administración instrumental, institucional, funcional e indirecta son términos sinónimos. Otra parte de la doctrina, por el contrario, sostiene que la Administración institucional es una especie que se integra en el género Administración instrumental, que también se denomina, decía SOCÍAS CAMACHO en 2014, “sector público instrumental”<sup>89</sup>. El dato que interesa también retener es que esta “Administración” instrumental agruparía entes a los que formalmente el legislador les niega el carácter de Administraciones Públicas, como enseguida veremos.

Si se acepta esta segunda acepción, el concepto de Administración Instrumental incluiría así entidades que no son consideradas formalmente como Administraciones Públicas por la (todavía vigente) LRJPAC (artículo 2.2), como

---

<sup>87</sup> ZANELLA DI PIETRO, M. S., *Derecho Administrativo, cit.*, p. 341.

<sup>88</sup> Como ejemplo es posible citar a PARADA, R., *Derecho Administrativo II, cit.*, p. 227; MARTÍN MATEO, R.; Díez SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Administrativo, cit.*, p. 205.

<sup>89</sup> En este sentido *vid*: SOCÍAS CAMACHO. J. M., “Huida del Derecho Público y racionalización administrativa en el sector público”, *cit.*, p. 271.

es el caso de las sociedades mercantiles públicas o de las fundaciones del sector público<sup>90</sup>.

Para la corriente doctrinal que entiende que la Administración institucional es una especie del género de las instrumentales, se podría establecer una nueva clasificación, en consideración a la distinta forma —pública o privada— que adopte la personificación del ente institucional. En palabras de SOCÍAS<sup>91</sup>, siguiendo este criterio, hay que distinguir dos subcategorías: los entes que adoptan una forma pública de personificación —denominados entes públicos de gestión u organismos públicos—; y los entes que adoptan una forma privada de personificación —principalmente sociedades públicas, fundaciones del sector público—.

Las características de las Administraciones instrumentales son la especialidad de sus fines, la agilidad en la prestación de sus actividades y servicios, así como la dependencia de un ente territorial, lo que se hace compatible con la atribución de personalidad jurídica independiente de éste.

Según SANTAMARÍA PASTOR<sup>92</sup>, el mundo de las Administraciones instrumentales es de una extrema diversidad y complejidad. Omitiendo algunos matices esenciales, agrupa las Administraciones en cuatro bloques, los cuales describiremos seguidamente, observando, rigurosamente, el enfoque dado por el citado autor.

Primer bloque: Hay, en primer lugar, un conjunto de entidades de carácter asociativo, en las que varias Administraciones territoriales se unen para la prestación de algún servicio de interés común (las más comunes se denominan mancomunidades de municipios y consorcios).

Segundo bloque: El grupo más numeroso, en segundo lugar, está formado

---

<sup>90</sup> SOCÍAS CAMACHO. J. M., *ibíd.*, p. 271-272.

<sup>91</sup> SOCÍAS CAMACHO. J. M., *ibíd.*, p. 272.

<sup>92</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, cit , p. 33.

por entidades cuya forma de personificación es de Derecho público (en un sentido que carece de paralelo en el Derecho privado), y su régimen jurídico es igualmente de Derecho público (es decir, el mismo que aplica la Administración matriz): en el Estado, al igual que en las entidades locales y en bastantes Comunidades Autónomas, estos entes se denominan Organismos Autónomos.

Tercer bloque: Un tercer bloque está constituido por entidades que, al igual que las anteriores, se hallan constituidas con una forma de personificación de Derecho público: en contraste, en cambio, en la mayor parte de sus relaciones externas se rigen por el Derecho privado (es decir, como cualquier otra persona jurídica privada, por el Derecho civil, el mercantil y el laboral), salvo en determinados aspectos de su actividad que la ley precisa en cada caso, y en las que también se rigen por el Derecho público. En el ordenamiento estatal, estos entes reciben la denominación de Entidades Públicas Empresariales y Agencias Estatales.

Cuarto bloque: Todas las Administraciones territoriales tienen constituidas entidades de forma societaria (normalmente, de sociedad mercantil): es decir, una forma típica del Derecho privado, rigiéndose igualmente por éste. Aunque el capital de dichas sociedades suele pertenecer en su integridad a la respectiva Administración, ésta puede integrar en aquél a sujetos privados; pero la sociedad no se considera pública, por lo general, sino cuando al menos la mayoría del capital se encuentra en manos de dicha Administración territorial. Y, aunque desde un punto de vista funcional estas sociedades públicas no se diferencian sustancialmente de las categorías anteriores, la generalidad de la doctrina suele negarles la condición de Administraciones Públicas: no “son” Administración, sino “propiedades de” la Administración.

Pero veamos cuál ha sido el discurrir legal en este campo; que es lo mismo que referir la incorporación al ordenamiento jurídico-administrativo del concepto de sector público.

La Ley General Presupuestaria, 47/2003, de 26 de noviembre, acoge un concepto propiamente jurídico de “sector público (estatal)”, bien que sea “a los efectos de esta Ley”. En él se integran, según el artículo 2º, la Administración General del Estado, los organismos autónomos dependientes de ella, las entidades públicas empresariales, las entidades gestoras de la Seguridad Social, las sociedades mercantiles estatales, las fundaciones del sector público, el resto de entidades estatales de derecho público, y los consorcios adscritos a la Administración Pública estatal. En el artículo siguiente divide estos integrantes entre el sector público administrativo (que estaría integrado, fundamentalmente, por la Administración General del Estado, los organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social), sector público empresarial (fundamentalmente, las entidades públicas empresariales) y el sector público fundacional (integrado por las fundaciones del sector público estatal). A partir del 2 de octubre de 2016 regirá la nueva redacción de estos preceptos incorporada a la disposición final 8.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. La nueva letra de la Ley denomina “sector público institucional estatal” (como vimos que proponía alguna doctrina) al conjunto de entes que configuran el sector público estatal distintos a la Administración General del Estado<sup>93</sup>. Pero no determina esta Ley —no le corresponde— qué entes de entre ellos lo considera formalmente como Administración: solo está determinando

---

<sup>93</sup> Establece lo siguiente: “2. Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades:

a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en:

1.º Organismos autónomos.

2.º Entidades Públicas Empresariales.

b) Las autoridades administrativas independientes.

c) Las sociedades mercantiles estatales.

d) Los consorcios adscritos a la Administración General del Estado.

e) Las fundaciones del sector público adscritas a la Administración General del Estado.

f) Los fondos sin personalidad jurídica.

g) Las universidades públicas no transferidas.

h) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros mancomunados.

i) Cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado.

qué conjunto de entes regirá en los aspectos presupuestarios, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero.

Sí determinan qué entes del sector público tienen la condición de Administración dos leyes posteriores a la Ley Presupuestaria: la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (hoy Texto Refundido de 2011) y la nueva Ley 40/2015, recién referida.

Más allá de la Ley Presupuestaria, la Ley de contratos de 2007 es la primera gran ley española que modifica su tenor clásico y su ámbito de aplicación para incluir al conjunto de entidades que integran el sector público, a la vez que determina cuáles considera Administración (prescindiremos de detallarlo).

La Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 2015 constituye la “consagración legal” del concepto de “sector público”. Comienza señalando que “La presente Ley se aplica al sector público que comprende [se echa en falta una coma]:

- a) La Administración General del Estado.
- b) La Administración de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local
- d) El sector público institucional.”

Y el número 2 del mismo artículo especifica qué entidades se integran en el ahora denominado sector público institucional:

- a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.
- b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las

mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

- c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley”.

El número 3º de este artículo 2 establece qué entes de entre los citados “tienen la consideración de Administración Pública”. Obsérvese que, a diferencia de la aún vigente LRJPAC —que sabemos comienza sentando lo que “se entiende *a los efectos de esta Ley* por Administración Pública”—, ahora la dicción legal tiene connotaciones definitorias sobre lo que habrá de considerarse en el ordenamiento español como *Administración* o como *sector público*. Pues bien, según este apartado, tendrán la condición de Administración Pública, por una parte, “la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local”; y por otra parte, “los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2”. Llama la atención que el legislador está negando la condición de Administración a las Universidades Públicas (¿una omisión o descuido del legislador?).

En lo que a nosotros interesa, conviene resaltar que las “entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de [cualquiera de] las Administraciones Públicas” —lógicamente estamos pensando en las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas, prototípicas entidades instrumentales públicas de derecho privado— tendrán la condición de la “sector público institucional”, pero carecen de la consideración de Administración. Lo importante de esta razonable categorización es que comporta a su vinculación a una serie de normas contenidas en esta Ley y, en concreto, a unos principios estructurantes recogidos en el artículo 3 de la Ley (coincidente en su tenor con el artículo 103.1 de la Constitución), que nos ocuparán en adelante.

### **2.1.2. Principios jurídicos de la contratación laboral en el sector público en España**

Para contratar empleados, el sector público español debe cumplir determinados requisitos, reglas impuestas por la legislación —empezando por la Constitución—, derivadas de aquel régimen jurídico-público al cual está, todo él, sujeto, aunque en distinta medida según estemos ante una Administración Pública en sentido estricto o formal o ante un entidad del sector público institucional.

Tales imposiciones obedecen a que la Administración Pública no puede, por regla general, incorporar personas específicas, sin seguir determinados criterios para esta contratación. Sin embargo, en particular en el sector público institucional, en ocasiones se aplican, pura y simplemente, las normas de Derecho privado, olvidándose que, a pesar de que las Administraciones indirectas se rijan fundamentalmente por el Derecho privado, tienen una base insoslayable que es de Derecho público, fundada en principios establecidos en la Constitución española.

En sabias palabras de Alejandro NIETO<sup>94</sup>, el funcionamiento de la Administración Pública descansa, en definitiva, sobre un trípode de principios esenciales (legalidad, eficacia e intereses generales) —imperativo algo tambaleante, como se comprobará seguidamente— sin perjuicio de la presencia de algunos otros, no irrelevantes desde luego.

Veamos ahora cuáles son esos principios de deberían vertebrar toda la actividad laboral de la Administración, sea la Administración formal o la instrumental —insistimos en ello—. En este sentido, según LORENZO DE

---

<sup>94</sup>NIETO, A.,. *El desgobierno de lo público*. 1ª ed., Barcelona: Ariel. 2008, p. 216.



MEMBIELA<sup>95</sup> concurren tres tipos de garantías de distinta naturaleza: las derivadas de los preceptos constitucionales; las derivadas de la legislación ordinaria y un tercer bloque constituido por los Principios generales del derecho.

Empezaremos por los principios o garantías derivados de la propia Constitución. En este sentido, esto es lo que se establece en el artículo 103 de la Constitución española:

1. “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.
2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.
3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

Al acometer el estudio de estas exigencias constitucionales distinguiremos entre las establecidas con carácter general para todo el sector público, que se recogen en el artículo 103.1, y que analizaremos su aplicación, en concreto, a la contratación laboral. Después nos detendremos en el estudio de los principios constitucionales específicamente previstos para la Administración pública como empleadora, que son los acogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución. Solo después nos centraremos en los principios legales que recoge el Estatuto Básico del Empleado Público vigente, ahora recogido en el Texto Refundido de 2015.

---

<sup>95</sup>LORENZO DE MEMBIELA, J.,. *El Acceso y la provisión de puestos de trabajo en la administración pública. Manual práctico y casuístico de la función pública*. Navarra: Aranzadi, 2005, pp. 53-1134.

Inicialmente, pues, nos detendremos en lo que significa cada uno de los principios establecidos en el artículo 103.1, de la Constitución española, y en que en alguna medida habrán de afectar a la contratación laboral de cualquier ente público.

### **2.1.2.1. Principios constitucionales del artículo 103.1 de la Constitución española en su aplicación a la contratación laboral en el sector público**

Procede sentar de entrada que, aunque el artículo 103.1 de la Constitución —lo mismo que el artículo 3.1 de la Ley 40/2015 sobre el Sector Público, que es exacta reproducción de aquél— comience afirmando que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...”, en realidad los mandatos y principios que incorpora se proyectan —según acabamos de ver— *tanto sobre la Administración en sentido estricto como sobre las entidades de Derecho privado que se integran en el sector público institucional*: el artículo 2.2.b) de la nueva Ley 40/2015 declara expresamente a estas entidades como sujetas a los principios del artículo 3.1. Advertimos que este mismo artículo, además de reproducir el artículo 103.1 de la Constitución, incorpora una serie de principios en su párrafo segundo que refuerzan o complementan los principios constitucionales, y por eso los citaremos en ocasiones en adelante. Esta es la razón de que el título de este epígrafe se refiera a los principios constitucionales aplicables a la contratación laboral “en el sector público”, y no específicamente en la Administración Pública en sentido estricto. También es cierto que varios de estos principios constitucionales son específicamente propios de una Administración en el sentido formal, más que de las entidades de naturaleza privada del sector público.

Veamos, pues, estos principios en su aplicación a la contratación laboral, sin perder de vista de éstos se proyectan también sobre la incorporación de personal funcionario a las Administraciones en sentido estricto.

### **2.1.2.1.1. Principio de eficacia**

El primer principio del artículo 103.1 de la Constitución y del artículo 3.1 de la Ley 40/2015 es el de eficacia<sup>96</sup>. Ésta, como modo peculiar de perseguir los fines de interés general, actúa como principio esencial para la actuación administrativa buscando la calidad de los servicios y la buena gestión económica. El principio de eficacia perseguirá que la Administración Pública cumpla los objetivos fijados a la hora de prestar los servicios a los ciudadanos. Pero debe ir más allá del mero cumplimiento, tendiendo hacia unos índices de calidad óptimos.

El principio de eficiencia, que completa el de eficacia, atiende a la optimización en el uso de los recursos materiales y humanos para la consecución de los fines planteados y la mejora de la calidad de los servicios, condicionando la toma de decisiones para obtener mayores logros a menores costes.

En este sentido, GAMERO CASADO apunta:

“El principio de eficacia también incorpora una acepción que lo identifica con la eficiencia, y que se expresa en términos de economicidad, de utilidad (ORTEGA). En este segundo sentido, la Constitución pretende la optimización de los medios: se trata de que la Administración logre el máximo rendimiento de los recursos disponibles, ya sea porque se llevan a cabo un mayor número de actuaciones con menor cantidad de recursos, ya sea porque con los mismos recursos se logran más amplios objetivos. En el mismo sentido, el artículo 31.2 de la Constitución española exige que la programación y

---

<sup>96</sup> La ley recoge, en este punto, como principios de actuación de las Administraciones/sector público “eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados” (letra h); “economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales” (letra i); eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos” (letra j).

ejecución del gasto público responda a los criterios de eficiencia y economía”<sup>97</sup>.

El principio de la eficacia, pues, pretende que el Estado no se limite a cumplir sus servicios, sino que los cumpla de la mejor manera posible.

Algunos autores apuntan que, incluso, este principio es incompatible con el principio de la legalidad, cuestión de la que nos ocuparemos más adelante.

Lo que está claro es que estos mandatos de eficacia y eficiencia se proyectan sobre la incorporación de personal laboral al sector público, orientando en la toma de decisiones. No obstante, ya advertimos en el capítulo primero, relativo a la huida del Derecho Administrativo, que —en palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ— “sería excesivo, sin embargo, intentar colocar el principio de eficacia como piedra angular de la Administración Pública...”, pues sobre él prima el servicio al interés general; y también señalamos que era precisamente la “excusa” de la eficacia lo que había alentado no pocas veces aquella huida. Y en este sentido, en materia de contratación laboral, el rigor en el servicio al interés general puede complicar o encarecer los procedimientos...

#### **2.1.2.1.2. Principio de jerarquía**

No cabe duda que el principio de jerarquía rige especialmente en las estructuras propiamente administrativa, frente a las entidades de condición privada que pertenecen al sector público institucional. Y es que la organización administrativa se estructura de manera jerárquica, con una multiplicidad de órganos; de ellos, los de nivel superior hacen primar su voluntad sobre los de inferior. Este principio se hace plenamente efectivo cuando se cumplen dos condiciones: en primer lugar, la existencia de una pluralidad de órganos

---

<sup>97</sup>GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, cit., p. 77.

materialmente competentes ante una actuación y que tiene diferente nivel de estructura; en segundo lugar, la primacía del órgano con grado superior sobre los inferiores para dirigir y sustituir la voluntad de éstos en aras de alcanzar la necesaria unidad administrativa para alcanzar el fin deseado.

Para su efectividad real, los órganos superiores se invisten de una serie de facultades o poderes, que se corresponden con el deber de obediencia, respeto y acatamiento de las órdenes por parte del órgano inferior so pena de responsabilidad disciplinaria, tales como:

1. El poder de dirección e impulso de los órganos superiores sobre los inferiores mediante la promulgación de normas internas como instrucciones o circulares.
2. El poder de inspección, vigilancia o control que ejercen los órganos superiores sobre los inferiores para asegurar que los medios empleados y los fines perseguidos son los deseados por el órgano superior, y que puede ser ejercitada de oficio o a instancia de parte interesada.
3. La posibilidad de anular actos de órganos inferiores mediante la resolución de recurso administrativo.
4. La facultad disciplinaria sobre titulares de órganos inferiores.
5. La facultad de delegar en órganos inferiores, también la de resolver por ellos mismos.
6. La posibilidad de resolver conflictos de competencias entre órganos inferiores.

La jerarquía, en las palabras de GAMERO CASADO<sup>98</sup> “significa que cada Administración Pública es una pirámide organizativa compuesta por una multiplicidad de órganos relacionados entre sí mediante vínculos de dependencia, siendo unos superiores a otros, y el Gobierno de cada Administración, su máximo superior jerárquico”.

### **2.1.2.1.3. Principio de descentralización**

El concepto de descentralización administrativa supone un traspaso de funciones desde una organización a otra, cada una de ellas dotada de su correspondiente personalidad jurídica, buscando la aproximación de los niveles de decisión a los administrados, e intentando evitar disfunciones propias del excesivo centralismo, distribuyendo el poder. Aunque es un principio vertebrador de la organización estrictamente administrativa, ya vimos que precisamente la existencia del sector público obedecía, en líneas generales, a un deseo de descentralización funcional por parte de las Administraciones matrices. En cuanto comporta atribuir una autonomía, por más que relativa, al ente creado, este principio entronca con el principio de autonomía.

El principio de la descentralización posee dos vertientes:

a) La descentralización territorial

Desde la perspectiva de la descentralización territorial, la distribución de funciones se realiza desde el ámbito de la Administración estatal hacia otros entes territoriales: locales o regionales, dotadas de su correspondiente autonomía. En todo caso, supone la existencia de las siguientes características:

- El ente territorial que adquiere funciones, tiene reconocido un

---

<sup>98</sup> GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de derecho Administrativo, cit.*, p. 78.

ámbito de competencias propio.

- El ente territorial descentralizado goza de personalidad jurídica propia.
- Los titulares de los órganos de gobierno son distintos e independientes.

#### b) La descentralización funcional

La descentralización funcional, también llamada institucional, antes referida: pretende incrementar las cotas de libertad de gestión a los responsables de un servicio público. Se manifiesta en una técnica, utilizada por las diferentes Administraciones, como ya se ha visto, consistente en la creación de organizaciones especializadas a las que se transfieren funciones para su ejercicio efectivo. Estas organizaciones especializadas gozan de autonomía formal y jurídica, y están dotadas de personalidad jurídica.

#### **2.1.2.1.4. Principio de desconcentración**

Típicamente administrativa, la desconcentración administrativa es un proceso de transferencia de la titularidad y el ejercicio de competencias de un órgano superior a otro inferior dentro de un mismo ente público, con carácter permanente.

Sus principales características son las siguientes:

- Se produce una transferencia de competencias desde un órgano superior a otro inferior, es decir, sin creación de órganos nuevos, y en sentido vertical descendente.
- Ha de ser en el seno de un mismo ente, no consiste en la

transferencia entre entes diferentes.

- La transferencia interna puede dirigirse a un órgano subordinado central o periférico.
- La transferencia ha de tener vocación de permanencia, no para un asunto en concreto.
- Se aplica tanto en las Administraciones territoriales como institucionales, siempre que exista una relación jerárquica.

Mediante la aplicación del principio de desconcentración, se consigue una descarga efectiva de funciones de los órganos superiores, acercando la Administración a los administrados.

#### **2.1.2.1.5. Principio de coordinación**

La existencia de una pluralidad de Administraciones (territoriales o instrumentales) genera la posibilidad de duplicidades y contradicciones en una misma materia, con el riesgo de producirse tanto derroches en relación a costes materiales como de esfuerzo por la superposición.

La coordinación es un principio organizativo que pretende lograr la unidad en la actuación administrativa entre Administraciones diferentes o entre órganos pertenecientes a ámbitos distintos de una misma Administración, no relacionados por el principio de jerarquía.

Los tipos de coordinación son los siguientes:

- a) La coordinación entre órganos administrativos



Se trata del establecimiento de técnicas de coordinación entre órganos de una misma Administración Pública y, en su caso, con los de otra organización administrativa mediante técnicas orgánicas y funcionales. Las técnicas orgánicas consisten en la existencia de órganos específicos y de carácter permanente con clara función coordinadora, como por ejemplo las Comisiones Delegadas del Gobierno. Las técnicas funcionales conllevan la creación de órganos colegiados, presididos por un coordinador, o reuniones periódicas de titulares de órganos inferiores presididas por un superior jerárquico.

b) La coordinación de las Entidades Locales por el Estado y por las Comunidades Autónomas

En el artículo 10.1, de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), se afirma que la Administración local y las demás Administraciones públicas ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos.

c) La coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas

La Administración General del Estado se coordina con la Administración de las Comunidades Autónomas a través del Delegado del Gobierno (artículo 154 de la Constitución española). Son mecanismos típicos de la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas las conferencias sectoriales, para la coordinación del Estado con todas las Comunidades Autónomas en un ámbito de actuación administrativa y las comisiones bilaterales de cooperación, para tratar asuntos de interés entre el Estado y una concreta Comunidad Autónoma.

El principio de coordinación pretende precisamente que los distintos órganos administrativos se comuniquen entre sí, y actúen de forma armónica, buscando los intereses generales y la eficacia en la administración.

Además, tiene como objetivo, que se eviten casos como el citado por Alejandro NIETO<sup>99</sup>, en el que en una oficina pública no pudieron entrar en funcionamiento los ordenadores (comprados con fondos públicos) por la simple razón de que no se habían instalado los necesarios enchufes eléctricos. Tal situación derivó de una falta de coordinación de competencias, entre el órgano que compró los ordenadores y el órgano responsable de la instalación de los enchufes, que eran distintas.

GAMERO CASADO<sup>100</sup> define este principio como “la necesidad de que tanto los diferentes órganos de una misma Administración, como la 'constelación' de Administraciones Públicas a la que antes se aludía, actúen armónicamente, evitando solapamientos o disfuncionalidades en su actuación”.

#### **2.1.2.1.6. Principio del sometimiento pleno a la ley y al Derecho**

Cuando el artículo 103 de la Constitución española establece que la Administración, además de someterse a los principios que acabamos de mencionar, deberá actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, deja en el aire una duda.

El interrogante es: ¿a qué Derecho se refiere? ¿A su derecho propio —el Derecho Administrativo—, o a cualquier Derecho, incluso el privado?

Ramón PARADA<sup>101</sup>, contestando a este interrogante, advierte, en primer lugar que “el artículo 153.c) de la Constitución menciona expresamente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa —y no la penal, civil o laboral—, a la que remite el control de la Administración a las Comunidades Autónomas y sus

---

<sup>99</sup> NIETO, A., *El desgobierno de lo público*, cit., p. 232.

<sup>100</sup> GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, cit., p. 78.

<sup>101</sup> PARADA, R., *Derecho Administrativo I*, cit., p. 42.

normas reglamentarias.”

Con buen criterio, continúa afirmando:

“Se trata de una referencia precisa a este orden jurisdiccional que, al ser el único mencionado por su nombre y apellido, resulta constitucionalizado en nuestra Carta Magna. Por ello, hay que entender que, cuando el artículo 106 CE, de forma más general, establece que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que los justifican”, se está refiriendo precisamente a la norma administrativa y a los Tribunales Contencioso-Administrativos y no al Derecho privado y al orden jurisdiccional civil o laboral (DEL SAZ)”<sup>102</sup>.

El principio de sometimiento pleno a la ley y al Derecho consiste en el hecho de que la Administración sólo podrá actuar en los exactos límites definidos en la ley. Al contrario de los entes particulares, que pueden hacer todo lo que no estuviera prohibido por la ley, la Administración sólo podrá actuar en la forma definida por la ley. Es decir, la Administración es completamente sumisa a las disposiciones legales vigentes.

GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>103</sup> afirma que, según el planteamiento originario del principio de legalidad, la Administración, primero, no podía actuar por propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la Ley; y segundo, a ese mecanismo se le calificaba de proceso de ejecución de la Ley.

La tradicional corriente derivada de KELSEN ya no admitía que los poderes jurídicos no estuviesen desarrollados en la normativa previamente establecida. Todos los actos de los entes públicos, todos, sin ninguna excepción, deberían estar previstos en las normativas.

---

<sup>102</sup>PARADA, R., *Derecho Administrativo I, cit.*, p. 43.

<sup>103</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, cit.*, p. 446.

Las Administraciones, bien sea cuando llevan a cabo un acto vinculado, bien sea cuando realizan un acto discrecional, deben someterse a los límites de la ley vigente.

“Así, pues, no hay en Derecho español ningún 'espacio franco o libre de Ley' en que la Administración pueda actuar con un poder jurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de 'someterse a Derecho' han de ser 'conformes' a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen 'infracción del Ordenamiento jurídico' y le priva actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad), de validez. El derecho no es, pues, para la Administración una linde externo que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa.”<sup>104</sup>

Así, es posible afirmar, con propiedad, que solo cuando la Administración actúa en los límites de ley, su actuación será legítima. Pero, ¿actuación legítima es sinónimo de eficacia?

En este punto es necesario hacer una breve digresión acerca del binomio “legalidad y eficacia”. Parte de la doctrina sostiene que son principios incompatibles entre sí; otros, defienden la idea de que se complementan; y también están aquéllos que, al analizar los dos principios, alegan que es imprescindible para la Administración la búsqueda del equilibrio.

Alejandro NIETO<sup>105</sup>, muy acertadamente, afirma que los ciudadanos tienen tres deseos primarios: el primero, la voluntad de que la Administración gestione de la mejor manera posible los objetivos que tiene a su cargo; el segundo, que esta gestión sea realizada con economía, eficacia y eficiencia,

---

<sup>104</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, .R., *Curso de Derecho Administrativo, cit.*, p. 450.

<sup>105</sup>NIETO, A., *El desgobierno de lo público, cit.*, pp. 216-217.

dentro de un nivel de calidad; y el tercero, que todas las actuaciones se ajusten escrupulosamente a la ley.

Encontrar la fórmula mágica de equilibrar los tres deseos de los ciudadanos es una tarea ardua y a veces imposible, lo que lleva a algunos administradores públicos a optar entre uno de los dos principios.

No obstante, a pesar de que optar por uno en detrimento del otro principio no sea la forma más adecuada de administrar, la práctica nos muestra que es justamente la opción por uno de ellos la alternativa más escogida por los administradores.

“La autoridad y el funcionario mediocres tienden a respetar escrupulosamente la ley, aunque ello suponga un sacrificio de la eficacia, por una razón muy explicable: el cumplimiento estricto de la ley no produce nunca responsabilidad personal, dado que la pérdida de la eficacia se imputa entonces a la norma, no al que la ejecuta, y lo contrario sucede en el caso inverso.”<sup>106</sup>

La mejor doctrina nos enseña que no se debe, jamás, optar, simplemente, por un principio en detrimento del otro, sino utilizar del criterio de la ponderación entre principios, y buscar, en el caso concreto, el equilibrio, en beneficio a los intereses sociales. Según NIETO, “no se trata ya sólo de que el Estado preste los servicios que se consideran necesarios para la comunidad, sino que, además, los preste bien, es decir, con calidad”.

El cumplimiento de la legalidad, para algunos, significa justamente una dificultad para alcanzar la eficacia, puesto que las leyes, muchas veces, tienen tantos requisitos y peculiaridades para ser cumplidos que terminan por caer en la morosidad, burocracia e ineffectividad. Para estos estudiosos del Derecho Administrativo, estas armas creadas al amparo de la legislación justifican la

---

<sup>106</sup> NIETO, A., *El desgobierno de lo público*, cit., pp. 217-218.

“huida del Derecho Administrativo”. Por su parte, los organismos estatales, en un intento de buscar la eficacia, se despegan de la Administración, y, también con amparo en la legislación, se convierten en un ente autónomo.

No se debe olvidar, no obstante, que el hecho de convertirse en un organismo autónomo o sociedad anónima no comporta al ente estatal su desvinculación con respecto a la ley, pues aunque sea una persona jurídica de derecho privado, su objetivo continúa intacto, es decir, satisfacer el interés público, razón por la cual debe actuar estrictamente en los límites del principio de la legalidad.

Comprendido el alcance de cada uno de los principios arriba definidos, y teniendo siempre en cuenta que la Administración pública está vinculada a ellos, ha de añadirse que, para actuar como empleadora, la Administración Pública también deberá someterse a otras reglas y principios específicos: unos constitucionales y otros legales.

En relación con los primeros, la Constitución española, en su artículo 23.2 establece que “Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”. Y el artículo 103.3 dice que “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. Vayamos con su estudio.

#### **2.1.2.2. Principios constitucionales específicos de la Administración como empleadora (artículos 23.2 y 103.3 de la CE): igualdad, mérito y capacidad**

En el ordenamiento español, ya hemos visto que los principios de

igualdad, mérito y capacidad están recogidos en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española. El primero de ellos se refiere a la *igualdad* como principio inexcusable en el acceso “a las funciones y cargos públicos”. El segundo alude al “acceso a la función pública de acuerdo con los principios de *mérito* y *capacidad*”. El primer problema, esencial para nuestros efectos, es si estos principios rectores en materia de personal se aplican solo en el ámbito de la Administración Pública en sentido estricto —las territoriales y los organismos públicos y las demás entidades derecho público por aquéllas creados—, como de entrada podría deducirse de las dos dicciones constitucionales, o si tales principios han de operar también en la Administración o sector público instrumental. Aquí se sitúa uno de nuestros empeños reforzados, en el sentido de afirmar que estas reglas maestras de la materia de personal tengan plena aplicación también en este segundo conjunto de entes. Aunque veremos más adelante con más detalle lo relativo a estos entes instrumentales, ha de adelantarse que la vigencia en ellos de la igualdad, el mérito y la capacidad ha empezado a plasmarse ya en el ordenamiento jurídico español, aunque haya sido de una manera un tanto anormal. Adelantémoslo.

Aunque corresponde mayor detalle a un epígrafe posterior, dedicado a los principios incorporados al EBEP, ha de señalarse ahora que el primer reconocimiento legal expreso de la aplicación de los principios constitucionales que nos ocupan al sector público de carácter privado ha tenido lugar por vía una disposición adicional: la primera del EBEP. Según ésta:

“Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”.

Señaladamente, y según veremos, el artículo 55 del Estatuto refiere que

“todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público [en todo el sector público] de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”. Es decir, lisa y llanamente, *tales principios han de regir en la contratación de personal para todo el sector público español*: no puede perderse de vista que se trata de una norma de carácter básico, aplicable a todas las Administraciones.

La otra dificultad existente cuando nos referimos a estos principios del acceso al empleo público, recogidos en los artículos 23.2. y 103.3 de la Constitución, es justamente definir lo que serían, efectivamente, los conceptos de igualdad, mérito y capacidad. En este sentido, importante mencionar el contenido en la sentencia 50/1986, de 23 de abril de 1986, del Tribunal Constitucional, la cual afirma que “mérito y capacidad” son conceptos jurídicamente indeterminados<sup>107</sup>.

Tales principios, aunque operan de manera especial y singular en el momento del acceso a las funciones y cargos públicos, lo cierto es que no sólo resultan de aplicación en ese momento, sino que prolongan su virtualidad a lo largo de la vida del empleo público; y se hacen sobre todo patentes en la regulación de los sistemas de provisión de puestos de trabajo y en el sistema de carrera y de promoción interna<sup>108</sup>. Y lo mismo puede afirmarse del momento de

---

<sup>107</sup> Sentencia 50/1986: (...) “Ni el legislador se encuentra respecto de la Constitución en una situación análoga a la que la Administración ocupa respecto de la Ley, ni, aunque así no fuera, puede negarse un amplio margen de libertad, tanto al legislador como a la Administración para dotar de contenido concreto en cada caso a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad, ni, por último, y reduciéndonos al presente caso, puede considerarse en modo alguno como arbitrario o irrazonable que se estime como mérito para el acceso a unas plazas administrativas de nivel superior el estar ocupando otras de nivel inferior. No se trata aquí, en efecto, de una convocatoria para el ingreso en la función pública (la que simultáneamente se hizo con esta finalidad estaba abierta por igual a funcionarios y no funcionarios), sino de una promoción entre funcionarios para el acceso a plazas de Oficial, aunque a través del sistema selectivo del concurso-oposición, lo que no resulta contrario a la Constitución sino concorde con ella, dado el mandato constitucional de favorecer la promoción mediante el trabajo (artículo 35.1)”.

<sup>108</sup> GARCÍA GARCÍA, M<sup>a</sup>. J., “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. n.º 15. mayo 2008. p. 129.



salida o extensión del empleo público: cuando se produzcan despidos debe excluirse toda arbitrariedad, y debe establecerse un orden de salida acorde con estos principios.

De ahí la importancia y necesidad de concretar el contenido y exigencias de cada uno de estos principios.

#### **2.1.2.2.1. Igualdad**

La igualdad en el acceso a los empleos públicos no constituye un principio o regla menor. Baste considerar el tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU del año 1948, que en su artículo 21.2 proclama que “Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

La igualdad, además de ser un valor superior del ordenamiento jurídico español, conforme define el artículo primero de la Constitución, también viene puede considerarse como principio propio de la Administración Pública, tanto en el artículo 9.2<sup>109</sup>, como en el artículo 14<sup>110</sup>. Además, el artículo 23.2 lo ubica entre los derechos fundamentales de los ciudadanos en relación con el acceso a las funciones públicas. Toda actividad administrativa debe basarse en la igualdad de todos ante la ley, que para alcanzar la igualdad, siempre los desiguales deberán ser tratados de forma desigual, justamente para poder alcanzar el objetivo de la igualdad. Recordemos la máxima de Aristóteles que, hoy en día, continúa orientando la doctrina, en el sentido de que se debe tratar igual a los

---

<sup>109</sup>Artículo 9.2. “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

<sup>110</sup>Artículo 14 de la CE:

“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

iguales y desigualmente los desiguales, en la medida de sus desigualdades. Estas situaciones de desigualdad justifican, por ejemplo, la discriminación positiva de que son objeto las personas con discapacidad en la legislación española de empleo público, al regular el acceso al mismo<sup>111</sup>.

El origen del principio de igualdad se remonta al periodo de la Revolución Francesa, una de cuyas banderas fue la igualdad respecto a la aplicación de la ley, es decir, los efectos de determinada ley no podrían ser distintos para los ciudadanos.

Con la evolución de la historia, el concepto de igualdad ante la ley dio lugar a la igualdad dentro de la ley. Lo que implica que lo que importa no es la igualdad en los efectos de las leyes —que se da por descontado—, pero sí la igualdad de tratamiento dentro de las leyes. El tratamiento no puede ser discriminatorio.

El principio de igualdad también puede ser estudiado desde dos ángulos, como son: igualdad formal e igualdad material. La distinción entre igualdad material (o sustancial) y formal constituye pieza obligada en el estudio de la igualdad jurídica. Aparentemente la distinción es clara: igualdad formal consistiría en la igualdad en la eficacia general de las leyes, consideración de todos los hombres formalmente iguales ante la ley; igualdad material, sería la igualdad real o efectiva, igualdad superadora de las diferencias reales que existen en la sociedad<sup>112</sup>.

La Constitución española, en su artículo 23.2 se refiere a la igualdad

---

<sup>111</sup> El artículo 59 del EBEP dispone que “En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad”, porcentaje que se visto ampliado desde la versión original del Estatuto, que reservaba un cinco por ciento de las vacantes a discapacitados. Ha de advertirse de que, según la disposición adicional primera del EBEP, este artículo 59 es aplicable a todas las entidades que componen el sector público, y no solo a las que caen en su ámbito de aplicación.

<sup>112</sup> BAÑO LEÓN, J. M<sup>a</sup>., “La igualdad como derecho público subjetivo” en *Revista de Administración Pública*, nº 114, 1987, p. 149.

material, propiamente, representada en el caso concreto. Lo que quiere decir que se permite al legislador que establezca un tratamiento diferenciado para los ciudadanos siempre que los destinatarios de la norma estén en situaciones diferenciadas. Por tanto, los criterios de diferenciación deberán ser claramente establecidos.

Según SANCHEZ MORÓN, en la práctica tal principio tiene mayor aplicación y aceptación en el ámbito del empleo público que en el privado, pero su plena efectividad se encontraba entre las preocupaciones del momento de la aprobación de la nueva legislación de empleo público: junto con el EBEP, se tramitaba en las Cortes, al mismo tiempo, el Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (que daría lugar a la LO 3/2007).

El derecho a ser considerado como procedimiento selectivo o electivo a las funciones y cargos públicos derivará de las normas legales o reglamentarias que, en cada caso, disciplinarán el acceso a los cargos o funciones públicas. Lo que se deriva del artículo 23.2 es que todos los españoles tienen derecho a impugnar, ante la jurisdicción ordinaria o ante el Tribunal Constitucional como último término, todas las normas o la aplicación concreta de tales normas que no respetan la igualdad en ese acceso.

El artículo 23.2 —conviene destacarlo— no reconoce un derecho a ocupar cargos y funciones públicas, pero sí prohíbe que el legislador regule el acceso a tales cargos y funciones públicas de forma que desemboque en discriminación o lesión de la igualdad.

Por último, como una concreción del principio general de igualdad, hay que recordar que el EBEL, específicamente como “fundamento de actuación” de la regulación que contiene, recoge la “igualdad de trato entre hombres y mujeres”, con el objetivo de contrarrestar una realidad —no legal pero sí sociológicamente arrastrada— de un trato dispar entre unos y otras, ciertamente bastante más acotado en los últimos tiempos.

#### 2.1.2.2.2. Mérito y Capacidad

Estos principios constitucionales previstos en el artículo 103.3 de la Constitución española implican la carga de comprobar las capacidades, idoneidades y conocimientos necesarios para aquellas personas que desearan acceder a un determinado cargo o función pública. Es, sin duda, uno de los puntos dolientes en materia de personal, pues no es difícil que lo es mérito y capacidad para un órgano de selección puede no serlo para otro, y, al establecer cada Administración sus propios presupuestos, requisitos y baremos para determinar el mérito y la capacidad, se acaba mitigando tanto el principio de igualdad como el de legalidad.

El legislador tiene un amplio margen cuanto a la regulación de las pruebas de selección de los candidatos<sup>113</sup>, así como a considerar qué méritos y capacidades serán relevantes para ser considerados en el momento de acceso al cargo o función pública. Este margen de libertad, sin embargo, está limitado por la necesidad de no crear desigualdades arbitrarias.

Es necesario, también, que los criterios de mérito y capacidad definidos sean coincidentes con lo requerido para el cargo o función pública de que se trate. En este sentido, la jurisprudencia viene señalando que la capacidad, y especialmente los méritos a tener en cuenta en el proceso de selección, han de

---

<sup>113</sup> En esta línea, Luis LÓPEZ GUERRA, sostiene que este margen debe estar condicionalmente limitado por los propios principios de mérito y capacidad: “Ahora bien, esta libertad se ve cualificada por otro precepto constitucional, el contenido en el artículo 103.3: ‘la ley regulará (...) el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad’. El legislador, pues, podrá restringir el ámbito y los ciudadanos que puedan acceder a la función pública: pero esa restricción solo podrá basarse en criterios de mérito y capacidad, y no en otros, por muy relevantes o valiosos que pudieran ser (remedio de situaciones de necesidad, compensación de tratamientos injustos, etc.)”. LOPEZ GUERRA, L., y otros: *Derecho Constitucional*, Vol. I, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. p. 69.

respetar el criterio objetivo de estar en directa relación con la función a desempeñar<sup>114</sup>.

Por otra parte, se ha de evitar que con las delimitaciones de mérito y capacidad a valorar sean tan concretas que se pueda señalar o privilegiar a personas determinadas. Deben establecerse los requisitos considerándose referencias generalizadas y abstractas, jamás admitiendo referencias individualizadas, prohibiéndose también la consideración de las condiciones sociales o personales de las personas que participen en el proceso de selección.

En definitiva, el legislador dispone de un amplio margen para regular las pruebas de selección para el acceso a los cargos públicos. No obstante esta libertad que se reconoce al legislador, es necesario señalar que existen dos límites constitucionales: — En sentido positivo, los requisitos de acceso han de responder única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad. — En sentido negativo, interdicción de que la regulación de las condiciones de acceso se haga en términos concretos e individualizados que equivalgan a una verdadera y propia aceptación de personas<sup>115</sup>.

La jurisprudencia ha establecido que mérito y capacidad son conceptos jurídicos indeterminables, de modo que no se puede negar al legislador y a la Administración un amplio margen de libertad para elegir el contenido concreto, en cada caso, de qué méritos y capacidades serán considerados para el acceso a un cierto cargo o función pública.

---

<sup>114</sup> En este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 42/1981 de 22 de diciembre de 1981; 67/1989 de 18 de abril de 1989 y 215/1991 de 14 de noviembre de 1991).

<sup>115</sup> GARCÍA GARCÍA, M<sup>a</sup>.J., *“Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público”*, cit., p.134.

### **2.1.2.3. Principios legales del artículo 1.3 del Estatuto Básico del Empleado Público**

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) fue aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril. Este texto ha sido derogado recientemente y sustituido por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico de los Empleados Públicos, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. El EBEP es una norma cuya formulación se realiza en gran medida a través de principios. Para ello, consideró como base los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y, a partir de estos, desarrolló los principios específicos aplicables a los funcionarios públicos y al personal laboral.

Lo primero que hay que resaltar es la opción del legislador en cuanto al *ámbito de aplicación* del EBEP: en principio, este Estatuto se aplicará únicamente al *personal funcionario* y, en alguna medida —“en la medida que proceda”, dice, según la propia Ley va indicando en adelante en su articulado—, al *personal laboral*, que esté *al servicio de las Administraciones Públicas en sentido estricto*. Así pues, queda fuera, por tanto, de su ámbito regulador la contratación de personal por parte de las entidades de la Administración instrumental (de cuya regulación de la contratación de personal nos ocuparemos en el apartado siguiente). Y es que el artículo 2.1 prevé la aplicación del Estatuto en “las siguientes Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.
- c) Las Administraciones de las entidades locales.
- d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

e) Las Universidades Públicas”.

Hemos dicho en el epígrafe anterior que este era “en principio” el ámbito de aplicación del Estatuto porque sabemos que la disposición adicional primera hace aplicables ciertos preceptos a la contratación por parte de todo el sector público, señaladamente del artículo 55, que recoge los principios rectores en materia de acceso (como veremos).

Ahora nos centraremos en el artículo 1.3 del EBEP, que define de manera exhaustiva *los fundamentos de actuación*<sup>116</sup> aplicables al personal laboral y funcionarios públicos al servicio de las Administraciones Públicas, no se encuentre entre los aplicables fuera del estricto ámbito de aplicación del EBEP que acabamos de referir. De tales fundamentos se puede afirmar que desde las letras “a” hasta la letra “i” del apartado 3 del artículo 1 tratan específicamente de los principios de la Administración Pública como empleadora. Aunque formalmente estos “fundamentos” o “principios”, que seguidamente detallaremos, no se apliquen al personal de las entidades instrumentales de carácter privado de las Administraciones, en realidad no pueden sino vincularles también: varios de estos principios del EBEP (servicio a los ciudadanos, objetividad, eficacia y eficiencia en la gestión de recursos, transparencia, responsabilidad en la gestión, cooperación) se recogen también en el artículo 3.1

---

<sup>116</sup> “3. Este Estatuto refleja, del mismo modo, los siguientes fundamentos de actuación:

- a) Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales.
- b) Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional.
- c) Sometimiento pleno a la ley y al Derecho.
- d) Igualdad de trato entre mujeres y hombres.
- e) Objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera.
- f) Eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos.
- g) Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos.
- h) Transparencia.
- i) Evaluación y responsabilidad en la gestión.
- j) Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas.
- k) Negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo.
- l) Cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público”.

de la Ley 40/2015, como principios de actuación general aplicables también a estas entidades de Derecho privado del sector público institucional; y también se citan en el artículo 55 del EBEL en materia de acceso, aplicable a estas entidades.

Como afirma SÁNCHEZ MORÓN<sup>117</sup> “el informe de la Comisión, ciertamente, proponía reconocer en el texto del EBEP un conjunto de principios ordenadores del empleo público. Y hacerlo “de manera ordenada y sencilla”, con el fin de que cualquier persona pueda deducir de ellos los fundamentos de nuestro modelo de empleo público”.

Considerándose que muchos de los principios del artículo 1.3 del EBEP son una clara repetición de los principios constitucionales referidos y estudiados en el punto 1.2.1 del presente Capítulo, los comentarios que realizaremos seguidamente se limitarán al resto de principios.

#### **2.1.2.3.1. Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales**

Se puede afirmar que con este principio el legislador pretendió asegurar que el régimen jurídico del empleo público esté orientado a todos los ciudadanos, al interés público, puesto que el Principio del Interés Público constituye la razón de ser de la Administración y la base misma del Derecho Administrativo: la Administración tiene como misión la tutela del interés público (el interés común) en detrimento del interés individual (el interés particular). Basta reiterar lo que se establece en el artículo 103.1 de la CE, “*La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales*”.

No obstante, hay que recordar que tal afirmación no es tan simple como

---

<sup>117</sup>SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. 2ª ed. Valladolid: Lex Nova. 2008, p.53.



pueda parecer. Hay quien afirma, señaladamente el profesor Alejandro NIETO<sup>118</sup>, que el concepto de “interés general” es en buena medida subjetivo, es indefinido (en cuanto que ninguna norma lo ha precisado) así como indefinible objetivamente (en cuanto que no existe criterio objetivo alguno para realizar esta operación). Concluye este autor, en una apreciación quizá demasiado pesimista de este concepto tan nuclear, que la verdadera naturaleza de los intereses generales es de *pura ideología, pues cumplen una mera función ideológica de legitimación de poder*.

Según MONTALVO ABIOL<sup>119</sup>, al concepto de “interés general” se le pueden atribuir acepciones muy amplias, pudiendo encontrar conceptos sinónimos a lo largo de la literatura jurídica universal, como “bienestar general”, “interés público” o “bien común”. Todos estos conceptos van más allá de la idea de una mera directriz para la adopción por parte de la ciencia política. Lo adecuado sería afirmar que el interés general estaría directamente ligado al proceso democrático de la sociedad. Sigue el autor afirmando que no se puede concebir el interés general de forma aritmética, es decir, mediante la suma de los intereses individuales de la ciudadanía, pues adolece de ciertos elementos contradictorios para la compleja psicología humana. De igual modo, no sería correcto identificar el interés general con las decisiones que toma la autoridad pública, independientemente de cuáles sean. Lo más adecuado, afirma, sería entenderlo como una cláusula general o principio programático, un concepto formal aunque abstracto, que hace referencia a todo bien jurídico protegido por la comunidad jurídica y determinado por el poder político.

---

<sup>118</sup> Alejandro NIETO, al comentar acerca de los intereses generales apunta que: “no sabemos qué son ni en qué consisten esos importantes intereses generales —sean concretos o 'difusos'— ni si son los mismos que los intereses públicos, los colectivos, los de la comunidad, los del Estado y aun los de España (que también están recogidos en la Constitución)”. NIETO, A., *El desgobierno de lo público*, cit., p. 232.

<sup>119</sup> MONTALVO ABIOL, J.C., *El concepto de interés general en la administración moderna*. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos83/concepto-interes-general-administracion-moderna/concepto-interes-general-administracion-moderna2.shtml#ixzz3mt1U3Yfc>. Acceso en: 26.09.2014

No obstante, sea o no un concepto de contenido ideológico, es justamente el interés general lo que legitima el poder; de esta forma, la actuación de la Administración, si no toma en consideración los intereses generales (entendiéndose aquí por interés general o interés de la colectividad), es posible afirmar que la actuación será ilegítima.

#### **2.1.2.3.2. Objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizados con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera**

El principio de objetividad, previsto en el cuerpo del artículo 103.1 de la CE, se resume en el hecho de que la actuación de la Administración pública debe ser imparcial, objetiva.

Además, los servicios prestados para los órganos públicos tienen, como ya vimos, como objetivo los intereses públicos. Así, la actuación de los empleados se prestará al margen de cualquier otro interés (personales, familiares, políticos) que no sea el del interés general de los ciudadanos.

Por tal razón, los funcionarios de carrera están revestidos de la prerrogativa de la inamovilidad, lo que significa que si actuara, en el ejercicio de su función, en beneficio del interés general (aunque el interés general no sea el interés de su superior), tal funcionario de carrera no podrá ser removido de su puesto, porque está cumpliendo su estricto deber legal.

La finalidad de inamovilidad garantiza que los funcionarios ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público, y jamás de dedicación a la voluntad particular de sí mismo o de sus gobernantes (entendiéndose en este caso, las prácticas gubernativas como contrarias al principio del interés general).

La inamovilidad tiene como finalidad, pues, asegurar la probidad en el ejercicio de la función pública, la ética, la transparencia y la seguridad de las Administraciones Públicas.

#### **2.1.2.3.3. Eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos**

El Estatuto también se preocupó por la eficacia en la gestión de los recursos humanos. Como ya hemos indicado, el cumplimiento de la legalidad no es suficiente si no va acompañada de la eficacia.

Tal y como establece el artículo 69 del EBEP<sup>120</sup>, la planificación de los recursos humanos tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles, adoptando, entre otras, las medidas de análisis de necesidad y disponibilidad de personal, nivel de cualificación de los funcionarios, organización del sistema de trabajo, modificaciones de estructuras de puestos de trabajo, promociones internas y formación específica y actual del personal.

#### **2.1.2.3.4. Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos**

Este principio pretende garantizar la prestación efectiva y eficaz del trabajo por parte de los empleados públicos. Determina que estos deberán, permanentemente, buscar formas de actualización y cualificación en sus

---

<sup>120</sup> Artículo 69 del EBEP: “1. La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad. 2. Las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas (...)”.

actividades. Es un derecho-deber del Estado proporcionar a sus empleados cursos de cualificación y actualización, así como deber de estos de participar en dichos cursos. Es, pues, un derecho-deber de doble sentido, que debe ser cumplido por las dos partes, la Administración y sus empleados.

#### **2.1.2.3.5. Transparencia**

La transparencia, más que un principio, es una obligación de la Administración Pública. Los actos, todos los actos, deben ser transparentes. Así, al actuar como empleadora, la Administración Pública tiene obligación de ser cristalina, transparente en todas las fases de la contratación del personal.

El principio de la transparencia, pues, consiste en que los criterios para selección del personal sean claros, objetivos, accesibles y conocidos por toda población. No se admite actuaciones dudosas, tampoco tendenciosas. Toda población tiene derecho a conocer las reglas, requisitos y criterios de los actos en materia de personal por parte de la Administración Pública.

#### **2.1.2.3.6. Evaluación y responsabilidad en la gestión**

Por estar la Administración vinculada por la ley, es posible concluir que los actos arbitrarios están completamente prohibidos y no los puede llevar a cabo la Administración.

Todos los actos de la Administración de selección de su personal deben ser motivados, vinculados a la ley, en los términos definidos por el artículo 9.3<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Artículo 9.3 de la CE:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la

de la CE. Así, la contratación del personal laboral debe seguir los exactos requisitos definidos por la ley, quedando prohibidos los actos arbitrarios.

#### **2.1.2.3.7. Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas**

Mediante este principio, se garantiza que la contratación del personal laboral deba seguir los procedimientos previstos en la ley, estableciendo las atribuciones de cada función y tarea.

#### **2.1.2.3.8. Negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo**

Así como en la iniciativa privada, en el sector público los trabajadores tienen derecho de negociar de forma colectiva, así como de participar, por medio de representantes, en las negociaciones de las condiciones laborales.

#### **2.1.2.3.9. Cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público**

El último principio recogido en el artículo 1.3 del EBEP determina que todas las Administraciones tienen la obligación de cooperar entre sí para una mejor regulación y gestión del empleo público, precisamente para garantizar una forma de tratamiento uniforme entre todos los ámbitos del gobierno y la unicidad de tratamiento entre los trabajadores públicos.

Una vez analizados, aunque de forma superficial, cada uno de los principios arriba referidos, y por tratarse de la gestión de la Administración Pública, tales principios deberán estar siempre presentes en los actos que lleve a cabo la Administración a la hora de contratar personal laboral.

Como sostiene uno de los protagonistas de la redacción del EBEP, en definitiva, los fundamentos enumerados en el artículo 1.3 del EBEP reflejan el tipo de empleo público que se pretende tener, que es el propio de una Administración servicial, transparente, eficaz, bien ordenada y dotada de un sistema moderno de relaciones laborales. Lo que sucede es que, como la Comisión señaló, no basta con enunciar estos principios o fundamentos, sino que han reflejarse después coherentemente en el desarrollo y en la interpretación y aplicación del Estatuto<sup>122</sup>.

Preocupado por el acceso al empleo público, como elemento esencial para la efectividad de estos principios, así como para la adquisición de la relación de servicio, el legislador también incluyó, en el EBEP, concretamente en el artículo 55, los principios rectores en relación con el acceso al empleo público, los cuales analizaremos en el siguiente punto.

#### **2.1.2.4. Principios rectores en relación con el acceso al empleo público (artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público)**

Lógicamente, ha de comenzarse reiterando lo dicho más atrás en cuanto al ámbito de aplicación de estos principios sobre el acceso al empleo establecidos por el artículo 55 del EBEP: que se aplican no solo a los empleados de las Administraciones citadas en el artículo 2.1 del EBEP, sino a las entidades privadas instrumentales de las Administraciones que se integran en el sector

---

<sup>122</sup>SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 54.

público estatal, autonómico y local. Conviene subrayar, asimismo, que tales principios se aplican de igual forma tanto a la selección de los funcionarios públicos como a de los empleados públicos laborales.

Los principios del artículo 55 son los siguientes:

#### **2.1.2.4.1. Derecho al acceso al empleo público**

Comienza estableciendo el artículo 55 que “Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”.

Baste apuntar que la igualdad en el acceso, derecho fundamental como antes hemos citado, nuevamente es apuntada por el legislador en este artículo, justamente para remarcar la fuerza de tal derecho, de enorme relevancia en el momento de la incorporación de los empleados a las Administraciones.

El derecho de igualdad en el acceso de puestos de trabajo es susceptible de ser defendido por la vía preferente y sumaria de recurso contencioso-administrativo, así como por el recurso de amparo constitucional. Hace algún tiempo, el Tribunal Constitucional reconocía que el recurso de amparo podía ser interpuesto sólo por los funcionarios, sin embargo, hoy, con el EBEP, esta opinión ya no se sostiene<sup>123</sup>.

A partir de ahí, el EBEP establece que las Administraciones Públicas,

---

<sup>123</sup> Por cierto, tradicionalmente el Tribunal Constitucional ha limitado el recurso de amparo en estos casos a los supuestos de acceso a la función pública en sentido restricto, con exclusión de los procedimientos de acceso al empleo público laboral. Esta jurisprudencia restrictiva carece, sin embargo, de una base sólida, pues el empleo público laboral implica también el desempeño de un cargo o función pública en sentido lato, esto es, de un puesto de trabajo en el sector público y lo que importa a los fines del artículo 23.2 de la Constitución es que, en todos los casos, los ciudadanos se encuentren en situación de igualdad y no sean discriminados. Ahora, tras la intensa aproximación del régimen del empleo público laboral al de los funcionarios que lleva a cabo el EBEP, aquella postura jurisprudencial tiene aún menos justificación. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p.54. 402

entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del EBEP, seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen, además de los principios constitucionales antes expresados, otra serie de principios, que son los siguientes:

#### **2.1.2.4.2. Publicidad de las convocatorias y de sus bases**

Este principio determina que las bases y las convocatorias sean previamente difundidas en los medios de publicidad, posibilitando su conocimiento por toda población interesada en participar de las convocatorias.

#### **2.1.2.4.3. Transparencia**

La transparencia está al servicio de la publicidad, de la claridad, de la no arbitrariedad, de la fundamentación, de la vinculación a legalidad y objetividad del proceso de selección de los empleados. SÁNCHEZ MORÓN dice que “impone que todos puedan conocer los actos de trámite del procedimiento que les afecten directa o indirectamente. Requiere, en fin, que las decisiones sean suficientemente motivadas”<sup>124</sup>.

#### **2.1.2.4.4. Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección**

Este principio asegura el hecho de que los profesionales participantes de los órganos de selección estén suficientemente cualificados para analizar el

---

<sup>124</sup>SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p.403.



mérito y capacidad de los candidatos. En este sentido, son de aplaudir las previsiones del artículo 60 del EBEP<sup>125</sup>, especialmente en cuanto determina que el personal de elección o de designación política queda excluido de los procesos selectivos.

#### **2.1.2.4.5. Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección**

Por independencia, según SÁNCHEZ MORÓN<sup>126</sup>, al comentar este artículo, hay que entender que tales órganos no pueden estar sujetos a instrucciones de ningún tipo, ni a interferencias o influencias espurias por parte de persona u organización alguna. Por discrecionalidad técnica hay que entender la capacidad autónoma de valoración de los méritos y capacidades de los candidatos por parte de los miembros del órgano de selección, conforme a su pericia profesional; pero obedeciendo, en todo caso, a los términos de las convocatorias y sus bases.

#### **2.1.2.4.6. Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar**

Como ya hemos expresado más atrás, este principio se refiere a la idea de que las pruebas y el contenido de la selección tengan relación directa con las

---

<sup>125</sup>“Artículo 60. Órganos de selección.

1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.

2. El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.

3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie.”

<sup>126</sup>SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 403.

funciones que los candidatos ejercerán en el respectivo puesto de trabajo. Este principio tiene por finalidad la eficacia del proceso de selección y la actividad del trabajador. Se concreta en el artículo 61.2 del EBEP<sup>127</sup>.

#### **2.1.2.4.7. Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección**

Este principio, así como el anterior, pretende la eficacia del procedimiento. Según SÁNCHEZ MORÓN, las consecuencias concretas de este principio variarán según el tipo de empleado que se trate de seleccionar, el número de candidatos y otras variantes.

Estos principios rectores son principios específicos que regulan el acceso de los trabajadores a la prestación de trabajo en las Administraciones Públicas, de manera que si no son efectivamente respetados pueden acarrear la invalidez de la selección realizada.

### **2.1.3. La regulación de la contratación de personal en el sector público institucional español**

#### **2.1.3.1. De la LOFAGE a la Ley 40/2015**

La Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, pendiente en casi su integridad de entrada en vigor (según la disposición final 18ª), termina con varias “perversiones” o “limitaciones” que se daban en el LOFAGE de 1997.

---

<sup>127</sup> “**Artículo 61.** Sistemas selectivos.

2. Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas.”

Por una parte, como cierta y disculpable perversión, en esta Ley estatal de 1997, su título no se adecuaba a su contenido: era, inicialmente, una ley sobre la Administración General del Estado, pero, sin embargo, se regulaba también su Administración institucional —que, siendo auténtica Administración la allí regulada, lo que hace perdonable esta imprecisión, obviamente, no forma parte de Administración General estatal—.

Por otra parte, como primera limitación, la LOFAGE dejaba huérfanas de regulación “administrativa”, y remitidas a la regulación presupuestaria de Ley General Presupuestaria, unas entidades que se consideraban tiempo atrás como sector público de Derecho privado —y la razón de tal ausencia de la ley era, precisamente, que no son propiamente Administraciones—: estamos hablando de las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones públicas.

La otra gran limitación de esta ley estatal era que, precisamente por ser “estatal”, no aportaba un mínimo común normativo regulador de toda esta constelación de entidades instrumentales, públicas y privadas en su forma jurídica, pero, en último término, todas ellas *públicas* sin duda alguna. Se carecía hasta ahora de un mínimo normativo que fuera válido para todas las Entidades y Administraciones territoriales. Ciertamente, lo que la nueva Ley 40/2015 aporta sobre tal constelación de entes es muy reducido (en el aspecto organizativo, la mayoría de la nueva ley no es básica, sino aplicable solo a la Administración General estatal y a su sector público), pero al menos aporta unas reglas maestras, terminológicas y reguladoras. Conscientes de esta circunstancia, lo que en adelante se dirá de la regulación en materia de personal en el sector público institucional en su mayor parte lo habremos de referir, por fuerza, solo al sector público estatal, aunque las valoraciones que se hagan tendrán alcance general.

Ya hemos ido viendo que, como parte que son del sector público, a las entidades integradas en lo que legislador acaba de denominar “sector público institucional” se les aplica muchas de las normas —en forma de principios— que

acabamos de detallar. A lo dicho, añádase la siguiente previsión, del artículo 81.1 de la Ley 40/2015 (de carácter básico), hasta ahora no citada, pero que refuerza parte de lo dicho:

“Las entidades que integran el sector público institucional están sometidas en su actuación a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera así como al principio de transparencia en su gestión. En particular se sujetarán en materia de personal, incluido el laboral, a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales”.

Corresponde ahora detenernos en las distintas formas jurídicas que integran el sector público institucional, intentando aportar luces sobre la regulación de la materia de personal.

### **2.1.3.2. Reglas de contratación en las distintas entidades del sector público**

#### **2.1.3.2.1. Organismos públicos**

La LOFAGE, como novedad en el ordenamiento español, creó —para la Administración estatal— una categoría institucional genérica que llamó *organismos públicos*, y que englobaba a la organismos autónomos, a las entidades públicas empresariales y, desde la Ley 28/2006, a las agencias estatales<sup>128</sup>. En lo que a nosotros interesa tal categoría jurídica se acoge en otras leyes, y señaladamente en el EBEP, cuyo artículo 2.1 declara aplicable esta ley a los organismos públicos: reténgase este dato porque determina una de las

---

<sup>128</sup> Figura ésta que no contempla la nueva Ley 40/2015: declara derogada la Ley 28/2006 cuando concluya la adaptación de las Agencias existentes a las estructuras administrativas que permanecen, proceso que deberá realizarse en el plazo de tres años, de acuerdo con la disposición adicional cuarta.

incongruencias de la legislación española vigente y de la que entrará en vigor en unos meses.

Adviértase también que el artículo 2 de la Ley 40/2015 declara como parte del sector público institucional a “cualesquiera organismos públicos” (nº 2, letra a), para en el apartado 3º declarar que estos tienen la consideración de Administración Pública. Pero en ningún momento la Ley los define con carácter básico; solo lo hará para la Administración General del Estado en los artículos 88 y siguientes.

Así las cosas, lo que interesa realmente es detenerlos, e indagar en la regulación sobre la materia de personal, de las entidades que se consideran por el legislador como organismos públicos.

#### **2.1.3.2.2. Organismos autónomos**

Una de las figuras clásicas —está sí— del ordenamiento jurídico-administrativo español es la del *organismo autónomo*, diseñado en la Ley de Entidades Estatales de 1958 en términos miméticos a los actuales. Partiendo de la base de que su existencia y regulación es creación estatal, con carácter no básico, ha de advertirse que las legislaciones autonómicas contemplan también tales organismos autónomos como parte de sus propias Administraciones institucionales. Lo que nos aboca a la norma de aplicación solo al ámbito estatal.

Tanto la LOFAGE —en esto vigente— como la Ley 40/2015 consideran al organismo autónomo como un organismo público, y lo será el más prototípico y genuino. Es, por tanto, entidad de derecho público, Administración en sentido estricto, parte de la tradicionalmente denominada Administración institucional.

Desde el punto de vista del régimen de personal caben pocas dudas:

como indubitada Administración sometida plenamente al Derecho Administrativo, a los organismos autónomos se les aplicará el EBEP —“y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos y de la normativa laboral”, dice el artículo 100 de la Ley 40/2015—. Podrá estar servido, pues, por funcionarios o laborales en los términos allí determinados.

### **2.1.3.2.3. Entidades públicas empresariales**

El otro organismo público recogido en tanto en la LOFAGE como en la Ley 40/2015 es la entidad pública empresarial. Esta segunda ley, en el artículo 103 (insistimos: sin carácter básico, solo aplicable a la Administración estatal) no duda en calificarlo como “entidad de Derecho público”, calificativo que omitía la LOFAGE. Ahora bien, ambas leyes proclaman que “se rigen por el Derecho privado”, aunque es una afirmación un tanto ligera a la vista de las excepciones que la propia ley señala<sup>129</sup>, y del hecho de que tales entidades acogen históricamente personal funcionario. Por tanto, es clara la voluntad de considerarlas como entidades públicas (auténtica Administración) aunque, como regla general, por razón de sus tareas (de tenor empresarial)<sup>130</sup>, sometan su actividad al Derecho privado. Aquella duplicidad de personal justifica lo que pudiera parecer un contrasentido: que las cuestiones laborales se remiten al Derecho del trabajo... cuando el EBEP había declarado que todos los organismos públicos —y las entidades públicas empresariales lo son— se rigen por el EBEP.

El régimen laboral está ahora diseñado en el artículo 106 de la Ley

---

<sup>129</sup> A lo que añade el artículo 103 de la Ley 40/2015: “excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación”.

<sup>130</sup> Así dice la Ley: “se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación”.

40/2015, en estos aquilatados términos:

“1. El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado, quienes se regirán por lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos o por la normativa laboral.

2. La selección del personal laboral de estas entidades se realizará conforme a las siguientes reglas:

a) El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado con arreglo a los criterios establecidos en el apartado 11 del artículo 55, atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

b) El resto del personal será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

Conviene resaltar que la contratación de personal en régimen laboral no dispensa del sometimiento a los principios fundamentales constitucionales en materia de personal.

A parte de las entidades recién tratadas —organismos autónomos y entidades públicas empresariales—, la legislación estatal considera también como parte del sector público institucional estatal otras entidades de derecho público que aquí obviaremos: las autoridades administrativas independientes, los consorcios y las Universidades públicas no transferidas. Nos limitaremos a tratar las verdaderamente problemáticas y fuente de desmanes en materia de personal: las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público.

#### 2.1.3.2.4. Sociedades mercantiles

Tal como se ha expuesto ya, todas las Administraciones (las territoriales y también las institucionales) recurren para el cumplimiento de sus fines a sociedades de Derecho privado. Ya se señaló la legitimidad del recurso a formas privadas —más aún, su obligatoriedad— cuando el poder público interviene concurrentialmente con privados en la producción de bienes, como exigencia de una cabal competencia.

Estas sociedades mercantiles no son Administración en el sentido formal, lo que reconoce taxativamente el artículo 2.3 de la nueva Ley 40/2015. Pero *son sector público institucional* —según la misma ley—; *Administración instrumental* las califica alguna doctrina. Recuérdese que PARADA hablaba del “disfraz” de Sociedad Anónima, pese al cual ésta “no deja de ser Administración”, por lo cual debería “estar sujeta a los mismos principios constitucionales”. Por tanto, ¿el evidente sometimiento de la sociedad mercantil pública a la legislación laboral en la contratación de personal es absoluto?

No podemos sino reiterar que, conforme al artículo 2.2.b) de la Ley 40/2015, sobre estas entidades recae el deber de observar —como norma básica, que por lo tanto obliga a las sociedades de cualesquiera Administraciones— el conjunto de principios recogidos en los artículos 103.1 de la Constitución y 3.1 de la citada ley, que ya vimos tienen notables consecuencias en materia de personal laboral (en particular, ocurre con principios como servicio a los intereses generales y a los ciudadanos, objetividad, eficacia y eficiencia en la asignación de recursos, transparencia, lealtad institucional, responsabilidad en la gestión pública). Más relevante aún es el hecho, expuesto más atrás, de que se apliquen a estas sociedades —a todas ellas, estatales, autonómicas y locales—, como parte del sector público, los principios del artículo 55 del EBEP, conforme a su disposición adicional primera: muy particularmente, quedan sometidas a las reglas de la igualdad, el mérito y la capacidad.



Para las sociedades mercantiles estatales, el artículo 117.4 de la Ley 40/2015 establece que su personal, incluido el que tenga la condición de directivo, “se regirá por el Derecho laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo siempre entre las mismas la normativa presupuestaria, especialmente lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos generales del Estado”. Llama la atención que no se establezca expresamente para esta contratación de personal lo que sí se prevé para las entidades públicas empresariales de que el personal —al menos el no directivo— “será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad”. En realidad hubiera sido más necesario para aquellas sociedades que para estas entidades, pues para éstas hemos sostenido la inicial aplicabilidad del EBEP.

Algunas legislaciones autonómicas han hecho un expreso reconocimiento de las reglas esenciales de la contratación de personal por las sociedades mercantiles. Así, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, modificó la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía: ahora establece en su artículo 77 que “El personal al servicio de las sociedades mercantiles del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública en medios oficiales y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

#### **2.1.3.2.5. Fundaciones del sector público**

Ya en el capítulo inicial sobre la huida del Derecho Administrativo dedicamos un amplio espacio a glosar la irrupción de las fundaciones creadas por las Administraciones Públicas para atender a sus fines, así como a hacer una valoración desde el prisma constitucional.

En relación con el régimen del personal de estas fundaciones, además de la norma de carácter básico incorporada a la disposición adicional primera del EBEP (que hace aplicable a ellas, sean estatales, autonómicas o locales, como integrantes del sector público, su artículo 55 —y con ello los principios de igualdad, mérito y capacidad, entre otros—) sigue rigiendo (hasta octubre de 2016) el artículo 46 de la Ley de Fundaciones de 2002, citada también en el capítulo primero. Este artículo no especifica por qué Derecho se regula el régimen de personal de estas fundaciones, aunque nadie duda que no puede ser sino fundamentalmente —que no de manera exclusiva— el Derecho Laboral. Como exigencia indeclinable de derecho público, el apartado 4 dispone que “*La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria*”, lo que supuso un avance muy estimable.

La Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público derogará íntegro este artículo 46 de la Ley de Fundaciones, asumiendo los artículos 128 y siguiente de la nueva Ley la regulación de estas “fundaciones del sector público estatal”. En materia de personal, el artículo 132.3 determina que se regirá por el Derecho laboral, “así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal”, como lo dispuesto en la disposición adicional primera del EBEP.

En la medida en que estos preceptos de la Ley 40/2015 se aplicarán solo a las fundaciones estatales, del mismo modo que ocurría para las sociedades mercantiles, la legislación autonómica, con sujeción a los preceptos de carácter básico, ha de establecer las normas en relación al personal de las fundaciones autonómicas. La antes citada ley andaluza 1/2011, a modo de ejemplo, señala que “El personal al servicio de las fundaciones del sector público andaluz se rige por el Derecho Laboral. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública en medios oficiales y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

## 2.2. La Administración Pública en Brasil

La Administración Pública, en Brasil, es reglada por normas de Derecho público, normativas estas de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo, a su vez, comporta, al menos, dos acepciones: puede indicar un conjunto de normas jurídicas o, por otro lado, una disciplina científica autónoma.

Según la profesora brasileña DI PIETRO<sup>131</sup>, la evolución de la doctrina nos muestra que el Derecho Administrativo nació y se consolidó apoyado en ideas contrapuestas: por un lado, la protección de los derechos individuales frente al Estado, que sirve de fundamento al principio de la legalidad; por otro, la necesidad de satisfacción de los intereses colectivos, que conduce a otorgar prerrogativas y privilegios a la Administración Pública, bien sea para limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio del bienestar colectivo (poder de policía), bien sea para la prestación de servicios públicos.

El Derecho Administrativo, pues, es un sistema de normas de Derecho, un conjunto armónico de los principios jurídicos. Sus normativas tienen como objetivo regular la estructura, las personas y los actos y las actividades de la Administración Pública, practicados en cuanto Poder Público. Según la doctrina<sup>132</sup>, se excluyen del Derecho Administrativo los actos materiales y los regulados por el Derecho privado.

En la doctrina brasileña, el concepto de Derecho Administrativo se sintetiza en el conjunto armónico de los principios jurídicos que rigen los órganos, los agentes y las actividades públicas que realizan concreta, directa e inmediatamente los fines deseados por el Estado<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> ZANELLA DI PIETRO, M<sup>a</sup>. S., *Derecho Administrativo, cit.*, p. 65.

<sup>132</sup> GASPARINI, D., *Direito Administrativo*. 14. Ed. Ver – São Paulo: Saraiva, 200, p. 5

<sup>133</sup> LOPES MEIRELLES, H., *Direito Administrativo Brasileiro*. 38<sup>a</sup> ed. Ver. Atul. Malheiros: São

En su esencia, el Derecho Administrativo es el conjunto de principios y reglas que rigen la actuación de la Administración Pública. En palabras de MEDAUAR<sup>134</sup>, el Derecho Administrativo, así, se refiere a la actuación de la Administración Pública insertada en el Poder Ejecutivo. Este es el poder estatal dotado de la atribución de ejercer la actividad administrativa con repercusión inmediata en la colectividad, como en su actividad inherente y típica.

Entendido el concepto de Derecho Administrativo en la perspectiva brasileña, es preciso conceptualizar lo que es la Administración Pública en Brasil, con la finalidad de facilitar la comprensión de su estructura y funcionamiento.

Para el Derecho brasileño, Administración, desde un punto de vista funcional, consiste en lograr metas organizacionales de modo eficiente y eficaz mediante la organización, liderazgo, planificación, y control de los recursos organizacionales. Ésta, en síntesis, es la definición de Administración aportada por Richard L. DAFT<sup>135</sup>, la cual incluye las cuatro funciones de la Administración —organizar, liderar, planificar, y controlar—, además de sus objetivos —la eficiencia y la eficacia—.

Según el autor<sup>136</sup>, *planificar* sería la “función gerencial relacionada a la definición de metas para el futuro desempeño organizacional y la decisión sobre tareas y recursos necesarios para alcanzarlas”; *organizar* sería la función “que se refiere a la atribución de tareas, agrupación de tareas en departamentos y asignación de recursos para los departamentos”; *liderar* sería la “función administrativa que implica el uso de influencia para motivar a los empleados para lograr las metas de la organización”; y *controlar* sería la función “relativa al monitoreo de las actividades de los funcionarios, manteniendo la organización en dirección de sus metas, haciendo correcciones cuando sea necesario”.

---

Paulo. 2011, p. 40.

<sup>134</sup> MEDAUAR, O., *Direito Administrativo Moderno*. 14ª ed. Ver. Atual. São Paulo: RT. 2010. P. 36-37.

<sup>135</sup> DAFT, R.L., *Administração*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p.6.

<sup>136</sup> DAFT, R. L., *Administração*, cit., pp..6-8

En lo que se refiere a la eficiencia, Stephen Paul ROBBINS<sup>137</sup> nos trae un concepto conciso para la interpretación de los objetivos de la Administración al esclarecer que “eficiencia significa hacer las cosas de derecho, y eficacia significa hacer la cosa determinada”.

En el ámbito público, DI PIETRO<sup>138</sup> apunta que la expresión Administración Pública puede ser entendida en un sentido subjetivo, formal u orgánico y en un sentido objetivo, material o funcional:

En un sentido subjetivo, formal u orgánico, la Administración Pública designa a los entes que ejercen la actividad administrativa; incluye a las personas jurídicas, a los órganos y a los agentes públicos responsables de ejercer una de las funciones en que se divide la actividad estatal: la función administrativa.

En un sentido objetivo, material o funcional, la Administración Pública designa la naturaleza de la actividad ejercida por los mencionados entes; en este sentido, la Administración Pública es la propia función administrativa que delega, predominantemente, al Poder Ejecutivo.

En las palabras de LOPES MEIRELLES<sup>139</sup>, el estudio de la Administración Pública en general, incluyendo su estructura y actividades, debe impartir el concepto de Estado, sobre lo cual reposa toda la concepción moderna de organización y funcionamiento de los servicios públicos que deben prestarse a los administrados.

En Brasil, la Administración también puede ser entendida en sentido amplio o en sentido estricto.

En un sentido amplio, en los términos en los que se refiere DI

---

<sup>137</sup> ROBBINS, S. P., *Administração: mudanças e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2000. P 40

<sup>138</sup> ZANELLA DI PIETRO, M<sup>a</sup>.S., *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo, Atlas, 2012. P 50

<sup>139</sup> LOPES MEIRELLES, H., *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 60.

PIETRO<sup>140</sup>, en la Administración Pública, subjetivamente considerada, se incluyen tanto los órganos gubernamentales, supremos, constitucionales (Gobierno), a los cuales corresponde trazar los planes de acción, dirigir, mandar, así como también los órganos administrativos, subordinados, dependientes (Administración Pública, en sentido estricto), a los cuales corresponde ejecutar los planes gubernamentales; también en un sentido amplio, sin embargo objetivamente considerada, la Administración Pública incluye la función política, que traza las directrices gubernamentales y la función administrativa, que las ejecuta.

En un sentido estricto, sostiene la autora citada que la Administración Pública incluye, bajo el aspecto subjetivo, sólo los órganos administrativos y, bajo el aspecto objetivo, sólo la función administrativa, excluidos, en el primer caso, los órganos gubernamentales y, en el segundo, la función política”.

La Administración Pública en Brasil también puede ser centralizada o descentralizada. En este sentido, cabe destacar lo sustentado por BANDERA DE MELLO<sup>141</sup>: la Administración centralizada se produce cuando la actividad administrativa “es ejercida por el propio Estado, es decir, por el conjunto orgánico que le compone la intimidad”. Y la Administración descentralizada consiste en el hecho de que la actividad gerencial es ejecutada “por persona o personas distintas del Estado”. También, según explica el mismo autor —y explicamos más atrás—, descentralización y desconcentración son conceptos diferentes: la descentralización “presupone personas jurídicas diversas” mientras que “la desconcentración está siempre referida a una sólo persona, puesto que se plantea de la distribución de competencias en el interior de la misma, manteniéndose, pues, el vínculo unificador de la jerarquía”.

Además de estos conceptos, la Administración Pública también puede ser

---

<sup>140</sup> ZANELLA DI PIETRO, M<sup>a</sup>.S., *Direito administrativo.*, cit., p. 50.

<sup>141</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de direito administrativo.* 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. P 153.

directa o indirecta. En este sentido, BANDERA DE MELLO<sup>142</sup>, al citar el Decreto-ley 200, de 1967, apunta que la Administración directa es la “que se constituye de los servicios integrados en la estructura administrativa de la Presidencia de la República y de los Ministerios” y la Administración indirecta “es la que incluye las siguientes categorías de entidades dotadas de personalidad jurídica propia: a) Autarquías; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economía Mixta; d) Fundaciones Públicas”.

Con el objetivo de entender la evolución de la Administración Pública brasileña y de la construcción de la máquina administrativa, se hace necesario un breve recorrido histórico, que se comienza en la fase de Brasil colonia.

Comenzando en la fase de Brasil-Colonia hasta la republicana de la Constitución de 1988, el escenario político de Brasil presentó características peculiares, consecuencia de todos los factores incidentes en la formación de la sociedad brasileña, entre ellos: forma de colonización, dimensión territorial, grupos étnicos, sociales, religiosos, filosóficos.

Con el paso del tiempo, el país amplía su territorio y modifica, aunque gradualmente, su estatus (de Colonia a Estado), la forma de gobierno (de Monarquía a República), la forma del Estado (de unitario a federal), el sistema de gobierno (de presidencial a parlamentario) y el régimen (de autócrata, oligárquico, populista a democrático), contando con avances y retrocesos.

Para cada época de la evolución y creación del Estado brasileño, se elabora un modelo de Administración Pública capaz de administrar las complejidades y las características del momento. En virtud de la profunda ligazón existente entre el sistema socio-político-jurídico y el modelo elaborado de Administración Pública, es preciso vincular los antecedentes históricos de los sistemas extranjeros con las premisas nacionales.

---

<sup>142</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de direito administrativo*, cit., p. 157.

En la primera fase, de Brasil-Colonia, el pueblo portugués debe abrirse paso por la selva, construir ciudades y catequizar a los indios; y a cambio de esta inversión (enseñar el modo de vivir civilizado europeo) se apoderó de todo el territorio y de todo cuanto en él había. En esta época, la Administración incipiente era confinada a la impotencia. La organización social y administrativa era prácticamente inexistente. El modelo de Administración estaba basado en la ley del más fuerte. El poder era confiado a un número concreto de personas. El país era gobernado en función de los intereses de quienes detenía el poder y en detrimento de los intereses de la colectividad.

En la segunda fase, con la división del territorio brasileño en capitanías hereditarias, que detenían las características feudales, todo el poder emanaba de los donatarios. No se puede hablar, en esta época, de la existencia de una Administración Pública, puesto que por vivir la sociedad en un régimen absolutista, éste era necesariamente privado, en la medida en que el rey administraba a favor de su propio interés, dejando en segundo plano los reales intereses de la sociedad.

Ya en la tercera fase, con la desaparición del absolutismo, surge por primera vez en Brasil una Administración verdaderamente pública.

Entre 1930 1980, el Estado comienza a tener un verdadero desarrollo nacional. La clase dirigente está formada por la alianza entre la burguesía industrial y la burocracia pública. En este período, el país experimenta un gran desarrollo económico. El patrimonialismo, sin embargo, aunque sufriese un proceso de transformación, mantenía su propia fuerza en el cuadro político brasileño.

En 1937, se creó el Departamento Administrativo del Servicio Público (DASP), que estaba directamente subordinado a la Presidencia de la República, con el objetivo de profundizar en la reforma administrativa destinada a organizar y racionalizar el servicio público en el país. Una de las acciones importantes fue



la selección y el perfeccionamiento del personal administrativo mediante la adopción de un sistema de mérito, disminuyendo las imposiciones de los intereses privados y político-partidarios en la ocupación de los cargos y los empleos públicos. La creación de la DASP puede considerarse la primera reforma administrativa del país, reafirmando los principios centralizadores y jerárquicos de la burocracia clásica.

En 1938, se crea la primera autarquía brasileña, surgiendo así, la descentralización de algunos servicios públicos, modelo de Administración pública descentralizada. En 1967, hay un intento de dirigirse hacia la administración gerencial en Brasil, con la publicación del Decreto de Ley n°. 200/67, que intenta superar la rigidez burocrática. Este decreto determina la transferencia de las actividades para las autarquías, las fundaciones, las empresas públicas y las sociedades de economía mixta, dando mayor dinamismo operacional mediante la descentralización funcional. En la década de los setenta, fueron varios los procedimientos adoptados por la Administración Pública con la intención de mejorar las relaciones entre el Estado y la sociedad mediante la simplificación de los procedimientos en la prestación de los servicios públicos. Ya en la década de los ochenta, se promulgó el Decreto Ley n°. 2.300 de 1986, Estatuto jurídico de las licitaciones y contratos administrativos. La Constitución Federal de 1988, resultado de amplias luchas democráticas, consolidó el sistema capitalista en el ámbito de la economía y adoptó un modelo de Estado bastante organizado y rígido, afirmándose como intervencionista, y, por otro lado, instituyendo unas reglas de transparencia y moralidad, como, por ejemplo, la necesidad de oposiciones públicas para el abastecimiento de los cargos efectivos y de los empleos públicos.

La promulgación de la Constitución de 1988, como producto de los impactos por la redemocratización, determinó cambios significativos para la Administración pública. Al mismo tiempo en que reconoce el valor político del ciudadano y de su participación en el control de los servicios públicos,

redistribuye tareas y recursos presupuestarios para los Estados y los municipios. Con la descentralización, la decisión pública comienza a situarse más cerca del lugar de la acción, con unos impactos sobre la gestión pública.

En la doctrina brasileña, BANDEIRA DE MELLO, citado por ZANELLA DI PIETRO<sup>143</sup>, señala dos versiones con respecto al origen del vocablo “Administración”. Para unos, viene de *ad* (preposición) más *ministro, las, are* (verbo), que significa servir, ejecutar; para otros, viene de *ad manus trahere*, que hace referencia a la idea de dirección o gestión. En las dos hipótesis tiene un sentido de relación de subordinación, de jerarquía. La misma autora demuestra que la palabra “administrar” significa no sólo prestar servicio, ejecutarlo, sino también, dirigir, gobernar, ejercer la voluntad con el objetivo de obtener un resultado útil; incluso en sentido vulgar, “administrar” quiere decir delinear un programa de acción y ejecutarlo.

Tanto en el Derecho privado como en el Derecho público, los actos de Administración se limitan a los de guarda, conservación y percepción de los frutos de los bienes administrados. Tanto en la Administración privada como en la pública hay una actividad que depende de una voluntad externa, individual o colectiva, vinculada al principio de la finalidad. Es decir, toda actividad de la Administración debe ser útil para el interés que el administrador debe satisfacer. En el caso de la Administración Pública, la Administración deriva de la ley que fija la finalidad que debe procurar satisfacer el administrador.<sup>144</sup>

Para actuar, la Administración Pública necesita de personas, y, para tanto hay que respetar determinados procedimientos para que estas personas se integren en los cuadros de la Administración. Para tanto, se hace necesario conceptualizar Administración pública brasileña como empleadora.

---

<sup>143</sup>ZANELLA DI PIETRO, M<sup>a</sup>.S., *Derecho Administrativo*. 12<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 53.

<sup>144</sup>ZANELLA DI PIETRO, M<sup>a</sup>.S., *Derecho Administrativo*, *cit.*, pp. 53-54.

### **2.2.1. Administración Pública brasileña como empleadora**

Para ejercer sus actividades, la Administración pública necesita de personas, para tanto, estas personas acceden a los cargos públicos en Brasil por concurso o nombramiento. Esto es así desde la promulgación de la Constitución Federal Brasileña de 1988. Antes de la promulgación de la Constitución, el acceso a los cargos y funciones públicas en Brasil se daba sólo por nombramiento, sin que fuese necesaria la realización de concurso de pruebas o de pruebas y títulos.

La Administración pública brasileña, como empleadora, podrá ser clasificada como Administración pública directa o indirecta.

#### **2.2.1.1. Administración Pública Directa**

Por Administración Pública directa se entiende el conjunto de órganos que integran las personas federativas como Unión, Estados, *Distrito Federal* y Municipios, a los cuales fue atribuida la competencia para el ejercicio de las actividades administrativas del Estado.

En la Administración Pública Directa, el acceso a los cargos públicos se darán efectivamente por intermedio de concurso público, de pruebas o de pruebas y títulos, y las personas ocuparán, necesariamente la condición de servidor público regido por el Estatuto del servidor público, que será específico en cada una de las esferas del Estados, a saber, Unión, Estados Federados, Distrito federal y Municipios. La norma que se aplicará será exclusivamente la de Derecho Administrativo, y no se aplicará, a estos servidores, normas de Derecho privado.

La excepción sería los cargos de comisión, en los cuales, según los

términos de la Constitución Federal de 1988, el acceso se dará exclusivamente por nombramiento.

### **2.2.1.2. Administración Pública Indirecta**

Por Administración Pública indirecta se entiende el conjunto de personas administrativas, autarquías, fundaciones públicas de Derecho público, fundaciones públicas de Derecho privado, sociedades de economía mixta y empresas públicas que, vinculadas a la Administración directa, tienen la competencia para el ejercicio de forma descentralizada<sup>145</sup> de las actividades administrativas.

---

<sup>145</sup> Por Administración pública indirecta se entiende toda aquella actividad indirectamente ejecutada por el Estado, es decir, los servicios son ejecutados por diversas personas de las entidades formadoras de la federación. El hecho de que las actividades prestadas sean por terceros no significa que el Estado podrá abdicar del control sobre los servicios públicos. Por el contrario, el Estado deberá siempre controlar tales actividades. En Brasil, la descentralización puede ser política o administrativa. Según apunta la autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“La descentralización política se produce cuando el ente descentralizado ejerce atribuciones propias que no derivan del ente central. Deriva exclusivamente que determina la constitución federal. Tiene en la Constitución su fundamento de validez.

La descentralización administrativa se produce cuando el ente descentralizado ejerce atribuciones que derivan del ente central, que presta su competencia administrativa constitucional a uno de los entes de la federación tales como los Estados-Miembros, los municipios y el Distrito Federal, para la consecución de los servicios públicos. En la descentralización administrativa, los entes descentralizados tienen autonomía para administrar sus propios actos, siempre adscritos a los límites impuestos por la legislación.

La descentralización administrativa, a su vez, se presenta en tres formas. Puede ser territorial o geográfica, por servicios, funcional o técnica e por colaboración.

La descentralización territorial o geográfica es la que se verifica cuando una entidad local, geográficamente delimitada, es dotada de personalidad jurídica propia, de derecho público, con capacidad jurídica propia y con capacidad legislativa subordinada a las normas emanadas del poder central. En Brasil, podrían ser incluidos en esta modalidad de descentralización los territorios federales, aunque en la actualidad no existan.

La descentralización por servicios, funcional o técnica es la que se verifica cuando el Poder público: Unión, Estados, Distrito Federal o Municipio, mediante una cierta ley crea una persona jurídica de Derecho público y a ella atribuye la ejecución del servicio público descentralizado.

A descentralización por colaboración es la que se verifica cuando por medio de un contrato de concesión de servicio público o de acto de permiso de servicio público, se transfiere la ejecución de un cierto servicio público la persona jurídica de derecho privado, previamente existente, preservando el poder público, en la integralidad, la titularidad del servicio, lo que permite al ente público disponer del servicio de acuerdo con el interés público”. ZANELA DI PIETRO, M<sup>a</sup>.S., *Direito Administrativo*, cit., pp. 409-420.

Además de las personas jurídicas anteriormente enumeradas, también integran la Administración pública indirecta las agencias reguladoras (autarquías en régimen especial), las agencias ejecutivas (autarquías o fundaciones públicas de Derecho público que firmen un contrato de gestión con el Ministerio supervisor y tengan un plan estratégico de reestructuración y de desarrollo institucional en marcha), los consorcios públicos, regulados por la Ley 11.079/2004<sup>146</sup>.

Al igual que en la Administración Pública directa, el acceso a los cargos públicos en la Administración indirecta exigirá la mediación de concurso público, de pruebas o de pruebas y títulos, con excepción de los cargos de comisión, en los cuales, en los términos de la Constitución Federal de 1988, el acceso se dará exclusivamente por nombramiento y será de libre nombramiento y exoneración.

Forman parte de la Administración Pública Indirecta las siguientes personas jurídicas:

#### **2.2.1.2.1. Autarquías**

Las autarquías son personas jurídicas de Derecho público interno<sup>147</sup>, con

---

<sup>146</sup> En los términos del artículo. 6º, I e §1º, los consorcios públicos adquirirán personalidad jurídica de derecho público cuando se constituyan en la forma de asociación pública, comenzando a integrar la Administración indirecta de las personas públicas consorciadas. En esta condición, de asociaciones pública, tendrán la naturaleza de autarquías.

<sup>147</sup> En los términos del Artículo 41, do Código Civil Brasileiro: Son personas jurídicas de Derecho público interno:

I - la Unión;

II - los Estados, el Distrito Federal y los Territorios;

III - los Municipios;

IV - las autarquías, incluso las asociaciones públicas

V - las demás entidades de carácter público creadas por la ley.

Párrafo único. Salvo disposición contraria, las personas jurídicas de derecho público, a las que se haya dado estructura de derecho privado, se rigen, en lo que compete, con respecto a su funcionamiento, por las normas de este Código.

autonomía administrativa, creada mediante ley específica<sup>148</sup> para ejecución de servicios públicos y actividades administrativas, con patrimonio propio exclusivamente público<sup>149</sup>. Las autarquías tienen por objeto la ejecución de servicios públicos de naturaleza social de actividades administrativas, excluyéndose las actividades de cuño económico e industrial, que son propios de las sociedades de economía mixta y empresas públicas. En la legislación brasileña, el concepto de autarquía está definido en el artículo 5º, inciso I del Decreto-Ley 200/67, el cual establece que la autarquía es “el servicio autónomo, creado por ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, para ejecutar las actividades típicas de la Administración Pública que requieren, para su mejor funcionamiento, gestión administrativa y financiera descentralizada.”

Las personas que ejercen su labor en las autarquías podrán ser contratadas bajo el régimen estatutario y serán regidas por el estatuto del servidor público y a ellas se les aplicaran las normativas de Derecho Administrativo<sup>150</sup>. En caso de litigio, las causas, por regla general, serán juzgadas por la justicia federal<sup>151</sup>. Las personas vinculadas a las autarquías son consideradas servidores públicos en sentido estricto, no admitiéndose la contratación de empleados ‘celetistas’.

---

<sup>148</sup> En los términos del artículo 37, XIX, de la Constitución brasileña: sólo por ley específica podrá ser creada autarquía y autorizada la institución de una empresa pública, de sociedad de economía mixta y de fundación, cabiendo a la ley complementar y, en este último caso, definir las áreas de su actuación.

<sup>149</sup> En los términos del artículo 98 del Código Civil brasileño: son públicos los bienes de dominio nacional pertenecientes a las personas jurídicas de derecho público interno; todos los otros son particulares, sea cual sea la persona a que pertenece.

<sup>150</sup> En los términos del artículo 39, *caput*, CF/88: “La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, instituirán, en el ámbito de su competencia, régimen jurídico único y planes de carrera para los servidores de la administración pública directa, de las autarquías y de las fundaciones públicas.

<sup>151</sup> Artículo 109, CF/88: A los jueces federales compete procesar y juzgar:

I - Las causas en las que la Unión, entidad autárquica o empresa pública federal son involucradas en la condición de autoras, asistentes u oponentes, excepto las de falencia, las de accidentes de trabajo y las sujetas a la Justicia Electoral y a la Justicia del Trabajo.

#### **2.2.1.2.2. Fundaciones públicas de Derecho público**

Las fundaciones públicas de Derecho público son personas jurídicas de Derecho público, de naturaleza administrativa, sin fin lucrativo, integrantes de la Administración Indirecta, creadas por ley específica, cuyo patrimonio se destina a la ejecución de actividades de carácter social, tales como, asistencia social, asistencia médica y hospitalaria, educación, enseñanza, investigación y actividades culturales. Poseen personalidad jurídica de derecho público interno, en los términos de lo previsto en el artículo 41, IV de La CF/88.

Así como en las autarquías, las personas que ejercerán sus actividades en las fundaciones públicas, serán servidores públicos, regidos por el estatuto y a ellas se les aplicarán las normativas de Derecho Administrativo. Los litigios judiciales también, por regla general, serán de competencia de la justicia federal, en los términos del artículo 109 de La CF/88.

#### **2.2.1.2.3. Fundaciones públicas de Derecho privado**

Las fundaciones públicas de Derecho privado son personas jurídicas de Derecho privado, sin fin lucrativo, integrantes de la Administración Indirecta, cuya creación fue autorizada por ley específica, con patrimonio destinado a la ejecución de actividades de carácter social, tales como, asistencia social, asistencia médica y hospitalaria, educación, enseñanza, investigación y actividades culturales. En la legislación brasileña, las fundaciones están definidas en el inciso IV del artículo 5° del Decreto-Ley 200/67, que aclara que se considera fundación pública “la entidad dotada de personalidad jurídica de derecho privado, sin fines lucrativos, creada en virtud de autorización legislativa, para el desarrollo de actividades que no exijan ejecución por órganos o entidades de Derecho público, con autonomía administrativa, patrimonio propio administrado por los respectivos órganos de dirección, y funcionamiento

costeado por recursos de la Unión y de otras fuentes.”

A pesar de ser personas jurídicas de Derecho privado, la legislación aplicable no es exclusivamente de Derecho privado; se aplica a ellas un régimen jurídico híbrido, es decir, normas de Derecho público y normas de Derecho privado.

Siendo las fundaciones públicas de Derecho privado, el régimen de contratación de personal es el llamado ‘celetista’, es decir, las personas que trabajan al servicio de estas fundaciones son contratadas mediante las reglas previstas en la Consolidación de las Leyes del Trabajo, decreto-ley 5452 de 1º de mayo de 1943. Los litigios judiciales, en consecuencia, en las cuestiones que implican derechos laborales, serán de competencia de la Justicia del Trabajo.

#### **2.2.1.2.4. Empresas públicas y sociedades de economía mixta**

Las empresas públicas y sociedades de economía mixta son conocidas, en Brasil, como empresas estatales o empresas gubernamentales, expresiones éstas utilizadas por la doctrina para designar entidades propias de una Administración pública indirecta, ya sean civiles o comerciales, en las que el Estado tiene el control accionario. El concepto de empresa pública está definido en el artículo 5º, inciso II del Decreto-Ley 200/67, que define la empresa pública como “la entidad dotada de personalidad jurídica de Derecho privado, con patrimonio propio y capital exclusivo de la Unión, creado por ley para la explotación de actividad económica que el Gobierno es llevado a ejercer por fuerza de contingencia o de conveniencia administrativa, pudiendo revestirse de cualquier de las formas admitidas en Derecho”. Y la sociedad de economía mixta la define el inciso III del Decreto-Ley 200/67 como “la entidad dotada de personalidad jurídica de Derecho privado, creada por ley para la explotación de actividad económica, bajo la forma de sociedad anónima, cuyas acciones con derecho a



voto pertenezcan en su mayoría a la Unión o la entidad de la Administración Indirecta”.

Sin embargo, es importante destacar que empresas públicas y sociedades de economía mixta no son paraestatales, a pesar de constar esta información en diversas leyes aún en vigor, y también en algunas ediciones de libros de Derecho Administrativo. Paraestatales son los entes de colaboración —organizaciones sociales, entidades de apoyo, servicios sociales autónomos y organizaciones de la sociedad civil de interés público— que son personas jurídicas de Derecho privado, no integrantes de la Administración indirecta, que ejercen actividades de interés colectivo, sirviéndose de los recursos públicos.

Las empresas públicas, así como las sociedades de economía mixta, poseen una personalidad jurídica de Derecho privado y su creación será siempre autorizada por una ley específica<sup>152</sup>.

Son regidas por normas de Derecho privado lo que no les exime, sin embargo, la sumisión a los principios de Derecho público, más concretamente de los aplicables a la Administración Pública<sup>153</sup>.

El régimen de contratación de personal varía de acuerdo con la actividad desarrollada. Si explotan las actividades económicas de naturaleza privada, estarán sujetas predominantemente al régimen jurídico propio de las empresas privadas, en los términos del artículo 173, CF/88, es decir, al personal a su servicio aplicase la CLT; en caso contrario, si son prestadoras de servicios públicos, se aplicará predominantemente el régimen jurídico propio de las entidades públicas, de acuerdo con el artículo 175, CF/88. Por tal razón, afirma

---

<sup>152</sup> Artículo 37, XIX, CF/88 – sólo por ley específica podrá ser creada autarquía y autorizada la institución de empresa pública, de sociedad de economía mixta y de fundación, cabiendo a la ley complementaria y, en este último caso, definir las áreas de su actuación.

<sup>153</sup> Artículo 37, *caput*, CF/88: Artículo 37. La Administración pública directa e indirecta de cualquier de los Poderes de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a lo siguiente (...).

la doctrina que el régimen jurídico aplicado sería híbrido.

Los litigios judiciales, por consiguiente, en las cuestiones que implican derechos laborales, serán de competencia de la Justicia del Trabajo. Después de haber examinado, aunque de manera sucinta, las formas de Administración brasileña, será necesario ahora examinar los principios aplicables a la Administración Pública brasileña como empleadora.

### **2.2.2. Principios de la Administración pública brasileña como empleadora**

En los términos del artículo 37, *Caput*, de la Constitución brasileña de 1988, “la Administración pública directa e indirecta de cualquier de los Poderes de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a lo siguiente (...)”

Estos principios constitucionales, legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia deben estar presentes en todos los actos practicados por la Administración Pública brasileña. Además de estos principios, la Administración pública también deberá respetar los principios de supremacía del interés público, presunción de legitimidad o veracidad, especialidad, control o tutela, autotutela, jerarquía, continuidad del servicio público, razonabilidad y proporcionalidad, motivación, seguridad jurídica, protección a la confianza y buena fe.

Iniciamos nuestro análisis con los principios constitucionales aplicables a la Administración Pública, principios estos que deberán ser respetados bajo pena de nulidad de los actos practicados e incidencia de responsabilidades personales.

### **2.2.2.1. Principios Constitucionales aplicables a la Administración Pública brasileña, artículo 37, Caput, de la CF/88**

#### **2.2.2.1.1. Principio de legalidad**

El principio de legalidad es el principio basilar del régimen jurídico-administrativo brasileño, puesto que además de ser esencial, específico e informador, somete al Estado a la estricta y específica aplicación de la ley. La Administración Pública sólo puede ejercerse de conformidad con la ley. Se trata, por lo tanto, de la garantía más importante del ciudadano, protegiéndole de abusos de los agentes administrativos y limitando el Poder del Estado al interferir en la esfera de las libertades individuales.

El principio de la legalidad implica la vinculación del agente público, en toda su actividad laboral, a los mandamientos de la ley, no pudiendo desviar de las mismas, bajo pena de practicar un acto inválido y exponerse a la responsabilidad disciplinar civil y penal, según el caso, puesto que la Administración pública, en toda su actividad, está vinculada a lo dispuesto en la legislación. Este principio está presente en todas las actividades del Estado, y también, claro está, en los actos de contratación del personal laboral.

El principio de la legalidad está recogido fundamentalmente, en la Constitución brasileña en su artículo 5º e inciso II<sup>154</sup>. Su objetivo, que también es el objetivo principal de la actividad administrativa, es beneficiar los intereses de la colectividad en su totalidad y tiene como finalidad evitar que los agentes públicos actúen con libertad desreglada, es decir, libertad que implique el hecho de no obedecer y de respetar las normas especificadas en la ley, hecho que atentaría contra la colectividad, desviándose del interés colectivo.

---

<sup>154</sup> Artículo 5º e inciso II, CF/88: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes”: II - “nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de la ley;”

Este principio, así como el de control de la Administración por parte del Poder Judicial, nació con el Estado de Derecho y constituyó una de las principales garantías de respeto de los derechos individuales. Esto es así en razón de que la ley, al mismo tiempo en que los define, establece también los límites de actuación administrativa que tenga por objeto la restricción del ejercicio de tales derechos en beneficio de la colectividad.<sup>155</sup>

En razón de este principio se justifica la afirmación de que en las relaciones administrativas la voluntad de la Administración Pública es la que deriva de la ley. La Administración sólo puede hacer lo que esté previsto en la ley, a diferencia de los particulares en que se le permite hacer todo lo que la ley no prohíba. Como resultado de éste, la Administración no puede, por un simple acto de voluntad, conceder derechos, crear obligaciones o imponer prohibiciones a los ciudadanos sin que estas estén previamente definidas en la ley.

El principio de la legalidad vincula en todo momento cuando la Administración pública actúa como empleador y promueve, por ejemplo, la admisión, dimisión, concesión de vacaciones, reajustes salariales, promociones; le están vedados también acciones que un típico empleador puede promover a través de actos unilaterales y bilaterales en una relación de trabajo regida por la CLT, puesto que todo y cualquier acto administrativo que produzca efectos jurídicos en una relación de empleo debe obedecer, bajo pena de ser anulado, a los textos legales aplicables a la Administración y al interés público.

#### **2.2.2.1.2. Principio de impersonalidad**

El principio de la impersonalidad tiene como finalidad la neutralidad y la objetividad de las actividades administrativas en el régimen político, que tiene como objetivo principal el interés público. Este principio trae consigo la ausencia

---

<sup>155</sup> ZANELLA DI PIETRO, M<sup>a</sup>.S., *Derecho Administrativo*, cit., p. 63

de marcas personales y particulares correspondientes al administrador que esté en el ejercicio de la actividad administrativa. De igual forma que el principio de la legalidad, este principio de la impersonalidad debe basar todo y cualquier acto administrativamente, principalmente en el momento de contratación de empleados. En la Constitución brasileña, este principio está positivado<sup>156</sup> en el momento de la investidura de cargos públicos, oposición pública y proceso de licitación.

Este principio de impersonalidad tiene como objetivo la neutralidad y la objetividad de las actividades administrativas en el régimen político, que tiene como misión principal el interés público. Tiene como finalidad evitar que los agentes públicos beneficien a personas específicas o a sí mismos, así como prohíbe que las personas puedan verse perjudicadas por la libre voluntad de la Administración. Tiene como finalidad también impedir la práctica de actos administrativos desvinculados del interés público, con el fin de atender un interés personal o privado.

Impersonal, en las palabras de CARVALHO FILHO<sup>157</sup>, es lo que no pertenece a una persona en especial, es decir, lo que no puede ser dirigido

---

<sup>156</sup> Artículo 37, CF/88 [...]

I - los cargos, empleos y funciones públicas son accesibles a los brasileños que cumplen los requisitos establecidos en la ley, así como a los extranjeros, en la forma de la ley;

II - la investidura de un cargo o empleo público depende de la aprobación previa mediante oposición pública de pruebas o de pruebas y títulos, de acuerdo con la naturaleza y la complejidad del cargo o empleo, en la forma previstas en la ley, señalando los nombramientos para el cargo en una comisión declarada por ley de libre nombramiento y exoneración;

III - la fecha de caducidad del oposición pública será de hasta dos años, prorrogable una vez, por igual período;

IV - durante el plazo improrrogable previsto en el pliego de convocatoria, aquel aprobado en oposición una pública de pruebas o de pruebas y títulos será convocado con prioridad sobre nuevos opositores para asumir el cargo o el empleo, en la carrera;

XXI - a excepción de los casos especificados en la legislación, obras, servicios, compra y alienaciones serán contratados mediante un proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones para todos los opositores, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, manteniendo las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley, que sólo permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones.

<sup>157</sup> DOS SANTOS CARVALHO FILHO, J., *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. Ver. Ampl. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 19.

especialmente a personas determinadas.

### **2.2.2.1.3. Principio de moralidad**

Con el principio de la moralidad se imputa al administrador el deber de actuar siempre primando por el comportamiento ético, jurídico y adecuado. Este principio está asociado a la honestidad. Prohíbe conductas éticamente inaceptables y transgresoras del sentido moral de la sociedad. La moralidad administrativa abarca patrones objetivos de conductas exigibles por parte del administrador público, independientemente de la legalidad y de las efectivas intenciones de los agentes públicos.

Este principio está directamente ligado a la buena fe y debe observarse no sólo por la Administración sino también y principalmente por todas las personas que se relacionan con ella. Así pues, ha dicho la doctrina, “además de atender a la legalidad, el acto del administrador público debe conformarse con la moralidad y la finalidad administrativas para dar plena legitimidad a su actuación”<sup>158</sup>.

En la Constitución brasileña este principio se insertó expresamente en el artículo 37 y significa que los actos de la Administración deben adecuarse a la moralidad administrativa, y si no es así, serán considerados inmorales e inválidos para todos los fines de derecho. Tiene como objetivo orientar la acción

---

<sup>158</sup> De acuerdo con José Augusto DELGADO. “Además —sigue afirmando— de atender a la legalidad, el acto del administrador público debe conformarse con la moralidad y la finalidad administrativas para dar plena legitimidad a su actuación. Administración legítima sólo es aquella que se reviste de legalidad y probidad administrativas, en el sentido de que tanto atiende a las exigencias legales como se conforma con los preceptos de la institución pública”. Y, además, complementa: “la obediencia al principio de la moralidad administrativa impone al agente público que tengan todos sus actos las características de buena fe, veracidad, dignidad, sinceridad, respeto, ausencia de emulación, de fraude y de dolo. Son calidades que deben aparecer, de modo explícito, en todos los actos administrativos practicados, bajo pena de ser considerados viciados y sujetos a los efectos de la nulidad.” (DELGADO, J.A., “O Principio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988” en *Revista Forense*. V. 318, p.58 e 61).

administrativa y controlar el poder discrecional del administrador. Su contenido objetivo es la buena fe y la confianza, ésta en cuanto seguridad pública, y el contenido subjetivo es el deber de probidad. La finalidad es, concretamente, evitar la desviación de poder.

#### **2.2.2.1.4. Principio de publicidad**

El principio de la publicidad implica que cualquier ciudadano puede dirigirse al Poder Público y solicitar copias y certificados de actos y contratos. El Poder Público, por ser público, debe actuar con la mayor transparencia posible, a fin de que los administrados tengan, a cualquier hora, conocimiento de lo que los administradores están haciendo.

Publicar es un hecho público, es decir, llevar al conocimiento público, pero, también, hacer algo claro y comprensible para el público. Es hacer que la publicidad cumpla el papel esencial de informar al público. Exige una amplia divulgación de todos los actos de la Administración. La excepción serían los casos que implican un sigilo previsto por la ley.

La Constitución brasileña, al referirse al principio de la publicidad, a veces lo considera un bien jurídico, otras, efectivamente, como un principio; así, por ejemplo, en lo previsto en el artículo 5º, inciso LX, CF/88: la ley sólo podrá limitar la publicidad de los actos procesales cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exijan.

El principio de publicidad tiene como objetivo la transparencia de las actividades públicas y como finalidad la visibilidad de la gestión pública como factor de legitimidad. Proporciona consenso, adhesión, fiscalización, control, democratización, aproximación entre Estado e individuo, haciendo corresponder las políticas oficiales y las demandas sociales, la eficiencia, la reformulación de

las relaciones entre administrador y administrado, orientación social, educación, información, debido proceso legal y garantía del buen funcionamiento estatal y de los derechos de los administrados y, principalmente, el instrumento de verificación de los principios como legalidad, moralidad, proporcionalidad, imparcialidad, impersonalidad y otros. Es la ampliación de la transparencia<sup>159</sup>, con el fin de romper con el secreto, convierte la gestión pública en público, donde toda la colectividad participa en los actos de la Administración Pública.

#### **2.2.2.1.5. Principio de eficiencia**

Por este principio, toda acción administrativa tiene que pretender el buen atendimento, rapidez, urbanidad, seguridad, transparente, neutralidad y ausencia de burocracia, siempre con el fin de buscar la calidad. La eficiencia debe ser entendida como medida rápida, eficaz y coherente del administrador público, con el fin de solucionar las necesidades de su colectividad. Tiene como objetivo satisfacer las necesidades colectivas en un régimen de igualdad de los usuarios, es decir, es la utilización de los mejores medios sin alejarse de los objetivos de la administración Pública, logrando la satisfacción de las necesidades colectivas. El administrador debe estar atento a la objetividad de su principio, bajo pena de incurrir en arbitrariedades. Como finalidad tiene la elección de la solución más adecuada para el interés público, de modo que pueda satisfacer plenamente la demanda social. La Administración Pública debe emplear los medios idóneos y adecuados al fin pretendido, ni más, ni menos.

---

<sup>159</sup> 210 En Brasil, recientemente, se publicó la Ley de Acceso a la Información - Ley n° 12.527/2011 que regula el derecho constitucional de acceso las informaciones públicas. Esta norma entró en vigor el 16 de mayo de 2012 y creó los mecanismos que posibilitan, a cualquier persona, física o jurídica, sin necesidad de presentar motivo, el recibimiento de informaciones públicas de los órganos y entidades.

La Ley vale para los tres Poderes de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, incluso para los Tribunales de Cuenta y el Ministerio Público. Entidades privadas sin fines lucrativos también están obligadas a dar publicidad a las informaciones relativas a la recepción y a la destinación de los recursos públicos por ellas recibidos..



En la Constitución brasileña este principio se insertó a través de la Enmienda Constitucional nº 19 de 04 de junio de 1998. Exige, en las palabras de LOPES MEIRELLES<sup>160</sup>, que la actividad administrativa sea ejercida con prontitud, perfección técnica y rendimiento funcional. Es principio más moderno de la función administrativa, que ya no se conforma en ser desempeñado sólo de acuerdo con la legalidad, exigiendo resultados positivos para el servicio público y una satisfactoria atención de las necesidades de la comunidad y de sus miembros.

#### **2.2.2.2. Los demás principios aplicables a la Administración Pública Brasileña como empleadora**

Además de los principios expresados en la Constitución brasileña, la Administración pública se guía además por otros principios, debidamente reconocidos, a pesar de no ser positivados expresamente en la Constitución. A saber:

##### **2.2.2.2.1. Principio de supremacía del interés público**

Por supremacía del interés público se entiende el hecho de que la Administración pública debe vincular y dirigir sus actos con el fin de garantizar que intereses privados no prevalezcan ni sucumban frente a los intereses y a las necesidades de la sociedad como un todo.

Tal principio es entendido por la doctrina como principio general del derecho, inherente a cualquier Estado y también condición de su existencia<sup>161</sup>;

---

<sup>160</sup> LOPES MEIRELLES, H., *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., pp. 100-101.

<sup>161</sup> BANDIRA DE MELLO, C., *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 56.

dada la propia concepción del Estado sólo tiene sentido si el interés por él perseguido y protegido sea el interés público, el interés de la colectividad.

En las palabras de CARVALHO FILHO<sup>162</sup>, parte de la doctrina moderna, y cita como ejemplo a Daniel SARMIENTO, Alexandre SANTOS DE ARAGÓN y Humberto ÁVILA, defienden la desconstrucción del principio de supremacía del interés público, mientras el derecho individual que fricciona con el interés público es un derecho fundamental. En situaciones específicas y que tienen como objetivo tutelar los derechos fundamentales, entienden tales autores que deba prevalecer la supremacía del interés privado.

Esta posición modernista, sin embargo, no ha adquirido fuerza a causa de que la existencia de los derechos fundamentales no excluye la relevancia del principio de supremacía del interés público, por ser el corolario natural del régimen democrático, que pivota sobre la preponderancia de las mayorías. CARVALHO FILHO concluye, acertadamente, alejándose de aquella interpretación de la doctrina moderna, y afirmando que la desconstrucción del principio refleja una visión distorsionada y pone en riesgo la propia democracia.

#### **2.2.2.2.2. Principio de presunción de legitimidad o veracidad**

En los términos en que define el principio de presunción de legitimidad o de veracidad, los actos practicados por la Administración pública se presumen verdaderos, puesto que —a su vez— se presume que la Administración actúa dentro de los límites de la ley (principio de legalidad).

Tal principio presenta dos vertientes: presunción de verdad que está ligada a la certeza de los hechos, y la presunción de la legalidad, en la medida en que la Administración pública sólo puede actuar en los límites de la ley.

---

<sup>162</sup> DOS SANTOS CARVALHO FILHO, J., *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 31.

Lo cierto es que se trata de presunción relativa, *iuris tantum*, que, por tal razón, admite una prueba en contrario.

Consecuencia de este principio, o mejor, de esta presunción, es que las decisiones administrativas se ejecutan inmediatamente, creando obligaciones inmediatas para los particulares.

#### **2.2.2.2.3. Principio de especialidad**

El principio de especialidad es el resultado de otros dos principios aplicables a la Administración Pública, es decir: legalidad e indisponibilidad del interés público.

Según el principio de especialidad, cuando el Estado descentraliza sus actividades con el objetivo de la especialización de función, a estas nuevas entidades creadas, que constituyen una Administración pública indirecta, se imputa el deber de atender específicamente el objeto para el cual fueron creadas y/o autorizadas; esto porque no tienen estas entidades descentralizadas libre disponibilidad de los intereses públicos.

#### **2.2.2.2.4. Principio de control o tutela**

Con el objetivo de asegurar que las entidades integradas en la Administración pública indirecta respeten el principio de especialidad, estudiado en el *ítem* anterior, se ha de observar el principio de control o tutela, mediante el cual la Administración pública directa ha de comprobar que la actuación de las entidades descentralizadas es conforme a los fines que justificaron su creación o autorización, fiscalizando todas las actividades practicadas.

#### 2.2.2.2.5. Principio de autotutela

La Administración Pública al ejercer sus funciones está autorizada a anular o revocar sus propios actos cuando éstos son contrarios a la ley o a los intereses públicos, sin la necesidad de una intervención del poder Judicial. A este fenómeno la doctrina lo denomina autotutela administrativa.

La autotutela es reconocida por la doctrina como un principio informador de la actuación de la Administración Pública. Según ya se ha mencionado, la Administración pauta sus actos en el principio de legalidad. En el momento en que el control de legalidad administrativo es ejercido por la propia Administración, estamos en presencia del principio de autotutela, mediante el cual la Administración podrá anular o revocar sus propios actos administrativos, cuando éstos se presenten como ilegales o contrarios a la conveniencia o a la oportunidad administrativa.

En las palabras de MEDAUAR, en base al principio de autotutela administrativa, “la Administración debe velar por la legalidad de sus actos y conductas y por la adecuación de los mismos al interés público. Si la Administración comprueba que actos y medidas contienen ilegalidades, podrá anularlos por sí misma; si considera la inoportunidad e inconveniencia, podrá revocarlos”<sup>163</sup>.

Este principio, pues, impone a la Administración el deber de velar por la regularidad de su actuación, teniendo por ello la anulación de los actos ilegales y contrarios al ordenamiento jurídico y la revocación de los actos que choquen con los intereses de la Administración, si se consideran inoportunos e inconvenientes.

---

<sup>163</sup> MEDAUAR, O., *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130.

Conviene señalar, que tal actuación de la Administración no es ilimitada. Al contrario, encuentra restricciones objetivas y subjetivas que podrán alejar la anulación o revocación de ciertos actos, hecho que se dará debido a la observancia del principio de seguridad jurídica, que estudiaremos en el siguiente tópico.

#### **2.2.2.2.6. Principio de Seguridad Jurídica**

La seguridad jurídica es reconocida como el principio general de Derecho. Aunque no esté expresamente prevista en la Constitución Federal, es inherente al Estado Democrático de Derecho, que tiene el objetivo de garantizar, también en base a los demás principios aplicables, el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales.

En este sentido, el principio de seguridad jurídica tiene como función, la de orientar y dirigir la aplicación del Derecho positivado, con el objetivo de garantizar la estabilidad y la certeza en las relaciones jurídicas. La doctrina<sup>164</sup> lo considera como un principio-garantía que tiene como finalidad proteger las expectativas de confianza legítima en los actos de creación o de aplicación de las normas, mediante certeza jurídica, estabilidad del ordenamiento y confiabilidad en la efectividad de derechos y libertades, asegurado como derecho público fundamental.

El contenido del principio en cuestión tiene como objetivo establecer que “las orientaciones firmadas por la Administración en una dada materia que no pueden, sin previo y público informe, modificarse en casos concretos con el fin de sancionar, agravar la situación de los administrados o denegarles

---

<sup>164</sup> TAVEIRO TORRES, H., *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P 186-187

pretensiones, de tal manera que sólo se aplican a los casos producidos después de tal informe”<sup>165</sup>

En este contexto, tiene la Administración Pública, en el ámbito objetivo del principio de seguridad jurídica, el deber de reconocer y preservar la expectativa de derecho, el acto jurídico perfecto, la cosa juzgada, el derecho adquirido, actuando tales conceptos como fuente limitadora del principio de autotutela. El principio tiene un cierto grado de previsibilidad en lo que se refiere a las conductas administrativas, en la medida en que garantiza a los individuos la certeza de que no serán sorprendidos por imprevistas alteraciones en las conductas del Estado, basadas por alteraciones legislativas, principalmente si éstas vengán a reducir o retirar derechos previamente existentes. De hecho, las alteraciones legislativas que son imposibles de ser evitadas, sin embargo, cuando se produzcan, la sociedad deberá tener la certeza de que las situaciones pretéritas hayan sido preservadas, concretamente para honrar lo que disciplina el principio de la seguridad jurídica.

Tal principio, según DI PIETRO<sup>166</sup>, puede desdoblarse en otros dos subprincipios, que son: protección a la confianza y buena fe.

La protección de la confianza consiste en la creencia del ciudadano de que la Administración actuará siempre con el fin de proteger los intereses de la colectividad, que sus actos, cuando son practicados, serán siempre lícitos, mantenidos y respetados por la propia Administración. Cabe destacar que no hay previsión expresa de este principio en el ordenamiento jurídico brasileño, sin embargo sostiene la doctrina que se justifica implícitamente la observancia del presente principio<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de Direito administrativo*, cit., p.84.

<sup>166</sup> ZANELLA DI PIETRO, M.S., *Derecho Administrativo*, cit., p. 85.

<sup>167</sup> DI PIETRO, al referirse al principio de protección a la confianza cita a J.J. GOMES CANOTILHO: “el hombre necesita seguridad para conducir, plantificar y conformar autónoma y responsablemente su vida. Por eso, desde temprano se consideraban los principios de la

Objetivamente, la buena fe se refiere a la conducta honesta y leal del agente administrativo. Subjetivamente, a la creencia del administrado en el hecho de que sus acciones están amparadas en lo que es correcto. El principio de la buena fe se destina a las dos partes, administrado y administrador.

DI PIETRO<sup>168</sup> termina su contribución sobre estos dos subprincipios afirmando que “se puede decir que el principio de la buena fe debe estar presente del lado de la Administración y del lado del administrado. Ambos deben actuar con lealtad, con corrección. El principio de protección a la confianza protege la buena fe del administrado; en otras palabras, la confianza que se protege es aquélla que el particular deposita en la Administración Pública. El particular confía en que la conducta de la administración esté correcta, de acuerdo con la ley y con el Derecho.”

#### **2.2.2.2.7. Principio de isonomía o igualdad formal**

En los términos en que la definió Aristóteles, para que fuera posible primar por la igualdad, sería necesario tratar los iguales de forma igual, los desiguales de forma desigual, en la proporción de sus desigualdades.

La legislación, por lo tanto, podrá establecer distinciones; sin embargo, tales distinciones sólo podrán existir en la medida en que se destinen a buscar la igualdad entre las partes, de lo contrario estaríamos ante una real discriminación.

---

seguridad jurídica y de protección a la confianza como los elementos constitutivos del Estado de Derecho. Éstos dos principios —seguridad jurídica y protección a la confianza— andan estrechamente asociados, a punto de que algunos autores consideran el principio de la protección a la confianza como un subprincipio o como una dimensión específica de la seguridad jurídica. En general, se considera que la seguridad jurídica está conectada con los elementos objetivos del orden jurídico – garantía de estabilidad jurídica, seguridad de orientación y realización del derecho – mientras que la protección de la confianza se asocia más con las componentes subjetivas de la seguridad, concretamente la calculabilidad y la previsibilidad de los individuos con relación a los efectos jurídicos de los actos”. ZANELLA DI PIETRO, M<sup>a</sup>. S., *Derecho Administrativo*, cit., p. 85-86

<sup>168</sup> ZANELLA DI PIETRO, M<sup>a</sup>. S., *Derecho Administrativo*, cit., p. 87.

En los términos en que se definen en la CF/88, “constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: promover el bien de todos sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad y cualquier otras formas de discriminación”<sup>169</sup>. Estableció aun el poder constituyente: “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza...”<sup>170</sup> y, también primando la igualdad en las relaciones de trabajo, proveyendo que “son derechos de los trabajadores: prohibición de diferencia de salario, de ejercicio de funciones y de criterio de admisión por motivo de sexo, edad, color o estado civil”<sup>171</sup>.

Se presume, pues, que, aunque el principio de isonomía o igualdad no esté previsto expresamente como principio aplicable a la Administración pública, en los términos del artículo 37, de la CF/88, se puede derivar del texto constituyente, razón por la cual deberá aplicarse y respetarse en todos los ámbitos de la Administración.

#### **2.2.2.2.8. Principio de Motivación**

En base a lo ya estudiado, la titularidad de la cosa pública pertenece a la colectividad. Es al ciudadano, en cuanto “ente” colectivo, al que se destinan todos los actos practicados por la Administración Pública. Por tal razón, cualquier acto administrativo, en cualquier ángulo que se compruebe, estando destinado a la población, deberá motivarse siempre; concretamente, porque la Administración, al actuar, representa, siempre, los intereses de la colectividad.

Los actos administrativos poseen varios criterios, entre ellos el grado de libertad de la voluntad del agente que los edita. Muchas veces la voluntad del agente estará limitada por lo dispuesto en la ley y, por tal razón, el acto deberá ser practicado en los rigurosos límites previstos en la legislación. A estos actos,

---

<sup>169</sup> Artículo 3º, IV, da CF/88

<sup>170</sup> Artículo 5º, da CF/88

<sup>171</sup> Artículo 7º, XXX, da CF/88



la doctrina los clasifica como actos vinculados. En estos casos, no hay un elemento volitivo por parte del agente, no hay subjetividad, hay sólo la aplicación de la norma preexistente.

De otro modo, hay actos administrativos en que la legislación autoriza al agente a actuar de forma subjetiva, emitiendo un juicio de valor. El límite de actuación del agente, sin embargo, deberá estar definido en la propia legislación. A estos actos la doctrina los clasifica como acto discrecional.

En base a este criterio de clasificación —de existencia o no de margen de libertad y subjetividad en la práctica del acto por parte del agente—, la doctrina planteaba si el acto debería o no ser reglado (o vinculado). El deber de motivar, por lo tanto, estaba directamente ligado a la naturaleza del acto administrativo: reglado o discrecional. Surgieron, entonces, dos corrientes acerca de la necesidad de motivación:

1) La primera, tradicional, entendía que sólo los actos reglados deberían ser motivados, con el argumento de que en éstos la Administración tiene el deber de demostrar la correlación de los motivos expuestos con los criterios definidos en ley. Lo que no se mostraba necesario en los actos discrecionales, donde la motivación sería innecesaria<sup>172</sup>.

2) La segunda corriente entendía que los actos discrecionales, concretamente por reflejar un grado de libertad mayor y posibilitar la valoración subjetiva del agente, deberían siempre ser motivados. Esta corriente sostiene que los actos vinculados también deberían ser

---

<sup>172</sup> En este sentido, CRETELLA JÚNIOR: “Se exime la motivación en los actos administrativos, mediante un parecer fundamentado por parte del órgano consultivo, así como también en los actos discrecionales en que la ley faculta a la autoridad administrativa la apreciación de la oportunidad y de la conveniencia, siendo ejemplo de este último en caso de que la promoción por merecimiento, en que el funcionario, superior jerárquico, promueve otro, de grado más bajo en la jerarquía, apreciando a su talante los motivos determinantes de la promoción”. CRETELLA JÚNIOR, J., *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 278.

motivados; sin embargo, en los casos en que los actos reglados son regulados taxativamente por la legislación, la motivación quedaría en un segundo plano<sup>173</sup>.

Actualmente, sin embargo, para la doctrina moderna<sup>174</sup>, tal clasificación ya no se sostiene. Hoy en día, al practicar un acto administrativo, ya sea reglado o discrecional, el agente deberá motivarlo, con el objetivo de facultar y posibilitar el control de legalidad de los actos practicados por la Administración.

Esta nueva interpretación doctrinal tuvo como fundamento lo dispuesto en el artículo 50<sup>175</sup> de la ley n° 9.784/1999, ley ésta que regula el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal y que, en el citado artículo enumera situaciones de hecho y de derecho que obligan al agente público a motivar los actos practicados. La mencionada ley, en ningún momento

---

<sup>173</sup> Según BANDERA DE MELO: “En algunas hipótesis de los actos vinculados, es decir, en los en que hay aplicación casi automática de la ley, por no existir un campo de interferencia de juicios subjetivos por parte del administrador, la simple mención del hecho y de la regla de Derecho aplicada puede ser suficiente, por estar implícita la motivación. En aquellos otros, sin embargo, en que existe discrecionalidad administrativa o en que la práctica del acto vinculado depende de una apurada apreciación de los hechos y de las reglas jurídicas en causa, es imprescindible una motivación detallada. [...] al tratarse de actos vinculados (en los cuales, pues, ya está predefinida en la ley, ante una situación objetivamente identificable, la única medida calificada como hábil y necesaria para el atendimiento del interés público), lo que más importa es haber producido el motivo ante el cual el comportamiento era obligatorio, dejando a un segundo plano la cuestión de la motivación.” BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108 e p. 383

<sup>174</sup> Conforme a DI PIETRO: “El principio de la motivación exige que la Administración Pública indique los fundamentos de hecho y de derecho de sus decisiones. Está consagrado por la doctrina y por la jurisprudencia, no habiendo más espacio para las viejas doctrinas que discutían se su obligatoriedad alcanzaba sólo los actos vinculados o sólo los actos discrecionales, o si estaba presente en ambas categorías. Su obligatoriedad se justifica en cualquier tipo de acto, porque se trata de formalidad necesaria para permitir el control de legalidad de los actos administrativos.” ZANELLA DI PIETRO, Mª. S., *Derecho Administrativo, cit.*, p. 77.

<sup>175</sup> Artículo 50: “Artículo 50. Los actos administrativos deberán ser motivados, con indicación de los hechos y los fundamentos jurídicos, cuando:

- I – nieguen, limiten o afecten derechos o intereses;
- II – impongan o agraven deberes, cometidos o sanciones;
- III – decidan procesos administrativos de concurso o selección pública;
- IV – dispensen o declaren la inexigibilidad de proceso licitatorio;
- V – decidan recursos administrativos;
- VI – deriven de reexamen de oficio;
- VII – dejen de aplicar la jurisprudencia establecida sobre la cuestión o discrepen de parecer, informes, propuestas e informes oficiales;
- VIII – permitan la anulación, revocación, suspensión o convalidación de un acto administrativo.

hizo referencia a que sólo los actos reglados y/o los actos discrecionales deberían ser motivados; con lo que se concluyó que la motivación, elevada al grado de principio aplicable a la Administración pública, deberá estar presente en todos los actos.

#### **2.2.2.2.9. Principio de Continuidad de la Prestación de los Servicios Públicos**

Presupone el principio de continuidad de la prestación de los servicios públicos el deber del Estado de satisfacer el cumplimiento de los derechos fundamentales. La continuidad implica la regularidad y la efectividad en la prestación del servicio público, con observancia de las normas vigentes y aplicables al caso concreto.

Continuidad significa que el servicio público debe ser prestado en la medida de su necesidad, lo que permite decir que continuidad no implica, necesariamente, la prestación diaria de los servicios públicos. Éstos, a causa de su relevancia, no pueden soportar una solución de continuidad y, por tanto, no pueden ser interrumpidos. Deben ser prestados con calidad, regularidad y eficiencia.

#### **2.2.2.2.10. Principio de razonabilidad**

Es deber de la Administración pública, en cada acto practicado, demostrar la pertinencia, necesidad, importancia y relevancia de su conducta. Se podría afirmar que la razonabilidad está directamente ligada a los principios de la legalidad y motivación.

Razonabilidad es la calidad de lo que es razonable; es decir, lo que se sitúa dentro de los límites aceptables, aunque los juicios de valor que provocaron

la conducta puedan disponerse de forma un poco distinta. Lo que es totalmente razonable para uno, puede no ser para otro. Sin embargo, incluso cuando no lo sea, es necesario reconocer que la valoración se sitúa dentro de los niveles de aceptabilidad. Dentro de estos criterios, el juicio no podría controlar la conducta del administrador bajo la mera alegación de que no la entendió razonablemente. Lo que podría el juicio —poder-deber— sería controlar los aspectos relativos a la legalidad de la conducta del administrador<sup>176</sup>.

El presente principio impone a la Administración la actuación dentro de los criterios normales de aceptabilidad. Una vez reconocida la ausencia de la razonabilidad, estaremos, pues, ante un acto ilegal. La razonabilidad puede calificarse como un concepto jurídico indeterminado, elástico y variable en el tiempo y en el espacio. Significa que la Administración Pública deberá actuar con buen sentido, prudencia, moderación, mediante actitudes adecuadas y coherentes, tomando en cuenta las circunstancias que implican la práctica del acto, así como la relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que debe alcanzarse.

La Administración pública al ejercer sus funciones debe primar la razonabilidad de sus actos a fin de legitimar sus propias conductas, haciendo que el principio sea utilizado como un vector para justificar la emanación y el grado de intervención administrativa impuesto por la esfera administrativa para el destinatario<sup>177</sup>.

Mediante este principio se justifica que las relaciones de trabajo se establecen y se rigen según la razón y los patrones de conducta del hombre medio, insertado en la sociedad.

---

<sup>176</sup> DOS SANTOS CARVALHO FILHO, J., *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 36.

<sup>177</sup> PIMENTA OLIVEIRA, R., *Os Principios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006, p. 473.

Este principio también sirve de freno a ciertas facultades y arbitrariedades posiblemente practicadas en el curso del contrato de trabajo, justificando y también limitando el poder directivo del empleador.

Es imprescindible, pues, que todos los actos practicados por la Administración Pública presenten la razonabilidad como presupuesto de admisibilidad y validez de las conductas del agente.

#### **2.2.2.2.11. Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad, que ha sido muchas veces estudiado de forma conjunta con el principio de razonabilidad, tiene como finalidad equilibrar los derechos individuales con los deseos de la sociedad.

Este principio comporta la idea de que ninguna garantía constitucional goza de un valor supremo y absoluto, con el fin eliminar otra garantía de valor y de grado similar.

El fundamento del principio de proporcionalidad es el exceso de poder, y el fin a que se destina es exactamente el de contener actos, decisiones y conductas de agentes públicos que superen los límites adecuados, ante el objetivo perseguido por la Administración Pública, o incluso por los poderes representativos del Estado. Es decir, que el poder público, cuando interviene en las actividades bajo su control, debe actuar porque la situación exige realmente la intervención, y ésta debe realizarse con equilibrio, sin excesos y proporcionalmente a fin que se persigue<sup>178</sup>. Es decir, este principio mira a una adecuación entre los fines perseguidos por la Administración y los medios que emplea para ello.

---

<sup>178</sup> DOS SANTOS CARVALHO FILHO, J., *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 38

La proporcionalidad, para que sea efectiva, debe observar un tríplice fundamento: adecuación, exigibilidad y proporcionalidad en un sentido estricto.<sup>179</sup> Este principio, nacido en el Derecho Constitucional, actúa como forma de control de la Administración Pública y tiene como objetivo atenuar o incluso prohibir el exceso de poder en la práctica de actos administrativos, garantizando el equilibrio entre el acto practicado y las necesidades de la colectividad.

Estudiados los principios de la Administración pública española y brasileña en cuanto empleadora, analizaremos ahora las clases de empleados públicos en España y en Brasil, para después analizar la aplicación de los principios en las relaciones laborales en la Administración Pública indirecta.

### **2.2.2.3. Principios de Derecho laboral aplicables a la Administración pública brasileña como empleadora**

La Administración Pública cuando contrata empleados públicos se puede someter a las normativas de Derecho laboral, y con él a toda la gama de principios aplicables a esta rama del Derecho. Para que se pueda analizar con propiedad el objetivo que se propone con el presente estudio, resulta necesario estudiar cada uno de los principios aplicables a los empleados públicos en cuanto empleados regidos por la CLT y, después, analizar la compatibilidad o incompatibilidad de la aplicación de estos principios en el ámbito de la Administración pública.

---

<sup>179</sup> Es lo que señala Carvalho Filho: según la doctrina alemana, para que la conducta estatal observe el principio de proporcionalidad, debe de revestirse de un tríplice fundamento: 1) adecuación, significando que el medio empleado en la actuación debe ser compatible con el fin medido; 2) exigibilidad, porque la conducta debe considerarse necesaria, no habiendo otro medio menos gravoso u oneroso para alcanzar el fin público, es decir, el medio escogido es lo que causa el menor perjuicio posible para los individuos; 3) proporcionalidad en sentido estricto, cuando las ventajas que debe conquistarse superen las desventajas. (DOS SANTOS CARVALHO FILHO, J., *Ibidem*).

Un simple análisis del trabajo prestado en los organismos privados ya nos indicaría que las características propias de tal relación en nada se asemejan al trabajo prestado en la Administración Pública.

El trabajo prestado en la iniciativa privada, objeto del Derecho del trabajo, está vinculado al capitalismo, al trabajo libre, a la libre competencia, a la obtención de beneficios y resultados, a la subordinación y dependencia, a la autonomía de las voluntades, al interés del empleador. Tal trabajo es regido por los principios relativos al Derecho protector del trabajo aunque los intereses del empresario también estén garantizados.

No se asemeja en nada, por tanto, al trabajo prestado para la Administración pública, donde los principios son otros, donde el trabajo prestado será —siempre— en beneficio del interés público. Es cierto que los intereses de los trabajadores públicos están insertados en los intereses sociales, pero no se puede jamás beneficiar a uno o a parte de un todo, en perjuicio de los intereses generales.

En el ámbito del Derecho del Trabajo, Derecho dispuesto para regular las relaciones entre particulares, los principios generales aplicables tienen como función delimitar las relaciones establecidas entre las partes.

Como sostiene ALONSO GARCÍA<sup>180</sup>, los principios generales serían "aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho". O también, como apunta PLÁ RODRÍGUEZ<sup>181</sup>, los principios serían "líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la

---

<sup>180</sup> ALONSO GARCIA, M., *Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1960, p. 247.

<sup>181</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 9.

aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos".

La Administración pública, por lo tanto, cuando contrata a empleados, se somete, además de a las reglas de Derecho público, a las reglas y a los principios aplicables a las relaciones de trabajo, relaciones éstas de Derecho eminentemente privado. Además de los principios específicos que estudiaremos a continuación, la Administración pública, en cuanto empleadora, se somete a otros principios, no específicos, relativos a otras ramas del Derecho, que son aplicables también al Derecho del Trabajo, a saber: principio de la lealtad y buena fe; principio de no alegación de la propia torpeza; principio de inalterabilidad de los contratos (*pacta sunt servanta*), en el Derecho del Trabajo evolucionado hacia el principio de inalterabilidad contractual lesiva; principio de razonabilidad (verosimilitud, sensatez y ponderación); principio de tipificación legal de ilícitos y penas; principio de dignidad humana; principio de proporcionalidad, entre otros. Algunos de estos principios ya se han descritos en los tópicos anteriores. Por tal razón, nos limitaremos a conceptualizar el principio de lealtad y buena fe, así como el principio de no alegación de la propia torpeza.

### **2.2.2.3.1. Principios generales**

#### **2.2.2.3.1.1. Principio de la lealtad y buena fe**

Como todo contrato, también el de trabajo se rige por la buena fe. La buena fe en los contratos de trabajo es, por tanto, un elemento indispensable en las relaciones entre empleado y empleador.

Las relaciones humanas están reguladas por reglas y valores, reconocidas por el Derecho y observadas en las relaciones jurídicas existentes. En este



sentido, el principio de la buena fe actúa como ejemplo de esta incorporación de valores a las relaciones humanas por el Estado.

Para algunos autores, a ejemplo del filósofo francés COMTE SPONVILLE<sup>182</sup>, la buena fe está directamente ligada al concepto de verdad y de virtud. El ser humano, prosigue el filósofo, es un animal que miente y es concretamente tal hecho que hace a la buena fe lógicamente posible y moralmente necesaria.

La buena fe entendida como principio está también directamente relacionada con el concepto de ética. Y ésta, como nos enseña ARISTÓTELES, es la búsqueda del bien. Está arraigada en las costumbres sociales, significando el endiosamiento del bien sumado a la prudencia necesariamente presente en las relaciones humanas.

Otros autores, a ejemplo de PLÁ RODRIGUEZ<sup>183</sup>, relacionan la ética con la razonabilidad. Para el autor uruguayo, la razonabilidad sería un principio específicamente laboral, aunque la mayoría de los autores la consideren como criterio aplicado al Derecho. La razonabilidad, ya estudiada anteriormente, consiste en el hecho de que las partes, los administradores y los jueces deben conducir las relaciones de manera razonable en la búsqueda de la solución de problemas o conflictos de ellas derivados. Según el autor, se hace necesario aún distinguir buena fe-creencia y buena fe-lealtad.

---

<sup>182</sup>Según el filósofo francés COMTE SPONVILLE, se entiende buena fe como expresión de la sinceridad, veracidad y franqueza. La buena fe representa lo contrario de la mentira, hipocresía, duplicidad, rechazando, así, las disimulaciones y los artificios; es decir, todas las posibles formas de la mala fe. “La buena fe, como todas las virtudes, es el contrario del narcisismo, del egoísmo ciego, de la sumisión de sí a sí mismo. Es a través de ello que ella tiene a ver con la generosidad, la humildad, el coraje, la justicia. (...) Justicia en los contratos y en los intercambios (engañar al comprador de un bien que vendemos, por ejemplo no avisándole sobre un cierto defecto oculto es actuar de mala fe, es ser injusto)” COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. 11ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2004 P 214-216

<sup>183</sup> PLÁ RODRIGUEZ, A.,. *Principios de Direito do Trabalho*, cit., p.37.

La primera, buena fe-creencia, sería la posición de quien ignore ciertos hechos y piensa, por lo tanto, que su conducta es perfectamente legítima y no causa perjuicios a nadie. La segunda, buena fe-lealtad, se refiere a la conducta de la persona que considera que está cumpliendo realmente con su deber y contiene implícitamente la plena conciencia de no engañar, no perjudicar, ni causar daños. Más aún: implica la convicción de que las transacciones son cumplidas normalmente sin trapacerías, sin abusos o desnaturalización<sup>184</sup>.

Se concluye, pues, que el principio de buena fe aplicado al Derecho del trabajo se refiere a la buena fe-lealtad, mediante el cual las partes deberán dirigir su comportamiento en las relaciones de trabajo, sin que el principio, en el ámbito del Derecho laboral, se refiera a una convicción.

#### **2.2.2.3.1.2. Principio de la no alegación de la propia torpeza**

Este principio general del Derecho es de suma importancia en las relaciones laborales, principalmente en el análisis de la conducta practicada por el empleado y empleador, más aún cuando éstos ejercen sus actividades en el ámbito de la Administración pública.

No beneficiarse de la propia torpeza significa afirmar que a nadie se le da el derecho de favorecerse en base a actos ilegales practicados por él mismo. La doctrina, al referirse a este principio, hace mención a la expresión “*tu quoque*”<sup>185</sup>, que en el plano jurídico corresponde a la prohibición del ejercicio de

<sup>184</sup> PLÁ RODRIGUEZ, A., *Principios de Direito do Trabalho*, cit., p.425

<sup>185</sup> Según sostiene Souza de Oliveira, la *tu quoque*” nada más es que la expresión del conocido brocardo jurídico que apunta que a nadie es dado valerse de la propia torpeza (*turpitudinem suam allegans non auditur*). En la misma línea de las subespecies ya citadas, la *tu quoque* también no está positivada, de forma clara, en nuestra legislación, sino que es posible observarla en la excepción del contrato no cumplido, en los contratos sinalagmáticos, conforme al artículo 476 del Código Civil de 2.002: “en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes, antes de cumplir su obligación, puede exigir el implemento de la parte contraria”. Por lo tanto, uno de los contratantes no puede, sin antes cumplir la parte que le compete, exigir el cumplimiento de la

un derecho subjetivo que se obtuvo a costa de la violación de la norma jurídica, expresando la idea de que el transgresor de la norma comete abuso de derecho si quiere ejercer la situación jurídica que tal norma confiere<sup>186</sup>.

Este principio es muy utilizado en el ámbito de la Administración pública, como podemos comprobar en la interpretación jurisprudencial, emanada de una sentencia del Superior Tribunal de Justicia brasileño, que admite expresamente la *tu quoque*<sup>187</sup>:

1. En el caso de los autos, alega el demandante violación de su derecho líquido y cierto, con respecto al alejamiento de sus funciones - oficial de registro de inmuebles -, por el Juez de Derecho, con la finalidad de apurar las denuncias de diversos delitos que el demandante supuestamente habría cometido contra la Administración Pública, debido a su función.
2. Observancia del debido proceso legal para el alejamiento del acusado. Indicios vehementes de perpetración de diversos delitos contra la Administración Pública y actos de improbidad por parte del oficial de registro.
3. Alega el demandante que el alejamiento de sus funciones, así como la debida apuración de los hechos, a pesar de los fuertes indicios de comisión de delitos contra la administración, incluso ya con la quiebra del sigilo bancario decretado, que hiera el derecho líquido y cierto, es contrariar la lógica jurídica y la razonabilidad. En realidad, esta postura del demandante equivale al comportamiento contradictorio - expresión particular de

---

parte contraria, bajo pena de modificar el equilibrio contractual e incurrir en una conducta abusiva. SOUZA DE OLIVEIRA, D., Disponible en:

[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13690&revista\\_caderno=7](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13690&revista_caderno=7)  
Consultado el 06.10.2014

<sup>186</sup> GUERRA, A., *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção prof. Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo), p. 45.

<sup>187</sup> Disponible en:

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20070306+e+%40DTDE+%3C%3D+20070306&livre=%28%28tu+quoque%29+E+%28%22HUMBERTO+MARTINS%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20070306+e+%40DTDE+%3C%3D+20070306&livre=%28%28tu+quoque%29+E+%28%22HUMBERTO+MARTINS%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO). Consultado el 06.10.2014.

la teoría de los actos propios -, sintetizado en el *anexim tu quoque*, reconocido en esta Corte en las relaciones privadas, pero incidente, también, en los vínculos procesales, ya sea en el ámbito del proceso administrativo o judicial.

4. Ausencia del derecho líquido y cierto. La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia es firme en la interpretación de que nada evita el alejamiento preventivo del titular de servicio notarial y de registro, por un plazo indeterminado, en base a lo dispuesto en los artículos 35 36 de la Ley N. 8.935/94. La suspensión preventiva no tiene carácter punitivo, sino más bien cautelar. Precedentes. Recurso ordinario denegado.

RMS 14908 / BA

RECURSO ORDINARIO EN MANDATO DE SEGURIDAD 2002/0063237-1

Publicación: 06.03.2007

Ministro: Humberto Martins

2ª sala STJ

DJ 20/03/2007 P. 256

RSTJ vol. 208 P. 225

De acuerdo con el principio en cuestión es de fundamental importancia que las partes actúen con rectitud, estando expresamente prohibido a éstas invocar, en beneficio propio, el mantenimiento de un acto practicado en discordancia con lo previsto en la legislación.

### **2.2.2.3.2. Principios específicos**

#### **2.2.2.3.2.1 Principio de Protección (tutelar, eficaz o protector)**

Este es el principio que traduce la principal característica del Derecho del trabajo, es decir, la protección del empleado, la tutela de la parte hiposuficiente, de la parte más vulnerable en la relación de empleo, que es el trabajador. Es, pues, el principal principio aplicable al Derecho del trabajo, derivando de él todos los demás. Es el principio corrector de las desigualdades, derivado del

propio origen del Derecho del Trabajo. Tal principio influye sobre todos los segmentos del Derecho Individual del Trabajo. Es, según parte de la doctrina, el principio clave del Derecho del Trabajo, por influir sobre toda la estructura y las características de esta rama jurídica especializada.

Según Américo PLÁ RODRIGUEZ<sup>188</sup>, importante jurista uruguayo, el principio de protección se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo puesto que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferencial a una de las partes: el trabajador.

Mientras que en el Derecho común la búsqueda constante es la igualdad jurídica entre las partes contratantes, en el Derecho del Trabajo la búsqueda primera es la protección de una de las partes y, por medio de esta protección, alcanzar la igualdad substancial entre empleado y empleador. Según ARISTÓTELES, se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, en la proporción de sus desigualdades.

Como refiere PASCO<sup>189</sup>, el principio protector, denominado por TRUEBA URBINA como "*principio de disparidad social*" y por NICOLLIELO como "*correctivo de la desigualdad social*" o de "*desigualdad compensatoria*", puede ser definido como "aquél en virtud del cual el Derecho del Trabajo, reconociendo la desigualdad de hecho entre los sujetos de la relación jurídica de trabajo, promueve la atenuación de la inferioridad económica, jerárquica e intelectual de los trabajadores. "En lo adjetivo puede ser definido como la ruptura deliberada de la isonomía procesal, la provocación de privilegios en favor de la parte débil de la relación jurídico-procesal que eliminan o, al menos, amortigüen el desequilibrio inter-partes al provocar desigualdades de signo inverso. Su lógica es muy simple: reducir las ventajas innatas del empleador a

---

<sup>188</sup> <sup>188</sup> PLÁ RODRIGUEZ, A., *Principios de Direito do Trabalho*, cit., p. 28.

<sup>189</sup> PASCO COSMÓPOLIS, M., "El principio protector en el proceso laboral". Disponible en: [http://www.amatra5.org.br/php/revista/revista1\\_18.html](http://www.amatra5.org.br/php/revista/revista1_18.html). Consultado el 22/05/2011.

través del fortalecimiento de la posición del trabajador en el litigio.

El principio protector, en las palabras de ARMANDO GRISOLIA<sup>190</sup>, “es considerado —junto con el principio de irrenunciabilidad— el más importante. Tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana”.

En la apreciación de este principio, se puede comprobar la complejidad de aplicar las reglas de Derecho del trabajo en la Administración Pública, dado que cada rama del Derecho está basada en principios distintos.

Como ya hemos expresado, mientras el Derecho del trabajo tiene como una de sus misiones la protección del empleado, persona individual, el Derecho Administrativo tiene como principio la protección del interés público, por encima del particular.

De acuerdo con la doctrina, el principio de protección surgió en razón de dos prerrogativas, tales como: la primera, que el empleado se encuentra sometido a las órdenes del empleador, dado el poder disciplinario de que dispone este último y, la segunda, que el trabajador se somete al poder económico del empleador, que paga por la prestación de la fuerza de trabajo del empleado.

En las palabras de GONZÁLEZ REY RODRÍGUEZ<sup>191</sup> se ha dicho con autoridad que “para que surja el ordenamiento laboral no basta con una regulación cualquiera del trabajo asalariado y de sus representaciones profesionales”, como objetos principales y específicos de regulación, junto con el mercado de empleo, “sino que es necesaria una regulación diferenciada; es decir, inspirada en principios o criterios distintos de los que inspira el Derecho

---

<sup>190</sup> GRISOLIA, J.A., *Manual de Derecho laboral*. 6ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010. p. 51.

<sup>191</sup> GONZÁLEZ REY RODRÍGUEZ, I.,. “Principios Generales”, en AAVV (Coord. GARCÍA MÚRCIA, Joaquín), *El sistema de fuentes de la relación laboral*, Ed. Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007, p. 278.

común”, que se fue escindiendo a lo largo del siglo XIX. Sigue el autor:

“No cabe duda, a este respecto, que el Derecho del Trabajo cuenta con un sistema normativo diferenciado, tanto desde la perspectiva sustantiva como desde el punto de vista adjetivo, instrumental o de garantía. Tampoco, probablemente, de las particularidades que ofrece esta rama del ordenamiento al sistema de fuentes, como paradigmáticamente pone relieve la negociación colectiva, y, por ende, a los principios generales de Derecho.

En este sentido, el propio y principal objeto de regulación del Derecho del Trabajo, el trabajo asalariado, ha contribuido con especial intensidad a la conformación de sus principios, fines y funciones, como “Derecho de los Trabajadores”. Así, la doble condición del trabajador asalariado, como persona física inseparable de su prestación de servicios y como contratante débil en el mercado de empleo y subordinado en la relación laboral, configuró esta rama del Derecho como un sistema normativo de protección del trabajador, con manifestaciones evidentes en lo que se refiere a los principios jurídicos. E términos más actuales, el principio de favor encuentra su acomodo constitucional en el principio de igualdad material o real o de igualdad de oportunidades (artículo 9.2 CE), como criterio corrector de la igualdad formal, que parte de una situación social de asimetría, o de compensación de desventajas sociales.

El principio protector, tuitivo o de favor (*favor laboratoris o pro operario*), aun debilitado en contextos de crisis y flexibilidad empresarial, ha tenido y tiene vigencia en toda la experiencia jurídica, desde la creación y contenido de las normas, hasta su elección, aplicación e interpretación.”<sup>192</sup>

Aquí tendríamos otra diferencia sustancial de la prestación de trabajo para la Administración Pública, en la medida en que el empleado público, al prestar un servicio público no debe someterse sólo y tan sólo a las órdenes particulares de su jefe inmediato, sino, y sobre todo, a los intereses públicos del

---

<sup>192</sup>GONZÁLEZ REY RODRÍGUEZ, I., “Principios Generales”, *cit.*, pp.278-280.

órgano administrativo en el que presta su trabajo. Asimismo, el empleado público no recibe su salario por el simple hecho de disponer de su fuerza de trabajo, sino también por el hecho de poner su fuerza de trabajo en beneficio del servicio público, del interés público, del interés social.

El principio protector se desdobra en otros tres subprincipios, a saber: la regla *in dubio pro* trabajador, la regla de la condición más beneficiosa y el de la norma más favorable para el empleado.

El principio *in dubio pro* trabajador, en las palabras de ALONSO OLEA<sup>193</sup>, “puede ser entendido en sentido amplio, comprendiendo todas las reglas de aplicación que se han expuesto, incluidas las de ordenación jerárquica (así, según PÉREZ BOTIJA, ‘el principio *pro operario* exige que se aplique siempre la norma que conceda mayores ventajas o derechos al trabajador’)”.

Según apunta PLÁ RODRÍGUEZ<sup>194</sup>, este principio puede concretarse en tres subprincipios complementarios:

1. La regla *in dubio pro operario*: criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir, entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.
2. La regla de la norma más favorable: determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.
3. La regla de la condición más beneficiosa: criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

---

<sup>193</sup>ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., *Derecho del Trabajo*. 25<sup>a</sup> Ed., Civitas Ediciones. S. L., Madrid, 2008, p. 1172.

<sup>194</sup>PLA RODRIGUES, A., *Los principios del Derecho del trabajo*, cit., p. 40.



También en estos subprincipios encontramos las incompatibilidades con las reglas de la Administración Pública donde, en caso de duda, siempre prevalecerá el interés público, donde las reglas existirán siempre en función de los intereses públicos y las condiciones, asimismo, siempre primarán por el beneficio del interés público.

Para GODINHO DELGADO<sup>195</sup>, sin embargo, el principio tutelar no se desdoblaría en sólo estas tres dimensiones, sino que sería inspirador de todo el complejo de reglas, principios e institutos que componen esta rama jurídica especializada. Para este autor, por lo tanto, estos subprincipios serían, por tanto, efectivamente principios específicos del Derecho del trabajo, presentando una autonomía propia.

#### **2.2.2.3.2.2. Principio de la Norma más Favorable**

Aunque este principio de la norma más favorable pueda ser entendido como subprincipio, desdoblamiento del principio de protección, para parte de la doctrina es considerado como un principio específico del Derecho del trabajo<sup>196</sup>.

En base a lo anteriormente mencionado, habiendo más de una norma disponible sobre el mismo hecho, se aplicará aquella que más beneficio suponga para el trabajador, independientemente de la jerarquía formal de las normas jurídicas. En la aplicación de la regla más favorable, principalmente en cuanto a los criterios de jerarquización de las normas, el operador del derecho, sin embargo, debe adoptar cautelas específicas, aplicando al caso concreto o la teoría de la acumulación o la teoría del conglobamiento.

---

<sup>195</sup> GODINHO DELGADO, M., *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Ltr, 2012. P. 194

<sup>196</sup> Como ejemplo de esta teoría, *vid*: GODINHO DELGADO, M., *Curso de Direito do Trabalho*, cit, p. 194.

Según la teoría de la acumulación, entre todas las normas aplicables, el juzgador elige lo que es mejor de cada una de ellas, creando una tercera regla jurídica, casuística y temporal, aplicada al caso concreto. Tal teoría, cabe destacar, no es aceptada por el ordenamiento jurídico brasileño.

Ya en los términos de la teoría del conglobamiento, en el análisis de todas las normas aplicables, el operador del derecho, analizando la totalidad de cada una de ellas, elegirá la más favorable, en su conjunto. Ésta es hoy en día la teoría adoptada por el ordenamiento jurídico brasileño.

#### **2.2.2.3.2.3. Principio de la Imperatividad de las Normas Laborales**

Este principio nos trae la idea de que las reglas iuslaboralistas son esencialmente imperativas, no pudiendo, de manera general, tener una vigencia contractual, de modo que sea desatendida por la simple voluntad de las partes. Este principio traduce la restricción del elemento volitivo, limitando la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato laboral, a diferencia de lo que se produce, por ejemplo, en los contratos de naturaleza civil.

Esta limitación es considerada como un instrumento de aseguramiento eficaz de garantías fundamentales para el trabajador, con respecto al desequilibrio de poderes inherente al contrato de empleo.<sup>197</sup>

#### **2.2.2.3.2.4. Principio de Indisponibilidad de los Derechos Laborales**

El principio de Indisponibilidad de los Derechos Laborales es considerado como proyección del anterior (principio de imperatividad de las

---

<sup>197</sup> GODINHO DELGADO, M., *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 196.

normas laborales) y su aplicación viene reconocida, entre otros, en los artículos 9°<sup>198</sup> y 444<sup>199</sup>, de la CLT.

En base a este principio, se le prohíbe al empleado prescindir, por su simple manifestación de voluntad, de las ventajas y protecciones que le son garantizadas por las normas jurídicas, así como por el contrato de trabajo. Para una parte de la doctrina, la expresión irrenunciabilidad de los derechos laborales no resulta ser la más adecuada, visto que renunciar implica un acto unilateral. El principio de indisponibilidad de los Derechos Laborales va más allá de la renuncia: implica la prohibición de cualquier manifestación de voluntad, ya sea unilateral (renuncia) o bilateral (transacción), que tenga como objetivo disminuir los derechos de los empleados.

Este principio consiste en la imposibilidad, por parte del empleado, de disponer de ciertas prerrogativas establecidas por la ley a su favor, en la medida en que los derechos otorgados por la ley a los trabajadores son derechos de orden público y, por tanto, inalienables e indisponibles.

Tal principio, sin embargo, en ningún momento equipara el Derecho del trabajo a nivel del Derecho público. El Derecho del trabajo es la rama del Derecho privado, destinado a regular las relaciones entre los entes privados.

Aquí está una razón más para justificar el abismo existente entre las reglas de Derecho privado —Derecho del trabajo— y las reglas de Derecho Administrativo destinadas a la Administración Pública —Derecho público—.

Los contratos realizados al amparo de las reglas de Derecho del trabajo

---

<sup>198</sup> Artículo 9°, CLT - Artículo 9°, CLT – “Serán nulos de pleno derecho los actos practicados con el objetivo de desvirtuar, impedir o falsificar la aplicación de los preceptos contenidos en la presente Consolidación”.

<sup>199</sup> Artículo 444, CLT - Las relaciones contractuales de trabajo pueden ser objeto de libre estipulación de las partes implicadas en todo lo que no contravenga a las disposiciones de protección del trabajo, de los contratos colectivos que les sean aplicables y de las decisiones de las autoridades competentes.

parten del carácter volitivo de las partes, permitiendo a las mismas establecer reglas y condiciones del contrato, dificultando sólo (y tan sólo) la irrenunciabilidad de algunos derechos de orden público, y estableciendo sus límites en aquello en que la ley no prohíbe. Las relaciones laborales de Derecho Administrativo, por el contrario, admiten sólo las reglas preestablecidas en la legislación existente, resultando imposible que las partes pacten tan sólo en función de la manifestación de voluntad. Es necesario que lo establecido en las relaciones administrativas esté preestablecido en la legislación vigente. En el Derecho Administrativo se puede hacer sólo lo que se permite en la Ley, en la legislación laboral y, por el contrario, se le permite hacer lo que la ley no prohíbe. Es esta la traducción del principio de la legalidad en ambas ramas.

#### **2.2.2.3.2.5. Principio de la Condición más Benéfica**

También considerado por la doctrina como principio específico<sup>200</sup>, aunque para PLÁ RODRIGUES se trate de un subprincipio, desdoblamiento del principio de protección. Como ya hemos visto, se actúa restrictivamente, presuponiendo la existencia de una condición concreta, anteriormente reconocida, asegurando que ella deba ser respetada, en la medida en que sea más favorable para el trabajador.

Importa en la garantía de preservación, a lo largo del contrato, la cláusula contractual más ventajosa para el trabajador, que reviste un carácter de derecho adquirido (artículo 5º, XXXVI, CF/88<sup>201</sup>). Además, para el principio, en el contrapunto entre disposiciones contractuales concurrentes, debe de prevalecer

---

<sup>200</sup> GODINHO DELGADO, M., *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 194.

<sup>201</sup> Artículo 5º, XXXVI: la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada.

aquél más favorable al empleado<sup>202</sup>. No se trata aquí de un conflicto de normas, sino de condiciones previstas en las cláusulas contractuales.

#### **2.2.2.3.2.6. Principio de Inalterabilidad Contractual Lesiva**

Se trata de un principio también operativo en otras ramas del Derecho, principalmente en el Derecho Civil (*pacta sunt servanda*). Se convirtió en específico del Derecho del Trabajo por diversas razones, entre ellas la protección del empleado así como de ser del empleador el *onus* derivado de los riesgos de la iniciativa. De esta forma, en el Derecho del Trabajo, las condiciones previamente pactadas no pueden ser modificadas, a menos que sea para beneficiar el empleado, exactamente en los términos en que está previsto en el artículo 468<sup>203</sup> de la CLT.

Hay, sin embargo, algunas excepciones, como por ejemplo la prevista en el artículo 7º, VI<sup>204</sup> y 8º, VI<sup>205</sup>, de la CF/88, relativa a la irreductibilidad salarial, que condiciona que cualquier conducta que tenga por objetivo la reducción salarial deba establecerse mediante negociación colectiva.

Es en base a este principio que se justifica la Intangibilidad Contractual Objetiva, que consiste en el hecho de que el contenido del contrato de trabajo no

---

<sup>202</sup> GODINHO DELGADO, M., *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 197.

<sup>203</sup> Artículo 468 – “En los contratos individuales de trabajo sólo es lícita la modificación de las respectivas condiciones por mutuo consentimiento, y aun así siempre que no resulten, directa o indirectamente, perjuicios para el empleado, bajo pena de nulidad de la cláusula infractoras de esta garantía”.

Párrafo único – “No se considera modificación unilateral la determinación del empleador para que el respectivo empleado se revierta en el cargo efectivo, anteriormente ocupado, dejando el ejercicio de función de confianza”.

<sup>204</sup> Artículo 7º “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que se destinen a la mejoría de su condición social (...).

VI - La irreductibilidad del salario, salvo lo dispuesto en la convención o en el acuerdo colectivo”.

<sup>205</sup> Artículo 8º “Es libre la asociación profesional o sindical, observado lo siguiente: (...) VI - es obligatoria la participación de los sindicatos en las negociaciones colectivas de trabajo”.

puede modificarse aunque exista un cambio del sujeto empleador. Se trata de la sucesión laboral, como se observa (también conocida como modificación contractual subjetiva del contrato de trabajo). El contrato de trabajo sería intangible, desde el punto de vista objetivo, aunque mudable desde el punto de vista subjetivo, siempre que el cambio implique sólo al sujeto-empleador.<sup>206</sup>

#### **2.2.2.3.2.7. Principio de la Intangibilidad Salarial**

El principio de intangibilidad salarial implica que la parte iuslaboralista merece garantías diversificadas del orden jurídico, con el fin de asegurar su valor, montante y disponibilidad en beneficio del empleado. Esta disposición deriva del hecho de que se considera que el salario tenga un carácter básico, en la medida en que atiende a la satisfacción de las necesidades esenciales del ser humano<sup>207</sup>. La garantía de la irreductibilidad salarial no es absoluta, admitiendo la legislación algunas excepciones, como se puede comprobar de la redacción del artículo 462<sup>208</sup> de la CLT y de la Sentencia 248<sup>209</sup> del C. TST.

#### **2.2.2.3.2.8. Principio de la Primacía de la Realidad sobre la Forma**

Este principio establece que en el Derecho del trabajo la realidad siempre va a prevalecer, independientemente de la voluntad expresada formalmente en

---

<sup>206</sup> GODINHO DELGADO, M., *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 200.

<sup>207</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: Ltr, 2012. P. 201

<sup>208</sup> Artículo 462, CLT - Al empleador se le prohíbe efectuar cualquier descuento en los salarios del empleado, salvo cuando éste resulte de adelantos, de disposiciones de ley o de contrato colectivo.

<sup>209</sup> Expediente (*Súmula*) nº 248 do TST.

ADICIONAL DE INSALUBRIDAD. DERECHO ADQUIRIDO (mantenida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

La reclasificación o la desnaturalización de la insalubridad, por acto de la autoridad competente, repercute en la satisfacción del respectivo adicional, sin ofensa al derecho adquirido o al principio de la irreductibilidad salarial.

documentos, contratos o incluso tácitamente. El principio de primacía de la realidad sobre la forma se constituye en un poderoso instrumento para la investigación y encuentro de la verdad real en una situación de litigio laboral<sup>210</sup>.

En base a este principio se evita que el empleado sea perjudicado con la firma de un contratos u otros documentos, de los cuales desconoce el verdadero contenido (hay casos en los que el empleado, en el acto de la admisión y sin saber, ya firma el preaviso, por ejemplo), o por cualquier otra condición previamente establecida y no cumplida.

Este principio, peculiar del Derecho del trabajo, significa que en caso de que las partes discrepen entre lo que consta en los documentos escritos y lo que sucede en la práctica, en el día a día, la realidad práctica siempre prevalecerá, siempre que sea en beneficio del empleado.

De ahí la expresión jurídica tan utilizada en el sentido de que el contrato de trabajo no es más que un contrato realidad, en la medida en que subsiste mucho más por el acuerdo volitivo de las partes, por la realidad de los hechos, con respecto a un contrato preestablecido escrito por las normas vigentes.

Aquí reside otra fundamental diferencia con respecto a los contratos administrativos, en la medida en que en éstos la realidad práctica nunca podrá primar sobre las prerrogativas y los límites impuestos por la legislación preexistente, en la medida en que el carácter volitivo de los contratos administrativos está limitado a las disposiciones establecidas en las normas aplicables a la materia.

En los contratos regulados por la legislación laboral, las partes pueden negociar las condiciones más beneficiosas que las establecidas por la legislación; así sucede con los derechos de los trabajadores. En las relaciones jurídico-

---

<sup>210</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11 ed. São Paulo: Ltr, 2012. P. 203

administrativas esto no es posible, porque la ley es el límite.

#### **2.2.2.3.2.9. Principio de la Continuación de la Relación de Empleo**

Determina el principio de la continuación de la relación de empleo que es un interés para el Derecho del Trabajo la continuidad de la relación de empleo, la permanencia del vínculo laboral. Según GODINHO DELGADO<sup>211</sup>, sólo mediante la permanencia de la relación de empleo el orden laboral podría cumplir satisfactoriamente el objetivo teleológico del Derecho del Trabajo de asegurar mejores condiciones, bajo la óptica laboral.

Con la introducción del FGTS (Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio, por la Ley 5.107/66), el presente principio perdió, de cierta forma, parte de su significado. El sistema del FGTS vino a sustituir la estabilidad en el empleo por el pago de una parte indemnizatoria, en un porcentaje del 40%. Tras la publicación de esta ley, el empleado optaba, se así fuera de su interés, por el FGTS. El sistema del FGTS transformó el despido sin justa causa en un verdadero acto potestativo del empleador, desvirtuándose el incentivo por la permanencia del pacto. Tiempos después, la carta de 1988 generalizaría el sistema del Fondo de Garantía en el conjunto del mercado laboral, eliminando la antigua opción<sup>212</sup>.

En razón de este principio, los contratos por un plazo determinado, los contratos temporales, los contratos a término, necesitan tener esta indicación expresa. Caso contrario, serán considerados contratos por un plazo indeterminado. Corresponde al empleador probar el término de la relación de empleo.

---

<sup>211</sup> GODINHO DELGADO, M., *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p 203.

<sup>212</sup> GODINHO DELGADO, M., *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 204.



El contrato de trabajo es conmutativo, de tracto sucesivo y, por regla general, por un plazo indeterminado. Es la voluntad de ambas partes la que va a establecer, a lo largo del tiempo, las reglas por las que se regirán, pudiendo las mismas modificarse, por mutuo acuerdo, siempre que no perjudique los derechos de los trabajadores y respete las normas de derecho necesario o imperativo.

Es la efectiva primacía de la realidad de las relaciones existentes entre las partes la que determinará el rumbo del contrato vigente. Todo ello porque en el contrato de trabajo, contrato particular, lo que interesa es el interés de las partes implicadas —empleado y empleador—.

Reside en este hecho, otra importante diferencia con las relaciones laborales de Derecho Administrativo, donde el interés que debe prevalecer no es el de las partes implicadas, sino el interés social, de la colectividad.

Una vez analizados los principios aplicables a la Administración Pública, importante ahora es entender la evolución del empleo público en España y en Brasil, así como definir las categorías de empleados públicos en el ordenamiento jurídico español y brasileño.



---

**CAPÍTULO III - CATEGORÍAS  
DE EMPLEADOS PÚBLICOS EN  
ESPAÑA Y EN BRASIL**

---



La Administración, por ser pública, para realizar actos de contratación del personal a su servicio, debe cumplir las disposiciones legales, pues como ya hemos visto en el Capítulo I de este estudio, la Administración sólo puede actuar dentro del límite de las disposiciones legales, en el estricto cumplimiento del principio de la legalidad.

Conviene esclarecer que las personas que se encuentran al servicio de las Administraciones públicas no son, ni podrían ser, trabajadores por cuenta ajena a ejemplo de lo que sucede en la iniciativa privada, dado que al ejercer una función pública los trabajadores se integran en un poder público institucionalizado con personalidad jurídica propia que ejerce potestades al servicio del interés general. Esto explica la necesidad de que estas personas estén sometidas a un régimen jurídico o “estatuto” específico.

Por esta razón, se sostiene que los empleados públicos (tipología de las personas al servicio de la Administración pública en España) o los servidores públicos (tipología de las personas a servicio de la Administración pública en Brasil) se diferencian de los empleados comunes que trabajan en el sector privado por estar sometidos a un régimen jurídico específico.

Para que podamos evolucionar en nuestro estudio, es de fundamental importancia tomar en consideración la evolución del empleo público tanto en España como en Brasil, con el fin de que podamos tener una noción real de las dificultades a las que se ha debido enfrentar la Administración pública, ya sea la misma directa o indirecta. Es lo que haremos en los siguientes apartados.

### **3.1. Evolución del empleo público en el Derecho español y brasileño**

En este apartado haremos una descripción, aunque no exhaustiva, de la evolución del empleo público en Brasil y en España, para que podamos entonces visualizar las razones por las cuales la Administración pública comenzó a admitir con generosidad —hasta generalizarlas— relaciones laborales regidas, no sólo por el Derecho Administrativo, sino también y en algunos casos principalmente, por las reglas de Derecho del trabajo, Derecho eminentemente privado.

Veremos, en primer lugar, la evolución del empleo público en España, para después analizar lo que se ha producido en el Derecho brasileño. Este capítulo tiene como objetivo explicar las razones por las cuales los medios personales de la Administración pública están integrados por trabajadores cuyos actos están regidos por el Derecho público (Derecho Administrativo), y también por trabajadores regidos por el Derecho privado (Derecho laboral).

#### **3.1.1. Evolución del empleo público español**

Junto con la formación de la Administración Pública en España se configuró también la función pública, forma de identificar a los diferentes tipos de personas al servicio de la Administración pública, denominadas ahora empleados públicos. Conviene definir, para una mejor comprensión de este estudio, que el término de empleados públicos en España incorpora todo un conjunto de personas que presta servicios profesionales en la Administración pública. Estos empleados públicos se rigen por normas y principios de Derecho Administrativo, o por normas y principios de Derecho del trabajo. A toda persona integrada en los medios personales de la Administración pública española, por lo tanto, podemos denominarla como “empleado público”.

Como bien apunta PALOMAR OLMEDA, citado por SANDE PÉREZ-BEDMAR<sup>213</sup>, como derecho de la función o del empleo público se conoce tradicionalmente el conjunto normativo regulador de la relación de servicio para las Administraciones Públicas. Sin embargo, las transformaciones llevadas a cabo en el tiempo, sigue apuntando PÉREZ-BEDMAR, han acabado produciendo una ampliación o relativización de los conceptos, de modo que hoy se utiliza frecuentemente el término “empleo público” como un concepto que incluye toda presencia de personal dentro del ámbito público, con independencia del vínculo jurídico.

El hecho de que en España se considere empleado público a todas las personas que ejercen sus actividades en beneficio de la Administración pública fue incluso uno de los factores que dificultaron la creación de un estatuto único, de una legislación homogénea, que pudiera aplicarse a toda esta gama de trabajadores.

La historia española nos muestra que en términos generales fueron cuatro las grandes fases de evolución y desarrollo del concepto y características de la función pública en el ámbito de las Administraciones públicas<sup>214</sup>, comenzando

---

<sup>213</sup> SANDE PÉREZ-BEDMAR, M<sup>o</sup>. de. *Empleo y Prestación de Servicios en la Administración Pública*. Valladolid: Lex Nova, 2006, p. 27.

<sup>214</sup> En este sentido, PARADA VÁZQUEZ, se refiere con propiedad a las cuatro fases del desarrollo de la función pública en la historia española: La primera, de creación, con algunos antecedentes en el siglo XVIII, tiene lugar a lo largo del XIX con la creación, a partir del modelo de los cuerpos militares, de los cuerpos tanto generales como especiales de funcionarios. Un modelo que se abre hacia un marco general de empleo precario, sujeto a las veleidades del *spoils system*, con la práctica compensatoria de las cesantías, y que está consolidado plenamente a finales del siglo XIX. A esta fase la denominaremos corporativismo de servicio porque es el cuerpo jerarquizado de funcionarios, el eje y el protagonista del sistema.

La segunda fase, clasista e interdepartamental, surge de la contaminación del modelo anglosajón de la función pública, mediante la importación de elementos del *civil service* tomados de los modelos norteamericanos e inglés. A ese modelo responde la Ley de Funcionarios Cíviles de 1964, que da un golpe de gracia al sistema de cuerpos de funcionarios privándoles de su esencia, la jerarquía interna, e introduce una agrupación clasista de los funcionarios según el título habilitante de su acceso a la función pública. Crea la figura de los funcionarios generalistas o interdepartamentales, además de fortalecer la figura de los funcionarios administrativos frente a los especialistas o facultativos en aquellas administraciones en las que convivían.

La tercera fase se caracteriza por lo que hemos denominado laboralización de la función pública, transformación que gira sobre dos ejes: la incorporación a la regulación funcional de

alrededor del siglo XVIII, con un régimen de empleo precario, hasta la publicación del Estatuto Básico del Empleo público, Ley 7/2007, de 12 de abril.

Hasta el inicio del siglo XIX, la función pública española tenía como características la libre creación de los cargos, libre modificación y libre supresión y tales actos estaban acompañados por el elemento volitivo, el acto de voluntad, ejercido por el monarca. Era éste el que ostentaba el poder soberano sobre todo cuanto se refería a la función pública. Esta forma peculiar y un tanto autoritaria de administrar la función pública empezó a alterarse a principios del siglo XIX, cuando se comenzó a exigir una relación de confianza y un carácter no patrimonial de las funciones ligadas a los servicios públicos. En esta fase de la historia ya no había mucho espacio para el modelo autoritario definido por los actos que realizara el monarca. Se puede afirmar, incluso, que la historia del empleo público en España se traduce, conjuntamente, en la evolución histórica de limitaciones impuestas al poder real.

Aunque considerando la evolución del modelo de empleo público, las nuevas características introducidas en la Administración pública española no solucionaron todas las dificultades y las inquietudes relativas a las situaciones que implican al cuerpo de empleados públicos. Más adelante, con la llegada del Estatuto de Maura de 1918<sup>215</sup>, se consagró en el seno de la Administración

---

elementos propios del régimen laboral (la técnica de la clasificación del personal y el derecho sindical con negociación colectiva y derecho de huelga incluidos), y, en segundo lugar, por la admisión de un régimen paralelo de contratación laboral.

La cuarta fase se inicia con el Estatuto Básico del Empleo Público, y es una profundización de la laborización anterior, porque el estatuto es directamente aplicable en su mayor parte tanto al personal laboral como al funcionario y, en lo que resta, reduciendo las diferencias sustanciales entre funcionarios y contratados laborales al mínimo. Además, el estatuto supone la consagración de la quiebra definitiva de la unidad del sistema al reducir los contenidos básicos de la competencia del Estado y permitir una mayor regulación propia por las leyes autonómicas del modelo de carrera del empleo público, la clave del sistema. PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo I*. 24ª ed., Open, Madrid 2014, p.462. En esta obra, se hace un recorrido por la evolución de la función pública en España hasta el Estatuto Básico de 2007.

<sup>215</sup> La Ley de Bases de 22 de julio de 1918, consagró, después de varios intentos anteriores fallidos, el principio de la inamovilidad de los funcionarios públicos y estableció los fundamentos de una moderna función pública. CARRERAS, A.; TAFFUNEL, X. (coordinadores) *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX*, 2ª ed., Bilbao: Fundación BBVA, 2005. Volumen 3. p. 984.



pública el principio de inamovilidad de los funcionarios públicos, estableciéndose entonces los fundamentos de una moderna función pública. Sin embargo, quedaban pendientes de regular otros importantes aspectos ligados a la función pública, como las retribuciones y los planes de carrera. Este sistema tradicional, importado del sistema francés, en que sólo se admitían funcionarios públicos, es decir, no era posible la contratación de personal laboral, se configuraba mediante cuerpos generales y especiales jerarquizados y de ámbito departamental. Las normativas de Derecho laboral eran de difícil aplicación. Era una función pública cerrada, correspondiente a un sistema formado por acumulación o goteo en la creación de cuerpos<sup>216</sup>. Como afirma PARADA<sup>217</sup>, la influencia francesa sobre los ilustrados españoles se manifiesta en la creación de cuerpos y escuelas de funcionarios de gran significación, como el Cuerpo y la Escuela de Ingenieros de Caminos y el de Minas, el de cuerpos militares, como el Cuerpo general de la Armada y los cuerpos facultativos militares de Artillería e Ingenieros a finales del siglo XVIII.

Este modelo de función pública sufrió considerables alteraciones mediante el Decreto Legislativo de 7 de febrero de 1964, de Funcionarios Civiles del Estado, mediante el cual se definió el concepto de funcionario de carrera inspirado en el modelo francés, que parte del supuesto de vincular el desarrollo profesional de un empleado público en un ámbito de gestión de la Administración pública. Esta legislación también aportó la novedad de terminar con la exclusividad del sistema de la función pública en la Administración pública española, admitiéndose otras formas de acceso a las funciones públicas, distintas de la relación funcional, surgiendo así la presencia, en el ámbito de la Administración pública, de los funcionarios eventuales, los contratados en régimen de Derecho administrativo y los sujetos al régimen laboral.

---

<sup>216</sup> PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo I*, cit., p. 467

<sup>217</sup> PARADA VÁZQUEZ, R. *Ibidem*.

En este momento surge en la doctrina una cierta preocupación con respecto a las posibles irregularidades en la contratación de los empleados públicos. La doctrina se preocupa de la forma precaria por la cual son contratados los empleados. En este sentido, afirma VIVERO SERRANO<sup>218</sup> que la irregularidades se perpetúan desde el “canceroso” fenómeno de la consolidación del empleo público precario —a menudo irregularmente cubierto en origen—, concebido para proteger a los ya empleados frente al conjunto de ciudadanos aspirantes por turno libre a los puestos de trabajo objeto de consolidación. Si el fenómeno es preocupante en todo el ámbito del empleo público es precisamente en el sistema prestado del régimen laboral donde más claramente se manifiesta<sup>219</sup>.

Como sostiene PARADA<sup>220</sup>, la problemática de esta fase es que estas nuevas modalidades permitían burlar el principio de mérito y capacidad, ya que los nombramientos se efectuaban discrecionalmente sin la formación previa que comportaba el sistema de oposición, debiendo situarse aquí el origen del posterior crecimiento burocrático y de las titularizaciones masivas mediante la fraudulenta fórmula de las oposiciones restringidas.

Esta forma desreglada de modelo de contratación en el sector público acabó generando una desconfianza y una falta de credibilidad en las Administraciones por parte de la sociedad. Y como bien sostiene VIVERO

---

<sup>218</sup> VIVERO SERRANO, J. B., *El acceso al empleo público en régimen laboral*. Tirant lo Blanch. 2009, p. 30

<sup>219</sup> Como observa VIVERO SERRANO, “todos los autores coinciden al denunciar la generalizada arbitrariedad de las Administraciones Públicas en la contratación laboral anterior a 1984, al amparo de la normativa aperturista y nada garantista en este punto de 1964 (LFCE). Así, entre otros muchos, A. NIETO GARCIA, (1977), pp. 587 ss. y V. M. ESCUIN PALOP, (1986), pp. 161 Ss. También fue duramente criticada la ordenación de los sistemas de selección del personal laboral efectuada por el RD 2223/1984, con la preferencia por el sistema de concurso. *Vid.*, M. SÁNCHEZ MORÓN, (2004), p. 145. En cuanto a la situación a partir de la vigente regulación reglamentaria de 1995, objeto también de numerosas críticas, véase, S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, (1996), pp. 48-49 y R. PARADA, *Derecho del empleo* (2007), pp. 63, 87 y 137. VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público en régimen laboral*. Tirant lo Blanch. 2009, p. 30.

<sup>220</sup> PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo I., cit.*, p. 472.

SERRANO<sup>221</sup>, para que los ciudadanos confíen en lo público, en la política, en la Administración, en la propia democracia y en el Estado de Derecho, es absolutamente indispensable que el acceso al empleo público, en el régimen jurídico que sea, funcione de manera correcta, es decir, en igualdad de condiciones, de manera objetiva y transparente.

Conocer la historia que implica la creación del empleo público en España ayuda al conocimiento del actual estado de la Administración Pública española y nos permite entender las dificultades y los obstáculos hoy en día existentes en el sector público con relación al grupo de trabajadores. En este sentido, como sostiene PÉREZ-BEDMAR<sup>222</sup>, se constata una vez más la oportuna la afirmación precedente puesto que aunque es verdad que para una parte de la doctrina los orígenes de la presencia del personal laboral en la Administración se encuentra en la Ley de los Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, la observación de los períodos anteriores desvela una realidad muy interesante que demuestra que no se deben desconocer las previsiones que sobre el personal y sus diferentes clases se habían ido sucediendo con anterioridad.

A lo largo del tiempo y ante la creciente necesidad de reforzar el profesionalismo y la especialidad del personal al servicio de la Administración, se implantó el sistema de oposición como mecanismo de selección. Tal sistema, sin embargo, se presentaba, al principio, bastante débil en la medida en que no existía una alta cualificación de los miembros componentes de la banca evaluadora, pruebas que no reflejaban la real necesidad y valoración de los candidatos, razón por la cual la Administración pública entendió que resultaba necesario reformular el sistema de oposiciones.

---

<sup>221</sup> VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 32.

<sup>222</sup> PÉREZ-BEDMAR, M° de., *Empleo u Prestación de Servicios en la Administración Pública*, cit., p.31.

En este momento de la historia, como sostiene PÉREZ-BEDMAR<sup>223</sup>, se observan en paralelo las diversas tendencias. Por una parte, se regula un sistema general de oposiciones y concursos que es aprobado por Decreto. Y, en segundo lugar, en un sentido completamente opuesto, el afán de racionalizar y profesionalizar el acceso a las funciones públicas. Se ponen en marcha prácticas de reubicación de excedentes militares a los que se ofrecía la posibilidad de pasar a prestar servicios en organismos civiles. En este momento la oposición era, en general, la forma de entrar en la Administración Pública. No se puede olvidar, sin embargo, que junto con esta forma de acceso para el personal público, concomitantemente con la necesidad de respeto de los criterios y principios de mérito y capacidad, aparecen las personas llamadas contratados laborales, cuyo vínculo jurídico con la Administración se encuentra regulado por las normas del Derecho del Trabajo, normas éstas de Derecho privado. A estas personas no se les exigía las mismas reglas de contratación. Y aquí residía el problema: la contratación no siempre respetaba los mismos criterios, no siempre observaba los principios de mérito y capacidad. A veces estos empleados ni siquiera realizaban ningún tipo de prueba, lo que permitía que la Administración contratara como quisiera, en el momento que quisiera, sin que fuera necesario respetar los principios y las reglas de Derecho Administrativo.

Con la intención de frenar esta forma desregulada de contratación en el ámbito de la Administración, se promulgó el Real Decreto 22/1977, de 30 de marzo, que tenía como objetivo poner orden en la regulación de lo que se presentaba como un problema creado a partir de la Ley de los funcionarios civiles de 1964.

Sin embargo, fue la Constitución de 1978 la que impuso al legislador que modificara el estatuto del personal público. La aprobación de la Constitución representó en el panorama de la función pública española un momento

---

<sup>223</sup> PÉREZ-BEDMAR, M<sup>o</sup> de., *Empleo u Prestación de Servicios en la Administración Pública*, cit., p. 27.

importante, principalmente porque introdujo dentro del ámbito administrativo los principios constitucionales que inspirarán toda la evolución del empleo público. El artículo 103.3 reservó a la ley la regulación de ciertas materias. Se trata del estatuto de la función pública, que necesariamente habrá de contener una regulación uniforme sobre aspectos tales como el acceso a la función pública de conformidad con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho de libertad sindical, el sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas. Todo ello, como sostiene PÉREZ-BEDMAR<sup>224</sup>, ha supuesto un cambio significativo en el panorama del empleo público.

Aunque la Constitución española, en su artículo 103.3 haya previsto la necesidad de la creación de un Estatuto, éste no se llegó a concretar. Seis años después de la promulgación de la Constitución de 1978, en lugar de la publicación del Estatuto de los funcionarios públicos se promulgó la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), que tenía como objetivo reglamentar las medidas para la reforma de la función pública.

En base a la Ley 30/1984 se diseñó un modelo mixto que combinaba el sistema de carrera definido en 1964 con el sistema de puestos de trabajo inspirado en el modelo anglosajón y un sistema más propio del sector privado, basado en el reclutamiento individualizado en función de la especialidad de cada puesto<sup>225</sup>. Esta Ley, sin embargo, dejó a criterio de la Administración Pública la determinación de qué puestos de trabajo serían destinados a los funcionarios y cuáles a los laborales, hecho que engendró una excesiva inseguridad jurídica.

---

<sup>224</sup> PÉREZ-BEDMAR, M°. de, *Empleo o Prestación de Servicios en la Administración Pública*, cit., pp. 67-68

<sup>225</sup> CARRERAS, A.; TAFFUNEL, X. (coordinadores) *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX*, cit., Vol. 3, p. 984.

A partir del contenido en la Constitución española de 1978, las condiciones de acceso a las funciones públicas deberían respetar criterios de reglas generales, reglas éstas que se complementarían por los principios de mérito y capacidad, consecuencia del principio de igualdad, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución española, que establece como derecho de todo ciudadano el acceder en condiciones de igualdad a las funciones y los cargos públicos con los requisitos definidos en las leyes.

En este sentido, el ámbito protegido por el derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad difiere según se trate de cargos representativos. Actualmente, una abundante jurisprudencia constitucional respalda la interpretación que entiende incluida la función pública profesional en el ámbito de las funciones públicas a las que apunta el artículo 23.2 de la CE. Sin embargo, la inclusión del personal laboral en el ámbito del mencionado precepto constitucional no es clara. La STC 281/1993<sup>226</sup>, de 27 de septiembre, entendió no aplicable a los vínculos laborales el artículo 23 de la CE, considerando que el personal laboral no formaba parte de la función pública, ni tenía consideración de cargo público<sup>227</sup>.

Esta interpretación, sin embargo, no se sostuvo y hubo numerosas interpretaciones contrarias, con fundamento en una lectura conjunta de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE, que consideraban discriminatorio el hecho de que no se primara la igualdad también en las contrataciones del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. Los principios de mérito y capacidad, por lo tanto, deben ser respetados en todos los ámbitos de

---

<sup>226</sup> Afirmó la sentencia del STC 281/1993 que: “Así planteados los términos del debate, ha de coincidirse con el Ministerio Fiscal en que el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución no 'es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas, de manera que el trato discriminatorio denunciado sólo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, del que el artículo 23.2 C.E. no es sino, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal, una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicos”.

<sup>227</sup> PÉREZ-BEDMAR, M<sup>o</sup>. de., *Empleo o Prestación de Servicios en la Administración Pública*, cit., p. 69.

contratación en el servicio público.<sup>228</sup> Estos criterios tienen como finalidad garantizar a estas personas que ejercerán funciones públicas autonomía, imparcialidad y legitimidad, además de asegurar igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos que reúnan los requisitos exigidos por la ley, y que aspiren a acceder a una función de servicio público. Tales requisitos, en consecuencia, conllevarán una mayor eficacia al servicio público, en la medida en que estas personas, debidamente cualificadas, seleccionadas en la forma definida en la Constitución, demostrarán mayores aptitudes para el ejercicio de la función pública.

Dicho esto, es cierto que en la Administración Pública española, sea cual sea la forma de desempeño del trabajo público, funcionarial o laboral, el principio de igualdad deberá respetarse. No se puede olvidar, sin embargo, que por algunos momentos se pensó, en la Administración pública de España, en adoptar un régimen únicamente funcionarial, primando la teoría unilateral, estatutaria, mediante la cual no se admitía, bajo ningún concepto, la aplicación de reglas de Derecho privado, más concretamente, de las normativas de Derecho laboral<sup>229</sup>. En este sentido, en la STC 99/1987, el Tribunal Constitucional afirma que la Constitución ha optado por el régimen estatutario, “con carácter

---

<sup>228</sup> No obstante, una pluralidad de argumentos apoyarían una interpretación distinta sobre esta cuestión, ya sea fundamentándose en la evidente interrelación de los artículos 23.3 y 103.3 de la CE, ya sea desde el ámbito de estos preceptos desde el que se examinen las cuestiones relativas a posibles discriminaciones en las contrataciones laborales. En efecto, los principios de mérito y capacidad deben ser respetados en el acceso de todo el personal que preste sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de una Administración Pública, con independencia de cuál sea la naturaleza del vínculo, laboral o funcionarial que le una a la misma. Así, la doctrina del Tribunal Constitucional, ante una deliberadamente amplia configuración de la expresión “función pública” en el texto constitucional, ha sostenido esta afirmación en lo que respecta al personal laboral asimilado al funcionario, como los interinos o contratados administrativos. En cuanto al personal laboral, la propia normativa de aplicación ha recogido dichos principios. PÉREZ-BEDMAR, M<sup>o</sup>. de., *Empleo o Prestación de Servicios en la Administración Pública*, cit., p. 70.

<sup>229</sup> Para aquellos que defendieron esta posición, la Constitución excluía cualquier posibilidad de aplicación del Derecho laboral en la Administración, argumentando, además, que la admisión de personal laboral en este ámbito, supondría una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución española toda vez que daría entrada a un personal titular de derechos colectivos de sindicalización, negociación colectiva y huelga, de los cuales disfrutaría en su plenitud en contraste con otro colectivo, el funcionarial, que se vería privado de ese mismo ejercicio, lo que constituiría una desigualdad incompatible con la Constitución. PÉREZ-BEDMAR, M<sup>o</sup>. de., *Empleo o Prestación de Servicios en la Administración Pública*, cit., p. 75.

general”<sup>230</sup>. No dedujo de ahí el Alto Tribunal, sin embargo, la necesaria exclusividad del régimen funcional de los servidores públicos, aunque sí

---

<sup>230</sup> Conviene transcribir parte de la STC 99/1987: “(...) c) En el primer inciso de su artículo 103.3 la Constitución ha reservado a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o «régimen estatutario», por emplear la expresión que figura en el artículo 149.1.18 de la misma Norma fundamental. Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y *a priori*, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la norma relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta norma, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda. Si estos límites se respetan no podrá decirse inconstitucional la remisión legal al Reglamento, según ya se apuntó por este Tribunal en el fundamento jurídico 6.º de su Sentencia 57/1982. Se trata, pues, de apreciar si en los concretos preceptos de Ley que se impugnan se ha incurrido o no, por referencia a esta reserva constitucional, en la «deslegalización encubierta» que denuncian los recurrentes.

(...)

Teniendo ahora en cuenta lo antes observado sobre el ámbito objetivo de la reserva de Ley introducida por el artículo 103.3 de la Constitución esta impugnación ha de ser estimada. Se decía que, en mérito de tal reserva, corresponde sólo a la Ley la regulación del modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues no otra cosa se desprende de la opción genérica de la constitución (arts. 103.3 y 149.1.18) en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador, garantizándose, de este modo, una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario.

No se hizo así, como se ve, en el último inciso del artículo 15.1 que ahora se examina. Este apoderamiento indeterminado que la Ley confería al Ministerio de la Presidencia, a efectos de especificar cuáles sean los puestos de trabajo que deban quedar reservados a funcionarios públicos, entraña una patente conculcación de la reserva de Ley establecida en el artículo 103.3 de la Constitución y, de este modo, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la propia Función Pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración. Tal necesario encuadramiento legislativo de las decisiones de quienes hayan de aplicar o desarrollar las propias normas de la Ley no viene dado en este precepto, desde luego, por su mención como pretendido criterio para



censuró el hecho de que la Ley 30/1984 hubiera dejado a criterio de la Administración definir qué cargos serían servidos por funcionarios y cuáles podrían serlo por laborales, lo que consideró contrario a la Constitución, razón por la cual el STC forzó reforma de la Ley. La interpretación de la STC 99/1987, supuso en aquel momento un freno al proceso de extensión de la aplicación del Derecho del trabajo en la Administración pública.

Una parte de la doctrina sostuvo que no había justificación para mantener la dualidad de regímenes en el empleo público. En este sentido, apunta MOLINA GARCÍA<sup>231</sup> que no existe ninguna justificación para atender la dualidad de regímenes en el empleo público. A la par, a su juicio, existen razones constitucionales fundadas para pensar que la Constitución exige, en el artículo 103.3, los mismos requisitos de imparcialidad y objetividad en el acceso al empleo público, incluso peculiaridades en el ejercicio del derecho de libertad sindical, cuando el servidor público es un funcionario o un contratado laboral, puesto que las especialidades en el empleo no derivan del régimen jurídico bajo el cual se prestan los servicios sino de la organización en la que se inserta el servidor público.

La reforma impuesta por el STC, mediante la sentencia 99/1987, se produjo mediante la Ley 23/1988, de 28 de junio, de Modificación de la Reforma de la Función Pública, que determinó con carácter general que los puestos de trabajo de la Administración del Estado y sus organismos autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serían desempeñados por funcionarios públicos, estableciendo una serie de excepciones, lo que sirvió de justificación a las Administraciones públicas para

---

las decisiones sobre esta reserva de puestos de trabajo, a «la naturaleza de su contenido» propio, imprecisa referencia que no vincula efectivamente a la decisión administrativa. Este último inciso del artículo 15.1 («debiendo especificar aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos») es inconstitucional y ha de ser declarado nulo.(...)»

<sup>231</sup> MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000, p. 232.

la conversión masiva en funcionarios de quienes no estaban incluidos en ellas; esto por medios de oposiciones en las que se reconocía como mérito el tiempo de trabajo prestado en régimen laboral<sup>232</sup>.

Así pues la interpretación doctrinal de la exclusividad de funcionarios en el servicio a la Administración Pública no prevaleció, principalmente debido a la descentralización de las funciones públicas ejercidas por el Estado, y la necesidad creada por los entes pertenecientes a las Administraciones indirectas. Actualmente hay una primacía del régimen estatutario, pero que convive con la contratación del personal laboral. En esta línea, sostiene PÉREZ-BALMAR<sup>233</sup>, que es la interpretación de quienes defienden la existencia de un régimen estatutario con carácter general pero que no lo consideran exclusivo, posición hoy mayoritaria, asumida en el pronunciamiento citado del Tribunal Constitucional. Por ello, se puede deducir, y así ya ha sido destacado, la admisibilidad en el marco de nuestra Constitución de una pluralidad de regímenes jurídicos.

Pasadas algunas décadas se promulgó el tan esperado Estatuto de los empleados públicos, mediante la Ley 7/2007, de 12 de abril, la cual recibió el nombre de Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Con la publicación de este Estatuto, finalmente se cumplió lo dispuesto en el artículo 103.3 de la Constitución española de 1978. El EBEP tiene como objetivo regular las necesarias situaciones hoy en día presentes en las Administraciones públicas, derivadas del proceso de descentralización y creación de varias Administraciones públicas indirectas, así como, y principalmente, mejorar y modernizar la gestión de las personas al servicio de estas diversas Administraciones públicas<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo I*, cit., p. 474.

<sup>233</sup> PÉREZ-BEDMAR, M<sup>a</sup>. de, *Empleo o Prestación de Servicios en la Administración Pública*, cit., p. 77.

<sup>234</sup> En este sentido, el EBEP establece un marco común para todas las Administraciones que da respuesta a la progresiva descentralización administrativa. Este marco común se aplica a todas las Administraciones pero es lo suficientemente flexible como para permitir afrontar las

El empleo público en España, hoy en día pues, está regulado por el Estatuto Básico del empleado público, que casi treinta años después de la promulgación de la Constitución finalmente vino a establecer reglas básicas que deben aplicarse a todos los tipos de servicios prestados por una persona física a la Administración Pública, funcionarial o laboral.

En resumen, es posible afirmar que el empleo público español nació en un momento donde las reglas y las formas de contratación eran dictadas por el monarca, pasando por una fase de disminución del poder del Rey, donde se admitieron entonces las formas de contratación por mérito y capacidad, primando, posteriormente, también por el principio de igualdad. En el seno de la Administración Pública se permitía la prestación de servicio en el modelo estatutario o laboral. Este se ha regido, por regla general, por normas de Derecho privado y aquél, por normas de Derecho público, hecho que llevó la discusión, en el STC, acerca de la legitimidad y constitucionalidad en relación a si podía admitirse, en la organización de la Administración pública, la dualidad de regímenes. Esta dualidad se traducía en el hecho de tener, al mismo tiempo, en el seno de la Administración pública, por un lado, a personas regidas por el Derecho del trabajo, el denominado personal laboral y, por otro, a los funcionarios, regidos éstos por el Derecho Administrativo. Hoy en día, por lo tanto, tenemos en el personal al servicio de la Administración pública española los llamados funcionarios, así como el personal laboral, todos pertenecientes a la gran clase de los empleados públicos, género del cual son especies las demás

---

particularidades de cada una de ellas en sus distintos niveles territoriales –no es lo mismo la gestión del personal de un Ministerio que la de un pequeño Ayuntamiento– y en la especialidades de las funciones que desarrollan –no es lo mismo auxiliar con funciones generales de administración que un técnico de laboratorio de un organismo autónomo–. Por ello, el EBEP pretende tanto la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa a nivel territorial en materia de personal como la posibilidad de una regulación diferenciada de los sectores del empleo público que lo requieran. VIDA FERNÁNDEZ. J., *Modelo Constitucional de empleo público*. Disponible en: [http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/contratacion-y-medios-de-las-administraciones-publicas-2013/resumenes-de-contenidos/Leccion\\_4.pdf](http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/contratacion-y-medios-de-las-administraciones-publicas-2013/resumenes-de-contenidos/Leccion_4.pdf). Consultado el 13.10.2014.

formas de prestación de servicio en el ámbito de la Administración pública y que serán examinados posteriormente.

### **3.1.2. Evolución del empleo público brasileño**

A diferencia del sistema español, el “empleo público” en Brasil es una especie del género “servicio público”. Para la doctrina y la jurisprudencia brasileña, el concepto español de empleo público, desempeñado por el empleado público, es denominado servicio público representado por un “servidor público”. Esta observación es fundamental que se destaque al inicio de este epígrafe para evitar posibles contradicciones y algunas confusiones, ya que los dos países adoptan conceptos semejantes, si bien con contenido y hermenéutica distintos.

*Servidor Público* en Brasil, por lo tanto, es el término utilizado *lato sensu* para designar a todas las personas que prestan servicios para la Administración Pública, directa o indirecta, con un vínculo laboral o estatutario, mediante remuneración pagada por las arcas públicas. La historia nos muestra que la función de servidor público en Brasil era en efecto un privilegio atribuido a pocas personas, en la medida en que se beneficiaba sólo un número reducido de individuos ligados a la estructura de poder y a la elite económica<sup>235</sup>.

Hasta la década de los años de 1930, el servicio público en Brasil, extremadamente reducido, tenía como objetivo atender las actividades de exportación, el orden público y la recaudación de tributos. Brasil vivía en esta época la condición de Imperio, donde la mirada del Estado se volvía hacia las grandes ciudades y la preocupación se centraba casi exclusivamente en el

---

<sup>235</sup> En 1920, el total de los funcionarios públicos con relación a la Población Económicamente Activa – PEA era de aproximadamente del 2%, llegando a cerca del 3% en 1940, 6% en 1950, 7% en 1960, 9,2% en 1970, y 9,9% en 1980, alcanzando el 11% en 1990. A partir de entonces, debido a las nuevas imposiciones traídas por la Constitución Federal de 1988, el número empieza a disminuir POCHMANN, M. *O emprego no desenvolvimento da Nação*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

comercio exterior<sup>236</sup>. Durante esta época el desarrollo de funciones públicas se daba mediante el sistema de delegación del Emperador y el ejercicio de cargos públicos se limitaba a la modalidad de los entonces llamados “cargos de confianza”, donde el Emperador poseía un poder total para admitir o exonerar a funcionarios públicos cuando lo consideraba conveniente. El acto de asunción de servidores públicos era efectivamente volitivo y discrecional. Tal situación se justificaba en la presunción de que, en esta fase histórica de Brasil, la voluntad del Emperador se confundía con la voluntad del propio Estado, traduciendo, si bien por vías indirectas, la voluntad y los intereses de la colectividad. En aquel momento, el ejercicio de cargo público estaba previsto en el artículo 179, XIV, de la Constitución Política del Imperio de Brasil, artículo que determinaba que “todo el ciudadano puede ser admitido a los cargos públicos civiles, políticos y militares, sin otra diferencia que no sea la de sus talentos y virtudes”.

Con la pérdida de la fuerza del sistema político Imperial, y la consecuente instauración de la República, hubo una tímida evolución en el proceso de empleo público, debido a la aparición de los primeros sistemas administrativos. En este escenario, era común el acceso a las carreras públicas por el sistema de padrinazgo y favoritismo político, lo que contrastaba con el sistema de la meritocracia. Con la proclamación de la República y, por consiguiente, la promulgación de la nueva Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil, se estableció en el artículo 73 que “*los cargos públicos, civiles o militares, son accesibles a todos los brasileños, observando las condiciones de capacidad especial, que la ley estatal establece, siendo, sin*

---

<sup>236</sup> La histórica doctrina brasileña nos enseña que "la Administración imperial se dirige antes hacia las grandes ciudades y hacia la Corte que hacia el medio rural; cuida el comercio exterior más que el comercio interior; de los ferrocarriles y de los puertos que ligan el País con el mundo exterior, más que las redes regionales y vecinales de comunicación y suministro. Es una Administración más de carácter reglamentario, dotada de exiguos recursos financieros y un número diminuto de empleados. Su sentido aristocrático se manifestaba a costa de la Corte, que suponía la mitad o más del total de sus gastos. VIEIRA DA CUNHA, M. W. *O sistema administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos. 1963, pp. 32-33.

*embargo, prohibidas las acumulaciones remuneradas*". Estábamos en el año 1891.

El desarrollo del Estado evoluciona concomitantemente con las necesidades y las contingencias históricas del desarrollo industrial de un país periférico, poco desarrollado, de dimensiones continentales, que se aventuró en un proceso de industrialización en una época en la que el capitalismo, a nivel mundial, era monopolizado. La industrialización tardía, característica propia de Brasil, exigió inmediatamente del Estado una rápida organización administrativa<sup>237</sup>, además de la creación de empresas estatales que dieran cuenta de las necesidades vinculadas al poder público. La iniciativa privada, en esta época, no poseía condiciones para asumir el desarrollo de la industrialización, necesaria para el sistema capitalista. No había materia prima. No había transporte para las mercancías. No había incluso un sector financiero que pudiera subvencionar la inversión, a largo plazo, elemental, para el desarrollo de la industria.

Ante todas estas dificultades y con el fin de minimizar los impedimentos para el desarrollo industrial en Brasil, intervino el Estado, que comenzó a expandir de manera desmesurada las empresas estatales, las cuales tuvieron un papel decisivo en el proceso de industrialización y transformación económica del país. En este período, el Estado asumió también las negociaciones entre el sector privado nacional y extranjero, para que fuera posible permitir las pericias tecnológicas, sin las cuales la industrialización en el país no podría desarrollarse. Obviamente, para la concreción del desarrollo hubo la necesidad de ampliar considerablemente el número de empleos público, que se dio en una época de la historia brasileña, donde la población ansiaba la democracia, pues vivía en un momento de dictadura. Existía una débil y casi inexistente organización sindical

---

<sup>237</sup> Traducida en la recaudación de impuestos, planificación, creación de ministerios destinados a las actividades de fiscalización y promoción del trabajo, formación de la prevención, promoción de la salud pública, constitución de un sector financiero más adecuado a la economía basada en las actividades industriales, organización de la infraestructura energética y de transportes.

y social, de la misma forma que era modesta la articulación política y la negociación de intereses, derechos y deberes entre la clase obrera y la burguesía industrial. Fue en este escenario donde apareció el empleo público brasileño, hasta entonces compuesto por personas designadas única y exclusivamente por interés político y padrinazgo.

Sólo en la Constitución Federal de 1934, entonces denominada Constitución de la república de los Estados Unidos de Brasil, se insertó, por primera vez, la observancia de la meritocracia para el ejercicio del servicio público, así como la exigencia de concurso público<sup>238</sup>. Sin embargo, la obligatoriedad del concurso público, en el contexto en que se define esta Constitución, estaba destinado sólo a aquellas situaciones en las que hubiera una exigencia legal y para los cargos organizados mediante carreras, dado que para éstos, la obligatoriedad del concurso se daba sólo para el ejercicio del primer cargo y la evolución en esta carrera se daría mediante promociones internas, sin la necesidad de oposición, lo que era llamado por la doctrina y la legislación brasileña “*provimento derivado*” o cargo por designación. Tal modalidad de cargo por designación fue mantenida durante las dos siguientes Constituciones brasileñas, tanto en la de 1937, en los términos del artículo 156<sup>239</sup>, como en la de 1946, en los términos del artículo 186<sup>240</sup>. Lo que quiere decir que en esta fase histórica de Brasil, para el acceso de los funcionarios públicos, como servidor público, era necesario realizar una oposición sólo para el primer cargo, de modo que los demás cargos a ser designados y ocupados por el servidor público se

---

<sup>238</sup> Artículo 170 de la Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil de 1934: Artículo 170. “El Poder Legislativo votará el Estatuto de los Funcionarios Públicos, obedeciendo a las siguientes normas, desde ya en vigor (...)

2º, la primera asunción en los puestos de carrera de las reparticiones administrativas, y en los demás que la ley determine, efectuándose después del examen de sanidad y del concurso de pruebas o títulos.”

<sup>239</sup> Artículo 156. “El Poder Legislativo organizará el Estatuto de los Funcionarios públicos, obedeciendo a los siguientes preceptos desde ya en vigor:

b) la primera asunción en los cargos de carrera se realizará mediante concurso de pruebas o de títulos;”

<sup>240</sup> Artículo 186. “La primera asunción de un cargo de carrera y de otros que la ley determinar se realizarán mediante concurso, precediendo a la inspección de salud”.

darían mediante el proceso de promoción interna. Son importantes para nosotros, por ahora, las posiciones efectivas de la contratación.

Conviene señalar que en 1967 la nueva Constitución brasileña insertó en su texto la necesidad de realizar una oposición para la contratación de todo y cualquier cargo público, en los términos de la redacción de su artículo 95<sup>241</sup>. Tal exigencia, sin embargo, dificultó la organización de los cargos de carrera, paralizando a la Administración, razón por la cual en 1969, la Constitución Federal aplicó las disposiciones anteriores acerca de la necesidad del concurso público, comenzando nuevamente a admitir mediante promoción interna, lo que se desprende del texto del artículo 97<sup>242</sup> de la CF/69 y, para atribuir aún más discrecionalidad al administrador, tal Constitución limitó la obligatoriedad de las oposiciones en la medida en que posibilitó a la legislación que indicara los cargos a los que dispensaba de la obligatoriedad del concurso público, como se deriva de la lectura del §1º, del artículo 97: “*la primera investidura de un cargo público dependerá de la aprobación previa, mediante concurso público de pruebas o de pruebas y títulos, salvo los casos indicados en la ley*” (la negrita es nuestra).

Durante todo este momento histórico, en el que Brasil tuvo diversas cartas Constituyentes, no teníamos una legislación específica aplicada a estos servidores públicos. Sólo en 1938 se crea el Departamento Administrativo del Servicio Público (DASP<sup>243</sup>) y en 1939 tuvimos, en Brasil, el primer Estatuto del

---

<sup>241</sup> Artículo 95. Los cargos públicos son accesibles a todos los brasileños que tengan los requisitos que la ley establece.

§1º El nombramiento para un cargo público exige la aprobación previa de concurso público de pruebas o de pruebas y títulos.

§2º Prescinde de concurso a nombramiento para cargos en comisión, declarados en la ley, de libre nombramiento y exoneración.”

<sup>242</sup> Artículo 97. Los cargos públicos serán accesibles a todos los brasileños que tengan los requisitos establecidos en la ley

§1º. La primera asunción de un cargo público dependerá de la aprobación previa, mediante concurso público de pruebas o de pruebas y títulos, salvo los casos indicados en la ley.

§2º. Prescindirá de concurso público a nombramiento para cargos en comisión, declarados en la ley, de libre nombramiento y exoneración.

<sup>243</sup> De acuerdo con el decreto-ley que lo creó, cabría al DASP estudiar la estructura y el



Funcionario que posteriormente fue sustituido por la Ley n°.1711 de 1952, Estatuto del Funcionario Público Civil de la Unión <sup>244</sup> (*Estatuto do Funcionário Público Civil da União*)

Brasil evolucionaba, mediante el DASP, hacia la incorporación en la Administración pública a través el sistema de acceso al personal público en base al reconocimiento de mérito, que aseguraría la igualdad de oportunidad, la eficiencia de los cargos, la neutralidad administrativa; es decir, un nuevo modelo de sistema público, aparentemente inherente a los intereses generales de la sociedad. Sin embargo, no era necesario realizar una oposición para el acceso a todos los puestos relativos a la plantilla de la Administración brasileña. La mayoría de los cargos continuaban ocupándose mediante libre designación. La contratación <sup>245</sup>, asimismo, se posibilitaba mediante las reglas de Derecho privado, y concretamente por la CLT (Consolidación de las Leyes Laborales, Decreto Ley 5452 de 1943).

Posteriormente, con la revocación de la Ley n°.1711 de 1952 y la publicación de la Ley 8.112 de 1990, se instituyó el régimen jurídico único, estatutario, para todos los servidores públicos de la Unión, Ley ésta que vinculaba también al servicio público en prácticamente todos los Estados y Municipios. Ante esta regulación, todas las personas vinculadas a la Administración pública directa serían servidores públicos, en sentido estricto <sup>246</sup>,

---

funcionamiento de los órganos públicos, las relaciones internas y externas de estos órganos, con el objetivo de insertar cambios que redujesen los costes y aumentasen la eficiencia de los servicios prestados. Tenía también como misión, entre otras, realizar propuesta presupuestaria y fiscalizar la ejecución del presupuesto; promover la readaptación y el perfeccionamiento de funcionarios; estudiar y fijar los patrones y las especificaciones de material; inspeccionar los servicios y ayudar al Presidente de la República en el examen de los proyectos de ley; instituir el proceso de selección para el acceso en el servicio público y la creación de controles para el mantenimiento de los procesos de selección.

<sup>244</sup> Esta Ley entró en vigor a partir de la promulgación de la Ley 8112/90

<sup>245</sup> El Decreto-Ley 200/67 estableció el régimen ‘celetista’ de trabajo para el sector público. Con el régimen vinculado a la CLT, Decreto Ley 5452 de 1943, se hizo posible la contratación de personal sin necesidad de concurso público.

<sup>246</sup> Más adelante en el presente estudio conceptualizaremos, con precisión, todas las clases de servidores públicos existentes en Brasil.

regidos por normas de orden público, y sometidos a las reglas y a los principios del Derecho Administrativo.

A diferencia de lo previsto en la legislación para la Administración directa, debido a la organización de la Administración Federal y de la Reforma Administrativa contemplada en el Decreto-ley 200/67,<sup>247</sup> se produjo la transferencia de actividades del Estado hacia la Administración pública indirecta, traducida en las autarquías, fundaciones, empresas públicas y sociedades de economía mixta, permitiendo, así, descentralizar y flexibilizar la Administración, acentuando una mayor efectividad a ciertas actividades públicas, creando núcleos de eficiencia y competencia. A esta esfera de la Administración pública se le facultó la contratación de empleados públicos que, aunque hubieran accedido por oposición, estarían sometidos a las reglas y al principio de Derecho privado, más concretamente a la CLT.

A lo largo de los años, se verificó en Brasil que la inclusión del párrafo primero del artículo 97, de la Constitución Federal de 1967, que facultó a la legislación la creación de cargos efectivos para los cuales la realización de concurso quedó dispensada, fue responsable de un verdadero sistema de “padrinazgo”, mediante el cual diversos fueron los cargos para los que la legislación dispuso en su contratación de la necesidad de concurso público. Con la intención de moralizar la trágica realidad vivida por la sociedad brasileña en este período, la nueva Constitución de Brasil, promulgada en 1988, ante el

---

<sup>247</sup> Artículo 4º del Decreto-Ley 200/67: “La Administración Federal incluye:

I - La Administración Directa, que se constituye de los servicios integrados en la estructura administrativa de la Presidencia de la República y de los Ministerios.

II - La Administración Indirecta, que incluye las siguientes categorías de entidades, dotadas de personalidad jurídica propia:

- a) Autarquías;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economía Mixta.
- d) Fundaciones públicas”.

Párrafo único. “Las entidades incluidas en la Administración Indirecta se vinculan al Ministerio en cuya área de competencia esté enmarcada su actividad principal”.

reciente regreso de Brasil en un régimen democrático<sup>248</sup>, previó la necesidad de una previa realización de concurso público para la contratación de cualquier cargo o empleo público.

Sólo con la promulgación de la Constitución Federal de 1988, por tanto, se instituyó la obligatoriedad del concurso público como única y exclusiva forma de acceso al servicio público<sup>249</sup>. Esta nueva determinación constitucional trajo consigo diversas críticas e incluso la afirmación de que la redacción del inciso II del Artículo 37 de la CF/88 imposibilitaba la progresión funcional, lo que representaría un retroceso en el ámbito del servicio público. En razón de esta interpretación, se modificó entonces redacción del artículo 39<sup>250</sup> de esta Constitución, mediante la enmienda Constitucional nº 19, que comenzó a admitir

---

<sup>248</sup> Hasta entonces Brasil vivía un régimen dictatorial, de carácter militar. El Régimen militar fue el período de la política brasileña en el que los militares condujeron el país. Esta época quedó marcada en la historia de Brasil a través del desarrollo de diversos Actos Institucionales que ponían en práctica la censura, la persecución política, la supresión de los derechos constitucionales, la falta total de democracia y la represión a quienes eran contrarios al régimen militar. La Dictadura militar en Brasil tuvo su inicio con el golpe militar de 31 de marzo de 1964, derivando en el alejamiento del Presidente de la República, João Goulart, y tomando el poder el Mariscal Castelo Branco. Este golpe de Estado, caracterizado por personajes afines a una revolución, instituyó en el país una dictadura militar, que duró hasta la elección de Tancredo Neves en 1985. Los militares en la época justificaron el golpe bajo la alegación de que había una amenaza comunista en el país. Disponible en: <http://www.sohistoria.com.br/ef2/ditadura/>. Consultado el 14/10/2014.

<sup>249</sup> Artículo 37. “La Administración pública directa e indirecta de cualquier de los Poderes de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a lo siguiente  
II - La asunción de un cargo o empleo público depende de la aprobación previa de un concurso público de pruebas o de pruebas y títulos, de acuerdo con la naturaleza y la complejidad del cargo o empleo, en la forma prevista en la ley, señalando los nombramientos para el cargo en una comisión establecida por ley de libre nombramiento y exoneración”.

<sup>250</sup> Artículo 39: “La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios instituirán el consejo de política de administración y remuneración de personal, integrado por servidores designados por los respectivos Poderes.

§ 1º La fijación de los patrones de vencimiento y de los demás componentes del sistema remuneratorio observará:

I - la naturaleza, el grado de responsabilidad y la complejidad de los cargos que componen cada carrera;

II - los requisitos para la asunción;

III - las peculiaridades de los cargos.

§2º La Unión, los Estados y el Distrito Federal mantendrán escuelas de gobierno para la formación y el perfeccionamiento de los servidores públicos, constituyéndose la participación en los cursos uno de los requisitos para la promoción en la carrera, facultada, para ello, la celebración de convenios o contratos entre los entes federados”.

la posibilidad de que los cargos correlatos fueran organizados mediante carrera, con requisitos establecidos en la ley para la promoción entre ellos, lo que representó uno de los requisitos obligatorios para la participación en cursos de formación y perfeccionamiento.

Conviene señalar que en el ámbito judicial, el órgano máximo de la justicia Brasileña (STF) ya se había manifestado acerca de la posibilidad, o no, del mantenimiento del cargo por designación. El STF entendió en aquel momento que lo que la Constitución prohibiría sería el acceso sin concurso público, así como el cargo por designación de carrera, lo que en la práctica significaba el paso del servidor público de un cargo específico hacia otro, de carrera distinta, sin la realización de un previo concurso público<sup>251</sup>.

Es evidente que actualmente en la doctrina y jurisprudencia brasileña las disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 37, II y 39 de la CF/88 exigen la previa aprobación mediante concurso público para la contratación del cargo o el empleo público, admitiendo de igual forma la Constitución la asunción de cargos mediante promoción, siempre que se observe la carrera específica. Lo que es expresamente prohibido, en razón de las

---

<sup>251</sup> En este sentido, cabe destacar la sentencia dictada por el STF en los autos de la ADI 231, de relatoría del ministro Moreira Alves, DJ de 13.11.1992: *“Acción Directa de Inconstitucionalidad. Promoción o acceso, transferencia y aprovechamiento en lo que se refiere a cargos o empleos públicos. - El criterio del mérito derivado del concurso público de pruebas o de pruebas y títulos y, en el actual sistema constitucional, a excepción de los cargos en comisión declarados en la ley de libre nombramiento y exoneración, es indispensable para cargo o empleo público aislado o de carrera, en cualquiera de las hipótesis; para el de carrera, para su acceso, que sólo se hará en la clase inicial y mediante concurso público de pruebas o de pruebas y títulos; no será posible, sin embargo, para los cargos posteriores puesto que, para éstos, la asunción se hará por la forma de contratación por la "promoción". Por tanto, quedan, desterradas de las formas de asunción admitidas por la Constitución la promoción y la transferencia, que son formas de entrada en carrera diversa de aquélla para la cual el servidor público ingresó por concurso, y que no son, por ello, ínsitas al sistema de abastecimiento en carrera, al contrario de lo que sucede con la promoción, sin la cual obviamente no habrá carrera, pero sí una sucesión ascendente de cargos aislados. - el inciso II del artículo 37 de la Constitución Federal también no permite el "aprovechamiento", ya que, en este caso, ha igualmente el acceso en otra carrera sin el concurso exigido por la mencionado disposición. Acción Directa de Inconstitucionalidad que se juzga procedente para declarar inconstitucionales los artículos 77 80 del acto de las disposiciones constitucionales transitorias del Estado de Rio de Janeiro.”* Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>. Consultado el 14/10/2014.

limitaciones constitucionales, es lo que ya se ha mencionado como cargo por designación, mediante el cual el servidor público podría ser promovido para ocupar un cargo de carrera distinta, sin la previa superación de un específico concurso público.

La historia nos muestra que el sistema del servicio público en Brasil pasó por una fase de total desregulación, en la medida en que en su origen no había un requisito de meritocracia, las contrataciones eran realizadas por libre arbitrio del ente público. Posteriormente, con la llegada de la Ley 8112/90, en el ámbito de la Administración pública directa la contratación se daba mediante concurso público y a estos servidores públicos *stricto sensu* —llamados estatutarios— se les aplicaban las reglas de Derecho público. A la Administración pública indirecta, sin embargo, siempre se le permitió la contratación bajo la égida del Derecho privado, y a estos servidores públicos *lato sensu* se le daba el nombre de empleados públicos “celetistas”.

Por tanto, es posible concluir que tanto en el Derecho español como en el brasileño, la condición de personal al servicio de la Administración pública evolucionó hacia una situación donde ya no se respetaban, aunque incluso existían, los requisitos para la contratación de un cargo o de una función pública, hasta la situación en la cual la Constitución tuvo que definir los criterios y los principios que deben respetarse íntegramente frente al ejercicio de actividades en el seno de la Administración pública, ya sea ella directa o indirecta.

Una vez examinada, aunque de forma sucinta, la evolución del empleo público en España y del servicio público en Brasil, para avanzar en nuestro estudio, resulta necesario abordar y entender las diversas categorías de personal del servicio público, tanto en la Administración pública española como en la brasileña. Es lo que haremos en los siguientes epígrafes.

### **3.2. Categorías de empleados públicos en España**

Al redactar el EBEP, los legisladores tuvieron presente que el principal objetivo, al regular las relaciones laborales en el servicio público, era garantizar una mejor calidad de los servicios prestados a la población; por tal razón, la exposición de motivos del EBEP permite entender que el Estatuto establece los principios aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser la de mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración.

Así, el EBEP se preocupó, también, por establecer claramente la diferencia de la prestación de servicio en el sector público y en el sector privado, así como las diferencias de la responsabilidad de los trabajadores en la iniciativa privada y de la responsabilidad de los trabajadores en el sector público.

Según la exposición de motivos del EBEP, por primera vez se establece en la legislación española una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. A partir del Estatuto, la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio, siempre buscando el interés público y el interés colectivo, que debe ser la base de una Administración legítima.

Conviene recordar que en el Derecho español coexisten dos regímenes diferenciados de personal al servicio de la Administración Pública: los funcionarios públicos en sentido estricto y el personal laboral. Nos referiremos a ambos, pero daremos mayor énfasis al personal laboral.

El EBEP, en el artículo 8<sup>252</sup>, definió el concepto general de empleados públicos: “Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”. Determinó también las clases de empleados públicos, distinguiendo entre funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual.<sup>253</sup>

El nuevo Estatuto, pues, es aplicable tanto al personal de la Administración que tiene vínculo estatutario como, en principio,<sup>254</sup> al que tiene vínculo laboral.

Parte de la doctrina española entiende que la definición de empleado público presentada por el EBEP no es la más adecuada, pues no diferencia el personal al servicio de la Administración Pública de otras personas que realizan su trabajo en la misma, por ejemplo, las personas que ejercen cargos por designación política o elección.

La mayoría de la doctrina entiende que sólo son empleados públicos las personas que trabajan en las Administraciones Públicas integradas en la

---

<sup>252</sup> Artículo 8 del EBEP: Concepto y clases de empleados públicos.

“1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

2. Los empleados públicos se clasifican en:

a) Funcionarios de carrera.  
 b) Funcionarios interinos.  
 c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.  
 d) Personal eventual”.

<sup>253</sup> “Estos son el concepto y las clases de empleados públicos establecidos por el Estatuto Básico del Empleo Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril (artículo 8), que no hace sino reconocer una realidad hace tiempo asentada en la legislación española, al igual que en la comparada, en la que coexisten dos regímenes diferenciados entre los servidores públicos: los funcionarios públicos en sentido estricto y el personal contratado laboralmente”. MARTÍN MATEO, R; DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Administrativo*, 28ª ed. - Navarra: Aranzadi. 2009, p. 215

<sup>254</sup> Artículo 2, del EBEP: “Ámbito de aplicación. 1. Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: – La Administración General del Estado. – Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla. – Las Administraciones de las Entidades Locales. – Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. – Las Universidades Públicas.

organización administrativa y que desempeñan un puesto de trabajo propio de alguna de ellas.

Así dice SÁNCHEZ MORÓN<sup>255</sup> que debe quedar claro que sólo es empleado público el que trabaja en las Administraciones públicas, es decir, el personal integrado en la organización administrativa y que desempeña un puesto de trabajo propio de alguna de ellas. No es empleado público, en cambio, quien trabaja para o al servicio de una Administración Pública, de manera temporal o incluso en la práctica de manera continuada, como profesional autónomo o contratado por una empresa de servicios, pero no desempeña un puesto de trabajo propio de la organización administrativa, y ello aunque todas sus retribuciones procedan directa o indirectamente de los presupuestos públicos y, eventualmente, realice sus funciones en el ámbito de la propia Administración.

Tal interpretación, sin embargo, no es unánime, ya que parte de la doctrina y, especialmente algunas organizaciones sindicales, tienden a considerar como empleados públicos a todas las personas que ejerzan actividades de interés general sostenidas con fondos públicos. Según esta corriente doctrinal, tal interpretación sería una forma de combatir la externalización de la gestión de los servicios públicos.<sup>256</sup>

La *externalización*, se puede afirmar, no está directamente ligada con el fenómeno de la *huida del régimen del empleo público*, ya mencionado en los capítulos anteriores. Se observa que cuando se opta por la contratación externa,

---

<sup>255</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cit.*, p. 85.

<sup>256</sup> “Esta última cuestión no es baladí, ya que por algunos —especialmente en el seno de las organizaciones sindicales— se ha pretendido (pretensión que se mantiene como un objetivo político) considerar también a estos trabajadores autónomos o de empresas contratistas de la Administración como verdaderos empleados públicos. Para quienes sostienen esas propuestas, se trataría de una forma efectiva de combatir la externalización de la gestión de servicios públicos o de interés público, que rechazan con carácter general. Más allá, aún hay quien propugna la aplicación del régimen de los empleados públicos a los empleados de instituciones privadas que realizan actividades de interés general sostenidas con fondos públicos, como los centros de enseñanza concertados o algunas empresas y fundaciones subvencionadas total o casi totalmente por las Administraciones Públicas. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Ibidem*.



las Administraciones Públicas, con el objetivo de desvincularse de las normativas legales preestablecidas para los entes públicos, prefieren contratar con profesionales o empresas privadas, de forma que estos empleados, desde el punto de vista formal, no mantienen vínculo jurídico con el ente público, sino con la empresa que les contrata.

Sin embargo, esto acaba afectando a la problemática derivada de las relaciones laborales en el servicio público, de las que nos ocuparemos en el próximo capítulo. Seguidamente vamos a analizar cada una de las clases de empleados públicos, definidas desde el artículo 9 hasta el 12, del EBEP.

### **3.2.1. Funcionarios de carrera**

Establece el artículo 9 del EBEP, que:

“1. Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.”

La condición de funcionario de carrera, como lo define el artículo 9 del EBEP, no se establece en razón de un contrato, sino por un nombramiento legal, originado por un acto administrativo practicado por el órgano competente. Así, la

relación del funcionario de carrera con la Administración no es regulada por el Derecho del Trabajo, sino por el Derecho Administrativo.

Como explica Xavier BOLAINA BOSCH<sup>257</sup> se asume una definición ya clásica de funcionario público en nuestro Derecho de la función pública, en donde pueden identificarse cuatro notas: nombramiento legal, de carácter permanente, que implica un vínculo estatutario regido por el Derecho Administrativo y que supone un desempeño de servicios profesionales retribuidos.

Lo más relevante a efectos de la definición de funcionario de carrera, en palabras de SÁNCHEZ MORÓN<sup>258</sup>, es que se sigue considerando que la relación jurídica del funcionario tiene naturaleza estatutaria. Conforme a nuestra doctrina jurídica, eso significa que el funcionario público se encuentra en una situación impersonal y objetiva, cuyos perfiles, es decir, los derechos y deberes que incluye, dependen de lo que en cada momento establezcan las leyes y reglamentos aplicables. En verdad, los funcionarios de carrera no tienen un derecho adquirido frente a la Ley a que se mantengan las condiciones de empleo que existían en el momento de su ingreso o que han ido alcanzando a lo largo de su carrera. La Ley y, en desarrollo de la misma, el reglamento pueden modificar esas condiciones en función de las necesidades del interés público valoradas por el legislador o por la Administración.

La interpretación de que los derechos y deberes de los funcionarios de carrera no se traten como derechos adquiridos y que dependan de lo que en cada momento establezca la legislación es polémica. Sin embargo, ha sido ratificada

---

<sup>257</sup>BOLAINA BOSCH, X., "Clases de Personal", en AA. VV. (Dr. DEL REY GUANTER, S., coords. PEREZ FERNANDEZ, M., SÁNCHEZ TORRES, E.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2008, pp. 162-163.

<sup>258</sup>SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 87-88.

por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa<sup>259</sup>.

Por consiguiente, se puede afirmar que los derechos y deberes de los funcionarios de carrera son legalmente modificables, son maleables y se concretan de acuerdo con la legislación vigente en cada momento, lo que significa que su situación evoluciona o involuciona de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente. Como ejemplo, se puede citar la reducción de la edad de jubilación de los funcionarios públicos.<sup>260</sup>

El rigor de la relación estatutaria, no obstante, se mitiga a la vista del derecho de negociación colectiva, garantizado por los artículos 33.1 y 37.1 del EBEP<sup>261</sup>. Sin embargo, y dado que la relación de los funcionarios de carrera no

---

<sup>259</sup>SSTC 57/1952, de 27 de julio; STS, sala 3ª, de 30 de noviembre de 1992, sentencias citadas por SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del EBEP, cit.*, p. 88.

<sup>260</sup> Acerca de la reducción de la edad de jubilación de los funcionarios públicos: STS, sala 3ª, de 30 de noviembre de 1992.

<sup>261</sup> Artículo 33 del EBEP: “Negociación colectiva.

1. La negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, se efectuará mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales en los artículos 6.3.c; 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y lo previsto en este Capítulo.

A este efecto, se constituirán Mesas de Negociación en las que estarán legitimados para estar presentes, por una parte, los representantes de la Administración Pública correspondiente, y por otra, las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal, las Organizaciones Sindicales más representativas de Comunidad Autónoma, así como los Sindicatos que hayan obtenido el 10 % o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución”.

Artículo 37 del EBEP. Materias objeto de negociación.

“1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

- a. La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas.
- b. La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.
- c. Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.
- d. Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño.
- e. Los planes de Previsión Social Complementaria.
- f. Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna.
- g. Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.

se guía exactamente por los principios del Derecho del Trabajo, es posible afirmar que el derecho de negociación colectiva es relativo, pues en el caso de que las partes (Administración y funcionarios) no llegaran a un acuerdo, la Administración tiene la potestad de establecer unilateralmente las condiciones de trabajo, como define el artículo 38.7 del EBEP<sup>262</sup>.

Las relaciones de los funcionarios de carrera se rigen por el Derecho Administrativo, y los pactos y acuerdos firmados deben tener siempre carácter jurídico-público, factor que elimina de la negociación colectiva (aunque aporten a las relaciones un carácter negociado y bilateral) una posible contradicción con los principios de Derecho Administrativo.

El deslinde de las funciones que serán ejercidas por los funcionarios de carrera se establecerán por la legislación propia, y se encuentran referidas en el artículo 11.2 del EBEP, que remite a las Leyes de desarrollo del Estatuto: una ley estatal y las distintas leyes de las Comunidades Autónomas que respetarán el contenido básico del EBEP: “Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2.”<sup>263</sup>. En cualquier caso,

- 
- h. Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.
  - i. Los criterios generales de acción social.
  - j. Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales.
  - k. Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley.
  - l. Los criterios generales sobre ofertas de empleo público.
  - m. Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.”

<sup>262</sup>Artículo 38. Pactos y Acuerdos.

“7. En el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo.”

<sup>263</sup> En atención a la reserva de Ley en materia de función pública que establece el artículo 103.3

según el artículo 9.2 del EBEP, a los funcionarios de carrera se les reserva “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”.

Los conceptos del artículo 9.2, del EBEP, como hemos visto, son generales y abstractos, y no siempre es posible comprender cuáles son las funciones reservadas a los funcionarios de carrera<sup>264</sup>. Con objetivo de sanar la polémica acerca de qué grupo de empleados públicos deben tener la condición de funcionarios, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se viene manifestando al respecto.

### 3.2.2. Funcionarios interinos

Las normas básicas que regulan los funcionarios interinos, así como el concepto, las formas de contratación y los requisitos están contemplados en el artículo 10 del EBEP, que así dispone:

Artículo 10. Funcionarios interinos.

“1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

---

de la Constitución, la STC 99/1987, de 11 de junio, declaró que son leyes reguladoras de la función pública las que deben determinar en cada caso qué funciones públicas corresponde ejercer al personal funcionario en exclusiva y cuáles pueden ser desempeñadas por personal laboral. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del EBEP*, cit., p. 89.

<sup>264</sup> La regla básica del artículo 9.2 del EBEP es, por tanto, muy abierta y no acaba con la polémica acerca de qué grupos de empleados públicos deben tener necesariamente o preferentemente la condición de funcionarios, de la misma manera que no acaba con la dialéctica entre los partidarios de una mayor *laboralización* del empleo público —que se está extendiendo fundamentalmente a través de la creación de nuevos entes públicos de todo tipo— y los de una mayor *funcionarización*, perseguida por buena parte de los empleados con contrato laboral y por los sindicatos, como garantía superior de estabilidad en el empleo. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del EBEP*, cit., p. 93.

- a. La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
  - b. La sustitución transitoria de los titulares.
  - c. La ejecución de programas de carácter temporal.
  - d. El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.
2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
  3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.
  4. En el supuesto previsto en la letra a del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.
  5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.”

Esta clase de empleados es antigua en el sistema español, habiéndose mantenido hasta la actualidad por ser una forma de contratación más ágil con el objetivo de suplir con urgencia las plazas vacantes.

En la mayoría de los casos, la contratación de los funcionarios interinos se lleva a cabo para ocupar puestos de trabajo destinados a los funcionarios de carrera, cuando, por razones justificables, no sea posible contratar funcionarios de carrera en razón de los requisitos establecidos en el artículo 9 del EBEP, tal y como hemos visto en el ítem anterior.

La forma y posibilidad de contratación de los funcionarios interinos es una forma de mantener la prestación de los servicios públicos, añadiendo, de esta manera, una parcela de flexibilidad a las Administraciones Públicas, lo que a primera vista, puede parecer inconstitucional.

Los funcionarios interinos, aunque ejerzan las mismas funciones de los funcionarios de carrera, no son titulares de todas las garantías establecidas para estos últimos. A los funcionarios interinos, por ejemplo, no se les garantiza la estabilidad y la inamovilidad.

Como ya estudiamos en los puntos anteriores, la inamovilidad y la estabilidad son prerrogativas que garantizan la independencia y la profesionalidad de los empleados públicos. De esta forma, y para evitar perjuicios a los administrados, para contratar los funcionarios interinos, y de la misma forma garantizar la eficacia del servicio público, el nombramiento de interinos no puede ser discrecional.

Conviene subrayar que, en la práctica, la situación de los funcionarios interinos, una vez nombrados por la Administración, se prolonga de manera indefinida, debido, no pocas veces, a la falta de interés real por parte de la Administración en reclutar nuevos funcionarios de carrera<sup>265</sup>.

Tal situación termina por desencadenar otros tantos problemas, como el hecho de que el funcionario interino, después de largo tiempo ejerciendo su función, alcance, por otras vías —selecciones restringidas o valoración de sus méritos en el ejercicio de la función pública— su estabilidad en el empleo de la manera más rápida, sin sujetarse a un proceso de selección abierto.

Con el objetivo de evitar tales prácticas, las formas y, principalmente, el período de duración del contrato de interinidad, deberán ser regulados por Ley de manera rigurosa. Más aún, la Comisión del EBEP estableció incluso la posibilidad de responsabilidad personal de los responsables de las Administraciones.<sup>266</sup> Sin embargo, el EBEP no incluyó las recomendaciones de

---

<sup>265</sup>SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del EBEP, cit.*, p. 94.

<sup>266</sup>“(…) considerando que este tipo de regulación legal puede ser insuficiente, la Comisión aconsejaba extremar las garantías de su aplicación efectiva, requiriendo un informe jurídico previo del órgano que tenga a su cargo el asesoramiento legal en cada Administración para poder prorrogar de manera expresa o tácita la situación de interinidad y sancionando la responsabilidad

la Comisión, limitándose a mencionar los puestos en que se procede al nombramiento de interinos así como a realizar una simple alusión a las causas de cese de los nombramientos.

### 3.2.3. Personal laboral

Llegamos a la figura central de nuestro trabajo definida en el artículo 11 del EBEP, que afirma:

“1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el [artículo 9.2.](#)”

El personal laboral es definido, de forma simple, como el personal, regido normalmente por las normas de Derecho laboral, que presta actividades en favor de las Administraciones Públicas.

En las últimas décadas el número de personal laboral a servicio de las Administraciones Públicas se multiplicó, razón por la cual el EBEP se preocupó

---

personal de las autoridades o funcionarios que puedan cometer alguna irregularidad al respecto.” SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 95.



de reglamentar las actividades ejercidas por el personal laboral en las Administraciones Públicas<sup>267</sup>.

Es precisamente en este concepto donde reside la mayor contradicción, pues los principios que regulan el Derecho del Trabajo son muy diferentes de los principios que regulan el Derecho Administrativo.

Como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Superior<sup>268</sup>, mientras la Administración, como empleadora o parte de un contrato de trabajo está sometida en principio al Derecho laboral, en razón de su estatuto constitucional no puede dejar de estar sometida también al Derecho Público o Administrativo. La tensión que produce la vinculación a estos dos sectores del ordenamiento jurídico —cada uno de ellos fundado en principios y finalidades distintas— se hace evidente en muchos aspectos de la relación laboral, hasta hacer engañosa la afirmación inicial que se contenía en la Ley de Funcionarios Civiles del estado de 1964 de que estos trabajadores son contratados de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable.<sup>269</sup>

Al personal laboral, en los términos del artículo 7 del EBEP, y del artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores, se aplican, respectivamente, las normas establecidas en el EBEP (prioritariamente, en la medida en el Estatuto lo disponga), la legislación general común (Estatuto de los Trabajadores y demás

---

<sup>267</sup> Frente a la dicotomía entre personal funcionario y personal laboral, que ha lastrado el debate sobre el empleo público en las dos últimas décadas en España, es la existencia de un colectivo muy relevante, cuantitativa y cualitativamente, de personal vinculado por un contrato de trabajo y sometido, en mayor o menor intensidad, al Estatuto de los Trabajadores y a la legislación laboral, incluida la convencional. Es poca la extensión que la Exposición de Motivos de la LEBEP dedica a la cuestión, y en el propio inicio de la misma, al referirse a que tal EBEP contiene aquello que es común al conjunto de funcionarios españoles, ‘las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio’, para acto seguido afirmar que pese a la existencia del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en España es el funcional, con el Estatuto se “reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la asunción conforme la legislación laboral.” BOLAINA BOSCH, X., *Ibidem*.

<sup>268</sup> Sentencia 178/1989, de 2 de noviembre de 1989.

<sup>269</sup> SALA FRANCO, T., “El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público”, en AA.VV. (dir. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel,), *Comentarios a la Ley del EBEP*, cit., p.116

normas laborales concordantes), los convenios colectivos aplicables, el contrato individual de trabajo y la costumbre local y profesional.

Con relación a los derechos del personal laboral, se puede afirmar que son básicamente, los mismos derechos del personal funcionario de carrera, aunque no pocos de ellos tendrán sus especialidades, con remisión a la legislación propia laboral: ocurre con el derecho a la carrera profesional y la promoción del personal (artículo 19), los derechos retributivos (artículo 27), la negociación colectiva, representación y participación (artículo 32), o jornada de trabajo, permisos y vacaciones (artículo 51).

Dadas las peculiaridades que caracterizan el personal laboral, la doctrina laboralista española se planteó si la clase del personal laboral no podría ser una relación de trabajo especial<sup>270</sup>. Aún no se tiene una posición unánime acerca de esta posibilidad, incluso la jurisprudencia<sup>271</sup> no ha alcanzado el consenso sobre el tema.

---

<sup>270</sup> En este sentido CANTERO MARTINEZ, J.: “Estas especialidades, sin embargo, planteaban importantes problemas de legitimación. Todas ellas estaban siendo introducidas por obra de la jurisprudencia y, hasta el momento, sin ningún apoyo legislativo. A mi juicio, ello podía provocar un serio problema de compatibilidad con el principio de legalidad, que en este caso y tal como disponía el artículo 7 de la Ley de Funcionarios de 1964, exigía que la Administración se sometiera íntegramente al Derecho Laboral cuando actuaba como empresario y celebrara un contrato de trabajo. Por otro lado, y lo que podía resultar todavía más comprometido, estas especialidades estaban motivando la aparición de una relación de trabajo especial prestatutaria para el personal laboral de la Administración, un nuevo régimen jurídico mixto para sus trabajadores, a caballo entre la normas administrativas y las normas laborales, que no tenía ninguna expresa previsión normativa y que se caracterizaba por el sometimiento del trabajador de la Administración al Derecho Laboral y, en buena parte, también al Derecho Público”. CANTERO MARTINEZ, J., *Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)*. Disponible en: <http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/32978.pdf>. Consultado el 28/05/2011

<sup>271</sup> También la jurisprudencia ha planteado que no son pocas las peculiaridades que podrían obligar a considerar que, en la práctica, el vínculo del trabajador público era una relación especial y el propio informe CEBEP\* ya destacaba como engañosas las previsiones legales que afirmaban —aún hoy— que al personal laboral le es plenamente aplicable la legislación laboral. REY GUANTER, Salvador del, *Comentarios al EBEP, cit.*, pp. 179-180

\* CEBEP: *Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público.*

La forma de contratación y la duración de los contratos del personal laboral es específica, y está definida en el artículo 11 del EBEP<sup>272</sup>, donde se establece que son formas de contratación: contrato fijo, contrato por tiempo indefinido y contrato temporal.

La contratación del personal laboral va acompañada de algunas peculiaridades en la forma de acceso de los funcionarios de carrera. Estos no son contratados, son nombrados. Aquéllos, sí, son contratados. Por ejemplo, para la contratación del personal laboral es posible la equiparación absoluta entre extranjero y nacional, mientras la equiparación no es absoluta para la incorporación del personal funcionario (artículo 57.5 del EBEP). Además, hay diferencias en las formas de selección: para el personal laboral fijo se dará por sistema de oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos, mientras el sistema de selección del personal funcionario se dará por oposición y concurso-oposición y sólo excepcionalmente, en virtud de ley, el concurso de valoración de méritos (artículo 61.7 del EBEP).

La extinción de la relación laboral no quedó claramente establecida en el EBEP. Sin embargo, la doctrina entiende que el despido inmotivado no se puede sustentar en las relaciones laborales con las Administraciones Públicas, pues una vez contratado el personal laboral, respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, su despido deberá ser motivado (sobre esto volveremos más tarde con mayor detalle).

---

<sup>272</sup> Artículo 11 del EBEP:

Personal laboral. 1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de asunción de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

### 3.2.4. Personal eventual

Establece el artículo 12 del EBEP, que:

“1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas.

3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.”

Como define el artículo 12 del EBEP, el personal eventual sólo puede ejercer actividades de confianza o asesoramiento especial de los órganos de Gobierno, en todas las Administraciones. La norma es clara y prohíbe expresamente cualquier ejercicio de otras funciones por el personal eventual.

El Estatuto no fija el número de personal eventual que podrá ser contratado por la Administración, ni tampoco su retribución. Tales características deberán ser establecidas por las Administraciones Públicas, más concretamente, por los órganos que contratarán al personal eventual.

Para ejercer la función, el personal eventual tendrá que reunir algunos requisitos, tales como edad mínima y capacidad funcional para el ejercicio del cargo. Sin embargo, al ser elegido de manera libre, no es necesario que se sometan a pruebas o a cualquier otra forma de selección.

También, como define el artículo 12, las relaciones del personal eventual se regirán por el régimen general de los funcionarios de carrera, a excepción de las reglas sobre carrera y promoción. En este sentido es interesante la apreciación que hace REY: el EBEP mantiene la previsión de que los servicios prestados como personal eventual no puedan computarse como mérito para acceder a la función pública o para la promoción interna. Creemos que debería haberse perfilado mejor esta regulación, entendiendo que el concepto “función pública” lo es en sentido amplio —comprensiva también del personal laboral—, para que ciertamente la finalidad del precepto —evitar que personal de libre nombramiento consolide con posterioridad una estabilidad como funcionario mediante la valoración en la fase de concurso de aquellos servicios prestados— impida también el acceso a la condición de trabajador<sup>273</sup>.

Puesto que la labor del personal eventual se llevará a cabo directamente con el órgano y en función de este, es posible afirmar que el personal eventual tiene amplias responsabilidades con respecto a sus actos.

---

<sup>273</sup>REY GUANTER, Salvador del. Comentarios al EBEP, *cit*, p.192.

Una vez analizadas las formas de contratación del personal por las Administraciones Públicas, presentamos un cuadro comparativo entre las mismas:

Funcionario de Carrera	Funcionarios Interinos	Personal Laboral	Personal Eventual
- artículo 9 del EBEP	- artículo 10 del EBEP	- artículo 11 del EBEP	- artículo 12 del EBEP
- la condición de funcionario se adquiere por nombramiento, por selección por oposición y concurso oposición y, excepcionalmente, solo por ley previamente establecida, por concurso de valoración de mérito (artículo 61.7 EBEP)	- la condición se adquiere por nombramiento por razones de necesidad o urgencia para desempeñar temporalmente funciones de los empleados de carrera.	- la condición se adquiere por contratación por contrato de trabajo escrito, por selección por oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de mérito.	- la condición se adquiere por nombramiento con carácter no permanente para ejercicio de funciones de confianza o asesoramiento especial
- relación no es de carácter contractual, sino estatutario	- relación de carácter contractual	- relación de carácter contractual	- relación de carácter contractual
- la relación es regulada por el Derecho administrativo	- la relación es regulada por el régimen disciplinario de los funcionarios y el código de conducta	- la relación es regulada por el EBEP, por la legislación laboral común (ET), convenios colectivos, contrato individual de trabajo, costumbres locales y profesionales.	- la relación es regulada por el régimen general de los funcionarios de carrera
- no hay derecho adquirido, las condiciones del trabajador evolucionan/ involucionan, de acuerdo con la legislación vigente.	- como no se sujetan a normas de derecho administrativo es posible decir que tienen derecho adquirido.	- tienen derechos adquiridos.	- no tienen derechos adquiridos.
- negociación colectiva (mitigable) – en caso de divergencia es la Administración la que decide –	- negociación colectiva (mitigable) – en caso de divergencia es la Administración la que decide –	- libertad sindical, derecho a negociación colectiva plena	- negociación colectiva (mitigable) – en caso de divergencia es la Administración la que decide –

### 3.2.5. Personal Directivo

Antes de finalizar el estudio de las formas de contratación de personal laboral por la Administración Pública, conviene realizar una breve y genérica digresión acerca del personal directivo, regulado en el artículo 13 del EBEP, personal éste que no constituye una clase específica de personal al servicio de la Administración (podrá ser personal laboral —será lo ordinario—, pero podrá revestir las otras condiciones profesionales referidas), pero que también tiene su papel en las Administraciones Públicas.

En relación al personal directivo, dispone el artículo 13:

“Personal directivo profesional.

El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su asunción atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.
4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.”

El personal directivo, en los términos previstos en el artículo 13, se destina a ejecutar actividades especiales directivas de las Administraciones Públicas. Es un empleado público, cualificado, pero empleado público. Es una forma de profesionalizar los cargos relevantes en las Administraciones Públicas, una nueva forma de gestionar y de administrar lo público que aún está pendiente de ser desarrollada y regulada. En este sentido, adviértase que con sujeción a lo establecido en el artículo 13, corresponde a los gobiernos del Estado, de las Comunidades Autónomas, por vía reglamentaria, desarrollar su régimen jurídico concreto para su ámbito gubernativo.

La Administración pública española cuenta hoy en día con cinco clases de empleados públicos para ejercer sus actividades. Empleado público es género del cual son especies los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos, el personal laboral, el personal eventual y el personal Directivo, todo en los términos en que define el artículo 8.1 del EBEP, al referir que son empleados públicos “quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”.

En resumen, los funcionarios de carrera, conforme determina el artículo 9 del EBEP, son funcionarios que en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria, de carácter permanente, regulado por el Derecho Administrativo. Los funcionarios interinos son los definidos en el artículo 10 del EBEP, traducidos en las personas que razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a. la existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera; b. la sustitución transitoria de los titulares; c. la ejecución de programas de carácter temporal; d. El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses. Por regla general, a estos funcionarios interinos son les aplican las normativas de Derecho público, es decir, las mismas que se aplican a



los funcionarios de carrera. El personal laboral, definido en el artículo 11 del EBEL, son las personas que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal. A estos funcionarios se les aplican las normativas de Derecho privado, Derecho laboral, así como los demás preceptos definidos en el EBEP. El personal eventual definido en el artículo 12.1 del EBEP es el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. A estos funcionarios se les aplicarán las normas de Derecho Administrativo, de igual modo que a los funcionarios de carrera. Y, finalmente, el personal Directivo es el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración, en los términos del artículo 13 del EBEP. Para estos funcionarios el EBEP no establece con claridad el régimen jurídico aplicable, limitándose a afirmar que cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Estudiados y definidos los empleados públicos al servicio de la Administración pública española, identificaremos en el siguiente epígrafe las diferentes clases de servidores públicos al servicio de la Administración pública brasileña, sus características y régimen jurídico aplicable.

### **3.3. Categorías de servidores públicos en Brasil**

Antes de adentrarnos en las clases de servidores públicos en Brasil es necesario hacer una distinción entre cargo, empleo y función pública.

La Constitución Federal de 1988 emplea a menudo las expresiones “cargo”, “empleo” y “función pública” para designar las actividades y las diversas realidades presentes en la Administración Pública. También es necesario tener presente que toda actividad ejercida por un agente en el ámbito de la Administración pública será realizada por un “servidor público”, en el sentido *lato* de la palabra.

De ahí se justifica la expresión utilizada por BANDERA DE MELLO<sup>274</sup>, en el sentido de que *cargo público* es la más simple unidad de competencia que debe ocupar un agente público. El cargo público será siempre creado y disciplinado por ley, en un número determinado, con denominación propia. Es un instituto jurídico, creado como instrumento de organización del Estado a través de su estructura administrativa.

Es reconocido por la doctrina<sup>275</sup> como posición jurídica, puesto que indica un conjunto de derechos, deberes y obligaciones. Deriva de un conjunto de normas creadoras de competencias públicas, derechos y deberes, requisitos de contratación y condiciones de desempeño.

Un cargo público, en la Administración Pública brasileña, será siempre ocupado por un servidor público en sentido estricto, es decir, aquél regido por un estatuto del servidor público, ya sea en el ámbito Federal, Estatal o Municipal.

Con la posibilidad de contratar servidores bajo el régimen de la legislación laboral (CLT), la expresión *empleo público* comenzó a utilizarse también para designar una unidad de atribuciones, distinguiéndose por el tipo de vínculo contractual. El ocupante de un cargo público posee un vínculo estatutario. El ocupante de un empleo público, posee un vínculo contractual.

---

<sup>274</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*, ed.26, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 251.

<sup>275</sup> JUSTEN FILHO, M., *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 735

Paralelamente al cargo y al empleo público, existen otras atribuciones igualmente ejercidas por servidores públicos, pero que no corresponden, propiamente, a un cargo o empleo público. Ésta sería la *función pública*. En los términos de la CF/88, cuando nos referimos a la función pública debemos considerar dos situaciones, según apunta DI PIETRO<sup>276</sup>:

La primera situación se refiere a la función ejercida por servidores contratados temporalmente, en base al artículo 37, IX de la CF<sup>277</sup>, en los casos en los que la Administración necesita atender la situación de relevante y excepcional interés público. En estos casos, excepcionalmente, podrá contratar servidores para ejercer una función pública sin previa superación de un concurso público. Aquél que sea contratado sin concurso, sin embargo, no podrá ocupar un cargo o empleo público, sino que será contratado para ejercer una función pública.

La segunda situación de función pública se refiere a la función de confianza prevista en el artículo 37 inciso v<sup>278</sup>, destinada a los directivos, dirección, asesoramiento u otro tipo de actividad para la cual el legislador no cree un cargo respectivo. En general, son funciones de confianza de libre nombramiento y cese.

Ésta es la razón por la que el constituyente, en el artículo 37, II<sup>279</sup>, de la CF/88, ha exigido la realización de concurso público sólo para la contratación de un cargo o empleo público.

---

<sup>276</sup> ZANELA DI PIETRO, M<sup>o</sup>. S., *Direito Administrativo*, 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.491.

<sup>277</sup> Artículo 37, IX: “La ley establecerá los casos de contratación por tiempo cierto para atender la necesidad temporal de excepcional interés público”.

<sup>278</sup> Artículo 37, V: “Las funciones de confianza, ejercidas exclusivamente por servidores que ocupan un cargo efectivo, y los cargos en comisión, a ser ocupados por servidores de carrera en los casos, condiciones y porcentajes mínimos previstos en la ley, se destinan sólo a las atribuciones de dirección, mando y asesoramiento”.

<sup>279</sup> Artículo 37, II: “La asunción de un cargo o empleo público depende de la aprobación previa de un concurso público de pruebas o de pruebas y títulos, de acuerdo con la naturaleza y la complejidad del cargo o empleo, en la forma prevista en ley, señaladas los nombramientos para

Examinados y distinguidos los tres conceptos: cargo, empleo y función pública, resulta necesario conceptualizar cada una de las clases de *servidores públicos* previstas en la Constitución brasileña.

En la doctrina brasileña los servidores públicos pueden clasificarse en sentido amplio o en sentido estricto. Son *servidores públicos en un sentido amplio* todas las personas físicas que ejercen una actividad pública con un vínculo y una remuneración salarial por parte del erario público. Los servidores públicos civiles en un sentido amplio pueden clasificarse como servidores públicos estatutarios, empleados públicos ‘celetistas’, servidores temporales y servidores públicos militares. En un *sentido estricto*, la doctrina clasifica como *servidor público* aquellas personas, civiles o militares, que ejercen sus actividades en base a un propio estatuto, pudiendo ser en el ámbito Federal, Distrito, Estatal o Municipal; son servidores públicos en un sentido estricto los *servidores públicos estatutarios* y los *servidores públicos militares*.

Podemos afirmar, por lo tanto, que servidor público es el género, del cual son especies, en un sentido estricto, los servidores públicos estatutarios y los servidores militares y en un sentido amplio los empleados públicos, los servidores temporales, los servidores públicos estatutarios y los servidores militares.

### **3.3.1. Servidores Públicos Estatutarios**

El servidor público estatutario, también llamado servidor público en sentido estricto, es una especie dentro del género de los servidores públicos. Son los servidores personas físicas que poseen con la Administración una relación de trabajo de naturaleza profesional y no eventual. Son contratados para el ejercicio de un cargo público en el régimen estatutario, regidos por normas de Derecho

---

cargo en comisión declarado en la ley de libre nombramiento y exoneración”.

exclusivamente público, regulado por el estatuto del servidor público, que, en Brasil, en ámbito Federal, es regulado por la ley número 8.112/90. Tales servidores, en los demás entes federales, constituidos por los Estados y Municipios, de igual forma se rigen por estatutos específicos.

Cuando son nombrados, los servidores públicos estatutarios ingresan en una situación jurídica previamente definida, a la cual se someten con el acto de la posesión; no hay posibilidad de ninguna modificación de las normas vigentes mediante contrato, aunque mediante acuerdo con la Administración y el servidor, esto porque se trata de una norma de orden público, por tal razón relevante, inderogable por las partes implicadas<sup>280</sup>.

Para que el servidor sea nombrado, necesita someterse obligatoriamente a la realización y aprobación de un concurso público de pruebas o de pruebas y títulos, en los exactos términos de lo previsto en el artículo 37 inciso II de la CF/88. Se trata de un cargo público de contratación efectiva, lo que significa decir que es el cargo que posibilita la adquisición de estabilidad en el servicio público.

Los servidores estatutarios se someten a un estatuto, definido en la ley, dado que para cada una de las unidades de la federación, Estado, Municipio o Unión Federal habrá un estatuto específico. Será en este estatuto donde estarán previamente establecidas las reglas y las condiciones de trabajo impuestas a este servidor, así como sus derechos, obligaciones y deberes. Tales reglas, de carácter administrativo y de orden público no poseen un carácter volitivo, siendo por lo tanto relevantes e imperativas.

---

<sup>280</sup> ZANELA DI PIETRO, M<sup>o</sup>., *Direito Administrativo*, cit., p.513

### 3.3.2. Empleado Público

El empleado público es conceptualizado en el ordenamiento jurídico brasileño como la persona física contratada y que presta servicio público para la Administración Pública, sometido a las reglas de Derecho laboral, Derecho por lo tanto privado, específicamente, la CLT (Consolidación de las Leyes Laborales). El hecho de que se rijan por la CLT no quiere decir que a estos servidores no se les aplicarán la normativa de Derecho público. Por el contrario, se someten a ciertas las reglas constitucionales de Derecho público, tales como los requisitos para la contratación, la acumulación de cargos, el vencimiento, entre otras tantas, todas previstas en la Constitución Federal de 1988, principalmente en el artículo 37, II.

Por tal razón, se afirma que los empleados públicos se sujetan por medio de un régimen jurídico híbrido<sup>281</sup> en base a que, en el momento en que una persona física se vincula a un órgano estatal para desempeñar las actividades, no podrá someterse de modo exclusivo a las mismas reglas relativas al desempeño de una actividad privada. De esta forma, en el caso específico de los empleados públicos, es posible afirmar que a menudo las normas laborales deberán ser apartadas en virtud del régimen jurídico inherente a la actividad administrativa. Se aplicaran las normas de Derecho del trabajo siempre que no sean incompatibles con la naturaleza pública de las actividades y las atribuciones asumidas por el empleado público.

Es posible afirmar, por lo tanto, que el servidor público ‘celetista’ se subordina a dos sistemas, público y privado, integrados y dependientes, a saber: el primero, administrativo y el segundo, laboral. El primer sistema, administrativo, impone sus reglas en base a los principios de Derecho Administrativo, tales como el de impersonalidad, de publicidad, de legalidad, de

---

<sup>281</sup>FILHO, M.J., *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 833.

moralidad administrativa, así como de motivación y eficiencia, mientras que el segundo sistema sería el responsable de dictar los contornos de los derechos y deberes, de las dos partes, en la ejecución del contrato así como de los efectos de la extinción del mismo.

En este tópico, la aplicación de las reglas de Derecho público o privado, representa el enfoque central del presente estudio y por tal razón ya adelantaremos algunos conceptos. En la práctica del ejercicio de las actividades, por parte de los empleados públicos en el seno de la Administración pública, nos encontramos con el grave conflicto entre el Derecho del trabajo y el Derecho Administrativo. El Derecho del trabajo, por esencia, se orienta por el principio de tutela del trabajador, caracterizándose por el informalismo, hasta el punto de ser reputados nulos los actos jurídicos aptos para eliminar los derechos y las garantías fundamentales<sup>282</sup>.

En un sentido totalmente contrario, el Derecho Administrativo tutela al ciudadano, con el fin de garantizar que la actuación del Estado satisfaga siempre las voluntades, las necesidades y las garantías de la colectividad. Por tal razón se justifica el formalismo exacerbado del Derecho Administrativo, Derecho público en su esencia, cuyo principio basilar es el de la legalidad.

En síntesis, y para justificar la necesaria interpretación distinta del Derecho que debe de aplicarse a los empleados públicos, es un hecho de que los encargos destinados a los empleados privados serán siempre soportados por su empleador, que, por esencia, es la persona de Derecho privado. En contrapartida, los encargos destinados a los empleados públicos serán siempre soportados por la Administración pública y recaerán, en consecuencia, sobre toda la sociedad, adquiriendo por tanto una dimensión de moralidad pública, ética, buena fe, interés colectivo, ponderación y proporcionalidad.

---

<sup>282</sup> FILHO, M.J., *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 835.

Por ejercer un empleo público, a los empleados públicos se les impone deberes equivalentes a los destinados a los servidores públicos estatutarios.

### 3.3.3. Servidores Temporales

Son servidores temporales los contratados tan sólo para ejercer una función pública en virtud de la necesidad temporal excepcional y de relevante interés público, en los términos del artículo 37, IX de la CF/88<sup>283</sup>. El contrato, lógicamente, será temporal, siendo los derechos y los deberes aplicables regidos por una específica legislación. No necesariamente se sujetarán a un concurso público, lo que dependerá de la conveniencia del ente público. Conviene aclarar que se admite sólo la contratación de forma temporal, lo que significa afirmar que es intolerable la posterior admisión de este servidor temporal para un cargo ocupacional efectivo sin que haya sido aprobado mediante el correspondiente concurso público.

### 3.3.4. Servidores Públicos Militares

Los Servidores Públicos Militares incluyen a todas las personas físicas que ejercen sus actividades a favor de las Fuerzas Armadas, de la Marina, Ejército y Aeronáutica, en los términos del artículo 142, *caput* y §3º, de la CF/8<sup>284</sup>, así como a la policías militares en el ámbito estatal, municipal y

---

<sup>283</sup> Artículo 37, IX: IX - la ley establecerá los casos de contratación por tiempo determinado para atender la necesidad temporal de excepcional interés público.

<sup>284</sup> Artículo 142. “Las Fuerzas Armadas, constituidas por la Marina, por el Ejército y por la Aeronáutica, son instituciones nacionales permanentes y regulares, organizadas en base a la jerarquía y en la disciplina, bajo la autoridad suprema del Presidente de la República, y se destinan a la defensa de la Patria, a la garantía de los poderes constitucionales y, por iniciativa de cualquier de éstos, de la ley y del orden.  
(...)

§ 3º Los miembros de las Fuerzas Armadas son denominados militares, aplicándoseles, además de las que vengán a ser fijadas en la ley, las siguientes disposiciones”:



distrital, manteniendo con el Estado un vínculo estatutario, sujeto a régimen jurídico propio.

Hasta 1998 eran los Militares reconocidos y conceptualizados como servidores públicos. Tras la publicación de la enmienda constitucional n° 18/98, que atribuyó una nueva redacción al artículo 42<sup>285</sup> de la CF/88, se les excluyó de la categoría de servidores públicos en sentido estricto, aplicándoles sólo las normas relativas a los servidores públicos cuando estuviera expresamente previsto en sus propios estatutos o en las normas constitucionales.

En síntesis, se concluye que el servidor público en Brasil, en su sentido más amplio, no sólo forma parte de la Administración Pública, sino que es, efectivamente, del propio Estado. Estado éste que deberá ser representado por personas físicas, las cuales ejercerán su cargo o función siempre favoreciendo el interés colectivo y el interés público.

El servicio público de Brasil está compuesto, por tanto, por servidores estatutarios, que ocupan cargos públicos contratados mediante concurso público, en base al artículo 37, II, de la Constitución Federal, regidos por un estatuto, propio; por empleados públicos, que ocupan un empleo público también contratados mediante concurso público en los términos del artículo 37, II, de la CF) contratados bajo el régimen de la CLT; por servidores temporales, que ejercen una función pública sin vinculación a cargo o empleo público, contratados por un tiempo determinado para atender a la necesidad temporal de

---

<sup>285</sup> Artículo 42: “Los miembros de las Policías Militares y los Cuerpos de Bomberos Militares, instituciones organizadas en base a la jerarquía y disciplina, son militares de los Estados, de Distrito Federal y de los Territorios. (Redacción de la Enmienda Constitucional n° 18, de 1998).

§ 1° Se aplican a los militares de los Estados, de Distrito Federal y de los Territorios, además de lo previsto por la ley, las disposiciones del artículo 14, § 8°; del artículo 40, § 9°; y del artículo 142, §§ 2° y 3°, cabiendo a la ley estadual específica disponer sobre las materias del artículo 142, § 3°, inciso X, siendo las patentes de los oficiales conferidas por los respectivos gobernadores. (Redacción de la Enmienda Constitucional n° 20, de 15/12/98).

§ 2° A los jubilados de los militares de los Estados, de Distrito Federal y de los Territorios se aplica lo establecido en la ley específica del respectivo ente estatal”.

excepcional interés público (artículo 37, IX, de la CF), prescindiendo de concurso público.

Una vez examinadas las tipologías de empleados públicos, analizaremos en el próximo capítulo las comparativas de las relaciones funcionariales y laborales en las Administraciones Públicas, así como las problemáticas existentes y derivadas de las diversas formas de contratación por parte de las Administraciones Públicas, en particular con relación al conflicto entre los principios de Derecho Administrativo y los principios de Derecho del trabajo.

---

**CAPÍTULO IV -  
COMPARATIVA DE LAS  
RELACIONES FUNCIONARIALES  
Y LABORALES EN LAS  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

---



En este mismo capítulo estudiaremos las problemáticas existentes derivadas de las diversas formas de contratación por las Administraciones Públicas, en especial acerca del conflicto entre los principios de Derecho Administrativo y los principios de Derecho del trabajo

Dada la dualidad de regímenes de trabajadores que existe en el sector público, ha sido frecuente objeto de debate la validez, la viabilidad y la continuidad de estos dos regímenes.

Aunque permanece latente la discusión sobre la constitucionalidad de la dualidad de regímenes (administrativo y laboral), el número de empleados contratados para la prestación de servicios en la Administración Pública sujetos a las reglas laborales se está incrementando de forma acelerada.

El Tribunal Constitucional español, a su vez, se ha posicionado en la línea de admitir la coexistencia de los dos regímenes, apuntando expresamente la necesidad de que se mantenga la preferencia por el régimen estatutario, estimando que el personal laboral debería ser una excepción<sup>286</sup>.

La exposición de motivos del EBEP normaliza la contratación mediante el régimen laboral, partiendo de las ventajas que supone tal régimen en ciertos aspectos, como por ejemplo, la flexibilidad que se introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de las empresas privadas, hecho que justificaría su preferencia en ciertas áreas de la Administración Pública.

---

<sup>286</sup> STC 99/1987, de 11 de junio.

Como hemos visto en los capítulos anteriores, no en todas las actividades de la Administración Pública se pueden contratar empleados recurriendo al régimen laboral. Sin embargo, la legislación no es específica en este punto, y en la práctica se acaba dando margen a distintas interpretaciones y, por consiguiente, a las contrataciones del personal laboral para el ejercicio de actividades diversas insertadas en la Administración Pública.

Como apunta PÉREZ SIBÓN<sup>287</sup>, a pesar de que la entrada en la Administración Pública del personal laboral se configura como la excepción a la regla general del acceso de los funcionarios, ello no ha impedido que, sin embargo, la contratación laboral haya superado incluso, en algunos ámbitos — como el de la Administración local— la presencia de personal funcional, circunstancia que, en principio, parece querer modificar el EBEP.

Continúa la autora aludiendo a la ponderación en el sentido de que esta dualidad de regímenes jurídicos se concreta en el EBEP mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 9.2<sup>288</sup> y 11.2<sup>289</sup>, preceptos que establecen los criterios generales básicos para prestar servicios en régimen laboral o funcional. En este sentido, señala que el concreto significado de lo que pueda representar el ejercicio de potestad pública o el más genérico aún de la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas, es por tanto el factor determinante para prestar servicios profesionales en régimen de Derecho público o privado. Resulta evidente la problemática hermenéutica que conlleva la concreción de estos

---

<sup>287</sup> PÉREZ SIBÓN, M.C., “El Personal Laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público. Régimen jurídico y lagunas”. Disponible en: [www.cositsevilla.org/web/img/.../2010-05-21-ponencia-personal-lab-ebep.pdf](http://www.cositsevilla.org/web/img/.../2010-05-21-ponencia-personal-lab-ebep.pdf). Consultado el 09/05/2011

<sup>288</sup> Artículo 9.2 del EBEP: “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”

<sup>289</sup> Artículo 11.2 del EBEP: “Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2”.

criterios básicos y metajurídicos, que admitirá variadas y diferenciadas posturas e interpretaciones en las distintas Administraciones Territoriales, con criterios más restringidos o más amplios, que pueden conducir en última instancia a la posibilidad de que sólo el ejercicio de *imperium* o *auctoritas* pública, reservado a esferas de decisión política, fuera desempeñado por funcionarios públicos y, el resto de funciones de la Administración pudiera ser ejecutada por trabajadores en régimen laboral. Nos hallamos, por tanto, ante conceptos jurídicos indeterminados y ambiguos (“potestad pública e interés general”), respecto de los que la intervención del EBEP en su definición ha sido deliberadamente imprecisa, remitiendo su concreción, directrices o fórmulas de especificación a otras leyes, probablemente en atención a cada Administración concreta<sup>290</sup>.

Algunos dirán que la “fusión” (relativa) de los dos regímenes se produjo con la intención de armonizar los derechos de los trabajadores al servicio público; por otro lado, también habrá quien diga que la aproximación del Derecho público al privado se llevó a cabo con el objetivo de flexibilizar las rígidas relaciones existentes en la Administración Pública, buscando una real consonancia y aplicación del principio de eficacia.

Ante la diferencia entre los regímenes es evidente que se plantearán numerosas problemáticas con respecto a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas.

Antes de profundizar, efectivamente, en las problemáticas de la contratación de los empleados al servicio de las Administraciones, conviene recordar que los administradores públicos no pueden realizar actos en su propio nombre, sino sólo en nombre de las Administraciones a las que están vinculados.

De la misma forma, en este Capítulo, cuando nos referimos a empleados, entendemos englobado a todo el personal al servicio de las Administraciones:

---

<sup>290</sup> PÉREZ SIBÓN, María del Carmen. “El Personal Laboral en el EBEP”, cit.

funcionarios de carrera, interinos, personal laboral y eventual, como de hecho hace también el EBEP.

Como ya hemos examinado en los Capítulos anteriores, la Administración Pública tiene como pilares tres principios: legalidad, eficacia e intereses generales y, así, cualquier acto en esta materia, debe tener como presupuesto estos principios, bajo pena de invalidez.

La condición de la Administración Pública como empleadora es singular, específica, distinta a la de un empleador privado. En este sentido, cumple aludir las consideraciones de CUEVA PUENTE<sup>291</sup>, que advierte que el carácter singular de la Administración Pública se manifiesta, cuando actúa como empleadora, en múltiples aspectos de las relaciones de trabajo por ella concertadas, peculiaridades que han dado pie a hablar —advierte— de la existencia de una relación laboral especial. Las razones más poderosas de la singularidad de las Administraciones Públicas cuando conciertan contratos de trabajo se refieren a algunos principios constitucionales a los que dichos empleadores deben ajustar su actuación, como son la defensa de los intereses generales o el pleno sometimiento a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE). Como sucede en la mayoría de las relaciones laborales dotadas de singularidad, las especialidades de las existentes entre las Administraciones Públicas y sus trabajadores se manifiestan en distintos momentos de la relación jurídica, que van desde la fase de la constitución de la misma hasta la de su extinción, quedando afectado, asimismo, el contrato de trabajo a lo largo de todo su desarrollo.

Pasamos, pues, al estudio de tales diferencias en los distintos momentos de la vida de la relación laboral: en el momento de la selección, durante de la vida de la relación laboral, y, finalmente, en relación con su extinción.

---

<sup>291</sup>CUEVA PUENTE, M<sup>a</sup>. C., “Contratación Temporal: Régimen en las Administraciones Públicas”, en VALDÉS DAL-RÉ, F.; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Directores) *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Ed. Reus, Madrid, 2011, pp. 139-140.



#### 4.1. Constitución de la relación laboral: la selección

Para contratar empleados y cumplir con sus obligaciones, la Administración Pública debe cumplir los requisitos establecidos en la legislación observando, de esta forma, los principios rectores de la Administración Pública<sup>292</sup>.

Como también ya hemos visto en los Capítulos anteriores, la obediencia a los principios aplicables a la Administración Pública y, concretamente, los específicos para la contratación de empleados públicos, acabarán provocando que la contratación sea más lenta, hecho que, a veces, lleva a los administradores a huir de las normativas legales y a contratar a empleados como si estuvieran en una empresa.

Alejandro NIETO<sup>293</sup> denomina a esta práctica como el “juego del ratón y el gato”. Mientras la legislación (representada por el gato) cerca al administrador (el ratón) mediante prerrogativas, límites, deberes, imponiendo el cumplimiento de reglas, el administrador (el ratón) acaba por huir constantemente de las imposiciones legales, intentando suplir sus necesidades, aunque para ello tenga

---

<sup>292</sup> En este sentido GARCIA SERRANO apunta que: “los organismos autónomos «realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público; en tanto que (las Entidades públicas empresariales) realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regid(as) en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento» (exposición de Motivos ley 6/1997). La sala 4º del Tribunal Supremo ha considerado oportuno aplicar este criterio, incluso a las sociedades mercantiles estatales a las que se refiere la disposición adicional duodécima de la ley 6/1997 —como la Corporación de Radio y Televisión Española—. Y ha excluido a estas sociedades del régimen jurídico privado, limitándonos a lo que ahora interesa, en materia de contratación y de selección de personal, porque ha entendido que estos aspectos han de estar guiados por los principios de igualdad, mérito y capacidad” (GARCIA SERRANO, Mº.J., “Contratación Temporal: Contrato de obra y servicio” en VALDÉS DAL-RÉ, F ; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (Directores) *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, cit., p.131).

<sup>293</sup> NIETO, A., *El desgobierno de lo público*. 1ª ed., Ariel. Barcelona, 2008, p. 225.

que ignorar las prerrogativas y los límites impuestos por la legislación<sup>294</sup>.

Aquí está la mayor problemática de la Administración Pública como contratante. En su intento de ser más rápida, acaba huyendo de las reglas legales, de los principios institucionales y, por consiguiente, puede terminar violando las exigencias y limitaciones establecidas en la Constitución española, de lo que podría derivar la nulidad de la actuación.

Si se contratase un empleado sin concurso público, por ejemplo, por muy cualificado que sea este empleado, la Administración Pública se violará el principio de la impersonalidad, además del principio de igualdad, mérito y capacidad así como el principio de legalidad, entre otros.

En la doctrina brasileña<sup>295</sup>, o al menos en una parte de ella, se suele

---

<sup>294</sup> Así lo describe el insigne profesor, aplicado a nuestra disciplina: “Este es el caso de los rigores del Derecho Administrativo. Como es sabido, las leyes —convencidas como están de que las oficinas públicas son cuevas de ladrones— rodean las actividades administrativas de toda clase de precauciones y garantías. Para contratar les obliga a hacer un concurso transparente; para admitir un funcionario nuevo es preciso realizar unas oposiciones; para pagar una factura deben concurrir las firmas de tres personas. Este es el gato que acecha a su presa. Pero a continuación el ratón, agobiado por la vigilancia, se escapa de un salto y —como gráficamente dicen los autores— “huye del Derecho Administrativo”: el organismo abandona la Administración, se convierte en un ente autónomo y ya no es objeto de la vigilancia ordinaria”. NIETO, A., *Ibidem*

<sup>295</sup> El principio de la legalidad, en esta dimensión de la reserva legal, actúa sobre la concesión de ventajas remuneratorias para los servidores “celetistas”, ya que no pueden ser aseguradas ni de manera informal, ni de modo meramente tácito, ni por título jurídico extraño a los explícitos ritos legales concesivos. Al final, la Constitución de la República dispone que “la remuneración de los servidores públicos y el subsidio de que trata el § 4º del artículo 39 solamente podrán ser fijados o modificados por ley específica, observando la iniciativa privativa en cada caso, asegurando la revisión general anual, siempre en la misma fecha y sin distinción de índices” (artículo 37, X, de la CF/1988). La regla constitucional del artículo 37, X, junto con el principio constitucional de la legalidad (artículo 37, *caput*, de la CF/1988), constituyen los textos normativos que atenúan, relativamente a los servidores “celetistas”, la fuerza del clásico precepto laboral contenido en el artículo 444 de la CLT (validez de las concesiones expresadas o tácitas, incluso informales, del empleador). De hecho, en el plano de la Administración Pública, incluso con respecto a los servidores regidos por la Consolidación de las Leyes del Trabajo, no prevalecen ventajas salariales tácitamente ofrecidas por el empleador público, o estipuladas por un instrumento normativo infralegal (ordenanzas, Resoluciones etc.), en caso de que la conducta concesiva no esté explícitamente respaldada en la ley específica. En esta medida, los efectos jurídicos de los actos del Empleador Público son más restrictivos que los que derivan de los actos de los demás empleadores. En el segmento privado de la economía y de las relaciones sociales, el precepto del artículo 444 de la CLT produce, sin duda, un amplio impacto y unos efectos jurídicos, mientras que en el ámbito de la Administración Pública incide, en este tópico, la incuestionable restricción, derivada del principio de la legalidad y de la reserva legal. GODINHO DELGADO,

decir que los empleados públicos contratados bajo el régimen laboral y por tanto sometidos a la CLT (Consolidación de las leyes Laborales), se regirán por contratos híbridos de trabajo visto que a ellos se les aplicarían reglas de dos esferas distintas —la esfera pública y la privada—, traducidas en la aplicación de los principios y reglas de Derecho Administrativo y principios y reglas del Derecho del trabajo. Como ejemplos prácticos traídos por la aplicación de la legislación brasileña, podríamos citar la *necesidad de realización de concurso público para ingreso en la plantilla de la Administración pública* (artículo 37, II, CF/88), lo que supone una aplicación del Derecho público.

Tal reconocimiento de la naturaleza híbrida de los contratos de trabajo con entes públicos fue reconocida por la jurisprudencia brasileña, por primera vez, en la sentencia dictada por el Pleno del Supremo Tribunal Federal el 23 de abril de 1993, cuyo relator fue el entonces Ministro Paulo Brossard, que reconoció la obligatoriedad de mediación de previo concurso público para el ejercicio de las actividades relativas a empleo público en el ámbito de la Administración pública indirecta:

“La accesibilidad a los cargos públicos para todos los brasileños, en los términos de la Ley y mediante oposición pública y principio constitucional explícito, desde 1934, artículo 168. Aunque crónicamente sofisticado, y a merced de expedientes destinados a engañar la regla, no sólo fue reafirmado por la Constitución, sino también ampliado, para alcanzar los empleos públicos, artículo 37, I y II. Por el vigente orden constitucional, por regla general, el acceso a los empleos públicos se lleva a cabo mediante oposición pública, que puede no ser de igual contenido, pero debe ser público. Las autarquías, empresas públicas o las sociedades de economía mixta están sujetas a la regla, que implica a la

---

M.; NEVES DELGADO, G. (Org.). *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. V. III. São Paulo: RT, 2013. p. 50.

Administración directa, indirecta o fundacional, de cualquier de los poderes de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios. Sociedades de economía mixta destinada a explotar las actividades económicas, éstas igualmente sujetas a este principio, que no colisione con lo expresado en el artículo 173, § 1º. Excepciones al principio, se existen, están en la propia Constitución.<sup>296</sup>

MS 21233-1 DF

Relator Ministro Paulo Brossard

Publicación: 23/04/1993

En el ámbito de la Justicia del Trabajo, el TST (Tribunal Superior del Trabajo) también reconoce expresamente la existencia de un régimen contractual híbrido aplicable a los empleados públicos regidos por la CLT. Como ejemplo, transcribimos la sentencia emanada de la 8ª sala del TST, del informe de la Ministra Maria Cristina Irygoien Peduzzi, que consideró inválida la cláusula prevista en el pliego de concurso que impedía la inscripción de candidatos que ya hubiesen sido despedidos por justa causa por el ente público, concretamente por incumplir el contenido de la cláusula de los dictámenes del principio de la impersonalidad:

“La controversia se ciñe a la validez de la cláusula del pliego que impedía la participación, en la oposición pública, de candidatos que fueron dispensados por la CEF por justa causa. Es incontrovertido, en los autos, que la parte Demandante fuera despedida con anterioridad por justa causa por la parte Demandada y que, en el mencionado certamen, consiguió aprobación, siendo contratado y, posteriormente, dimitido, con el fundamento de que el pliego no fuera observado.

La cuestión merece ser evaluada bajo el prisma constitucional, en particular en base al principio de la igualdad y en los

---

<sup>296</sup> Disponible en: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750299/mandado-de-seguranca-ms-21322-df>. Acceso 08/10/2014

principios que rigen la Administración Pública. Es necesario, entonces, dar la debida carga normativa a los mencionados principios constitucionales. Para ello, se adopta la propuesta hermenéutica desarrollada por Ronald Dworkin: el derecho como integridad. Los principios de la igualdad y los que rigen la Administración Pública deben ser leídos, de forma coherente, como componentes del ordenamiento jurídico puesto por la comunidad de ciudadanos fundada en los ideales de igual consideración y respeto (*O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999).

Como es notorio, la Caja Económica Federal es una empresa pública y está sometida a un régimen jurídico mixto o híbrido: debe observar ciertos preceptos de Derecho público, al mismo tiempo en que también se rige por disposiciones de Derecho privado. Esta tensión entre público y privado se refleja en la necesaria interpretación conjunta de los artículos 37 - principios y normas de la Administración Pública - y 173 de la Constitución - sujeción al régimen jurídico de las empresas privadas, incluso en cuanto a los derechos y las obligaciones laborales.

Si, por una parte, la CEF, como empresa pública, se somete, en las relaciones laborales, al régimen de Derecho privado, ella debe, por otra parte, como integrante de la Administración Pública indirecta, observar las normas y los principios de Derecho público. Por consiguiente, debe ella obediencia, entre otros, a los principios de impersonalidad y de moralidad, que encuentran resonancia concretamente en la previsión constitucional de contratación mediante concurso público (artículo 37, II). Tal previsión se armoniza, también, con el propio principio de la isonomía (artículo 5º, párrafo, de la Carta de 1988).

Se pone de manifiesto, por lo tanto, que, con respecto a la sujeción al régimen jurídico de Derecho privado, la entrada de

trabajadores en la CEF debe ser pautada por los principios constitucionales de Derecho público, que tiene amparo en el principio de igualdad. De ahí la necesidad de contratación mediante oposición pública, cuya exigencia y respectivos requisitos se fundan en los principios de isonomía, impersonalidad y moralidad.

La aplicación de estos principios tiene una consecuencia fundamental precisamente en el momento en que la empresa pública actúa en la condición de empleadora. El artículo 2º de la CLT define al empleador como aquél que, "asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, asalaria y dirige la prestación personal de los servicios" (las comillas son nuestras). Es decir, en general, por el régimen de Derecho privado que rige las relaciones laborales, el empleador, en el ejercicio del propio poder directivo que le es conferido por el ordenamiento jurídico, es responsable por la admisión de los trabajadores que le prestarán servicios; en otras palabras, es el empleador que define quien será o no contratado – si bien, es cierto, no se trate de una libertad absoluta, puesto que no son admitidos criterios discriminatorios de admisión (artículo 7º, XXX y XXXI, de la Constitución).

Es exactamente en la prerrogativa de admitir trabajadores, en el ejercicio del poder directivo, donde son más evidentes las exigencias constitucionales de los principios de igualdad, de impersonalidad y de moralidad, en el caso de las empresas públicas (y de las sociedades de economía mixta). Actuando en la condición de empleadora, la empresa pública no detenta la misma libertad para definir a los trabajadores que serán contratados. Eso porque, por fuerza de los mencionados principios, debe observar, como ya se ha mencionado, la regla de la entrada en la Administración Pública mediante previa aprobación en oposición pública. Y los criterios que deben de adoptarse deben ser objetivos, impersonales, no aceptando

opciones basadas en mera conveniencia. Aquí, por lo tanto, se hacen presentes, con toda su importancia, los principios típicos del derecho público.

La consecuencia que se extrae de este razonamiento es la de que, en la admisión de sus empleados, la empresa pública no puede adoptar criterios muy personales de contratación, puesto que tal conducta violaría los principios constitucionales mencionados, en particular los de la isonomía y de la impersonalidad.

*In casu*, se repita, el pliego del concurso público en que el Autor consiguió la aprobación impedía la participación de candidatos que hubiesen sido dimitidos por el demandado por justa causa.

La justa causa, en el ámbito de las relaciones laborales, y cumplimentados los respectivos requisitos, corresponde a una falta grave que rompe la confianza entre las partes, haciendo inviable el mantenimiento del contrato de trabajo. Contratar, nuevamente, un trabajador que ya fue dimitido por justa causa por el mismo empleador se inserta en el ámbito de la pura conveniencia de este último. Eso es plenamente válido en el ámbito de las relaciones laborales sometidas a las reglas típicamente de Derecho privado. Sin embargo, no es el caso de la demandada.

La eventual conveniencia o incluso interés del demandado — en no contratar trabajador que ya fue por ella dimitido por justa causa— no puede suplantar el régimen de Derecho público a que está sujeta. Además, la prohibición contenida en el pliego encierra un criterio meramente muy personal que, en esta medida, contraría los principios de la isonomía e impersonalidad, que deben pautar la forma de admisión de personal por la Demandada.<sup>297</sup>

---

<sup>297</sup> <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.8:acordao;rr:2009-09-23;70300-2002-3-15-0>. Acceso en 08.10.2014.

Sentencia Nº RR - 70300-68.2002.5.15.0003

Publicación: 23.09.2009

No puede dejar de considerarse que muchos empleados contratados como personal laboral temporal, dada las conductas poco apropiadas que llevaron a cabo en la Administración Pública, han intentado, mediante sentencia judicial, la declaración de violación de derechos sociales. Mediante este procedimiento acaban por convertirse en personal indefinido, sin pasar por los sistemas de selección exigidos por la legislación.

Tales decisiones, si se analizan en el ámbito del Derecho laboral<sup>298</sup>, son plenamente justificables, dado que uno de los principales principios<sup>299</sup> del Derecho laboral es el principio de protección de los trabajadores<sup>300</sup>. Sin embargo, tales decisiones, a los ojos de los principios administrativos, entendemos que no son acertadas, dado que se viola expresamente el principio del interés general, en la medida en que se beneficia a un empleado o grupo de empleados en detrimento de la mayoría, que también tendría derecho a intentar acceder al puesto de trabajo ocupado por este empleado que no se sometió a los sistemas de selección exigidos por la legislación.

---

<sup>298</sup> Como sostiene SUSSEKIND, “la legislación laboral nació intervencionista como una reacción a los principios de la Revolución Francesa (1789) que garantizaba la completa libertad de elección, la completa autonomía de voluntad en las relaciones contractuales, lo que permitía la explotación del trabajador, en una fase histórica en la que la revolución industrial condujo al fortalecimiento de la empresa”. (SUSSEKIND, A., *Instituições de Direito do Trabalho*. Volume I, São Paulo, LTR, 2003, p. 144).

<sup>299</sup> Según PLÁ RODRIGUEZ, “el principio de protección se refiere al criterio fundamental que guía la legislación laboral ya que, en lugar de guiarse por una igualdad positiva, responde al objetivo de establecer una protección preferencial a una de las partes: el trabajador”. (PLÁ RODRIGUES, A., *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo. LTR, 1978, p. 28).

<sup>300</sup> Afirmación que se hace con base en parte de la doctrina, siguiendo a Arnaldo SÜSSEKIND, que entiende que la base de la relación laboral es la situación de hiposuficiencia del trabajador, situación socio real que lo lleva a incorporarse como trabajador subordinado a las empresas. Esta hiposuficiencia que, en época de crisis se agudiza y aumenta, torna imperiosa la necesidad de afirmar con más fuerza el principio de protección. Basta observar la caracterización que se ha dado a la relación de dependencia personal, propia del contrato de trabajo, como la posibilidad que tiene el empleador de dar órdenes y de sustituir en todo momento la voluntad del trabajador por la suya (dependencia jurídica), para comprender aún más la necesidad de un Estado protector y garantista.



Dado que se faculta a la Administración para que aplique las normativas de Derecho privado —Derecho laboral— entendemos que, a veces, el administrador se olvida, o parece querer olvidarse, del hecho de que, aunque se pueda aplicar el Derecho Laboral por detrás de este Derecho deben estar sustentándolo los pilares que fundamentan la relación mayor o dominante —la relación administrativa— que sustenta todo y cualquier contrato que deba firmarse por los responsables de la Administración Pública.

Es claro que las reglas de Derecho Laboral son plenamente aplicables a las relaciones laborales en la Administración Pública. El caso es que, además de estas reglas, con carácter previo e indefectible, habrán de atenderse otras reglas de Derecho Público.

El contrato de trabajo regido por el Derecho del trabajo, como veremos más adelante, posee elementos específicos, elementos estos que no se adecuan a las características de los contratos de trabajo firmados con la Administración Pública. Como ejemplo, podríamos citar el carácter volitivo del contrato del trabajo regido por el Derecho del trabajo, la autonomía de voluntad de las partes contratantes, así como el hecho de que en este tipo de contrato no hay frecuentemente entre las partes criterios objetivos y específicos para la realización de la selección del trabajador para el ejercicio del puesto de trabajo. El empresario privado no tiene por qué atender a ningún interés distinto al suyo personal, y no tiene por qué cumplir con el requisito de la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos: se le permite contratar al empleado que cumpla con sus objetivos particulares, sea o no el mejor.

Una vez analizados tales requisitos peculiares de los contratos de trabajo que se rigen por el Derecho laboral, en el ámbito de la Administración Pública, nos parece lógico concluir que *el procedimiento de nombramiento sin criterios objetivos para ocupar cargos públicos, aunque sea para la ocupación de un cargo de confianza o asesoramiento, como es el caso del personal eventual,*

*viola la exigencia de servicio a los intereses generales*, lo que la doctrina brasileña denomina el principio de impersonalidad<sup>301</sup>.

Conviene subrayar que todo acto realizado por la Administración Pública debe estar contenido en la legislación vigente y en el citado triple pilar de los principios: legalidad, eficacia e interés general. Lo que sostenemos, pues, es que la contratación de personal eventual, en los términos actuales del EBEP responde, sin duda, a la legalidad (pues así se prevé en la norma), pero desatiende la exigencia del interés general. Al ignorar uno de estos principios, el acto de la Administración acaba inscribiéndose en la órbita de la arbitrariedad, lo que en numerosas ocasiones acaba derivando en la nulidad de los actos practicados.

En la doctrina brasileña, cuando la Administración pública contrata bajo las reglas previstas en la CLT suele equipararse al empleador privado, razón por la cual la competencia para juzgar las disputas entre empleados públicos y Administración es de la justicia laboral brasileña y a estos procesos judiciales deberían aplicarse las normativas y los principios de Derecho laboral. La duda es: ¿podremos, efectivamente, aceptar tal aserción como correcta en el ámbito de las relaciones laborales en la Administración pública?

Esta aserción, a veces, inhibe el pensamiento de poner en duda la efectiva aplicación exclusiva de las normativas y los principios laborales en el ámbito de las relaciones de empleo en la Administración pública. Esto porque tal reflexión comienza a plantearse como "regla jurídica", "axioma jurídico" que tiende a impedir cualquier estudio acerca de la necesidad de una mayor profundización en

---

<sup>301</sup>Según la formulación de la doctrina, el principio de la impersonalidad consiste en la exigencia de objetividad, de trato sin privilegios a los ciudadanos y de búsqueda exclusiva del interés público. Se puede decir que se asemeja al principio de imparcialidad. Es la garantía de acceso a cargos públicos a todos aquellos que así lo deseen. Como afirma ANTUNES DA ROCHA, "el principio de impersonalidad se refleja en la ausencia de marcas privadas o personales correspondientes al administrador en un momento dado, ya sea en el ejercicio de la actividad administrativa, haciendo que se parezca a su modelo, pensamiento o voluntad". (ANTUNES DA ROCHA, C. L., *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p.147).

el análisis de las implicaciones sobre la relación de empleo público, y de las reglas constitucionales y legales que rigen la Administración pública, tanto en España como en Brasil.

Lo cierto es que la expresión “la Administración pública cuando contrata empleados está sujeta a las reglas de Derecho del trabajo” se acoge, inicialmente, en la doctrina.

LOPEZ MEIRELLES<sup>302</sup> apunta que “la Administración pública puede desarrollar actos o celebrar contratos en régimen de Derecho Privado (civil, comercial), en el desempeño normal de sus actividades. En tales casos, la misma se posiciona al nivel del particular, renunciando a su *supremacía de poder* innecesaria para aquel negocio jurídico”.

En el mismo sentido, lo considera CRETELLA JÚNIOR cuando transcribe la teoría de LABAND: “a fin de lograr los objetivos que se propone, el Estado se sirve, a veces, de su derecho soberano sobre el País y los que en él viven: exige ciertas prestaciones, ordena y limita, mediante prohibiciones, la libertad de acción de sus súbditos. Otras veces, deja de hacer vigorar su *imperium*, poniéndose al mismo nivel de otras personas jurídicas para celebrar contratos”<sup>303</sup>.

Lo cierto es que esta contratación, en el ámbito laboral, no otorga a la Administración pública la autonomía de voluntad, como si pudiera incluso dejar de vincularse a las reglas y valores derivados de su condición de ente público. El hecho de que una Administración (directa o instrumental) contrate en base a la CLT, en Brasil, o por las reglas laborales, en España, no puede conducirnos a la errónea idea de que deja entonces de ser Administración (lo sea formalmente o no lo sea, como la indirecta), para convertirse en un empleador privado. *La*

---

<sup>302</sup> LOPEZ MEIRELLES, H., *Direito Administrativo Brasileiro*, 22.ª ed., 1990, Sao Paulo, Malheiros, p. 231

<sup>303</sup> CRETELLA JUNIOR, J., *Tratado de Direito Administrativo*, vol., X, 1.ª ed., 1972, Forense, io de Janeiro, p.181.

*existencia de un contrato laboral jamás podrá derogar toda la disciplina constitucional y normativa acerca de los conceptos e intereses de la Administración pública*<sup>304</sup>.

En una relación contractual laboral regida en Brasil por la CLT, la Administración pública no deja de someterse a la observancia de los principios y reglas constitucionales y legales que reglamentan los poderes y deberes del Poder Público. Como ejemplo, podemos citar lo dispuesto en el artículo 37, II, de la CF/88, que reconoce nulo el contrato de trabajo formado sin previa aprobación mediante concurso público. En Brasil, incluso, el Tribunal Superior del Trabajo se preocupó en aclarar tales situaciones, al interpretar que “la contratación de servidor público, tras la CF/1988, sin previa aprobación mediante concurso público, encuentra obstáculo en el respectivo artículo 37, II y § 2º, que contempla sólo el derecho al pago de la contraprestación pactada, con relación al número de horas trabajadas, respetando el valor de la hora del salario mínimo, y de los valores relativos a los ingresos del FGTS”<sup>305</sup>.

En Brasil, el Poder Judicial, en su más alta corte, representada por el Supremo Tribunal Federal (STF) ha evolucionado hacia la construcción de su doctrina en relación con este punto, consolidando la interpretación de que el interés público, las normas y los principios aplicables a la Administración pública deben hacerse presentes también en el ámbito de las relaciones laborales existentes en su ámbito.

---

<sup>304</sup> En este sentido, conviene mencionar las contribuciones de LOPES MEIRELLES: “incluso en estos actos o contratos el Poder público no se libera de los requisitos administrativos que deben preceder al negocio jurídico deseado”, puesto que “el gobierno tiene solamente el deber de celebrar un contrato cuyo fin inmediato es el interés público. Además tiene el deber de no disponer de la propiedad pública, que es indisponible. Así que no puede pactar con la autonomía de la voluntad”.<sup>304</sup> LOPEZ MEIRELLES, H., *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 199.

<sup>305</sup> Súmula 363 del TST. CONTRATO NULO. EFECTOS (nueva redacción) - RE. 121/2003, DJ 19, 20 y 21.11.2003. La contratación de un servidor público, tras la CF/1988, sin previa aprobación mediante concurso público, encuentra obstáculo en el respectivo artículo 37, II y § 2º, confiriéndole sólo derecho al pago de la contraprestación pactada, con relación al número de horas trabajadas, respetando el valor de la hora del salario mínimo, y de los valores relativos a los ingresos del FGTS.

La evolución en la interpretación de la más alta Corte juzgadora de Brasil, induce a considerar que los actos desarrollados por la Administración pública en el inicio de la relación contractual de empleo son actos administrativos y que por tal razón su validez se resuelve mediante la aplicación de los principios y reglas del Derecho Administrativo. Tal afirmación implica nuevos conceptos y amplitud en la interpretación de la relación de empleo en el ámbito de la Administración pública, en la medida en que, al aplicar las reglas y los principios de Derecho Administrativo, a veces se suplantarían las reglas y los principios de Derecho del trabajo. Tendremos, incluso, que alejar a veces la incidencia de lo previsto en los principios de la norma más beneficiosa, condición más favorable, contrato de realidad, continuidad de la relación de empleo, entre otros.

De estas breves consideraciones podemos concluir que la afirmación de que el empleador público cuando contrata bajo las reglas laborales se equipara al empleador privado es, de hecho, muy relativa. Esto porque no es posible excluir del contrato de empleo firmado con la Administración pública las reglas y los principios aplicables al Derecho Administrativo. En este sentido, cabe destacar las sabias palabras del Marqués DE LIMA<sup>306</sup>: “el servidor público ‘celetista’ se subordina a dos sistemas, integrados y dependientes: 1º - al sistema de la Administración pública; 2º - al sistema funcional laboral. El primero impone sus reglas de impersonalidad del administrador, de publicidad, de legalidad, de moralidad administrativa, de oportunidad, así como de motivación del acto administrativo; el segundo traza simplemente los contornos de los derechos y deberes mutuos en la ejecución del contrato y de los efectos de la extinción del mismo”.

---

<sup>306</sup> MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. "Porque el empleador público de la Administración directa e indirecta no puede practicar la denuncia vacía de los contratos de trabajo", Bol. Ltr 142/90, pág.677/680

## 4.2. Durante la vigencia del contrato

En las relaciones laborales establecidas con la Administración pública deberán respetarse los imperativos de la legalidad, además —según acabamos de ver— de en los actos de contratación, también en el curso de la relación de empleo público. En este momento, por regla general regido por el elemento volitivo, se deberían respetar también todas las condiciones y los parámetros que vinculan a la Administración pública. Es lo que estudiaremos a continuación.

Así pues, no sólo en la selección de los empleados, sino también durante el contrato, es necesario que el administrador tenga siempre presente que no es un empleador privado, sino que sirve a un ente público, en el ejercicio de facultades de Derecho público que debe atender a los intereses públicos.

En esta fase de la contratación es donde las partes, empleado y empleador, desarrollan la mayor parte de sus relaciones. Y en este punto, también nos parece difícil o incluso imposible aceptar la postura de alguna doctrina que mantiene la aplicación total de las reglas de Derecho laboral en el ámbito de la Administración Pública.

En la legislación constitucional actual no hay ninguna disposición que garantice la libre y total creación de derechos a empleados públicos por libre estipulación colectiva, aun cuando tales derechos se destinen al personal laboral, y a este personal se le aplique la normativa de Derecho laboral.

Así, por ejemplo, tanto el EBEP como los convenios de la OIT reconocen la negociación colectiva en el sector público; sin embargo, tal negociación, en el sector público, debe establecerse respetando los estrictos límites de la legalidad, así como los intereses públicos propias de la Administración pública<sup>307</sup>.

---

<sup>307</sup> En este sentido conviene recordar las consideraciones de Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO: “La negociación colectiva en la Administración pública plantea problemas particulares. Por una parte, es frecuente que exista un estatuto nacional (o varios) con

En definitiva, también durante la vigencia del contrato de los empleados laborales debería el empleador público preservar todos los principios y reglas atinentes a la Administración Pública.

Conviene que analicemos la problemática relativa a unos empleados que no son funcionarios de carrera<sup>308</sup>, como es el personal eventual<sup>309</sup>. Tales empleados no gozan del derecho de inamovilidad y estabilidad. Son, por lo tanto, o deberían ser, contratados por un plazo temporal.

Frecuentemente, en la práctica, se observa que tales empleados, por tener presente su condición de temporalidad, no se preocupan por la calidad y rigor en la prestación de los servicios públicos, porque no se identifican con la condición de empleado al servicio de la cosa pública. Se limitan a corresponder a los intereses de la persona física que le contrató, cuyo intereses no siempre coinciden con los de la Administración Pública.

Tal empleado, sin embargo, debería tener presente el hecho de que fue

---

vocación uniformadora, en general aprobado por el Parlamento, que reglamenta de manera casi exhaustiva los derechos, deberes y condiciones de servicio de los funcionarios públicos, prohibiendo o restringiendo severamente la negociación; por otra parte, sus remuneraciones suponen un coste económico que debe reflejarse en los presupuestos públicos, cuya aprobación compete a órganos como el Parlamento, los ayuntamientos, etc. Estos órganos no siempre son los empleadores de los funcionarios públicos y sus decisiones tienen que tener en cuenta la situación económica del país y el interés general. Por estas razones es muy frecuente que las personas jurídicas que negocian en la administración pública se vean sometidas a las directivas o al control de un órgano exterior (ministerio de finanzas, comisión interministerial, etc.); además, el período de vigencia de los acuerdos colectivos del sector público no coincide muchas veces con la vigencia de la ley de presupuestos del Estado, lo cual puede crear dificultades. A estos problemas se añaden otros como la fijación de las materias negociables y su reparto entre los distintos niveles dentro de la compleja estructura territorial y funcional del Estado, y la determinación de las partes negociadoras en dichos niveles.” (GERNIGON, B.; ODERO A.; GUIDO, H., “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva” en Revista Internacional del Trabajo, vol. 119 (2000). (Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/gernigon.pdf>. Consultado el 22/05/2011).

<sup>308</sup> Conviene recordar que, conforme al artículo 9 del EBEP: “1. Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.”

<sup>309</sup> Artículo 12 del EBEP:” 1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.”

contratado con el deber de sujeción a los intereses públicos, que tiene como exigencia del ejercicio de sus funciones la satisfacción del interés público y el cumplimiento de los objetivos de la organización —persona jurídica— por el cual fue contratado, en detrimento de los objetivos particulares de la persona física que lo contrató. Sin embargo, lamentablemente, dada esta mezcla de regulaciones de Derecho público y privado, es muy común encontrarse, en los órganos públicos, con situaciones que nos hacen creer que estamos ante un órgano privado.

Como otro ejemplo, podríamos citar los casos de desviación de función en las actividades públicas: así, los casos en los que los empleados públicos realizan actividades fuera de su jornada de trabajo “público”, los casos en los cuales los empleados públicos no comparecen para trabajar, entre otros muchos.

En la iniciativa privada, seguramente no habría problemas si un empleado “x”, contratado para el ejercicio de actividades que exigieran sólo conocimientos de nivel medio, ejerciera actividades que requieren conocimientos de profesional graduado en ingeniería. El empleador privado, al observar que tal empleado de nivel medio posee capacidad de ejercer actividades más complejas, tiene plena libertad de promover a su empleado, pagándole, incluso, mejor salario.

En la Administración pública, sin embargo, tal circunstancia no podría sostenerse. De modo que un empleado contratado para el ejercicio de una actividad que exija el nivel medio sólo podrá ejercer actividades para las cuales fuera contratado y para las cuales tiene la titulación requerida, esto aunque tuviera conocimientos suficientes para ejercer actividades relativas al cargo superior. Así, la Administración Pública que precisa de un empleado que ejerza el cargo de ingeniero, debe promover el correspondiente concurso público, con el objetivo de seleccionar al mejor ingeniero entre todos los que tengan interés en ejercer sus actividades en la Administración Pública.

Es necesario tener presente que la vinculación contractual deberá ser



observada por las dos partes implicadas en la contratación; es decir, el empleado público y el empleador público, la Administración. Existe una tendencia de la jurisprudencia de imponer la aplicación del Derecho Administrativo sólo al empleador público, considerando que al empleado debería regirse por las normas de Derecho laboral. Consideramos errónea esta interpretación. Las dos partes implicadas tienen las obligaciones derivadas del contrato. El empleado público, como ya se ha examinado anteriormente, al investirse de la condición de servidor público (en Brasil) o empleado público (en España) tiene el deber de cumplir todas las normativas aplicables a la Administración pública sin restricciones.

En Brasil, si bien de forma bastante limitada, la jurisprudencia, al analizar las relaciones de los empleados públicos brasileños, se ha inclinado por aplicar a las dos partes involucradas —empleado y empleador— los principios y las reglas de Derecho Administrativo. Tal interpretación se da concretamente a causa de que a estos empleados se da la condición de servidor público *lato sensu* de la palabra, y, al entrar en la Administración pública, aunque formalmente regidos por la CLT, no podrían dejar de cumplir todas las reglas, límites, deberes y obligaciones previstas en su contrato de trabajo.

A estos empleados laborales, conforme a esta línea de la jurisprudencia, en el caso de que no atiendan adecuadamente al cumplimiento de sus obligaciones, deberían aplicarse las sanciones que les corresponden, atendiendo para ello a las reglas que rigen la actividad administrativa. Esto, insistimos en ello, aunque los empleados lo fueran de lo que en Brasil se califica como una Administración Pública indirecta, como puede ser una sociedad mercantil pública. Así, por ejemplo, si los empleados son causantes de daño para el erario público, deberían resarcir el perjuicio.

En esta línea, conviene mencionar la sentencia dictada el 8 de junio de 2012 por la 7ª Sala del Tribunal regional del Trabajo de Río de Janeiro, en los autos del proceso nº TRT-me RÍO-0000620-31.2011.5.01.0080, al analizar el

pleito de un empleado público, perteneciente a la plantilla de una empresa pública federal, y comprobar que en los términos de las alegaciones del empleado, recibía una parte salarial sin que jamás hubiera ejercido su correspondiente función, determinando que el empleado debía devolver los importes recibidos a la Administración. El magistrado también ordenó que los autos del proceso fueran remitidos al Ministerio público para averiguar las responsabilidades personales, tanto del empleado como del empleador, en el caso, administrador público.

Habiendo prueba de que la gratificación de función, instituida por una norma interna de empresa pública, el pago ha sido en fraude al derecho del trabajo, ante la disimulación de un verdadero aumento de salario para los respectivos empleados, su percepción, aunque mediante designación irregular para el ejercicio de las respectivas atribuciones excepcionales, o sin que incluso haya tal ejercicio, no genera para el empleado público ningún derecho.

(...) En efecto, la Administración Pública Federal indirecta, en calidad de empresa pública, integró a la demandada, **sometiéndola a los principios que regían la actividad administrativa pública, concretamente a los de legalidad y de moralidad.** En esta línea, la consecuencia de la alegada percepción de gratificación de función sin nunca haber ejercido las respectivas atribuciones, permitiría, como mucho, **la responsabilización del agente público competente, pudiendo obligar al empleado público a devolver los valores, cuya percepción se considere indebida.** Jamás se puede admitir el ilícito administrativo. Consecuencias jurídicas en su beneficio.

“(...) Costas en reversión, debiendo el demandante resarcir a la demandada el importe desembolsado a este título. El Ministerio Público del Trabajo requirió copia del V. sentencia para la instauración de la competente investigación civil. (...)”

Proceso n° TRT-me RÍO-0000620-31.2011.5.01.0080

Sentencia Publicada el 08/06/2012 – 7ª Sala – TRT 1ª Región

Disponible en: [www.trt1.jus.br](http://www.trt1.jus.br)

Según se observa que, por la aplicación de los principios de moralidad y legalidad, obligatoriamente presentes y que rigen todo y cualquier acto en relación con una Administración, la tendencia de la jurisprudencia es la de

aplicar las reglas de Derecho Administrativo no sólo en el momento de la contratación, sino también y principalmente, en el curso de las relaciones de trabajo.

De esta forma, tanto en la contratación como durante la vigencia del contrato, es de fundamental importancia que tanto empleados como empleadores tengan siempre presente que están al servicio del público, al servicio de la colectividad, al servicio del Estado, y nunca al servicio particular de su jefe inmediato y/o de un empleador.

Para finalizar el ejemplo de la problemática existente en el curso de los contratos de trabajo, mencionamos los derechos garantizados de los empleados referentes a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones, más atrás ya mencionados. La regulación laboral en esta materia es diferente de la legislación administrativa. La legislación no es, sin embargo, tan clara con respecto a qué disposiciones deben aplicarse.

Si lo analizamos en una perspectiva laboral y desde los principios laborales, seguramente aplicaremos las normativas aplicables a los contratos de trabajo en el sector privado. Sin embargo, a los ojos de la Administración Pública y los principios de Derecho Administrativo, la normativa aplicable debería ser la de normas destinadas al Derecho Administrativo.

Todos estos conflictos, y a veces la incompatibilidad entre los institutos, acaban llevando a la insatisfacción de los propios empleados, que aunque trabajando ambos para el mismo sector público, e incluso en el mismo espacio físico, disponen de derechos distintos, unos más ventajosos que otros, hecho que lleva, a menudo, ante el Poder Judicial.

Y ahí surge la duda, que intentaremos esclarecer más adelante, sobre qué legislación deberá aplicar el órgano enjuiciador en la solución de estos conflictos: ¿la laboral, la administrativa o las dos, en razón del sistema de la

aplicación de las fuentes?

Mientras en el ámbito de la Administración Pública, utilizamos estas contrataciones mucho más privadas que las públicas, en la mezcla entre el Derecho público y el privado, las prerrogativas de la Administración Pública siempre perderán espacio, dado que siempre es más fácil, más cómodo y más rápido, aunque no siempre sea más eficaz, establecer relaciones sin que éstas tengan que someterse a requisitos, prerrogativas y límites previamente impuestos.

#### **4.3. En el momento de la extinción del contrato**

Otro punto también de fundamental importancia es la extinción de los contratos de trabajo.

Conviene recordar que estamos tratando aquí de cualquier empleado al servicio de la Administración Pública. Y ahí reside el gran obstáculo. En el momento de la extinción de los contratos laborales en una Administración Pública, cabe preguntarse ¿qué legislación prevalecerá?, ¿la pública o la privada?, ¿o sería una combinación de ambas en razón del sistema de fuentes del Derecho?

Al empleado público siempre le beneficiará, en la extinción de los contratos, la legislación aplicada a los empleados de la iniciativa privada. Sin embargo, no podemos olvidar que tales empleados están al servicio de la Administración Pública aunque sea indirecta o instrumental.

Por lo tanto, entendemos que cuando se vayan a extinguir estos contratos deberá o debería prevalecer la legislación aplicable a una Administración Pública. Y en este punto surge la gran cuestión: ¿a quién deberá amparar la

legislación?, ¿al empleado, sujeto singular, o a la Administración, sujeto plural?, ¿cómo podremos entonces encontrar el equilibrio entre el interés público y el particular, tan distantes y, en el ámbito de las relaciones de trabajo, tan entremezclados?

Para extinguir un contrato en una empresa privada, en la que el propietario de la empresa no tuviera más interés en la permanencia de un determinado empleado en su establecimiento, el empleador pagaría al empleado los derechos que le fuesen impuestos por la legislación laboral y la relación entre las partes estaría resuelta, sin más problema ni justificación.

En la Administración Pública, sin embargo, no es —o no debería— ser así. Esto porque como establece LÓPEZ GÓMEZ<sup>310</sup>, no se puede aceptar que un trabajador, que ha ocupado su puesto de trabajo tras someterse a un proceso de selección basado en los principios de mérito y capacidad, acabe perdiendo su puesto de trabajo por arbitrariedad de la Administración pública que lo ha contratado. Ha de negarse, pues, la posibilidad de que el empleado sea despedido, de manera inmotivada<sup>311</sup>, por el simple ejercicio del poder del empleador, mediante ejercicio de acto discrecional, no vinculado a regla alguna<sup>312</sup>.

---

<sup>310</sup>LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas–Thomson Pamplona, p. 345.

<sup>311</sup> En Brasil, no hay disposición legal expresa que determine que el despedido de un empleado público deba ser motivado. Al contrario, la interpretación se realiza mediante la aplicación de las reglas contenidas en la CLT, principalmente lo dispuesto en el artículo 444, que establece que “las relaciones contractuales de trabajo pueden ser objeto de libre estipulación de las partes implicadas en todo lo que no contravenga a las disposiciones de protección en el trabajo, a los contratos colectivos que les sean aplicables y a las decisiones de las autoridades competentes”.

<sup>312</sup> Al amparar la posibilidad de despedido inmotivado del empleado público, la Orientación Jurisprudencial 247, de la SDI-I, del TST: **SERVIDOR PÚBLICO. “CELETISTA” CONCURSADO. DESPIDO INJUSTIFICADO. EMPRESA PÚBLICA O SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. POSIBILIDAD (modificada – Re. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007**

I - El despedido de empleados de empresa pública y de sociedad de economía mixta, incluso admitidos por concurso público, no depende de un acto motivado para su validez;

II - La validez del acto de despido del empleado de la Empresa Brasileña de Correos y Telégrafos (ECT) está condicionada a la motivación, por gozar la empresa del mismo tratamiento destinado

Por lo tanto, para extinguir el contrato de un empleado, la Administración debe basarse en un justo motivo, incluso porque no tendría —o no debería tener— la libertad de extinguir contratos sin la correspondiente motivación. Como asevera QUESADA LUMBRERAS<sup>313</sup>, un despido inmotivado con la regulación vigente supone admitir un marco de arbitrariedad relevante para el empresario privado; sin embargo, es difícilmente compatible con el principio de legalidad que rige la actuación de las Administraciones Públicas.

Y es que en la extinción de los contratos de empleo en el ámbito de la Administración Pública debe siempre ponerse en un primer plano el respeto a la legalidad, el respeto a los principios rectores de la Administración Pública, bajo pena de nulidad.

Y en este sentido camina acertadamente la jurisprudencia brasileña. Por una parte, la sentencia pronunciada por la 3ª Sala del TST, del informe del Ministro Ricardo Alencar Machado, publicada el 13 de octubre de 2006, sostuvo la falta de necesidad de motivación en el acto de despido de empleado público regido por la CLT, en estos términos:

“No existiendo en la sentencia del Regional el contenido de la norma de la empresa interpretada, que autoriza la supuesta garantía de empleo, no hay forma de saber si hubo o no una modificación contractual lesiva y, por tanto, una infracción del artículo 468 de la CLT o contrariedad a la Sentencia nº 51 del TST. De cualquier forma, esta Corte, mediante la OJSBDI1 de nº 247, ya señaló la posibilidad de despido injustificado de un servidor de una empresa pública o sociedad de economía mixta. Agravo de Instrumento que no se admite a trámite.

---

a la Hacienda Pública con relación a la inmunidad tributaria y a la ejecución por rogatoria, además de las prerrogativas de foro, plazos y costas procesales.

<sup>313</sup>QUESADA LUMBRERAS, J. E., “*El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*”, en AA.VV., Comares, Granada, 2008, p. 952.

La lesión al artículo 37, *caput* de la Constitución Federal no se demostró, puesto que en ningún momento se caracterizó ofensa a los principios de la Administración Pública, incluso porque la demandada está sometida a un régimen híbrido con normas aplicables a las empresas privadas conjugadas con algunas otras aplicables de la Administración Pública.

No existiendo en la sentencia del Regional el contenido de la norma de la empresa interpretada, no hay forma de saber si hubo o no modificación contractual lesiva y, por consiguiente, infracción del artículo 468 de la CLT o contrariedad a la Sentencia n° 51 del TST.

De cualquier forma, esta Corte, a través del OJSBDI1 de n° 247, ya señaló la posibilidad de despido injustificado de servidor de la empresa pública o sociedad de economía mixta”.

Proceso: AIRR - 266840-08.2001.5.02.0029 Fecha de Juicio: 20/09/2006, Relator Juez Convocado: Ricardo Alencar Machado, 3ª Sala, Fecha de Publicación: DJ 13/10/2006.

Sin embargo, recientemente, el órgano máximo de la justicia brasileña, alterando la interpretación anterior, pronunció otra decisión<sup>314</sup> en relación con que no se precisara de motivación en el acto del despido de los empleados públicos contratados por la Administración pública indirecta. Tal sentencia, de relatoría del Ministro Ricardo Lewandowski, publicada el 12 de septiembre de 2013, reconoció por primera vez la necesidad de la observancia del principio constitucional de la motivación e impersonalidad en los actos de despido de un empleado público:

“I - Los empleados públicos no tienen derecho a la estabilidad prevista en el artículo 41 de la CF, salvo aquéllos admitidos en un período anterior a la llegada de la EC n° 19/1998.

---

<sup>314</sup> Integración de la sentencia pronunciada por el STF en los autos del RE 589.998 – Piauí disponible en su integridad en el ANEXO I del presente estudio.

Precedentes. II - En atención, sin embargo, a los principios de impersonalidad e igualdad, que rigen la admisión por oposición pública, *el despido del empleado de empresas públicas y sociedades de economía mixta que prestan servicios públicos debe ser justificada*, asegurándose, así, que tales principios, observados en el momento de aquella admisión, sean también respetados con ocasión del despido. III – La motivación del acto de despido, así, tiene como objetivo proteger al empleado de una posible quiebra del postulado de la impersonalidad por parte del agente estatal investido del poder de dimitir. IV - Recurso extraordinario parcialmente admitido a trámite para alejar la aplicación, en el caso, del artículo 41 de la CF, exigiéndose, sin embargo, la motivación para legitimar la rescisión unilateral del contrato de trabajo. Vistos, relatados y discutidos estos autos, acuerdan los Ministros del Supremo Tribunal Federal, en Sesión Plenaria, bajo la Presidencia del Señor Ministro Joaquim Barbosa, de conformidad con el acta de juicios y de las notas taquigráficas, se rechaza la cuestión de orden del patrono solicitante que levantaba fuera este hecho juzgado en conjunto con el RE 655.283, con repercusión general reconocida. Posteriormente, en base al voto del Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), el Tribunal concedió parcialmente el recurso extraordinario para reconocer la inaplicabilidad del artículo 41 de la Constitución Federal y exigió la necesidad de motivación para la práctica legítima del acto de rescisión unilateral del contrato de trabajo, [...] Revisando la materia, ahora, más detenidamente, entiendo que, aunque en rigor, las denominadas “empresas estatales” ostenten la naturaleza jurídica de Derecho privado, ellas se someten al régimen híbrido, es decir, se sujetan a un conjunto de limitaciones que tienen como objetivo la realización del interés público. En otras palabras, en el caso de estas entidades, se produce una abolición parcial de las normas de



Derecho privado a favor de ciertas reglas de Derecho público.[...] La obligación de motivar los actos deriva no sólo de las razones anteriormente explicitadas, sino también y especialmente, del hecho de que los agentes estatales manejan la *res publica*, puesto que el capital de las empresas estatales —de manera íntegra, mayoritaria o incluso parcial— pertenece al Estado, es decir, a todos los ciudadanos”<sup>315</sup>.

**RE 589.998 PI**

Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

Publ. DJe 12/09/2013.

El STF mantuvo, pues, la interpretación en el sentido de que en la extinción de los contratos de trabajo deberán observarse los principios aplicables a la Administración pública, más concretamente el principio de motivación de los actos administrativos que restrinjan derechos, bajo pena de que se produzca, si no se hace, la violación de otros principios de la Administración pública, como la legalidad, la impersonalidad y la publicidad.

En España, en relación al despido, el Informe de la Comisión de Expertos, como señala Tomás SALA FRANCO<sup>316</sup>, recomendaba la supresión de la figura del despido improcedente o sin causa en el ámbito del empleo público. La razón de esta propuesta era sencilla. La Administración no es un empresario privado sino que tiene un estatuto constitucional que le impone actuar siempre por razones justificadas de interés público y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. No se aviene a esta premisa la facultad de despedir cuando no existe una causa objetiva y legalmente prevista. Por otra parte, el despido improcedente puede volatilizar la garantía de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público del personal laboral, dado que bastaría despedir a los seleccionados en función de estos principios sin una causa legal para burlar esa

<sup>315</sup> Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acceso 08/10/2014.

<sup>316</sup> SALA FRANCO, T., “Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos” en *Actualidad Laboral*, T. II (2007), p. 2404.

garantía. Tal recomendación, sin embargo, lamentablemente, no fue incorporada en el EBEP, hecho que no impide su aplicación, sino que, por el contrario, debe considerarse en la extinción de las relaciones laborales, conforme a los principios del Derecho Administrativo.

Procede también recordar algo apuntado más atrás al tratar de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: que tales principios no deben regir solo en el momento del acceso al empleo público, sino también en el momento de la extinción de la relación laboral, aplicándose a la inversa; es decir, a la hora de determinar los despidos en el marco de las relaciones laborales de una Administración, directa o instrumental, ha de valorarse los méritos del trabajador y no proceder a un despido arbitrario, que afecta antes a quien acumula mayores méritos frente a quien los ostenta menores.

#### **4.3.1. Aplicación de los principios al Derecho Laboral y al Derecho Administrativo: la ponderación de principios**

De los principios generales aplicables al Derecho del trabajo examinado anteriormente, podríamos afirmar categóricamente que los principios de la no alegación de la propia impericia y el principio de buena fe, también se aplicarían a las relaciones de trabajo existentes en la Administración Pública.

Esto porque los demás principios específicos de Derecho laboral se destinan a las relaciones laborales pactadas en base a las normativas exclusivas de Derecho privado. Las relaciones laborales reguladas por el capitalismo, fundadas en la justificación misma del Derecho laboral, para la búsqueda de mejores condiciones de trabajo para la parte hiposuficiente que, en las relaciones laborales en entre privados, se concreta en la figura del trabajador; esto puesto que el empleador, en las relaciones entre privados, tiene como objetivo la búsqueda del beneficio. Tal característica no podemos predicarla de la

Administración Pública: ésta no tiene como objetivo el beneficio. No se basa en el capitalismo, no necesita proteger al hiposuficiente (empleado público), puesto que sus objetivos son distintos. La Administración busca, en cualquier acto que desarrolle, el bien de la sociedad, las mejores condiciones sociales, la prestación del servicio público por excelencia. En este enfoque, en las relaciones laborales en la Administración pública, considerando que el empleado público, cuando esté insertado en la Administración, pone su fuerza de trabajo al servicio público y, por tanto, no hay espacio para pensar en un principio intuitivo, principio protector y todos los demás que de él derivan.

Queda demostrado, por lo tanto, que no se puede aceptar una simple inserción, en las relaciones con la Administración Pública, de las características que configuran las relaciones de trabajo privado. En el ámbito de las Administraciones públicas los principios rectores son los principios aplicables al Derecho Administrativo, que han asumido la tutela del interés público en detrimento del interés individual; y esto aunque se trate de una relación laboral no de un funcionario público, sino también la realizada mediante contratos laborales.

De esta forma, puede concluirse que no se puede concebir la aplicabilidad pura y simple de las reglas de Derecho del trabajo en el ámbito de la contratación pública en las relaciones laborales existentes en el servicio público.

Para resolver la problemática existente, derivada del conflicto de los principios laborales y administrativos, podríamos recurrir a los criterios de ponderación. Para ello, resulta necesario abordar, aunque de forma sucinta, en qué consiste la *ponderación de los principios*.

Ha de advertirse que “principio” de una ciencia son las proposiciones básicas, fundamentales, típicas, que condicionan todas las estructuraciones

posteriores. Principios, en este sentido, son los cimientos de la ciencia<sup>317</sup>. El vocablo “principio” tiene origen en la expresión *principium*, del latín, y significa el punto de partida o el marco inicial de una jornada. Posee connotaciones de base, cimiento para sostener una construcción. Su utilización es comprobada como posible fundamento para el establecimiento de reglas de conducta asumidas por el derecho positivo, así como para la eventual exclusión de lagunas existente en el ordenamiento jurídico, o en algunos casos, como fundamento para la interpretación de reglas establecidas<sup>318</sup>.

En las palabras de ÁVILA<sup>319</sup>, los principios son normas inmediatamente finalísticas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y de parcialidad, para cuya aplicación demandan una valoración de la correlación entre el estado de la cosas que deben de promoverse y los efectos derivados de la conducta desarrollada considerada como necesaria para su promoción.

Según apunta ALEXY<sup>320</sup> “principios son, por consiguiente, mandatos de optimización, que son caracterizados para poder ser satisfechos en grados distintos y por el hecho de que la medida debida de su satisfacción no depende sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas [...]”.

Al ser los principios concebidos como mandatos de optimización, no pueden clasificarse como absolutos o relativos y su aplicabilidad gradual está permitida. Hay principios más amplios y otros menos, dado que éstos derivan de aquéllos, lo que implica la idea de jerarquización entre los principios. Tal jerarquía, sin embargo, no podrá ser rígida en la medida en que podrá sufrir

<sup>317</sup> Concepto del principio según José Cretella Júnior, citado por ZANELLA DI PIETRO, M. S., Zanella. *Direito Administrativo*. cit., p. 62

<sup>318</sup> APARECIDO DIAS, J., *Princípio da Eficiência e Moralidade Administrativa. A submissão do Princípio da Eficiência à Moralidade Administrativa na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. Curitiba. Juruá, 2009, p. 29-30

<sup>319</sup> ÁVILA, H., *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11°. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 183.

<sup>320</sup> ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2°. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.90.

alteraciones durante su concreción en los casos en los que haya una colisión de principios, necesitando en un cierto caso concreto soluciones diversas, lo que significa afirmar que en situaciones determinadas y excepcionales los principios pueden retomar su condición inicial, sin ser clasificados como absolutos o relativos.

Para ello, los principios colindantes deberán respetarse dentro de su grado de actuación, dado que si se da primacía a un principio con relación al otro, no se puede eliminar o incluso no puede aplicarse de forma completa el principio preterido, visto que todos los principios válidos poseen un núcleo intangible que siempre coexistirá con los otros principios aplicados a la situación fáctica. En la misma línea se desarrolla el pensamiento de DWORKIN<sup>321</sup> cuando afirma que “cuando dos principios entran en colisión —por ejemplo, si uno afirma que algo está prohibido y otro, que está permitido—, uno de los dos tiene que ceder frente al otro, puesto que uno limita la posibilidad jurídica del otro. Lo que no implica que el principio despreciado sea inválido, puesto que la colisión de los principios se da sólo entre principios válidos”.

Configurado el conflicto entre principios, la doctrina comenzó utilizando el criterio de la ponderación como medicina jurídica para la solución de las existentes e interminables colisiones entre dos o más institutos principiológicos.

En este sentido, DWORKIN<sup>322</sup> se limitó a establecer que, para solucionar las colisiones existentes entre los principios, se debe analizar el argumento que se dirige a una decisión particular, visualizándolos como patrones de orientación de la justicia y de equidad, aplicados diferentemente a los casos concretos

La solución acerca de la colisión entre principios deberá darse a partir de la cesión de un principio con relación al otro. Para ello, en el análisis del caso

---

<sup>321</sup> DWORKIN, R., *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.80.

<sup>322</sup> DWORKIN, R., *Levando os Direitos a Sério*, cit., pp.36-37.

concreto, prevalecerá el principio que tenga mayor fuerza y peso. Se destaca una vez más, que no se analiza la validez de ambos principios puesto que serán todos válidos. Lo que se analiza son los intereses implicados en el caso concreto, y el sopesamiento de los principios en cuestión.

Al constatar y configurar la prioridad concreta acerca de la utilización de un cierto principio, el otro, que fuera apartado, continúa lógicamente formando parte del ordenamiento jurídico. No será desterrado. A ese fenómeno de alejamiento momentáneo de la aplicación de un principio al caso concreto lo denomina la doctrina como ponderación.

El juicio de ponderación es construido a partir de la propia concreción de la interpretación extraída de un cierto principio, no genera la descalificación, tampoco la invalidez del principio apartado en el análisis del caso concreto. Lo que se produce, de hecho, es la momentánea desconsideración de determinado principio, que podrá, en otro análisis de un caso distinto, ser perfectamente aplicado.

El criterio de la ponderación es consolidado en tres fases distintas. Esta afirmación es muy bien aclarada por ALEXY<sup>323</sup> cuando apunta que “según la ley de la ponderación, la ponderación debe realizarse en tres grados. En el primer grado deber ser cierta la intensidad de la intervención. En el segundo grado se trata, entonces, de la importancia de los fundamentos que justifican la intervención. Sólo en el tercer grado se realiza, entonces, la ponderación en sentido restringido y verdadero”. Según el jurista, la ley de la ponderación surge como un reflejo del efecto del principio parcial de la proporcionalidad en sentido restringido, principio que compone el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, según él, estaría formado por tres principios parciales, a

---

<sup>323</sup> ALEXY, R., *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 68

saber: el de la aptitud, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto.

La proporcionalidad, a su vez, es reconocida como principio implícito, en la medida en que no hay, en este sentido, positivación legal en el ordenamiento jurídico brasileño y español. En Brasil, el Ministro y autor EROS GRAU<sup>324</sup> sostiene que el principio de proporcionalidad sería cláusula general, procedente de un derecho supuesto que precedería al propio Derecho público en su generalidad. Por su parte, la doctrina española no discrepa en considerarlo como principio implícito, siendo una de las bases del Estado Social de Derecho<sup>325</sup>.

El principio de proporcionalidad es un imprescindible instrumento que debe utilizarse en la protección a los derechos fundamentales de los individuos, así como en el mantenimiento del orden establecido por el poder constituyente. Se transformó en un importante criterio de limitaciones en el análisis y conflicto de los derechos fundamentales, como se puede comprobar en la jurisprudencia de los Tribunales superiores, empezando por el Tribunal Constitucional<sup>326</sup>.

---

<sup>324</sup> GRAU, E. R., *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª ed., Malheiros. São Paulo. 2009, p. 141.

<sup>325</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 34.

<sup>326</sup> En España, la importante STC 98/2000:

Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional" (STC 6/1988, de 21 de enero). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desarrollo de la actividad productiva" (STC 99/1994). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, 171/1990, de 12 de noviembre, y 240/1992, de 21 de diciembre, entre otras muchas), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 170/1987, de 30 de octubre, 4/1996, de 16 de enero, 106/1996, 186/1996, de 25 de noviembre, y 1/1998, de 12 de enero, entre otras muchas).

Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y perjudiciales del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y perjudiciales. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Para su utilización, sin embargo, es necesario que se analice la situación concreta ya que, conforme apunta ÁVILA<sup>327</sup>, la aplicación del principio de proporcionalidad tiene lugar sólo en situaciones en las cuales es posible establecer la correlación entre el medio y el fin desde la incidencia de los tres elementos fundamentales que componen la proporcionalidad: a) adecuación; b) necesidad; c) proporcionalidad en sentido.

En el primer caso, se exige que la medida adoptada para la realización del interés público sea apropiada para la consecución del fin o fines a subyacentes al mismo, tratándose de controlar la relación adecuación medida-fin. En el segundo, se pretende demostrar que, para alcanzar cierto fin, no era posible adoptar otro medio menos oneroso. Por último, se realiza un juicio de ponderación, o justa medida, con el fin de valorar si el medio utilizado es o no proporcionado. Es concretamente en el criterio de la proporcionalidad en sentido estricto donde encontramos los fundamentos de la ponderación de los principios.

En la doctrina española, VILLAVERDE MENÉNDEZ<sup>328</sup> intenta establecer una diferencia entre ponderación de bienes y delimitación de derechos. Según el autor, es un engaño pensar que pueda haber conflicto entre

---

En Brasil: RE 658.312, rel. min. **Dias Toffoli**, juicio de 27-11-2014, Plenario, *DJE* de 10-2-2015, “Recepción del artículo 384 de la CLT por la CF de 1988. Constitucionalidad del intervalo de 15 minutos para las mujeres trabajadoras antes de la jornada extraordinaria. Ausencia de ofensa al principio de isonomía. (...) El principio de igualdad no es absoluto, por lo que resulta necesario verificar la correlación lógica entre la situación de discriminación presentada y la razón del tratamiento desigual. La CF de 1988 se sirvió de algunos criterios para un tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres: en primer lugar, tomó en consideración la histórica exclusión de la mujer del mercado regular de trabajo e impuso al Estado la obligación de implantar políticas públicas, administrativas y/o legislativas de naturaleza protectora en el ámbito del derecho del trabajo; consideró que existía un componente orgánico para justificar el tratamiento diferenciado, en virtud de la menor resistencia física de la mujer; y observó un componente social, por el hecho de que fuera común la acumulación por parte de la mujer de actividades en el hogar y en el entorno de trabajo – lo que es una realidad y, por lo tanto, debe tomarse en consideración en la interpretación de la norma. Estos parámetros constitucionales son legitimadores de un tratamiento diferenciado siempre que el mismo sirva, como en el caso, para ampliar los derechos fundamentales sociales y observar la proporcionalidad en la compensación de las diferencias.”

<sup>327</sup> ÁVILA, H., *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p.183.

<sup>328</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004, cap. 6, pp. 141-145.



los derechos fundamentales, o colisión de derechos, habiendo, en la realidad, una colisión entre el derecho y sus límites. Reconoce el autor que, muchas veces, las expectativas de conductas amparadas en un derecho fundamental sólo se pueden convertir en realidad en confrontación con otras expectativas de conductas objeto de protección constitucional. Lo que ahora pretendemos es analizar la ponderación en el ámbito del Derecho del trabajo en comparación con el Derecho Administrativo.

En Brasil, los derechos sociales de naturaleza laboral constituyen parte de los derechos humanos fundamentales, previstos en el artículo 7º de la Constitución Federal. Aunque la Constitución española no sea tan específica como la brasileña al detallar los derechos humanos fundamentales de naturaleza laboral, esta expansión de los derechos laborales en el ámbito de las Constituciones viene siendo entendida por la doctrina laboral española como una estrategia casi revolucionaria, capaz de modificar el propio modelo del Estado Moderno. En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ<sup>329</sup> sostiene que la configuración por parte del constitucionalismo moderno de unos derechos laborales como derechos fundamentales ha contribuido al cambio del modelo de Estado; es decir, a la transformación de las relaciones entre Estado y sociedad y de la función tipificadora de esas relaciones asignada a las Constituciones. Éstas ya no son sólo un pacto para la limitación del ejercicio del poder político; también son, y en parte nada desdeñable, un pacto para la predeterminación de un programa de acción política de promoción de la igualdad y del bienestar de los ciudadanos.

Las diferentes corrientes doctrinales y jurisprudencias que tratan el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador con respecto al empleador, en un entorno contractual, son resumidas por VALDÉS DAL-RÉ<sup>330</sup>

---

<sup>329</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico formal”. *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 18, Editorial. Relaciones Laborales set. 2003.

<sup>330</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”. *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 22, nov., Editorial. Relaciones Laborales, 2003.

en dos orientaciones metodológicas. Por la primera, que considera la más correcta, el Tribunal entiende que los derechos humanos fundamentales del trabajador no son absolutos sino limitados, atrayendo el problema de la colisión con otros derechos, bienes y valores constitucionales, lo que debe ser equiparado con la prueba de la ponderación. El punto de partida del enfoque de la segunda orientación metodológica anuncia un criterio comparativo de modulación entre derechos, y no de colisión, de forma que el ejercicio del derecho fundamental debe de resultar compatible con la autonomía privada. Aquí, la buena fe se produciría como un elemento extraconstitucional, cuyo propósito sería restringir los derechos humanos fundamentales, dando lugar a un proceso de interiorización de la lógica contractual en los derechos humanos fundamentales de los trabajadores. La doctrina laboral en cuestión, por lo tanto, admite que los derechos humanos fundamentales de los trabajadores pueden ser limitados y ponderados con otros derechos, valores o bienes, siempre que esté así establecido constitucionalmente, y no sólo haciendo uso de la buena fe, que sería un principio infraconstitucional, derivado del Derecho privado.

Hechas estas consideraciones, podemos concluir que en la colisión entre principios de Derecho del trabajo y principios de Derecho Administrativo deberá prevalecer aquel derecho fundamental que implique mayor peso para el interés social. Mayor peso para el interés social en la medida en que las relaciones de empleo en el ámbito de la Administración pública, como antes hemos visto, tiene por misión proteger los intereses de la sociedad. Así, no se podría primar el interés individual (derecho individual del trabajo) en detrimento del Derecho público (Derecho Administrativo).

En la colisión de principios configurada en el ámbito de la relación de empleo en el ámbito de la Administración pública, sirviéndose del criterio de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cabe analizar si la medida adoptada para la realización del interés público es apropiada para la consecución del fin o fines a él subyacentes, así como que no es posible adoptar

otro medio menos oneroso. Por último, para valorar si el medio utilizado es o no desproporcionado, deberemos primar siempre el interés público y, por lógica jurídico-administrativa, prevalecerán, en las relaciones de empleo con el ente público, los principios de Derecho Administrativo, en detrimento de los principios específicos aplicables al Derecho del trabajo.



---

**CAPÍTULO V - LIMITACIONES  
NECESARIAS ENTRE  
APLICACIONES DE LAS REGLAS  
Y PRINCIPIOS DE DERECHO  
PÚBLICO Y DE DERECHO  
PRIVADO**

---



En los términos que hemos analizado a lo largo del presente estudio, es posible afirmar que la contratación de personas físicas, al amparo del Derecho del trabajo, para trabajar en la Administración Pública directa e indirecta, está constitucionalmente permitida, tanto en la Constitución española como en la brasileña. Al considerar tal posibilidad, no podemos dejar de pensar en las consecuencias y las problemáticas surgidas de la inserción del Derecho del trabajo, Derecho eminentemente privado, en el ámbito de la Administración Pública, regida en principio por normas de Derecho Administrativo.

La contratación pura y simple, por la Administración Pública, de empleados regidos por el Derecho del trabajo aparentemente no traería ningún problema, siempre que se asegure el cumplimiento de los requisitos impuestos por la legislación para la ocupación de los puestos de trabajo, a saber: mediación de concurso público. Una vez realizado el concurso público, y asumido el puesto de trabajo por parte del empleado público regido por el Derecho del trabajo, se presupone que el acto es válido y eficaz, en la medida en que se atiende a todas las limitaciones y a las imposiciones legales. La problemática, pues, no está en la contratación, siempre que, repetimos, se cumplan todas las imposiciones legales.

Una vez llevado a cabo el acto de contratar, la Administración Pública necesitará convivir con este empleado. Procede, por tanto, analizar el transcurso de esta relación, las obligaciones y los deberes bilaterales, que se rigen por las normas de Derecho del trabajo, normas éstas que a menudo colisionan con los intereses públicos. Y es en este punto donde necesitamos establecer una delimitación entre lo que es público y lo que es privado.

Una vez contratado el empleado para trabajar en la Administración Pública y cuando está empleado, queda sometido al derecho del trabajo, de modo que todas las imposiciones legales deberán ser cumplidas, tanto por el empleado como por el empleador, en este caso, la Administración Pública. La delimitación necesaria a la que nos referimos, entre lo que es público y lo que es privado, reside exactamente en el momento de la ejecución de este contrato de trabajo.

Para el empleado, en el momento de la contratación, se aplicarán todos los principios y reglas previstos en el Derecho del trabajo. Pero no sólo éstas. Este empleado, al ser contratado, tiene plena conciencia de sus obligaciones y deberes en cuanto empleado público, en cuanto servidor público, en cuanto agente público. Y aquí no se puede olvidar que junto con las reglas y los principios de Derecho del trabajo, a este empleado le serán igualmente aplicables las reglas y los principios que establecen los límites de actuación de su empleador, la Administración Pública. En el momento de la ejecución contractual no se puede olvidar la aplicación del Derecho público, de los principios de Derecho público, en particular el más importante de ellos, el de la legalidad.

Tal afirmación —la vinculación al principio de la legalidad— nos permite afirmar que, una vez contratado al empleado público, éste deberá ejecutar sus tareas dentro y en los límites del principio de la legalidad. Deberá obedecer de forma rigurosa y literal a lo dispuesto en su contrato de trabajo. Y es aquí donde la delimitación anteriormente mencionada resulta necesaria. Si este empleado estuviera contratado por un empleador privado, se le permitiría hacer todo lo que su empleador exigiera —dentro de los límites legales—, observando, en concreto, los límites de su calificación profesional. La gran diferencia de la contratación de este empleado por parte de la Administración Pública reside en el hecho de que este empleado público, aunque se rija por las leyes laborales, podrá desempeñar sus tareas sólo y tan sólo en los límites que se definen en su contrato. En los límites del puesto para el que realizó el concurso público. No



podrá hacer menos. No podrá hacer más. Deberá hacer exactamente las tareas para las cuales fue contratado, en observancia del principio de legalidad. Resulta necesario explicar con mayor claridad la delimitación entre lo público y lo privado.

Cuando la Administración Pública hace público un pliego de concurso para el cubrimiento de una plaza, impone reglas y límites, características y supuestos necesarios que serán exigidos a los candidatos. Sólo los candidatos habilitados y que cumplan las condiciones previstas en el pliego podrán, por consiguiente, ser seleccionados, y podrán ser contratados y recibir en contraprestación el salario previamente establecido. Con relación a la realización del concurso, por lo tanto, el candidato tiene pleno conocimiento de la función que ejercerá en el ámbito de la Administración Pública. Tiene pleno conocimiento de los límites impuestos por el cargo; tiene plena conocimiento de sus obligaciones, principalmente, de que deberá ejercer sus actividades desde la observancia al principio de legalidad.

Por consiguiente, una vez contratado, el candidato no podrá ejercer tareas distintas de aquellas para las cuales fuera contratado, bajo pena de violar el principio de legalidad. Es decir, el empleado contratado para trabajar para la Administración Pública deberá obedecer a los estrictos límites del contrato de trabajo que firmó con el ente público. En la práctica, sin embargo, esto no siempre sucede. En la realidad cotidiana, se puede producir la desnaturalización de los contratos, la ejecución de tareas ajenas al objeto contractual. Tenemos a empleados ejerciendo tareas que no son suyas; incluso podemos encontrarnos a empleados sin ejercer tarea alguna. Se puede producir, de hecho, una palmaria violación al principio de la legalidad, puesto que, en la realidad, las partes, inducidas por las reglas del Derecho laboral, comienzan a comprender el empleo público como una extensión del empleo privado.

Surge, de estos casos, una situación híbrida, donde parecen no saber las partes implicadas, tampoco los operadores del Derecho, qué legislación debe aplicarse; y, más grave: como los litigios que involucran a empleados públicos regidos por la legislación del trabajo son juzgados por la justicia del trabajo, tales jueces acaban, por inducción de formación, aplicando las reglas y los principios de Derecho del trabajo y olvidando que, en efecto y en el origen, este contrato de trabajo nació con una naturaleza pública o, como mínimo, con una naturaleza híbrida y, jamás, con una naturaleza eminentemente privada.

De estos breves e iniciales conceptos, es posible comprobar, desde ya, que son numerosos los problemas derivados de la contratación de empleados, regidos por el derecho laboral, al servicio de la Administración Pública. Dada la vasta legislación existente que se aplica a esta materia, difícilmente encontraríamos mecanismos ágiles y eficientes para la solución de la problemática.

La incompatibilidad entre los dos regímenes, público y privado, es patente, como verificamos a lo largo del presente estudio. El propio Tribunal Supremo español, a través de las sentencias STS 5615/1992<sup>331</sup>, de 8 de julio de 1992 y STS 5446/1993, de 17 de julio de 1993, ya se posicionó en el sentido de que no cabía la aplicación automática de la normativa laboral a los contratos firmados con la Administración Pública. Sin embargo, aún no se ha establecido, ni por parte de la jurisprudencia ni de la doctrina, cuál sería entonces la forma concreta de aplicación de la legislación a estas situaciones híbridas existentes en la Administración Pública.

---

<sup>331</sup> STS 5615/1992, de 08 de julio: “(...) Para ello debe partirse de que, si bien existe en nuestro Derecho una tendencia a la equiparación entre las relaciones funcionariales y laborales y entre la normativa que las regula, se trata de una tendencia no consumada, motivo por el que precisamente se promulga la Ley 9/1987, de 20 de mayo, específica para el personal al servicio de las Administraciones Públicas. En consecuencia son de rechazar las alegaciones de las partes según las cuales se pretende que se resuelva el proceso aplicando por analogía el ordenamiento laboral (...)”.

En las siguientes páginas presentamos algunos ejemplos prácticos surgidos con la contratación de empleados públicos, regidos por las normas de Derecho del trabajo, e intentaremos proponer algunos mecanismos para resolver la problemática, siempre recordando la naturaleza pública de estas contrataciones. Partimos de la premisa de que la Administración Pública no puede ser conceptuada como una especie de empresario, dado que no es ésta su naturaleza jurídica. Ésta es la principal y gran característica que no podemos jamás olvidar. No podemos olvidar, tampoco, que aunque la Constitución permita la contratación de empleados públicos por el régimen de Derecho privado, por las normas de Derecho del trabajo, los recursos con que se remunerará a estas personas son recursos públicos. Debemos recordar, por lo tanto, que para la transferencia de los recursos públicos, ésta debe tener como base un acto legal, legítimo y, por consiguiente, debe de ser conforme a los límites impuestos por la legislación que los reglamentó.

### **5.1. Cumplimiento de reglas**

La afirmación —cumplimiento de reglas— puede parecer muy simple para merecer un apartado específico en este estudio. Pero no lo es. El efectivo cumplimiento de reglas en el transcurso de un contrato de empleo público es más difícil de lo que pueda parecer de la sencillez de la expresión. En este momento, el objetivo que nos proponemos es demostrar la problemática creada por la inserción del Derecho laboral en las relaciones laborales existentes en las Administraciones Públicas.

Una alternativa para minimizar la problemática y, quizás para solucionar las arbitrariedades existentes en la contratación de los empleados por las Administraciones Públicas, sería el cumplimiento de las reglas ya existentes. Basándonos en la regla de que la Administración Pública solamente puede actuar en los límites establecidos por la legislación vigente, sería obvio pensar que una

vez cumplida la legislación no surgirían problemas en cuanto a las formas de contratación por los entes públicos.

En este sentido, conviene dejar constancia de la contribución de CANTERO MARTÍNEZ<sup>332</sup>, cuando se ocupa de la teoría unilateralista aplicada a la Administración Pública:

“Consecuencia, pues, de la aceptación y vigencia que ha tenido la teoría unilateralista ha sido el sometimiento de los funcionarios públicos a un régimen jurídico que por su especial naturaleza contractual se ha considerado completamente distinto del vigente para el resto de los trabajadores privados y caracterizado, entre otros muchos aspectos, por la exclusión a los funcionarios de los derechos colectivos de los que goza cualquier trabajador del sector privado. Así, en las distintas disposiciones que hasta ahora han regulado el empleo público, el empleado sólo ha tenido frente a la Administración los derechos y deberes determinados por las fuentes unilaterales, sin que frente a cualquier alteración de las mismas pudiera invocar otros derechos adquiridos que no fueran el derecho al cargo y los derechos económicos ya consolidados. La posición de superioridad de la Administración se manifiesta, pues, desde el inicio mismo de la relación, en la medida en que es ella la que determina inicialmente su contenido y puede modificarlo sucesivamente de forma completamente unilateral, prescindiendo absolutamente de la voluntad del empleado.”

Sin embargo, esto no sucede así. Las propias reglas impuestas por el legislador muchas veces permiten un margen a la interpretación dudosa o incluso, por qué no decir, arbitraria. La discrecionalidad de la que se faculta a la Administración abre caminos a veces dudosos, que ponen en riesgo los principios fundamentales de la Administración Pública. Como ejemplo, en España, podríamos mencionar el caso de la selección por mérito y capacidad. Pues bien, ¿cuáles serían los parámetros objetivos de mérito y capacidad? Mérito

---

<sup>332</sup> CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. *El empleo público*, cit., pp. 35-36.

y capacidad constituyen, sin duda, un concepto jurídico indeterminado, hecho que faculta al administrador para la “interpretación” de la normativa, permitiendo la práctica de actos discrecionales, actos estos que frecuentemente no cumplen con el objetivo principal, como es el de la supremacía del interés público sobre el privado.

Para garantizar el cumplimiento de la normativa legal, por lo tanto, sería necesario que el concepto jurídico indeterminado de mérito y capacidad fuese consolidado, y que tal conceptualización de mérito y capacidad tuviese como base las características definitorias de la Administración Pública, tales como los intereses públicos y no los intereses particulares de cada individuo. Debido a que en ocasiones se presenta algún resquicio en la legislación, el mérito y la capacidad necesitarían unos caracteres objetivos, sustrayendo así del administrador su alto grado de discrecionalidad y evitando aquellas interpretaciones que no siempre favorecen los intereses sociales. Por otro lado, aunque existan resquicios, si fuesen colmados de forma adecuada con los principios de Derecho Administrativo, la problemática se vería reducida. Es decir, si tales conceptos jurídicos indeterminados fueran interpretados teniendo en cuenta el interés público, la discrecionalidad del Administrador-empleador no perjudicaría el interés público.

Otro ejemplo, en España, es el de la contratación del personal eventual. La legislación específica permite la libertad, por parte de los administradores, para la libre elección del empleado que será contratado para la ocupación de los cargos destinados al personal eventual. Tal forma de contratación ¿no lesionaría los principios de impersonalidad, publicidad y acceso de todos los ciudadanos a los cargos y empleos públicos? Seguramente sí. Como ya hemos indicado en los capítulos anteriores, aunque determinadas relaciones establecidas en el ámbito de la Administración Pública estén sujetas a reglas de Derecho privado, como es el caso de los empleados contratados en la modalidad de personal eventual, tal contratación, debería tener siempre como base los principios de la

Administración Pública. Es decir, las reglas de Derecho privado podrían aplicarse a las relaciones laborales establecidas en las Administraciones Públicas siempre que no reduzcan o marginen las prerrogativas de Derecho público.

Teniendo presente tal característica, otro ejemplo que conviene plantear, también en España, es el de los casos de los empleados laborales temporales que, de acuerdo con la legislación laboral, cuando se trate de dos contrataciones sucesivas (sin interrupción) de duración determinada, la relación laboral se considerará por tiempo indefinido, con el objetivo de tutelar los derechos del empleado. ¿Y en el ámbito de la Administración Pública? ¿Tal determinación legal se sustentaría? Creemos que no. Perpetuar una relación que era temporal ciertamente beneficiaría al empleado contratado en esta condición, pero por otro lado, perjudicaría a toda la sociedad, en la medida en que la ocupación, por este empleado, de un puesto de trabajo indefinido, que podría ser ocupado por otro, viola expresamente el principio del libre acceso al empleo público, principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público, así como el principio de impersonalidad, mérito y capacidad, entre otros.

En este sentido, como apunta Luis Enrique de LA VILLA GIL<sup>333</sup>: las irregularidades y fraudes en la contratación laboral en el sector público podrán determinar la declaración judicial de indefinición, pero no la declaración judicial de fijeza.

Otra situación que conviene mencionar es la forma del despido del personal laboral. Hay quien entiende que en estos casos es posible que el despido sea improcedente en razón de la aplicación de las normativas de Derecho privado al personal laboral. Tal afirmación, sin embargo, no puede compartirse. El despido improcedente es contrario a todos los principios del Derecho Administrativo, en especial al principio de la impersonalidad y de la sumisión

---

<sup>333</sup> DE LA VILLA GIL, L. E., “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, *Revista de Derecho del Trabajo (Iustel)*, nº 14, 2007.

plena a la ley y al Derecho. Así, como forma de resolver la problemática del despido del personal laboral, una vez más deberíamos considerar el cumplimiento de las funciones de la Administración Pública, y tener siempre presente que no se pueden aplicar, sin más, las reglas del Derecho privado a la Administración Pública: ésta no es y nunca deberá ser un empresario privado.

No podemos olvidar que administrar significa tutelar los intereses de la generalidad, los intereses sociales, en detrimento de los intereses individuales. Gestionar no significa ser dueños de la cosa pública, dado que sólo se puede ser dueño de cosas privadas y la Administración Pública, reiteramos, no puede tener dueña, puede, sí, tener personas a su servicio. La democracia, como ya hemos mencionado en otros capítulos, no puede entenderse como el gobierno de los hombres, sino como el gobierno de las leyes. La democracia exige, pues, la ética, la moral en la función pública, ética y moral no sólo en la elaboración de las leyes sino también en su cumplimiento; ética y moral que parecen cada vez más distantes de los administradores y, por consiguiente, de la población.<sup>334</sup>

Basándonos en tal exigencia y cumplidas las normas vigentes sin olvidar la base de los principios que sustenta la Administración Pública, seguramente tendríamos una mayor certeza de que en el ámbito de la Administración Pública, así como, en las relaciones privadas existentes y formadas en el interior de la Administración Pública, haya una clara supremacía del interés público sobre el privado.

Cuando se afirma, pues, que es necesario, en el ámbito de la Administración Pública, que las reglas deban cumplirse, tal afirmación se

---

<sup>334</sup> La ética en la gestión pública es hoy considerada por muchos como una monserga moralista que ni siquiera los más puros se plantean, y quienes defienden sus principios son tachados de románticos trasnochados o utópicos impenitentes. La corrupción, especialmente la ideológica, ha penetrado en las mentes de muchos, y asistimos impávidos a una especie de aniquilación moral controlada por algunos medios de comunicación, económicos y políticos que nos hacen olvidar la esencia del compromiso y la responsabilidad como bases del sistema democrático. BRIOSCHI, C. A., *Breve Historia de la corrupción. De la Antigüedad a nuestros Días*. Taurus. Madrid, 2010, p. 17.

impone tanto a quien contrate —Administración Pública—, como, también y principalmente, a quien sea contratado —empleado público en Brasil, personal laboral, en España—. A este empleado público o personal laboral se le deben exigir todas las imposiciones destinadas a los servidores públicos en su sentido más amplio. Toda persona debe tener plena conciencia de que, cuando ejerce una función pública debe respetar todo los principios aplicables a la Administración Pública, principios estos esculpidos en la Constitución, tanto en la brasileña como en la española.

En la práctica, sin embargo, lo que se verifica tantas veces es lo contrario. En el caso específico de un ejemplo citado más atrás, el de un empleado público que desempeña tareas distintas con respecto a las cuales fue contratado, después de un cierto período de tiempo, en lugar de negarse a desempeñar tales tareas, este empleado público probablemente presentará una demanda judicial, cobrando de la Administración Pública diferencias salariales derivadas del ejercicio de cargo distinto con respecto a aquel por lo cual fue contratado. ¿Este cobro será legítimo? Aquí una vez más es necesaria la delimitación entre la aplicación de las reglas y los principios de Derecho público y de Derecho privado.

Si analizamos este ejemplo específico desde los principios de Derecho privado, considerando a la Administración Pública como un empleador privado, a este empleado serían deferidos todos los derechos y demás ventajas derivados del ejercicio de cargo distinto de lo que fue contratado. Sin embargo, reiteramos que la Administración Pública no es un empresario privado. Siendo así, ¿podríamos transferir los recursos públicos, recursos de la sociedad, para cumplir con las obligaciones contraídas y constituidas al margen del principio de la legalidad? Este empleado público, que tenía pleno conocimiento de sus obligaciones y de la prohibición legal de ejercer actividades distintas con respecto a las cuáles fue contratado, ¿tendría derecho a recibir de las arcas públicas una parte salarial distinta de la inicialmente pactada? Analizando el ejemplo desde una perspectiva de lo público, perspectiva crítica y basada en el



principio de la legalidad así como en los demás principios examinados en esta investigación y aplicables a la Administración Pública, pensamos que no sería un pleito legítimo. Más aún, pensamos que este pleito debería incluso generar obligaciones a este empleado que usurpó la función pública. Es lo que estudiaremos en el próximo apartado. Antes, sin embargo, será necesario atender a otras situaciones, para que podamos analizar de forma más transparente las consecuencias de los límites entre lo público y lo privado.

Este personal laboral, los empleados públicos regidos por el Derecho del trabajo, cuando son contratados tienen la obligación de ejercer sus actividades dentro de una jornada diaria previamente preestablecida. No se admitiría, por lo tanto, en base a los principios aplicables a la Administración Pública, que estos empleados ejercieran sus actividades en una jornada inferior o superior a la previamente contratada. Y si tal obligación no fuera respetada, ¿qué sucedería en la práctica? El ejercicio de jornada inferior a la pactada, ¿daría a la Administración Pública el derecho a descontar del empleado el valor correspondiente a las horas que faltan? Y la jornada, además de la contratada, realizada sin la conformidad de la Administración, ¿daría al empleado el derecho de cobrar horas adicionales como resultado de este trabajo extraordinario? Una vez más, es necesario analizar la situación con el corte necesario entre lo público y lo privado, teniendo siempre presente las reglas y los principios aplicados a la situación en el caso concreto. Desde una perspectiva de lo privado, sería admisible, pensamos, la reducción de la jornada, con una reducción de salario si ésta fuera la voluntad del empleador. Asimismo, no habría ningún problema en el pago de horas extras, en el caso de que fuera necesario el establecimiento de la jornada en el sector privado. En el sector público, sin embargo, nos arriesgamos a afirmar que tal situación no sería admisible. ¿Cómo justificar una jornada reducida, aunque con una reducción salarial, si en las reglas previstas de contratación, en el pliego de concurso, se estableció una cierta jornada necesaria?; y, más aún, ¿cómo admitir el establecimiento de una jornada para un único empleado? Tal hecho pondría en discusión, como mínimo, el respeto del

principio de impersonalidad y eficiencia. Cómo medir en el ámbito de la Administración Pública la real necesidad de realización de las horas extras, sería, como mínimo, una tarea difícil, pero a la que hay que enfrentarse.

Para finalizar la ejemplificación de algunas problemáticas, mencionamos por último la situación de un empleado público o personal laboral que recibe de la Administración Pública una cierta gratificación, sin haber ejercido jamás ninguna actividad extraordinaria que justificara la recepción de esta parte. Si analizamos tal situación desde las reglas y los principios del Derecho del trabajo, tal situación podría fácilmente justificarse, en la medida en que el empleador es responsable de los pagos que deliberadamente realiza a sus empleados. Sin embargo, al analizar tal situación desde la perspectiva del Derecho público, no nos parece adecuado el pago de esta parte, puesto que no existe ninguna revisión que la legitime.

De hecho, se puede decir que existe un dilema al aplicar las normas y los principios del Derecho del trabajo en el curso de la ejecución del contrato de trabajo cuando no se respetan las reglas y los límites impuestos por la ley. Es precisamente en este punto donde sí es necesaria la delimitación entre la aplicación y la interpretación de los principios y normas de Derecho público y de Derecho privado. No es nuestra pretensión afirmar que sería imposible y no fundamentada la posibilidad de contratar empleados públicos regidos por el Derecho del trabajo. De ninguna manera. Lo que nos hemos propuesto investigar es la legitimidad de la aplicación de las reglas y los principios de Derecho del trabajo cuando la ejecución de estos contratos no respeta los límites y las imposiciones definidos previamente en la ley.

Al afirmar la distancia entre la aplicación del Derecho público y el Derecho privado en la ejecución de los contratos de trabajo en el ámbito de la Administración Pública no queremos sostener que el Derecho público y el privado no puedan jamás comunicarse, que no puedan convivir. Por el contrario,

Derecho público y privado se complementan, y de esta dicotomía surge nuestra Ley Fundamental, traducida en la Constitución, que tiene como misión armonizar las situaciones entre las personas de Derecho público y las de Derecho privado, garantizando, sin embargo, como premisa, el respeto y la protección al derecho social.

Afirmamos una vez más que cuando una persona pone la prestación de su trabajo, su fuerza personal de trabajo, al servicio de la sociedad —servicio éste que se traduce en el desempeño del efectivo empleo público—, esta persona se despoja de la calidad de empleado privado, de aquel empleado regido fría y estrictamente por las reglas del Derecho del trabajo y asume una versión pública, de empleado público, en Brasil o personal laboral, en España y, en consecuencia, de sujeto pasivo —y también activo— de las reglas y los principios de Derecho público.

En este sentido, TUTIKIAN<sup>335</sup> sostiene que la dicotomía entre público y privado no es un problema de método, sino un problema de pre-comprensión: una mirada sobre las “cosas como ellas mismas”, bajo la vigilancia constante de los principios constitucionales, aleja la oscuridad, superando los dualismos y, por consiguiente, la oposición entre ser y ente y entre público y privado. Público y privado no están separados, puesto que no hay público sin privado y ni privado sin público. No hay dicotomía, sólo diferencia; y esta diferencia es ontológica<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> TUTIKIAN, C., *Olhares sobre o público e o privado*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2008, p. 59.

<sup>336</sup> Sigue el autor afirmando que “para la superación del paradigma positivista, resulta imprescindible la superación de la diferencia, mediante el pensar a partir de la diferencia ontológica, presentándose como una primera exigencia el abandono del establecimiento de un ente determinado como fundamento, el abandono de la *Grundnorm* y del condicionamiento de la validez al mero reparto de competencias, el abandono de la Ley Fundamental o Carta Magna como herramienta ornamental, del esquema representativo sujeto-objeto de la filosofía de la conciencia. Eso no significa la supresión de la epistemología, sino el desarrollo de un escenario en el que la actividad del conocimiento se hace posible, escenario en el que el hombre pueda moverse conducido por una confianza en el mundo, explicitado por un auto-comprenderse en su ser”. (TUTIKIAN, C., *Ibidem*).

Por tanto, es necesario que en el análisis del contrato de empleo en el ámbito de la Administración Pública se considere su efectiva ejecución dentro de los criterios de la legalidad. Si observamos tales criterios, no hay duda de la legitimidad de la aplicación del Derecho privado, del derecho y de los principios de Derecho del trabajo, en la medida en que así lo garantiza la Constitución. En contrapartida, si se incumplen los límites y las reglas en la ejecución de este contrato, ahí reside la necesaria y fundamental existencia del corte entre la aplicación de las reglas y los principios de Derecho público y de Derecho privado y la real necesidad de apartar el Derecho privado ante la prevalencia del Derecho público.

Es decir, que cuando no se cumplan las reglas y los límites impuestos por la contratación de un empleado público, cuando el pacto contractual establecido en base a los límites de la legalidad se incumpla, se hace necesario alejar los principios y las reglas del Derecho del trabajo y aplicar, en su esencia los principios y las reglas de Derecho público. Y nuestro objetivo es ir más allá, afirmando que además de aplicar a estas situaciones los principios y las reglas de Derecho público, en conjunto con esta premisa, debemos tener presente la responsabilidad personal de aquellos responsables por el incumplimiento de las reglas previamente impuestas.

Estas responsabilidades personales, necesarias para que se preserve el equilibrio de las relaciones y la supremacía del interés público sobre lo privado, es lo que analizaremos en el epígrafe siguiente.

## **5.2. Responsabilidades personales**

En este último momento de nuestro estudio nos proponemos como objetivo analizar las posibles responsabilidades personales derivadas del incumplimiento de las reglas y los límites previamente establecidos en el

contrato de trabajo firmado con la Administración Pública indirecta. Examinaremos, en síntesis, las responsabilidades personales que podrán ser impuestas a los empleados públicos, en Brasil; o al personal laboral, en España. Analizaremos las consecuencias personales para estos empleados en los casos de usurpación y desobediencia a la legislación y a los principios aplicados a la Administración Pública, principalmente al principio de legalidad.

Iniciamos el análisis de las responsabilidades personales con la siguiente máxima, citada por BRIOSCHI<sup>337</sup>: *“Oh, hijo, pon todo el ánimo en tus negocios de día, pero concluye sólo aquellos que te permitan estar tranquilo de noche”*.

Esta máxima debería, sin duda, ser seguida por los gestores de la cosa pública así como a los empleados públicos o personal laboral que colocan su fuerza de trabajo al servicio de la Administración Pública. Sin embargo, a menudo, el administrador justifica sus actos (malos actos) con la excusa de que tiene que cumplir sus obligaciones, sea como sea, al coste que fuera. Del mismo modo, los empleados públicos o personal laboral justifican que se desvirtúen los límites de las funciones por él ejercida con las mismas excusas, es decir, el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el empleador.

Sin embargo, como ya hemos apuntado en los primeros capítulos de este trabajo, no basta con que los servicios se cumplan simplemente, sino que es necesario que se cumplan con ética, calidad e imbuidos en la legalidad. Es decir, la contratación debe ser legal, eficaz y conforme a los principios del Derecho Administrativo.

Las reglas existen y deben ser cumplidas por los administradores y administrados. Nadie puede alegar que “hice” o “no hice” un determinado acto por desconocimiento legal, ni tampoco se puede afirmar que hizo o no hizo por determinación de su superior jerárquico. Así, una vez en el ejercicio de la

---

<sup>337</sup> BRIOSCHI, Carlos Alberto. *Breve Historia de la corrupción*, cit., p. 133.

función pública, el administrador se desprende de la condición de persona física y debe ejercer sus actos como ente público. De la misma forma, el empleado, al ejercer sus funciones en la Administración Pública, se desprende de la condición de empleado particular y debe ponerse en la condición de prestador de servicio público y, en tal condición, debe tener plena conciencia de que está vinculado a todas las reglas y principios aplicables a una Administración Pública.

Si no fuera así, en el caso de que el administrador o el empleado hayan llevado a cabo un acto que implica la violación de las reglas y los principios de Derecho Administrativo, uno y otro deberán responsabilizarse de ese acto. Las irregularidades son normalmente iniciadas por el administrador que, al realizar actos de nombramiento u ordenar que el empleado cumpla las funciones no atinentes al cargo para el cual fue contratado, por ejemplo, acaba generando perjuicios a la sociedad. Las responsabilidades, sin embargo, no deben sólo imputarse solo al administrador-empleador, sino también al empleado, la persona física que se favorece con el incumplimiento de reglas y principios. Por ejemplo, este empleado se pudo valer de una condición ilegal para recibir recursos que no le correspondían. Tal empleado, al mantenerse en la función y, consecuentemente, al corroborar con la ilegalidad y violación de los principios administrativos, también debe ser responsabilizado por su inercia, dado que como ciudadano tiene el deber legal de denunciar las irregularidades y los abusos existentes en la Administración Pública.

Además, los demás empleados públicos, en la medida en que sean conscientes de cualquier irregularidad, también deberían denunciarla, bajo pena de responsabilidad personal. Esto es lo que desprende del artículo 103 de la Constitución española, según la cual, el empleado debe actuar de acuerdo con el principio de jerarquía y, al mismo tiempo, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Así, en el caso de que el empleado se amparara en órdenes de su superior jerárquico que no correspondan con lo dispuesto en la ley o en el derecho, este empleado tiene el deber de denunciar las ilegalidades, las

irregularidades. El Estado, la sociedad, tiene el deber de fiscalizar y denunciar abusos.

El Estado tiene los mecanismos necesarios para la efectiva fiscalización y el control del servicio público. Pero en la práctica no es lo que suele suceder. El total incumplimiento, la total falta de respeto de la cosa pública, nos hace creer que los mecanismos de control han sido olvidados por el ordenamiento administrativo y lo que prevalece es el desgobierno de lo público, como afirma Alejandro NIETO<sup>338</sup>.

Entendemos que al descentralizar los servicios públicos a través de organizaciones instrumentales, el Estado corre el riesgo de olvidarse de que estas no han dejado de ser un órgano público, con responsabilidades públicas. Ante semejante olvido de la Administración matriz, es fácil que los administradores “instrumentales” se escudan en la condición de gestores privados y no públicos. Cada gestor parece considerar el ente como gestiona como un patrimonio personal y, de esta forma, cree que puede disponer de él de la forma que mejor considere. No es difícil que pierda de vista su vinculación a los intereses generales.

Como afirma NIETO<sup>339</sup>, “cuando falta la solidaridad ante una empresa común y no se impone la responsabilidad, cuando cada cual sólo se preocupa de lo suyo sin mirar lo que sucede a la derecha o a la izquierda, de nada valen las soluciones legislativas que creen resolver todo creando mastodónticas comisiones de coordinación”. Es decir, de nada vale un órgano bien organizado, bien estructurado, si sus gestores no hubieran definido bien cuáles son sus funciones y para qué se han establecido tales funciones. Administrar, pues, es también y principalmente fiscalizar la tutela de la cosa pública. Fiscalización ésta que se debe corresponder a todos los ciudadanos, indistintamente.

---

<sup>338</sup> NIETO, Alejandro. *El desgobierno de lo público*, cit.

<sup>339</sup> NIETO, Alejandro. *El desgobierno de lo público*, cit., p. 231.

Conviene invocar aquí las conclusiones de la llamada Comisión Nolan<sup>340</sup>, a las que hace referencia BELLOSO MARTÍN<sup>341</sup>, Comisión que fue creada en Gran Bretaña en octubre de 1994 y que tenía por objeto analizar las normas de conducta vigentes en la Administración pública y proponer, si lo estimaba oportuno, los cambios pertinentes. El resultado fue la elaboración de un Informe denominado “Normas de conducta en las Instituciones Públicas”.

Esta Comisión formuló siete principios básicos que debían regir en las instituciones públicas<sup>342</sup> y definió que tales principios deberían estar apoyados por dos medidas adicionales: a) La existencia de un control independiente: se deben instituir instancias de inspección y de control independientes, tanto realizadas por auditores como por agencias externas a la Administración Pública; b) Es necesaria la educación y la formación de las personas que ocupan cargos públicos, no sólo desde el punto de vista técnico sino también en el significado y aplicación de los valores que sostiene la Administración pública en general y el organismo donde prestan servicios en particular.

Nos recuerda J. MALEN SEÑA<sup>343</sup>, citado por BELLOSO MARTÍN<sup>344</sup>,

---

<sup>340</sup> Vid. *Normas de Conducta en las Instituciones Públicas. Primer Informe de Normas de Conducta en las Instituciones Públicas*. Presentado en mayo de 1995. Versión castellana: Syntax, CB. Instituto Vasco de Administración pública, 1996.

<sup>341</sup> BELLOSO MARTÍN, N., “Ni ángeles ni demonios: calidad, cantidad y honestidad en los servicios públicos”, *Conocimiento y Cultura Jurídica*. Universidad Autónoma de Nuevo León (México), Año 8, nº15, enero-junio 2014, pp. 23-58.

<sup>342</sup> Principios básicos de la Comisión: 1) Altruismo: obliga a los funcionarios a desempeñar su cargo atendiendo exclusivamente al interés público, quedándoles vedado actuar en beneficio propio o en beneficio de su familia o amigos; 2) Integridad: impide que los funcionarios asuman una obligación financiera o de otro tipo, que pudiera influir en sus decisiones o funciones; 3) Objetividad: obliga a quienes desempeñan cargos públicos a que tomen decisiones basadas en el mérito, ya sea en lo referente a la adjudicación de contratos o en la elección de personal. 4) Responsabilidad: los cargos públicos deben ser responsables de sus actos y deben someterse a cualquiera de los controles establecidos; 5) Transparencia: los funcionarios deben dar las razones por las cuales toman las decisiones y sólo pueden guardar secreto en aquellas ocasiones donde el interés de la mayoría así lo exija; 6) Honestidad: todos los funcionarios deben hacer declaración de sus intereses y quedan obligados a tomar medidas para resolver cualquier conflicto entre ellos y los de la administración a la que sirven. 7) Liderazgo: obliga a los funcionarios a apoyar a todo este listado de principios y dar ejemplo de ellos.

<sup>343</sup> MALEN SEÑA, J. F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Gedisa, Barcelona, 2002, p.87.

<sup>344</sup> BELLOSO MARTÍN, N., “Ni ángeles ni demonios: calidad, cantidad y honestidad en los



que por ejemplo, “en el Derecho español se sostiene que los funcionarios públicos tiene un deber de fidelidad a la Constitución, de adecuación al ordenamiento jurídico y de imparcialidad. Esto obligaría a servir al Estado dentro de los cánones constitucionales, con estricta observancia de las leyes y con objetividad y neutralidad; esto es, con un sentido de indiferencia política, ideológica o de cualquier otra naturaleza, y con abstracción y desinterés respecto de las personas o bienes de los administrados”.

Es imprescindible, pues, que la libertad —allá donde exista discrecionalidad para el gestor— sea mitigada, condicionada a la atención del interés general; y que las responsabilidades personales sean llevadas al más alto grado y, por tanto, que los actos de las personas al servicio de la cosa pública sean vigilados.

Como ha escrito Karl POPPER, citado por Carlos Alberto BRIOSCHI<sup>345</sup>, la democracia ha supuesto para la sociedad la libertad, sin embargo, colgada de la libertad, debe estar la constante vigilancia: en una “sociedad abierta” el problema no es tanto quién debe mandar, sino cómo controlar al que manda, “cómo podemos organizar las instituciones políticas de manera que impidan que los gobernantes malos o incompetentes causen demasiados daños”. Dado que no existe un método infalible para evitar la tiranía y la corrupción de los poderosos, el precio de la libertad ha de ser la eterna vigilancia. Sólo así, con una fiscalización conjunta, del administrador, del empleado y de la sociedad como un conjunto, realizando cada uno y todos conjuntamente la fiscalización de la aplicación del dinero público será posible reducir los abusos.

La Constitución Federal de Brasil, en su artículo 37, §2º, cita expresamente que “la no observancia de lo dispuesto en los incisos II y III implicará la nulidad del acto y la punición de la autoridad responsable, en los

---

servicios públicos”, cit.

<sup>345</sup> BRIOSCHI, Carlos Alberto. *Breve Historia de la corrupción*, cit, pp. 166-167.

términos de la ley”. El inciso II mencionado establece que “la investidura de un cargo o empleo público depende de la aprobación previa mediante concurso público de pruebas o de pruebas y títulos, de acuerdo con la naturaleza y la complejidad del cargo o empleo, en la forma prevista en la ley, designando los nombramientos para el cargo en una comisión declarada en la ley de libre nombramiento y exoneración”; y el inciso III disciplina que “la fecha de caducidad del concurso público será de hasta dos años, prorrogable una vez, por igual período”. Esto quiere decir que en los términos del artículo 37 de la Constitución Brasileña, el administrador empleador, además de respetar los principios contemplados en el párrafo del artículo, también responderá personalmente si no respeta lo dispuesto en los incisos II y III.

El párrafo del artículo 37 de la Constitución Federal de Brasil, sin embargo, no se limita al administrador empleador, como se comprueba de su texto: “la Administración Pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, de Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a lo siguiente (...)”. Es decir, este artículo se refiere a que también la Administración Pública indirecta se someterá a este conjunto de principios.

La legislación Brasileña estableció las responsabilidades de los agentes públicos, en los términos en que se definen en la Ley de Improbidad Administrativa, Ley 8429 de 1992, Ley ésta que dispone las sanciones aplicables a los agentes públicos en los casos de enriquecimiento ilícito en el ejercicio de mandato, cargo, empleo o función en la Administración Pública directa, indirecta o fundacional y otras medidas. En los términos que se contemplan en el artículo 2º de la mencionada Ley, se considera agente público, a los efectos de esta ley, todo aquél que ejerce, aunque transitoriamente o sin remuneración, por elección, nombramiento, designación, contratación o cualquier otra forma de designación o vínculo, mandato, cargo, empleo o función en las entidades mencionadas en el artículo anterior.

Conviene destacar que cuando afirmamos en el presente estudio la necesidad de responsabilización del agente público-empleado público no estamos refiriéndonos a los casos de improbidad administrativa. El presente estudio se propone analizar el conflicto existente entre las normas y los principios de Derecho del trabajo y normas y los principios de Derecho Administrativo en el curso de una relación de trabajo regida, por determinación de su contratación, por normas laborales. Se propone estudiar y analizar las consecuencias del incumplimiento de los límites contractuales por las partes implicadas en esta relación de trabajo. Se propone averiguar las posibles responsabilidades correspondientes para estas mismas partes en los casos de incumplimiento de las reglas impuestas por los límites de la contratación y, por consiguiente, del incumplimiento de las normas y los principios de Derecho Administrativo.

Dicho esto, nos permitimos concluir que en el momento en que las reglas y los principios aplicados a la Administración Pública no son respetados surge, de forma inmediata, la contra-obligación definida en la responsabilidad personal de aquél que usurpó su función pública y no observó los principios correspondientes a la función soberana que ocupa como empleado público o personal laboral. En este sentido es preciso citar la decisión emitida por la Justicia del Trabajo en Brasil, por la 7ª Sala del Tribunal Regional del Trabajo de Río de Janeiro, en la cual el magistrado reconoció la ilegalidad del desempeño de una función de forma contraria a las normas vigentes, estableciendo que la Fiscalía apurara las responsabilidades del empleado público y su probable obligación de devolver a las arcas públicas los valores indebidamente recibidos, así como la imposición de responsabilidad al administrador responsable por la consolidación del acto ilícito<sup>346</sup>.

---

<sup>346</sup> Proceso nº TRT-RO-0000620-31.2011.5.01.0080  
Sentencia Publicada el **08/06/2012** – 7ª Sala – TRT 1ª Sección.  
Disponibile en:: [www.trt1.jus.br](http://www.trt1.jus.br)

De esta decisión, así como de aquella —citada más atrás— dictada por el STF cuando entendió la necesidad de motivar el despido del empleado público vinculado a la Administración Pública indirecta, se verifica un avance en la doctrina y en la jurisprudencia brasileños, en el sentido de la necesidad de respeto y vinculación a los principios y reglas de Derecho Administrativo en los casos en los que los entes públicos instrumentales, en su condición de entes descentralizados, contratan empleados bajo las reglas del Derecho privado laboral.

Nos permite afirmar, por lo tanto, que en la ejecución del contrato de trabajo firmado con la Administración Pública indirecta, con relación a los empleados públicos en Brasil, o personal laboral en España, no existiría ningún problema en la aplicación de las reglas y los principios de Derecho del trabajo cuando las limitaciones y las normativas impuestas como entidades públicas descentralizadas fueran efectivamente cumplidas.

No hay, o al menos no debería haber, en el ámbito de la Administración Pública espacio para validar ilegalidades. No debe haber espacio para sostener los beneficios a los empleados públicos en base al incumplimiento de reglas previamente impuestas. No hay, o no debe haber, favorecimiento a una única persona, en detrimento del interés mayor que es el interés social. Dicho eso, conviene destacar que el personal laboral, cuando ejerce sus funciones, tiene el deber de ejercerlas en los exactos límites de su contrato de trabajo. Una vez

---

Habiendo prueba de que la gratificación de función, instituida por una norma interna de empresa pública, el pago ha sido en fraude al Derecho del trabajo, ante el disimulo de un verdadero aumento de salario para los respectivos empleados, su percepción, aunque mediante designación irregular para el ejercicio de las respectivas atribuciones excepcionales, o sin que incluso haya tal ejercicio, no genera para el empleado público ningún derecho.

(...) En efecto, la Administración Pública Federal indirecta, en calidad de empresa pública, integró a la demandada, **sometiéndola a los principios que regían la actividad administrativa pública, concretamente a los de legalidad y de moralidad**. En esta línea, la consecuencia de la alegada percepción de gratificación de función sin nunca haber ejercido las respectivas atribuciones, permitiría, como mucho, **la responsabilización del agente público competente, pudiendo obligar al empleado público a devolver los valores, cuya percepción se considere indebida**. Jamás se puede admitir el ilícito administrativo. Consecuencias jurídicas en su beneficio.

incumplido este contrato, este mismo empleado debe primar su restablecimiento, sin que jamás pueda beneficiarse de posibles irregularidades, principalmente si tales irregularidades le reportarán beneficios financieros.



## CONCLUSIONES

---

Analizar las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Pública, en general, no ha sido una tarea simple. Los Derechos español y brasileño han sido objeto de notables evoluciones en este campo. Su contemplación —como lo hubiera sido también la atención a otros Derechos comparados de la función pública— revela que las soluciones en materia de personal son diversas. Los dos Derechos analizados coinciden en la convivencia de un *sistema de función pública* con un *sistema de régimen de Derecho laboral*, lo que ha generado no pocos problemas e interrogantes, tanto en España como en Brasil.

En esta dualidad de regímenes posibles en materia de personal público, en la Tesis Doctoral que ahora concluimos nos hemos limitado a abordar la aplicación de las reglas y los principios de Derecho privado (en concreto, del Derecho del trabajo) por parte de la Administración Pública. De manera más específica y singular, nos hemos ocupado de la contratación de personal laboral por parte de la que en España suele denominarse *Administración instrumental* y que, en Brasil, la propia Constitución llama *Administración indirecta*. A la hora de dar cuenta de las conclusiones que hemos considerado más relevantes, comenzaremos con las referidas a la contratación laboral por parte de las Administraciones Públicas en sentido formal, las Administraciones “ordinarias”, la Administración “directa”, que decimos en Brasil. Después nos centraremos en

las valoraciones más sobresalientes en relación con la contratación de personal por parte del conjunto de Administraciones “instrumentales”, los entes que, creados por una Administración matriz de acuerdo con un principio de descentralización funcionan, carecen formalmente de la condición de Administración pública. Finalmente, consignaremos algunas conclusiones relativas a aspectos comunes y unas valoraciones generales en esta materia.

*1. La contratación laboral por las Administraciones Públicas, constitucionalmente admisible, no responde a su ser propio.*

Aunque la contratación de empleados públicos, en Brasil, y personal laboral, en España, regidos en ambos casos, fundamentalmente, por normas del Derecho del trabajo, está constitucionalmente permitida (o al menos no prohibida), y de hecho así se ha incorporado a la legislación ordinaria en ambos países, esta posibilidad nos parece, como mínimo, incoherente con el sentido y la finalidad del Derecho Administrativo y del Derecho Laboral, llamados a atender a los intereses públicos el primero y los privados el segundo.

Tal y como hemos examinado a lo largo del presente estudio, la Administración Pública tiene como misión servir a los intereses generales de la sociedad, estableciendo límites, garantizando derechos e imponiendo deberes a los administrados. Así, en cualquier actuación de una Administración Pública se deberá atender, necesariamente, al interés público. Tal vinculación, en todo lo público, se produce también en aquellos ámbitos suyos necesariamente remitidas a reglamentaciones de Derecho privado, como ocurre con la intervención pública concurrencial en el mercado —aquella que opera conjuntamente a agentes privados, compitiendo con ésta—: ahí, el poder público está abocado a “usar” el Derecho privado, y recurrirá para ello a formas jurídicas de ese carácter, como son las sociedades mercantiles... y a las correspondientes formas de contratación del Derecho del trabajo, al igual que sus competidores. Esto, decimos, es para el



poder público una obligación indisponible. Pero allá de donde está obligada, la razón de ser de una Administración y el carácter de su Derecho regulador (el Derecho Administrativo) comportan que el régimen ordinario de su contratación sea —o debiera ser— el de la función pública. En general, pues, el recurso a la contratación laboral puede considerarse como un supuesto de huida del Derecho Administrativo en la forma de actuación.

Conforme se puede concluir del presente estudio, el fenómeno de la huida se ha justificado en la aparente facilidad de gestión del sector público en base a las reglas de Derecho privado, las cuales permiten una mayor flexibilidad en la práctica de los actos, introduciendo una verdadera gestión empresarial, generando, incluso, una cierta vulnerabilidad en el control de las actividades administrativas. No podemos olvidar, sin embargo, que los ciudadanos no son “clientes” del Estado, y en este sentido no se puede tratar a la Administración como una efectiva entidad empresarial, regida por reglas y principios de Derecho privado. No se puede olvidar, en definitiva, que la Administración Pública no es un empleador privado.

*2. Necesario sometimiento de toda la contratación laboral de las Administraciones Públicas —Administraciones en sentido formal—, allá donde se dé, a los mismos principios constitucionales y legales —señaladamente a los de igualdad, mérito y capacidad— que resultan aplicables a la incorporación del personal funcionario.*

Concluimos, al estudiar en el primer Capítulo el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo en las relaciones laborales en el ámbito de la Administración Pública que los contratos de trabajo firmados con la Administración poseen naturaleza híbrida, lo que quiere decir que a estos contratos se aplican, de forma concomitante, reglas y principios de naturaleza pública y reglas y principios de naturaleza privada, como contratos que son

regidos por el Estatuto de los trabajadores. A causa de tal característica y principalmente considerando los objetivos y la naturaleza jurídica de la Administración Pública, actualmente entiende la doctrina que el fenómeno de la huida está perdiendo fuerza en la medida en que surge un nuevo Derecho Administrativo, Derecho éste que se muestra hoy en día con nuevos contornos y perfiles, que se preocupa por la necesidad de preservar y asegurar el interés general en entornos abiertos a la libertad, pudiéndose afirmarse que la huida del Derecho Administrativo de décadas atrás pasó a la historia, porque incluso cuando aparece el Derecho privado como ordenamiento al que se sujeta la Administración, mantienen su vigencia los principios básicos de lo público —tal como los relativos a la selección del personal y la contratación—.

En concreto, para la incorporación de los empleados laborales, la Administración Pública española se guía —del mismo modo que cuando incorpora funcionarios— por los principios generales constitucionales, recogidos en el artículo 103 de la Constitución, así como por los principios contemplados en el artículo 1.3 del EBEP, y también por los principios rectores establecidos en el artículo 55 del EBEP para el acceso al empleo público. En Brasil, los principios generales están definidos en el artículo 37 de la Constitución Brasileña, y resultan también aplicables a una y otra modalidad del personal público.

*3. Los principios de mérito y capacidad, como conceptos jurídicos indeterminados, han de aplicarse de modo que no conduzcan, de hecho, a comportamientos arbitrarios.*

De poco serviría un sometimiento formal a los principios de mérito y capacidad en la contratación de personal laboral si, en la medida en que corresponde a cada Administración contratante la concreción del modo de aplicarlos en cada caso —como conceptos jurídicos indeterminados que son—,

ésta pudiera incurrir en discrecionalidad, o incluso arbitrariedad. Experiencia tenemos de praxis administrativas, fundamentalmente en el ámbito local, de contrataciones laborales con señalamiento de “criterios” de mérito y capacidad a la medida de los candidatos seleccionados. Esto atenta contra lo que en el Derecho brasileño es llamado principio de impersonalidad.

*4. Clarificación organizativa en la Administración española en la Ley 40/2015 y legalización del concepto de sector público institucional, del que forman parte los entes instrumentales de Derecho privado de las Administraciones.*

Aunque la plena entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, no se producirá hasta octubre de 2016, hemos dado cuenta del régimen que incorpora al Derecho Administrativo español, por su interés desde el punto de visto organizativo, y por sus consecuencias en relación con la contratación de personal laboral.

Esta ley supone la incorporación a la legislación general del régimen jurídico básico de las Administraciones públicas españolas del concepto de “sector público”, empleado hasta ahora en normas no propiamente administrativas, como la Ley General Presupuestaria, o en leyes sectoriales, como la de Ley de Contratos. Formarán parte de él todas las Administraciones públicas territoriales, así como el conjunto de entidades instrumentales creadas por ellas: lo que una parte de la doctrina venía denominando genéricamente como “Administración instrumental” o “sector público instrumental”. A este conjunto de entidades ahora la Ley las agrupa en lo que llama “sector público institucional”, que el legislador integra por tres categorías: los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones territoriales (las entidades que tradicionalmente eran conocidas como la Administración institucional); las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones (las que nos interesan en

nuestro estudio de manera especial); y las Universidades públicas.

La legislación española recién aprobada incorpora en este punto un cambio que puede considerarse como relevante. Si hasta ahora, la Ley 30/1992 —su antecedente— y otras leyes administrativas declaraban, al precisar su ámbito de aplicación, lo que consideraban como Administración “a efectos de” la ley en cuestión, ahora el legislador determina expresamente qué entes de los citados tendrán “la consideración de Administraciones Públicas”: ya no lo hace a efectos de esta Ley, sino como norma de validez general (por cierto, al hacerlo, incurre en un omisión cuya explicación no alcanzamos a comprender: considera que son Administración Pública las territoriales y los organismos públicos y entidades de derecho público, excluyendo de esta consideración a las Universidades, que quedan abocadas, incomprensiblemente, a ser parte del sector público institucional no administrativo).

Interesa destacar a nuestros efectos que las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones (sociedades mercantiles y fundaciones, sabemos) forman parte del sector público institucional, pero *no son formalmente Administración Pública*. Determinación esta que, por otra parte, no es una novedad, evidentemente.

##### *5. Dudosa constitucionalidad de alguna personificación del sector público institucional: las fundaciones públicas.*

Hemos prestado una atención especial, al tratar del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo —en este caso, huida en la forma de organización—, a las fundaciones públicas. Haciendo nuestras las valoraciones críticas de una parte de la doctrina, afirmamos que no parece que exista principio o exigencia constitucional alguna que pudiera, no ya exigir, sino tan sólo justificar el que la Administración realizase alguna de sus actividades *como un particular*, adoptando

esta forma descentralizada fundacional, por lo que suponía de sometimiento de forma general al Derecho privado sin expresa justificación (como sí tienen para crear sociedades mercantiles concurrenciales).

*6. Aplicación a la contratación de personal por parte del sector público institucional de naturaleza privada (sociedades mercantiles y fundaciones) de los mismos principios jurídico-públicos que son aplicables a la contratación por parte de las Administraciones en sentido formal.*

La descentralización de los servicios públicos, con el objetivo de estructurar mejor la organización administrativa, no implica que el instrumento ideado para ello deje de ser, en cierta medida, un ente público, con responsabilidades públicas, fundamentadas en principios y normas del Derecho público. Asimismo, la descentralización de los servicios públicos, y en consecuencia la posibilidad de contratar a empleados regidos por las reglas del Derecho privado laboral, no quiere decir que se pueda prescindir de las reglas y los principios del Derecho público.

En este sentido hemos resaltado la importancia de dos normas: una incorporada al EBEP, ya en su versión inicial de 2007 (y mantenida intacta en la versión aprobada por el RDL 5/2015, que incorpora el Texto Refundido del Estatuto) y otra a la citada ley 40/2015.

En primer lugar, la disposición adicional primera del EBEP fue un paso importante en el ordenamiento administrativo-laboral español, en la medida en que previó que el conjunto de principios vertebradores de la función pública y del acceso a la misma se aplicarían a las entidades del sector público estatal, autonómico y local. Es mandato inexcusable, por tanto, que la contratación de personal en una sociedad mercantil de una Administración o en una fundación pública se contrate en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad, entre

otros.

En segundo lugar, y en la misma línea —pero con un alcance evidentemente más general—, la Ley 40/2015, en su artículo 2, señala que se aplicarán a las entidades de derecho privado del sector público institucional los principios que la propia ley incorpora en el artículo 3 como “principios generales” de actuación administrativa (entre los que se encuentran los principios del artículo 103.1 de la Constitución y otra serie de normas que resultan aplicables, entre otros, en el ámbito laboral).

Ha pesado en toda esta extensión de reglas de Derecho público a los entes instrumentales, hecho que cuenta con nuestro aplauso incondicional, aquello que escribió el profesor PARADA: cuando la Administración escapa del Derecho Administrativo, disfrazándose de Sociedad Anónima o de Entidad pública sujeta al Derecho privado, no deja de ser Administración y debería, en consecuencia, estar sujeta a los mismos principios constitucionales.

*7. Especialidades de la contratación laboral por las Administraciones, en sentido amplio: peculiaridades de la normativa laboral al ser aplicada por un ente público.*

Concluiremos las conclusiones con tres aportaciones en las que retomamos la consideración de la contratación laboral realizada por la Administración en sentido amplio, incluyendo la territorial y la instrumental.

La primera de ellas se refiere al hecho de que la singularidad de las Administraciones Públicas (todas) cuando conciertan contratos de trabajo en régimen laboral se refieren a algunos principios constitucionales y legales a los que dichos empleadores deben ajustar su actuación, como son la defensa de los intereses generales o el pleno sometimiento a la ley y al Derecho (artículo 103.1

de la Constitución). Dada la interconexión del Derecho público y del Derecho privado en la contratación del personal laboral al servicio de la Administración Pública, hemos podido constatar que se producían diversas peculiaridades en relación con el régimen normal previsto en la legislación laboral, especialidades que se darán tanto en el momento de la contratación (selección), como durante la vigencia del contrato y en el momento de su extinción.

En primer lugar, en lo relativo al momento inicial de la relación laboral —la selección de la persona contratada—, es evidente que la imperatividad de Derecho público se concreta en la necesidad de realización de concurso público para ingreso en la plantilla, en cualquier caso.

En este punto concluimos que el procedimiento de nombramiento sin criterios objetivos para ocupar cualesquiera empleos o cargos públicos, aunque sea para la ocupación de un cargo de confianza o asesoramiento —como es el caso del que el EBEP denomina “personal eventual”—, viola la exigencia de servicio a los intereses generales. Así, hemos sostenido, específicamente, que la contratación de personal eventual, en los términos actuales del EBEP, responde, sin duda, a la legalidad (pues así se prevé en la norma), pero desatiende la exigencia del interés general. Al ignorar este mandato, el acto de la Administración acaba (o puede acabar) inscribiéndose en la órbita de la arbitrariedad, lo que comportaría la nulidad de los actos practicados.

En segundo lugar, durante la vigencia del contrato es evidente que ser empleado en un ente de carácter público —territorial o institucional— implica unas singularidades en comparación con una entidad privada. Baste en este punto señalar en estas conclusiones que el empleado debería tener presente el hecho de que fue contratado con el deber de sujeción a los intereses públicos, que tiene como único criterio del ejercicio de sus funciones la satisfacción del interés público y el cumplimiento de los objetivos de la organización —persona jurídica, aunque ésta tuviera forma jurídico-privada— por los cuales fue contratado, en

detrimento de los objetivos particulares de la persona física que gestionó la contratación. Sin embargo, lamentablemente, es muy común encontrarse, en los ámbitos públicos, con casos que nos hacen creer que estamos ante una entidad privada.

Y en tercer lugar, las especialidades se muestran también en el momento de extinción de la relación laboral, en relación con lo cual hemos extraído dos conclusiones:

Por una parte, hemos considerado que no se puede aceptar que un trabajador que ha ocupado su puesto de trabajo tras someterse a un proceso de selección basado en los principios de mérito y capacidad acabe perdiendo su puesto de trabajo por la arbitrariedad de la Administración pública que lo ha contratado. Ha de negarse, pues, la posibilidad de que el empleado sea despedido de manera inmotivada. En este punto, hemos dado cuenta de la evolución reciente habida en la jurisprudencia brasileña.

Por otra parte, hemos considerado que los principios de mérito y capacidad no deben regir solo en el momento del acceso al empleo público, sino también en el momento de la extinción de la relación laboral, pero en este caso, lógicamente, han de aplicarse a la inversa; es decir, a la hora de determinar los despidos en el marco de las relaciones laborales de una Administración, directa o instrumental, ha de valorarse los méritos del trabajador y no proceder a un despido arbitrario, de modo que la extinción del contrato ha de afectar antes a quien acumula menores méritos que a quien los tiene mayores.

#### *8. La exigencia de responsabilidades*

Defendemos que resulta imprescindible buscar formas para hacer valer la supremacía del interés público sobre el privado en materia de contratación



laboral. Para ello, existen varios mecanismos, entre los que hemos citado el cumplimiento de las reglas y la responsabilidad personal de los administradores así como de los empleados públicos, tal y como hemos analizado en el capítulo V de la investigación.

Una vez cumplidas las reglas establecidas por la legislación, ciertamente tendremos mayor seguridad jurídica en las relaciones existentes y así el interés público primará sobre el privado. Sin embargo, si se viola algún principio administrativo, y consecuentemente se acude a la responsabilidad personal del administrador que lo violó, ciertamente provocaremos una mayor cautela de los administradores que, a la hora de practicar cualquier acto, se preocuparán de verificar si tal acto es conforme con las prerrogativas del interés público.

Sostenemos que administrar consiste en asumir las correspondientes responsabilidades. Significa cuidar el bien público, teniendo como objetivo siempre los intereses generales, aunque tales intereses se distancien del interés particular del administrador. Gestionar no implica considerarse dueños de la cosa pública, dado que sólo se puede ser dueño de cosas privadas.

Como hemos tenido ocasión de analizar en esta Tesis Doctoral, es necesario que se identifiquen a los responsables de la mala gestión de la cosa pública, por el incumplimiento de reglas y principios, para que asuman sus responsabilidades. Como ya hemos mencionado, no basta con que los servicios sean simplemente cumplidos, sino que ha de hacerse con ética, calidad y con escrupuloso respeto a la legalidad, bajo pena de responsabilidades personales. Las irregularidades deben ser denunciadas, bien sean realizadas por el gestor público o por el empleado, ya que el Estado, que en último término abarca a administradores, empleados y administrados, tiene la obligación de controlar los abusos y responsabilizar por ellos. Denunciados y constatados los abusos, el culpable debe ser personalmente responsabilizado por el acto, resarciendo los daños que haya causado.

Concluimos, al estudiar las responsabilidades personales de las partes implicadas en la ejecución de los contratos de trabajo firmados con la Administración Pública, que las reglas existen y deben ser cumplidas por los administradores y administrados, estos representados por los empleados públicos, en Brasil, o personal laboral, en España. Nadie puede alegar que “hice” o “no hice” un determinado acto por desconocimiento legal; tampoco puede afirmar que hizo o no hizo por determinación de su superior jerárquico. Así, una vez en el ejercicio de la función pública, el administrador se desprende de la condición de persona física y debe ejercer sus actos como si parte de un ente de naturaleza pública. De la misma forma, el empleado, al ejercer sus funciones en un ámbito público, no puede perder de vista que su condición implica asumir un papel de prestador de servicio público, y en tal condición, ha de tener plena conciencia de que está vinculado a todas las reglas y principios aplicables a la Administración Pública.

Cada gestor público no puede considerar la parcela pública que le corresponde como un patrimonio personal y, de esta forma, no puede disponer de ella de la forma que mejor considere. Sin embargo, da la impresión de que cada “parte” de la Administración parece componer un organismo particular, un lenguaje distinto de los demás, parece que ya no existe una Administración con objetivos únicos, con objetivos sociales. E incluso, en ocasiones parece que la Administración hubiera perdido su horizonte y su finalidad de atención a los intereses generales.

Dicho esto, podemos concluir que cuando las reglas y los principios aplicados a la Administración Pública no son respetados en la contratación laboral surge, de forma inmediata, la contra-obligación concretada en la responsabilidad personal de aquél que pervirtió su función pública y no observó los principios correspondientes a la función soberana que ocupa como gestor público o como empleado o personal laboral.

Concluimos, pues, que es necesario saber administrar así, como es fundamental que el empleado público, en Brasil, o el personal laboral, en España tenga plena conciencia de sus derechos y principalmente de sus obligaciones. Que sepa que el contrato deba ser cumplido en los precisos límites en los que fue pactado.

### *9. La democracia exige ética en la “cosa pública”*

La democracia, como ya hemos mencionado en los diversos Capítulos, no puede ser entendida como el gobierno de los hombres, sino como el gobierno de las leyes. La democracia exige, pues, la ética, la moral, en la gestión del empleo público; ética y moral no sólo en la elaboración de las leyes sino también en su cumplimiento, en la administración de la cosa pública. Por ser pública, debe ser cuidada como tal. Aunque se apliquen reglas de Derecho privado a los contratos realizados en el ámbito de la Administración Pública, tales reglas deben fundamentarse, en último término, en los principios de Derecho público, y, principalmente, en el principio de la legalidad.

El administrador no puede, por el simple hecho de aplicar reglas de Derecho privado a las relaciones públicas entender que los principios que deben tomarse en consideración en tales relaciones sean principios relativos a las relaciones privadas. Asimismo, el administrador no puede pensar que por tratarse de actividades públicas que hayan sido objeto de descentralización podrá también descuidar las prerrogativas y principios de la Administración Pública. La descentralización es un mecanismo creado con el intento de hacer más eficaz las actividades que prestan las Administraciones Públicas. La descentralización no autoriza a privatizar las relaciones establecidas por las Administraciones Públicas. Sostenemos que las partes implicadas en las relaciones con las Administraciones públicas deben tener siempre presente que están al servicio de los intereses públicos y que el interés particular de cada uno no podrá prevalecer.

Con esta afirmación, concluimos esta investigación, con la certeza de que sólo con la supremacía de las normas públicas sobre las privadas, principalmente, y con la responsabilización personal de aquéllos que prescindan, en sus actividades, de las normas a las que está sujeta la Administración Pública, podremos aspirar a una Administración eficaz, justa y solidaria.

## BIBLIOGRAFÍA

---

Albert Carreras y Xavier Taffunel (coordinadores) Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX, 2ª ed. Rev y aum. Bilbao: Fundación BBVA, 2005

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

ALONSO GARCIA, Manuel. *Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1960.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Mª Emília. *Derecho del Trabajo*. 25ª ed., Civitas Ediciones. S. L., Madrid, 2008.

ANTUNES DA ROCHA, Carmen Lucia. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte. Del Rey, 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

BAÑO LEÓN, José María: “ La igualdad como derecho público subjetivo” en *Revista de Administración Pública*, nº 114, 1987.

BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1988

BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Ni ángeles ni demonios: calidad, cantidad y honestidad en los servicios públicos”, en *Direitos Fundamentais e Justiça*, nº14 ( 2011), (En prensa).

BOLAINA BOSCH, Xavier, “Clases de Personal”, en AA. VV. (Dr. DEL REY GUANTER, S., coords. PEREZ FERNANDEZ, M., SÁNCHEZ TORRES, E.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2008.

BRASIL Constituição Federal de 1988

BRASIL Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT – Decreto Lei 5452 de 1943

BRASIL Código Civil – CC- Lei 10406 de 2002

BRASIL Decreto Lei 200 de 1967

BRASIL – Supremo Tribunal Federal - STF

BRASIL – Tribunal Superior do Trabalho – TST

BRIOSCHI, Carlos Alberto. *Breve Historia de la corrupción. De la Antigüedad a nuestros Días*. Taurus, Madrid, 2010.

CAMACHO, Joana M. Sociais. Huida del Derecho Público y Racionalización Administrativa em el Sector Público Instrumental. *Revista española de Derecho Administrativo* 161. Enero-Marzo 2014.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Marcial Pons, Madrid, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. Ver. Ampl. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009

CUEVA PUENTE, M<sup>a</sup>. Carmen. “Contratación Temporal: Régimen en las Administraciones Públicas”, en AA VV (Dir. VALDÉS DAL-RÉ, F. – GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.), *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Ed. Reus, Madrid, 2011.

DAFT, Richard L. *Administração*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, *Revista de Derecho del Trabajo (Iustel)*, nº 14, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: Ltr, 2012.

DELGADO PIQUERAS, F., *La terminación convencional del procedimiento*

*administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995

DESDENDATO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da Eficiência e Moralidade Administrativa. A submissão do Princípio da Eficiência à Moralidade Administrativa na Constituição Federal de 1988*. 2.ed. Curitiba. Juruá, 2009

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002,

Filho, Marçal Justen, Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009

GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *Manual Básico de derecho Administrativo*. 5ª ed. Madrid, Tecnos, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 14ª ed., Madrid, Thomson, 2008.

GARCÍA GARCÍA, Maria Jesús. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD: SU PLASMACIÓN EN EL ESTATUTO DEL EMPLEADO PÚBLICO. REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 15. MAYO 2008

GARCIA, Mónica Molina. El contrato de trabajo em el sector público

GARCIA SERRANO, Maria José. “Contratación Temporal: Contrato de obra y servicio” en AA VV (Dir. VALDÉS DAL-RÉ, F. –GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.), La reforma del mercado de trabajo de 2010.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*, V. I. 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 5ª ed., Malheiros. São Paulo. 2009

GRISOLIA, Julio Armando. *Manual de derecho laboral*. 6ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996

GUAITA MARTORELL, A., “Las ‘otras’ Administraciones del Estado”, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, IEF, Madrid, 1988

GUERRA, Alexandre. **Responsabilidade civil por abuso do direito**: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção prof. Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo

*Institutionen des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928

LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel.: “La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, Civitas–Thomson Pamplona, 2009.

LOPES MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. Rev. Atul. Malheiros: São Paulo. 2011.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan. *El Acceso y la provisión de puestos de trabajo en la administración pública. Manual práctico y casuístico de la función pública*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Gedisa, Barcelona, 2002.

MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. "Porque o empregador público da administração direta e indireta não pode praticar a denúncia vazia dos contratos de trabalho", Bol. Ltr 142/90

MARTÍN MATEO, R., *Liberalización de la Economía: más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988.

MARTÍN MATEO, Ramón y DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. *Manual de Derecho Administrativo*. 28ª ed., Navarra, Aranzadi, 2009.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La organización administrativa y la aplicación del Derecho Privado (Aspectos subjetivos y operativos)”, en *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*, Institut d'Estudis Autònoms-Marcial Pons, Barcelona, 1997.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)”, *RAP*, nº 144, 1997

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008



MELGAR, Montoya. “Las Administraciones Públicas como Empresarios Laborales (Un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)”. En *Cuaderno de Derecho Judicial. Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. VII/2007. Madrid, Lerko Print, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

NIETO, Alejandro. *El desgobierno de lo público*. 1ª ed.: Ariel. Barcelona, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006 PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I*, Parte General. 17ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2008.

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II (organización y empleo público)*, 15ª ed. , Marcial Pons, Madrid, 2012.

PÉREZ-BEDMAR, María de Sande. Empleo u Prestación de Servicios en la Administración Pública. Valladolid: Lex Nova, 2006

PIÑAR MAÑAS, J.L., en "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones", *REDA*, nº 97, 1998

PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTR, 1978. También, versión en español: *Los principios del Derecho del Trabajo*, Ediciones de Palma., Buenos Aires, 1978.

PRATS CATALÁ, J., “Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”, en *Estudios para la reforma de la Administración pública, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: 2004*.

QUESADA LUMBREERAS, Javier Eduardo, “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008”, en AA.VV., Comares, Granada, 2008.

RIVERO ORTEGA, R., *Proyecto docente*, Salamanca, 1998.

REY GUANTER, Salvador del. *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. 1ª Ed., Madrid, La Ley, 2008.

REY RODRÍGUEZ, Ignacio González. “Principios Generales”, en AAVV

(Coord. GARCÍA MÚRCIA, Joaquín), El sistema de fuentes de la relación laboral, Ed. Universidad de Oviedo, Oviedo, 2007

ROBBINS, Stephen Paul. *Administração: mudanças e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2000

SALA FRANCO, Tomás. “Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos” en *Actualidad Laboral*, T. II (2007), p. 2404.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed. Valladolid, Lex Nova, 2008.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General I*. 2ª ed., Madrid, Iustel, 2009.

DEL SAZ, S., “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en *VVAA Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992.

SERRANO, Juan Bautista Vivero. *El acceso al empleo público en régimen laboral*. Tirant lo Blanch. 2009

SORIANO GARCÍA, J.E., “El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho”, *RAP*, nº 121, 1990

SOCIAS CAMACHO, Joana M. “Racionalización Administrativa en el sector público instrumental”. In *Revista española de Derecho Administrativo* 161. Enero-Marzo 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. Volume I, São Paulo, LTR, 2003.

TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne. *Princípio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUTIKIAN, Cristiano. *Olhares sobre o público e o privado*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2008

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 2011.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Madrid: Tecnos, 2004

WALDO, D., *Estudio de la Administración Pública*, Aguilar, trad. Carreño, Madrid, 1964

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Derecho Administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.



## PÁGINAS ELECTRÓNICAS:

-AA.VV.,

[http://empleopublico.jccm.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=82d6ad7c-3b75-4d80-a0d8-60b2ac70305f&groupId=10129](http://empleopublico.jccm.es/c/document_library/get_file?uuid=82d6ad7c-3b75-4d80-a0d8-60b2ac70305f&groupId=10129). Consultado el 19/05/2010

- ARANA. Jaime Rodríguez, LA VUELTA AL DERECHO ADMINISTRATIVO (A VUELTAS CON LO PRIVADO Y LO PUBLICO). Disponible em: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Rodriguez-Arana-La-vuelta-al-Derecho-Administrativo-A-vueltas-con-lo-privado-y-lo-publico.pdf>. Consultado el 07.10.2014.

- CANTERO MARTINEZ, Josefa. “Funcionarios y laborales (A propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)”. Disponible en: <http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/32978.pdf>. Consultado el 28/05/2011

- ENTRENA CUESTA, Rafael. “El concepto de Administración Pública en la doctrina y el derecho positivo españoles”. Disponible en: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1960\\_032\\_055.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1960_032_055.PDF). Consultado el 21/01/2010

-FERNÁNDEZ. José Vida. Modelo Constitucional de empleo público. Disponible em: [http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/contratacion-y-medios-de-las-administraciones-publicas-2013/resumenes-de-contenidos/Leccion\\_4.pdf](http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/contratacion-y-medios-de-las-administraciones-publicas-2013/resumenes-de-contenidos/Leccion_4.pdf). Consultado el 13.10.2014

- GERNIGON, Bernard, ODERO Alberto y GUIDO, Horacio. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, en Revista Internacional del Trabajo, vol. 119 (2000). Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/gernigon.pdf>. Consultado el 22/05/2011

-GONZÁLEZ BERENGUER. J. L. Disponible en: <http://www.canalsocial.net/GER/ficha GER.asp?id=11695&cat=sociologia>. Acceso el 21/03/2010.

-GONZÁLEZBERENGUER. Disponible en: [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=11695&cat=sociologia](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=11695&cat=sociologia). Consultado el 21/03/2010.

-La base del concepto de los principios fue extraída en: [http://empleopublico.jccm.es/c/document\\_library/get\\_file?uuid=82d6ad7c-3b75-4d80-a0d8-60b2ac70305f&groupId=10129](http://empleopublico.jccm.es/c/document_library/get_file?uuid=82d6ad7c-3b75-4d80-a0d8-60b2ac70305f&groupId=10129). Consultado el 19/05/2010

MONTALVO ABIOL, **Juan Carlos**. El concepto de interés general en la administración moderna. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos83/concepto-interes-general-administracion-moderna/concepto-interes-general-administracion-moderna2.shtml#ixzz3mt1U3Yfc>. Consultado el 26.09.2014

- MORANT VIDAL, Jesús. “Los Contratos Administrativos”. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200210-55561730810212721.html>. Consultado el 22/05/2011.

- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “El principio protector en el proceso laboral”. Disponible en: [http://www.amatra5.org.br/php/revista/revista\\_18.html](http://www.amatra5.org.br/php/revista/revista_18.html). Acceso el 22/05/2011.

-PASCUAL GARCÍA, José. La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público. Disponible en: [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu\\_gasto\\_publico/60\\_07.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/60_07.pdf) Consultado el 07.10.2014

- PÉREZ SIBÓN, Maria Del Carmen. “El Personal Laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público. Régimen Jurídico y Lagunas”. Disponible en: [www.cositsevilla.org/web/img/.../2010-05-21-ponencia-personal-lab-ebep.pdf](http://www.cositsevilla.org/web/img/.../2010-05-21-ponencia-personal-lab-ebep.pdf). Consultado el 09/05/2011.

SOUZA DE OLIVEIRA, Dinalva. Disponible en: [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13690&revista\\_caderno=7](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13690&revista_caderno=7) Consultado el 06.10.2014

- <http://www.sohistoria.com.br/ef2/ditadura/> Consultado el 14-10-2014