

## IV.2. Naturaleza jurídica

Seguindo a Bercaitz (16) dividiremos las teorías que han buscado explicar la naturaleza jurídica de la relación funcional, en contractualistas y anticontractualistas. Algunos autores han formulado teorías mixtas o intermedias, señalando que la naturaleza jurídica del vínculo varía según sea la actividad que la Administración desarrolla. Cuando esta actúa como poder público, el funcionario se encuentra en situación de subordinación, de origen unilateral, cuando realiza actos de gestión, la vinculación es de carácter contractual (17).

Este enfoque no parece de recibo en el estado actual de evolución de la doctrina administrativa, en cuanto se vincula con la perimida tesis de la doble personalidad del Estado.

Dentro de las teorías contractualistas, procede efectuar la distinción entre las de Derecho privado y las de Derecho público. Las primeras, de clara influencia civilista, estuvieron muy en boga en el siglo pasado y trataron de reducir la relación funcional a una de las categorías jurídicas del Código Civil. Así se sostuvieron teorías que tomaban el arrendamiento de obra o de servicios, el comodato precario, el mandato, la gestión de negocios, etc. Algunos autores se plantearon la idea de un contrato innominado o "sui generis", ante la imposibilidad de hacer entrar a la relación funcional en los moldes de los contratos civiles conocidos (18). Estas teorías parecen definitivamente abandonadas.

Los expositores más destacados de la teoría del contrato de Derecho Público en Alemania fueron Seydel, Laband y Jellinek. En Brasil este enfoque es seguido por Crestillo Junior y Bueno Magano (19) y en Argentina por Bielsa, Gardillo, Martenhoff y el propio Bercaitz (20).

Explica este autor que el vínculo que une al funcionario y al Estado es típicamente contractual de Derecho Público administrativo, con todos los caracteres propios de dichos contratos, aun cuando en la gama de éstos sea el que presenta más debilitado el aspecto contractual (21).

Afirmar los adherentes a estas teorías que se trata de un vínculo con todos los elementos de una relación contractual de Derecho Público. Requiere la intervención de dos partes con intereses encontrados, que deben poseer aptitud para obligarse y consentir libremente y aparece caracterizada por la presencia de cláusulas exorbitantes (22).

La tesis anticontractualista *destaforada* es la seguida por la doctrina francesa (23) y aceptada unánimemente en nuestro país (24). Sostiene que por el acto administrativo

(16) BERCAITZ, Miguel. "T. Gral. de los contratos administrativos". Bs. As., 1980, p. 619.

(17) BERHELEMY, cit. por SAVAGUES, ob. cit., p. 268, nota (2).

(18) Conf. PAZ, Julio A., ob. cit., p. 32.

(19) BUENO MAGANO, Octavio: "Regimen jurídico del servidor público" en R.D.L. T. XXX, N.º 145, en-mar.

(20) Conf. BERCAITZ, ob. cit., ps. 621 y ss.

(21) Ibidem, p. 622.

(22) Conf. PAZ, ob. cit., p. 33.

(23) JÉZE y WALINE, entre otros, cit. por PAZ, ob. cit., p. 34, nota 79. Vid. respecto a estos autores en BERCAITZ, ob. cit., ps. 522 y 531.

(24) SAVAGUES LASO, ob. cit., p. 270; MARTINS, ob. cit., p. 37; LEVREZO BOCAGE, Constantino. "Problemas que plantea la aplicación del Derecho del trabajo a los funcionarios públicos" en

de incorporación al ente estatal, el funcionario ingresa a una situación jurídica de carácter estatutario, objetivo, general e impersonal, que está predeterminada unilateralmente. Su aceptación es necesaria para que dicho acto tenga eficacia, pero no puede alterar en modo alguno los derechos y obligaciones que la situación jurídica objetiva determina, quedando sujeto a las variaciones unilaterales que el Estado imponga. Pensamos—siguiendo a SAVAGUES (25)—que procede efectuar la distinción entre la naturaleza jurídica de la relación que une al funcionario con la Administración y aquella del acto por el que se adquiere la investidura.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la relación funcional, no cabe duda que se trata de un vínculo de carácter estatutario de origen constitucional, legal o reglamentario, creado unilateralmente por el Estado y que éste puede modificar en cualquier momento. El acto de incorporación a la función pública tendrá diversa naturalezas jurídicas según cual sea el procedimiento utilizado.

## IV.3. Caracteres

Los caracteres esenciales de la relación funcional son los siguientes (26):

- a) Tiene—como se ha expresado—naturaleza estatutaria de origen constitucional, legal o reglamentario.
- b) Determina una situación jurídica objetiva (que no considera la posición individual o subjetiva de cada funcionario), general y unilateral (los derechos, deberes y garantías son establecidos unilateralmente por el Estado y del mismo modo pueden ser modificados).
- c) Es personalísima. El cumplimiento de las obligaciones del funcionario no puede transferirse porque ha sido considerada su capacidad moral, intelectual y técnica, resultando también relevante la confianza que en él se ha depositado.
- d) Es bilateral en el sentido de que crea obligaciones y derechos para ambas partes.
- e) La doctrina ha agregado a estos caracteres el de que se trata de un vínculo de Derecho público en cuanto uno de los sujetos es necesariamente una entidad pública estatal, cumple un fin de interés público y su objeto es eminentemente público (27).

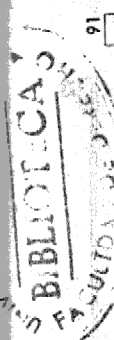
Pensamos que la cualidad de vínculo de Derecho Público dependerá de que esté o no sometido a la regulación por el Derecho Público, aspecto cuyo análisis nos proponemos abordar de inmediato.

Cursillo sobre el Derecho del trabajo.. cit., ps. 54 y ss.; SILVA CENCIO, "Estatuto y régimen laboral de los funcionarios públicos, con especial referencia a los del Poder Legislativo", en R.D.J.A. T. 72, nov-dic. 1972, ps. 269 y ss. Recientemente Bielsa ha afirmado que "la calidad predominantemente estatutaria de la relación de servicio no impide sostener su naturaleza contractual, ni impide que en el comienzo o durante su ejecución continua y prolongada se agreguen elementos surgidos del acuerdo de partes, tanto individuales como colectivos, provenientes de convenios, meditaciones o conciliaciones en el orden interno y en el orden internacional" en "Los convenios colectivos en la Administración Pública", Contratación Administrativa, Mont. 1980, p. 177.

(25) SAVAGUES LASO, ob. cit., p. 270. En el mismo sentido, MARTINS, ob. cit., p. 148.

(26) Conf. MARTINS, ob. cit., ps. 148 y ss.

(27) Ibidem; PAZ, ob. cit., p. 37.



### V. Régimen jurídico aplicable a la relación funcional

La relación funcional tiene por objeto—según se ha expresado— el ejercicio de función pública. Ella se lleva a cabo mediante el trabajo del funcionario, considerado éste en la acepción adoptada al inicio de esta exposición, como la aplicación de sus energías intelectuales o corporales (28), en forma que redunde en beneficio de la colectividad, dándole la posibilidad de ganar su sustento.

La identidad sustancial y ontológica del trabajo, cualquiera sea la calidad de la persona para la que se presta el servicio, ha planteado la cuestión de la aplicación del llamado Derecho general del trabajo, a los funcionarios públicos.

Como observa *De la Cueva* (29), uno de los supuestos originarios de la teoría de la función pública ha sido el de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, afirmando su regulación por el primero.

A este enfoque dualista adhiere, en nuestro país, el profesor *Martins*, quien—a la luz de la excepcionalidad de las soluciones del Derecho administrativo, por la naturaleza misma de la función pública— rechaza toda posibilidad de existencia de un Derecho general del trabajo o de que el Derecho laboral pueda aplicarse a la relación funcional ni aun como norma analógica a acudir en caso de laguna normativa (30).

Sin embargo, la doctrina más reciente plantea la posibilidad de reconocer la existencia de un sector del Derecho, que regula la relación de trabajo y que resulta aplicable por igual a los trabajadores públicos y a los privados. Diferentes autores aluden así, a un Derecho del trabajo o de las relaciones profesionales (31).

*Barbagelata* (32) señala entre los factores que han precipitado cambios en el planteamiento de la cuestión, a la similitud de problemas y reivindicaciones, al ámbito común de convenios y recomendaciones internacionales y a la unificación de los regímenes de seguridad social.

A partir de la idea básica de la identidad esencial del trabajo en la actividad pública y en la privada, se desarrollan la concepción unitaria y las doctrinas llamadas mixtas (33).

#### V.1. La concepción unitaria

*Barbagelata* estudia la doctrina laboral en el tema y menciona los enfoques de *Barassi* en Italia, *Durand* en Francia y *De Ferrari* en el Uruguay (34), como

(28) En sentido similar, *Martins* señala que "el objeto de esa relación es la realización de función pública mediante la prestación por la persona física de su plena capacidad laboral, en la forma establecida por la organización en que actúa" ob. cit., p. 150.

(29) *DE LA CUEVA*, Mario: "La situación laboral de los trabajadores públicos", en R.D.L., T. 27, N.º 136, oct.-dic., 1984, ps. 623 y ss.

(30) *MARTINS*, "Influencias recíprocas de los principios del Derecho del trabajo y del Derecho Administrativo", en *Cursillo* sobre el Derecho del trabajo... cit., ps. 194 y ss. Sobre las posiciones negativas de la aplicación de las normas del Derecho del trabajo a los funcionarios públicos puede verse *KASSEL-DESECH*, *KAOVOSCHIN*, *RIVERO* y *SABATIER*, en *ABELLA DE ARTEGONA*, Martha—la relación de trabajo en la Administración Pública— en R.D.L., T. XV, Nos. 96 a 98, mayo-dic., 1972, ps. 341 y ss.

(31) Vid. sobre este punto: *SILVA CENCIO*, ob. cit., ps. 83 y 84.

(32) *BARBAGELATA*, "Enfoque doctrinario sobre la aplicación del Derecho del trabajo a los funcionarios públicos", en *Cursillo* sobre el Derecho del trabajo... cit., ps. 12 y ss.

(33) *CONF. BLASCO*, ob. cit., p. 175.

(34) *BARBAGELATA*, ob. cit., p. 17.

precursores de lo que denomina la concepción unitaria. Los análisis de estos autores anticipan nociones sobre las que luego se edificará dicha concepción.

La doctrina unitaria parte de la constatación de la falta de diferencias esenciales entre la prestación de trabajo en el sector público y en el privado, considerando razonable y justificado que se procure—en aplicación del principio de fisonomía—desautorizar el trato diferencial, y se inclina hacia el establecimiento de normas comunes o a la extensión al sector público de las disposiciones de la legislación laboral.

Esta postura es compartida en nuestro país—desde el ámbito del Derecho laboral—por los profesores *Plá Rodríguez* (35), *Barbagelata* (36), *Sarthou* (37) y *Abella de Artegona* (38), entre otros.

*Barbagelata* señala que—en todo caso—las particularidades de la relación funcional podrían reclamar variantes al régimen general que justificarían la existencia de un estatuto del funcionario público, en el mismo sentido que hay un estatuto de los trabajadores rurales, marítimos, etc.

Cabría ubicar, también, entre las doctrinas unitarias, el enfoque de *Blasco* (39). Este alude a un régimen general, compartido por todos los trabajadores y por todos los funcionarios, que sería razonable designar como Derecho general del trabajo, y a un régimen especial aplicable en exclusividad a una u otra categoría existiendo entre ambos una estrecha relación de género a especie.

Agrega que puede considerarse que, desde el punto de vista del contenido, las normas constitucionales de la parte dogmática podrían dibujarse en varios círculos concéntricos, de mayor a menor, referidos a las personas, los habitantes, los trabajadores y los funcionarios. Cada categoría presupone a la anterior y entre ellas deben compatibilizarse priorizando, en todo caso, a las más amplias.

#### V.2. Las doctrinas mixtas

*Cassinelli* postula la construcción de un Derecho general del trabajo aplicable indiscriminadamente a los sectores privado y público (40).

Existen en la Carta, varias disposiciones que refieren al trabajo en general con prescindencia del origen y naturaleza contractual o estatutaria de Derecho privado o público de la relación en que el trabajador pueda encontrarse.

Tal lo que ocurre con el art. 7 que consagra el derecho de todo habitante a ser protegido en el goce de su trabajo; con el art. 53 que insiste en la protección especial del trabajo cometiéndola a la ley, con el art. 54 que impone a la ley el reconocimiento a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, de la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración, la limitación de

(35) *PLÁ RODRIGUEZ*, Américo: "Influencia recíproca de los principios del Derecho del trabajo y del Administración", en *Cursillo*... cit., ps. 65 y ss.

(36) *BARBAGELATA*, Héctor: "Enfoque doctrinario..." en *Cursillo*... cit., ps. 12 y ss.

(37) *SARTHOU*, Helios: "Problemas que plantea la aplicación del Derecho del trabajo a los funcionarios públicos", en *Cursillo*... cit., ps. 65 y ss.

(38) *ABELLA DE ARTEGONA*, Martha, ob. cit.

(39) *BLASCO*, Emilio: "Los convenios colectivos...", cit., en *Contratación administrativa*, ps. 170, 171 y 172.

(40) *CASSINELLI*, Horacio: "Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios", en *J.A.A.*, T. 58, Montt., 1962, ps. 230 y ss.

