

# RELACION ORGANICA Y RELACION DE SERVICIO EN LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Por JOSÉ A. GARCÍA-TREVIJANO FOS

Doctor por Bolonia. Letrado del Consejo de Estado.

*A Don Juan Galván Escuria, con afecto y reconocimiento.*

**SUMARIO:** *Idea preliminar.* — I. *El concepto de «órgano»:* a) *Teoría de ALESSI.* b) *Teoría de DE VALLES.* c) *Teoría de ORLANDO.* d) *Teoría de GASPARRI.* e) *Teoría inglesa.* f) *Teoría canónica.* g) *Teoría de HAURIOU.* h) *Teoría de SANTI ROMANO.* i) *Teoría de GIANNINI.* — II. *Relación orgánica y relación de servicio:* A) *Diferencia entre ambas.* B) *Importancia de la distinción.* C) *Formas de disociación de las relaciones.* — III. *La privación de la relación de servicio como tutela indirecta de los entes descentralizados:* a) *La autonomía.* b) *La tutela indirecta.* — IV. *El problema en España:* A) *Los cuerpos nacionales de Administración Local.* a) *Antes de 1924.* b) *Los Estatutos municipal y provincial.* c) *La Ley de 1935.* d) *El nuevo régimen y la «estatización».* e) *Razones de la «estatización».* f) *Calificación jurídica de estos funcionarios.* g) *El contencioso funcional en este tipo de relaciones.* B) *El personal sanitario local:* a) *Antes de la Ley de Coordinación sanitaria.* b) *Después de la misma.* c) *La Ley de Sanidad de 1944.* — V. *La disociación de relaciones y la responsabilidad de la Administración:* A) *El ente responsable.* 1) *El problema en el Derecho comparado.* 2) *El problema en España.* a) *Cuerpos nacionales de la Administración Local.* b) *El personal sanitario y la imputación de la actividad técnica a la Administración.* B) *Responsabilidad indirecta del Estado.*

El tema del presente trabajo ha sido precipitado por la publicación del Reglamento sanitario local. Lo interesante de la materia, ya otras veces en camino de haber sido elaborada, me ha hecho concebir que no sólo en un plano puramente teórico, sino práctico, tendría en un futuro no muy lejano una realización. Me refiero al capítulo, hasta hoy inédito en España, de la responsabilidad de la Administración. Si, como es de presumir, la naturalización de la misma se lleva a cabo con la Ley de expropiación, en la que por primera vez (en la esfera central) se estudia seriamente el problema, habrán de plantearse muchas dudas respecto del fenómeno de la «imputación» de actuaciones, que, en fin de cuentas, es uno de los más importantes del Derecho administrativo, ya que éste trata con personas jurídicas cuando se refiere a los sujetos activos de su campo de acción. La bifurcación de la relación jurídica entre Estado y funcionario, manteniéndose una (la que llamamos de «servicio») con el Estado,

y ligándose la otra (la «orgánica») con otras personas de derecho público, hace que se plantee el problema de cuál de ellas es atractiva para entrañar la responsabilidad del ente por y para el cual se ha actuado.

Encuadrado el tema así, la labor a realizar consiste en determinar y poner de manifiesto las tendencias que en algunos funcionarios públicos existe para este desdoblamiento dual de su relación de empleo, para lo cual es imprescindible partir de una idea general de la organización administrativa.

## I. EL CONCEPTO DE «ÓRGANO».

La palabra órgano es de las más equívocas del Derecho administrativo. Normalmente se la emplea, o para designar la persona física que actúa por el ente, o el conjunto de competencias abstractamente consideradas y con una realidad objetiva independientemente de su titular. La doctrina, sin embargo, utiliza diversas denominaciones que conviene poner en claro antes de pasar adelante.

### a) *Teoría de ALESSI* (1).

La persona jurídica de derecho público tiene unas funciones que cumplir, tomando la palabra función en el sentido de medios necesarios para conseguir sus propios fines; de estas funciones distingue el autor entre: 1) Las que son puramente materiales, que están confiadas a dependientes del ente; y 2) Las que tienen una relevancia jurídica o, al menos, suponen actividad de naturaleza ideológica y volitiva, que son las funciones *strictu sensu*. Pues bien, solamente las segundas se dividen a su vez en «grupos de atribuciones» o parcelas de competencia, que, al ser confiadas a una persona física, constituyen los «oficios» del ente público.

Dentro de estos oficios existen algunos cuyas atribuciones o competencias están predeterminadas por normas jurídicas, es decir, que gozan de una cierta individualidad jurídica (externos), y otros que carecen de ella porque forman parte de círculos más amplios, en los que se integran, teniendo solamente una individualidad administrativa en cuanto que su círculo de

---

(1) *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, 1953, págs. 73 y ss.

atribuciones o de competencias no está predeterminada por normas jurídicas, sino administrativas (internos). Esta distinción, que la mayor parte de la doctrina clasifica como de «órganos» externos e internos, es catalogada por este autor con la terminología de «oficios» (si son puramente internos) y «órganos» (con relevancia exterior).

El órgano en esta doctrina tiene ciertamente una relevancia objetiva, independiente de su titular, y así se comprende, por ejemplo, la continuidad de las competencias con el cambio de titulares; pero, a pesar de ello, la definición de órgano se completa al decir que ese círculo de atribuciones ha de estar incardinado en la persona física a quien las funciones están confiadas, ya que es, en definitiva, la persona física la que arrebatada del campo de la abstracción cada una de las competencias, concretándolas y dándoles vida.

Esta teoría otorga un distinto significado a las palabras «órgano» y «oficio»: no se trata de una duplicación de conceptos, sino que el oficio es un elemento del órgano que se integra con otros de la más variada índole. Su diferencia, a fin de cuentas, estriba en la individualidad jurídica del órgano y en la individualidad administrativa del oficio.

El órgano está integrado, como se decía, por elementos varios (reales y personales). El elemento subjetivo del órgano es precisamente el funcionario. Como se ve, la tesis de ALESSI tiende a englobar el órgano con su titular, al menos parcialmente, en cuanto que renuncia a una definición objetiva del mismo.

«La necesidad de añadir este elemento subjetivo al objetivo (2) —dice— en la construcción de la noción de órgano, es porque el oficio en sustancia no es sino una mera abstracción, de donde resulta que el órgano no puede actuar sino a través de las personas físicas que están impersonadas en los oficios, cuya actividad viene imputada jurídicamente al órgano (en lo interno) y al Estado (en lo externo).»

Planteándose el problema del funcionario y de su relación con la Administración, al tratar del órgano, define ALESSI la *relación orgánica* como aquella que incrusta al funcionario en la estructura del ente, haciéndole actuar por y para él, no como sujeto autónomo, sino como parte integrante de mismo, pero desde el punto de vista jurídico (con lo que repudia la concepción antropomorfa de GIERKE).

---

(2) Op. cit., pág. 80.

Esta relación orgánica es la fuente de la «imputación» de la actuación del funcionario al Estado, y consecuentemente, por lo que luego se dirá, de la responsabilidad del mismo.

La base, por tanto, para que nazca la relación orgánica es la incrustación en el órgano, y las consecuencias, en lo relativo sobre todo a la responsabilidad, son: actuación en cuanto titular de dicho órgano, desarrollo de una actuación que «formalmente» aparezca como propia del ente (con lo que se amplía notablemente la imputación al Estado), es decir, que basta que haya un mínimo de «reconoscibilidad exterior» de su dirección a fines de la Administración misma.

El elemento subjetivo del órgano tiene a su vez distintas denominaciones que creemos innecesarias en nuestro ordenamiento. En efecto, para el autor de la tesis que se expone, las condiciones para que se trate de un funcionario han de ser: el encuadramiento en el sistema de la organización administrativa y la atribución de una función en sentido estricto (no puramente material). Puede ocurrir que falte el primer elemento, en cuyo caso nos encontramos ante el ejercicio privado de funciones públicas (3), o el segundo, y entonces se adopta la terminología de empleado. Decimos que esta dualidad de nombres no se compagina bien con nuestro sistema jurídico, que habla de funcionario sin más, ya que cuando no se trata de funcionario se refiere a relaciones jurídicas de derecho privado (laboral, civil, mercantil).

Siendo por ello el funcionario, en esta teoría, el que desarrolla función en sentido estricto (no material), quedaba el problema del encuadramiento de la actividad «técnica» que no sea puramente ejecutiva o material. También esta actividad puede dar lugar a la existencia de un funcionario: la actividad técnica no es, por lo tanto, material, sino que encierra un matiz fuertemente ideológico y jurídico. La consecuencia trascendental de este carácter es que dicha actividad puede ser imputada al Estado (es particularmente interesante para nuestro estudio el problema de la imputación de la actividad técnica de los funcionarios: dicha actividad, sobre la que volveremos, puede producir la ilicitud de la acción y la responsabilidad consiguiente, de la misma manera que el acto administrativo no material (en el sentido de declaración que pro-

---

(3) ZANOBINI: *Corso*, vol. III, y *L'esercizio privato*, etc.

duce efectos jurídicos) nos llevaría a la ilegitimidad y a su consiguiente nulidad) (4).

Junto a la relación orgánica anteriormente delimitada, y que da lugar al fenómeno de la imputación, existe la relación *de servicio*, es decir, aquella «en virtud de la cual, y tras la incrustación del funcionario en el órgano, nacen derechos y obligaciones inherentes al desarrollo de la actividad del funcionario mismo frente a la Administración» (5). Dicha relación es un presupuesto lógico de la orgánica, y viene a producirse entre ambas una situación semejante a la que en derecho privado existe entre la relación de mandato y la de representación, en el que la primera a veces es el sustrato de la segunda.

Desciende, como consecuencia primera de esta nueva relación, la prestación del funcionario a favor del ente, prestación permanente y continuada. Nacen también todos los derechos y obligaciones a favor del ente y de los funcionarios (diligencia, fideidad, buena conducta, sueldo; es respecto de esta relación de servicio que se plantea el problema de su naturaleza jurídica (contrato privado, contrato de derecho público o acto unilateral de nombramiento con la subsiguiente situación legal y reglamentaria)).

La teoría expuesta tiene el interés para nosotros de distinguir entre la relación orgánica y la de servicio: aquélla, relativa a la organización del ente; ésta, reglando la situación de dos personas que se deben mutuamente derechos y obligaciones.

#### b) *Teoría de DE VALLES* (6).

Parte el autor del concepto de «oficio», considerándolo objetivamente como un «conjunto ideal de atribuciones y de poderes; un círculo determinado de competencias del Estado, delimitado por el derecho públi-

(4) VITTA: *Dir. amm.*, vol. I, 1949, págs. 288 y 308. En el sentido de que la actividad técnica no es imputable a la Administración, vid. S. ROMANO: *Diritto Costituzionale generale*, pág. 217; id.: *Frammenti di un Dizionario giuridico*, pág. 147; LESSONA: *Introduzione al Dir. Amm. e suoi principi*, 1952, pág. 91. En sentido inverso, ZANOBINI: *Corso*, vol. I, pág. 16.

(5) Op. cit., pág. 94.

(6) *Elementi di Dir. amm.*, 1951, págs. 46 y ss. y 112 y ss.; id., *Teoría jurídica della organizzazione dello Stato*, vol. I, 1931; vol. II, 1936.

co». Se trata de una institución objetiva integrada por funciones y poderes. La particularidad del oficio estriba en que manifiesta parcialmente al Estado, dada la imposibilidad de que éste lo haga en su ingente totalidad: el oficio es una parte del Estado; es esta misma persona Estado, en un aspecto parcial.

Lo que caracteriza propiamente al oficio es la competencia en el sentido de delimitación jurídica de sus atribuciones; pero junto a dicha competencia existe lo que el autor llama «esfera de mansiones», que es una competencia no jurídica, determinada por una actividad puramente lícita y que puede tener incluso relevancia externa, pero con la consecuencia de que los administrados no podrían basarse en una violación de la competencia para rechazar la acción administrativa por no estar predeterminedada por normas jurídicas (por ejemplo, la acción curativa llevada a cabo por un sanitario como cumplimiento de una obligación legal no puede ser rechazada por los destinatarios alegando que la competencia es de un sanitario de distinta circunscripción) (7).

El oficio requiere competencia *strictu sensu*.

Órgano quiere decir rector del oficio, es decir, la persona física que, ligada al ente por un estrecho vínculo, imputa su actuación a aquél.

El concepto de órgano está integrado por diversos elementos: el agente o funcionario, el oficio, la competencia, la relación jurídica. El órgano sintetiza la complejidad del oficio en el sentido de que «el oficio, a través del agente, cumple una función del Estado». El órgano es el titular del oficio.

Como se ve, también, según esta opinión, hay que distinguir entre oficio y órgano; pero así como en la anterior el vocablo órgano tenía, a pesar de todo, un sentido objetivo, aquí lo pierde totalmente para asimilarlo al funcionario o agente.

### c) *Teoría de ORLANDO* (8).

La doctrina de ORLANDO parte de dos supuestos necesarios: en primer lugar, el hecho indiscutible de que las personas jurídicas (públicas)

(7) Op. cit., pág. 50.

(8) *Principi di Dir. amm.*, 1952, págs. 46 y ss.; doctrina seguida por LESSONA: *Introduzione*, etc., págs. 90 y ss.

son entes teleológicos y no organismos físicos, por lo que tienen necesidad de servirse de personas físicas para manifestar su voluntad y conseguir sus fines, y en segundo lugar, porque la complejidad de fines que han de conseguir las obliga a articular sus actividades y a otorgar competencias distintas para que cada centro homogéneo consiga los fines marcados. Pues bien, a esta construcción corresponden dos conceptos de la palabra órgano: 1) el oficio público, en el sentido de centro homogéneo de actividades, en el que se basa la organización; y 2) las personas físicas titulares de dichos oficios.

Esta diversidad de concepciones no entorpece la posibilidad de dar una definición unitaria: el órgano es una unidad jurídica (no una persona) que comprende tanto su titular como la competencia, los medios de que dispone y, en fin, la actividad que desarrolla.

También esta opinión subjetiviza en exceso el concepto de órgano, si bien no trata de diferenciar, como las anteriores, entre oficio y órgano, sino que lo primero es más bien una de las dos fórmulas que sobre el órgano existen.

Oficio sería el órgano en sentido objetivo, y el funcionario, en sentido subjetivo.

#### d) *Teoría de GASPARRI* (9).

Parte este autor de la continuidad del órgano a través de los cambios de sus titulares. En el órgano, en efecto, existen dos elementos: uno, variable, y otro, continuo. Para explicarse este fenómeno de continuidad se han ideado diversas doctrinas, y, entre ellas, GASPARRI expone la suya.

La palabra «órgano», en su acepción griega, significó medio de acción, es decir, que contemplaba al ente en cuanto que estaba sujeto a leyes de causalidad: su obrar obedecía a causas, y al mismo tiempo producía ciertos efectos. Jurídicamente sería el ente en cuanto sujeto jurídico y contemplado por una ley jurídica. A ello equivale el decir que órgano era simplemente el ser titular de deberes y de facultades: es decir, una persona física, en cuanto que es titular de un oficio determinado. Parece que de esta forma se han evitado las palabras oficio y órgano, y a ello

---

(9) *Corso di Dir. amm.*, vol. I, 1953, págs. 177 y ss.

creo llegar el autor al decir que se evita con esta concepción de órgano la duplicidad de conceptos; pero, en realidad, lo que se hace es dar nueva versión a la teoría de DE VALLES, que habla de órgano como del titular del oficio (en este sentido, también lo hacen RANELLETTI y FORTI), sólo que considerando el oficio como una especial «situación jurídica» del titular de un conjunto de funciones, es decir, un deber y una facultad de obrar. Lo que ocurre es que esta situación jurídica llena de derechos y deberes es normalmente abstracta y mira al futuro, lo que hace que parte de los autores consideren como elemento esencial al oficio el carácter de abstracción, independizándolo de su titular.

Con ello resulta que el oficio se configura como una situación jurídica del titular, mientras que el órgano es este mismo titular en cuanto que lo es.

La equiparación del «órgano» con la persona física encuentra un obstáculo serio: es el relativo a la continuidad del órgano y la sucesión en las relaciones jurídicas nacidas con distintos órganos, porque si no tienen carácter objetivo deberían de caer las instituciones al caer sus órganos. GASPARRI responde a esta objeción al decir que «lo que permanece de inmutable no es el órgano, sino el oficio, y que allí en donde existe un oficio existe alguien que está investido de él y, por lo tanto, se encuentra en la situación jurídica de órgano».

Con esta concepción del órgano como titular *pro tempore* de un oficio, la relación que se establece entre el órgano y el ente es similar a la de trabajo entre sujeto servidor y sujeto servido, en cuanto titular de la colectividad: es una relación de servicio.

### c) *Teoría inglesa de la «Corporation Sole».*

La especial situación del Estado inglés, carente de personalidad jurídica unitaria, ha hecho preciso la estabilización de centros de imputación: es decir, que los órganos, en el sentido de centros de competencia, gozan de personalidad. El transporte de esta doctrina al continente sería de funestos resultados por la dificultad de explicar la relación entre los órganos personificados y la personalidad del Estado. Cuando se dota de personalidad a un órgano (y, por lo tanto, deja de ser tal para pasar a la categoría de ente) se hace por varias razones: a veces es la inexisten-



cia de un presupuesto general lo que hace preciso que se personifiquen los centros de competencias, otorgándoles los bienes precisos anejos al mismo para el conseguimiento de sus fines (por ejemplo, toda la teoría del beneficio y del oficio en el Derecho canónico y eclesiástico), y otras es la inexistencia de la personalidad en el Estado. En esta concepción de la «corporation» que nos viene de COKE y BLACKSTONE, el titular se difumina por debajo de esta híbrida persona que se mantiene a través de los tiempos.

f) *Teoría canónica del órgano.*

No es nuestra intención el abordar de lleno el problema del órgano en el ordenamiento canónico sin desconocer, desde luego, la importancia que tiene para el derecho estatal. La Iglesia se desgaja en un conjunto enorme de personas jurídicas, hasta el extremo de que lo que en el Estado son órganos, en ella son personas (beneficios, iglesias, institutos, asociaciones, etc...). También se habla de personas de derecho público y de derecho privado en dicho ordenamiento (10). Por lo que respecta al órgano, se acepta casi generalmente la similitud, más aún que en el ordenamiento estatal, entre órgano y persona física, dadas las especiales características de las potestades canónicas, unidas casi totalmente a las cualidades de los titulares y no a los centros de competencia en sí mismos considerados. Esta opinión está contradicha y con amplios y razonados argumentos por PETRONCELLI (11).

g) *Teoría de HAURIOU (12).*

Parte este autor de la consideración de que dentro de la «institución» existen las llamadas «situaciones establecidas», que son configurables como las cosas públicas; los órganos serían los hombres en posesión de

(10) PETRONCELLI: *Lineamenti di Dir. canonico*, 1949; DEL GIUDICE. *Nozioni di Dir. can.*, 1949.

(11) *Contributo alla personalità dell'ufficio sacro nell'ordinamento canonico*, 1938. Op. cit.

(12) *Principes de Droit public*, 1910, págs. 167 y ss.

ciertas situaciones; la posesión de estas «cosas» constituiría un verdadero derecho real. Esta construcción es ingeniosa, pero carente de realidad práctica, aparte del peligro que encierra el decir que las situaciones establecidas en cuanto cosas (es decir, el centro de competencias en sí) pueden ser objeto de un derecho de propiedad (se habla de funcionarios «en propiedad» en sentido figurado, y bueno sería desterrar este barbarismo jurídico de nuestro lenguaje).

h) *Teoría de SANTI ROMANO* (13).

La doctrina de SANTI ROMANO fluctúa entre el aspecto puramente subjetivo y el objetivo. El órgano es una institución que reduce a unidad un complejo de elementos diversos, como son los titulares, la competencia, los medios materiales, etc.

Los elementos fundamentales son: el individuo titular y la institución. El individuo titular conserva su propia individualidad frente al ente y frente a los terceros; lo que ocurre es que cuando ejercita las funciones conexas a su cualidad de órgano desaparece, porque se «inmedesima» con el ente mismo. Para reforzar su argumento adopta el ejemplo del esclavo que, aun no siendo capaz de derechos civiles, podría en abstracto ser titular de un órgano. No se toma en consideración más que sus posibilidades físicas y psíquicas, no las jurídicas.

En el segundo sentido, órgano es sinónimo de institución en abstracto, con independencia de sus titulares. Pero, aunque ambas concepciones denotan los dos significados de la palabra órgano, sin embargo no se pueden tomar independientemente. No puede hablarse de órgano tan sólo como «abstracta esfera de atribuciones», distinguiendo entre el ente, el órgano (como institución) y el titular, ya que la institución es algo vivo que no puede comprenderse sin su titular. El titular es el que produce el «vínculo de unión con el ente», que no se podría explicar sin este elemento subjetivo.

En realidad, esta teoría institucional es similar a la de HAURIOU. La diferencia estriba en que HAURIOU iguala órgano a individuo, y ésta hace entrar en el concepto de institución un complejo de elementos que

---

(13) *Corso Dir. Cost.*, págs. 102 y ss.; *Dir. Amm.*, págs. 101 y ss.; *Framm.*, páginas 155 y ss.

más bien sirven para definir una clase de órganos: los órganos-institutos (el concepto alemán de «anstalt») (14).

i) *Teoría de GIANNINI* (15).

Para este autor la teoría del órgano se integra dentro de las figuras jurídicas subjetivas: por esto último entiende simplemente un centro de referencia que vive en el mundo de la organización y no del derecho. Aquí no existen personas o sujetos, sino centros de referencia que podrán tener una mayor o menor categoría jurídica, llegando en el primer caso a tener personalidad. De estas figuras subjetivas existen diversas clases:

Oficio - «Munus»: el concepto más primitivo y simple de oficio se enraiza con la palabra latina «munus». Era ésta una posición jurídica del sujeto, posición que existía, ya frente y en el Estado, ya frente y en la familia. ¿Qué encierra esta posición? El sujeto del «munus» cuida intereses ajenos que pueden ser de un sujeto determinado (por ejemplo, en el derecho privado, los numerosos casos de custodia o vigilancia) o de todos los miembros de un ordenamiento, siendo fuente de derechos y obligaciones, así como de beneficios comunes. Por esta vertiente distingue GIANNINI entre los «munera» públicos y privados (por ejemplo, tutor, albacea, administrador, etc.). Cuando el interés satisfecho por el «munus» es de la colectividad, se habla de «munus» público.

Puede ocurrir que la actividad desenvuelta por un sujeto persona física en cuanto «munus», no se impute ni a otra persona física ni a una colectividad de personas físicas, sino a un sujeto diferente creado por el ordenamiento.

Cuando esto sucede, nos encontramos ante un estadio perfeccionado de las figuras subjetivas: es la personificación jurídica, que no es sino la subjetividad jurídica de un «munus». Lo que antes era un interés de otro, se transforma en el propio fin institucional del ente.

La persona evoluciona y sirve para la consecución de los más varia-

(14) PETRIN: *Österreichisches Verwaltungsrecht*, 1951, pág. 14; ZANOBINI: *Corso*, vol. I, pág. 112; S. ROMANO: *Corso di Dir. amm.*, pág. 103; íd.: *Framm.*, pág. 47; GARCÍA-TREVIJANO: *Aspectos de la Administración económica*, REV. ADM. PÚB., 1953, núm. 12, pág. 45.

(15) *Lezioni di Dir. amm.*, 1950, págs. 121 y ss.

dos fines, y al mismo tiempo aparece un concepto subjetivo de oficio (un servicio personal jurídicamente preconstituido). Considerando que en el oficio entran elementos materiales y personales, se define el oficio por el servicio personal, ya que los elementos materiales, por sí mismos, no rinden servicios. El oficio tiene un matiz fuertemente subjetivo, ya que es la idea de servicio la que prevalece sobre las demás.

Del oficio se distingue netamente el «órgano». Para comprender lo que éste sea, precisa separar los conceptos de ordenamiento jurídico general del Estado y ordenamiento organizatorio particular. El órgano es el oficio que desarrolla una actividad jurídicamente relevante en el ordenamiento general: bien de manera directa (Ministros), bien indirecta (Consejo de Estado, por ejemplo). Por el contrario, hay oficios que no adquieren la categoría superior de órganos porque su actuación tiene relevancia sólo dentro de su propio ordenamiento organizatorio particular. Esta distinción entre oficio y órgano no es idéntica con la de órganos externos e internos, ya que se admite la indirecta relevancia en el ordenamiento general para la cualificación orgánica. A pesar de esta concepción subjetiva del oficio y del órgano, separa GIANNINI entre estos conceptos y sus titulares (más claramente quiere decirse que una cosa es el titular y otra el servicio del titular, que es lo que constituye el oficio; vid. anteriormente).

Sentado el concepto de oficio y de órgano, señala GIANNINI la existencia de los titulares de los mismos y la naturaleza de la relación entre órgano y titular. Es aquí en donde distingue claramente el autor entre «relación orgánica», que liga al titular con el ente, y la «relación de servicio», que es el título jurídico de la relación que sirve de base a la prestación de su actividad. La posición jurídica del titular de un órgano es distinta de la relación que le liga, en cuanto persona, al ente. Por ello es absurdo el confundir la titularidad del órgano con la cualidad profesional de funcionario: lo primero es una posición jurídica.

## II. RELACIÓN ORGÁNICA Y DE SERVICIO.

### A) *Diferencia entre ambas.*

Con las teorías expuestas no queda perfectamente delimitado el campo de nuestro estudio. En efecto, lo que ellas nos han demostrado es la gran cantidad de opiniones que se han manifestado sobre el particular,

y de cada una es posible, desde luego, el extraer las consecuencias que nos han de conducir a la diferenciación de las dos relaciones: la orgánica y la de servicio.

Para nosotros, el órgano es un concepto que engloba al oficio; es decir, que no vemos la necesidad de adoptar dos palabras. Oficio es más bien idea materializada, ya en cuanto a la función, ya en cuanto al «locus» de actuación. Órgano, en cambio, debe significarnos ambos conceptos. El «órgano» es algo objetivo; es un círculo de atribuciones, un centro de competencias, a quien el ordenamiento jurídico ha dado nada menos que la posibilidad de envolver la idea general de «ente público» dentro de la esfera formal de su actividad.

El Estado, y lo mismo dígame de los entes públicos, nunca se nos muestra en su ingente materialidad, sino que lo hace «por partes de su propia organización»; pues bien, estas partes o porciones de competencias son los órganos. Desde luego que el elemento subjetivo del órgano, es decir, el funcionario, es fundamental: un órgano sin titular se mantiene en la inercia, en la estática, mientras que el titular le da vida, lo dinamiza; pero ello no quiere decir que «no exista el órgano, aun separado de su titular».

El órgano es, por lo tanto, un centro de competencias delimitado por el ordenamiento jurídico.

a) La relación entre el ente público y sus órganos no tiene carácter jurídico: es una relación consigo mismo (claro que el ente con una organización compleja necesita de muchos órganos, y entonces pueden entablarse relaciones entre los distintos centros de competencias: estas relaciones se han considerado que no tenían carácter jurídico. En realidad, el problema se ha planteado mal; las relaciones interorgánicas son jurídicas «dentro de la propia organización interna del ente», pero no fuera, ya que aquí es el ente, en cuanto tal, el que se nos aparece. Las cuestiones de competencia, por ejemplo, se plantean entre diversos órganos del Estado muy a menudo, y ello demuestra que los órganos *ratione materiae* tienen una cierta «autonomía» dentro del Estado, lo que ha hecho que se hablara de semi-personalidad o quasi-personalidad. Los órganos, en definitiva, carecen de subjetividad externa, pero gozan de cierta autonomía interna frente a los demás).

b) ¿Qué ocurre con el titular del órgano? Titular de órgano es necesariamente una persona física (16). Este titular, en cuanto actúa den-

tro del órgano, desaparece en el anonimato para hacer actuar al órgano y querer al ente. Esta relación que lo une tan íntimamente a este centro de competencia es la *relación orgánica*.

Pero, junto a ella, existe otra anterior y que la hace posible: es la relación de *servicio*. La primera es interna, la segunda es externa. La orgánica se tiene en «cuanto titular», la de servicio se tiene en cuanto sujeto independiente con su propia personalidad. La relación de servicio es anterior a la orgánica y nace primero; por ejemplo, sólo se puede recubrir un órgano en cuanto se ha sido nombrado (salvo el caso especial del titular «de facto»): del nombramiento (en cuanto declaración de funcionario), nace la relación de servicio; de la toma de posesión, la orgánica.

JELLINEK distingue claramente el órgano de su titular (17): «Hay que distinguir netamente entre los órganos y los hombres que los mantienen.» «El individuo puede tener un derecho a la posición de órgano, es decir, a ejercitar las funciones propias del mismo»; «los órganos no tienen derechos, sino competencias, mientras que el ordenamiento de la vocación a ser titular es un derecho subjetivo»; «el individuo no puede confundirse del todo con el órgano. Estado y portador de órgano («träger») son dos personas distintas, entre las que caben diferentes relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, el derecho al sueldo, la sanción disciplinaria, etcétera, atañen al portador y no al órgano». Y esta separación entre los dos conceptos tiene, según él, una importancia no sólo teórica, sino práctica, si bien reconoce, y ello es lógico, que para la vida de la Administración no se pueden descuidar las personalidades que recubren los órganos en cada momento histórico. Pero aquí no tratamos de examinar heroicas páginas de la Historia, sino estudiar el problema a la luz del Derecho, y él nos señala esta diferencia.

Recientemente se ha hecho eco de esta misma distinción GRÉGOIRE (18). La función no se considera ya solamente como un servicio a prestar, sino como una carrera, hasta el extremo de que no es posible sacrificar totalmente los intereses materiales del funcionario a las necesidades del servicio.

(16) La opinión dominante cree posible que titular de un órgano sea una persona jurídica; así, por ejemplo, S. ROMANO, op. cit.; GIANNINI, op. c.; RANELLETTI, *Istituzioni di Dir. Pubblico*, 1943. Nosotros ya nos habíamos mostrado contrarios a tal opinión; vid. *Aspectos de la Adm. económica*, cit., pág. 55.

(17) *La dottrina generale del diritto dello Stato*, 1949, págs. 135 y ss.

(18) *La fonction publique*, 1954, págs. 17, 127 y ss.

En Francia se distingue, aunque el Estatuto general de Funcionarios de 19 de octubre de 1946 no lo hace con claridad, entre «empleo y grado» (19); el empleo concretiza las necesidades y se encuadra en la organización de los servicios, mientras que el grado es una jerarquía escalafonal que se refiere al empleo en un segundo momento.

Las legislaciones varían en su consideración de las dos relaciones descritas, según que tomen en cuenta más el empleo o más el grado (es decir, el funcionario en sí).

A) En Estados Unidos y en Suiza juega preponderante papel el concepto de «posición», es decir, de «puesto o lugar de trabajo». La consecuencia es que la categoría o grado del titular le viene del órgano que recubre; no existe una propia carrera administrativa, ya que el funcionario es eminentemente técnico; es decir, que se le ha nombrado «para ESE empleo concreto» en virtud de sus conocimientos específicos. El funcionario carece de derechos y de vocaciones a ascensos, cambios, etc. Es la posición que se ocupa en un determinado órgano la que nos dirá la remuneración y la cualificación del funcionario. Como contrapartida a esta evaporación del titular, se concede la máxima importancia a la «clasificación de las posiciones». El concepto de «posición» en Estados Unidos se transforma en el de «función» en Suiza, con los mismos caracteres descritos (20).

B) En Inglaterra, la configuración del Civil Service es totalmente distinta (21). Ya no es la posición que se ocupa la que nos dirá la categoría, sino que es el titular en sí el que viene en consideración, y por su grado se le concede el empleo a recubrir. El nombramiento se hace no para una función determinada, sino para una clase del Civil Service, y su afectación es un elemento secundario.

La preocupación inglesa consiste en reclutar para cada «clase» el tipo humano psicológicamente apto (hasta el extremo de que no falta quien afirme que la victoria de la última guerra se debió en gran parte a este estudio psicológico del funcionario).

Entre ambas concepciones —objetiva y subjetiva— hay que colocar la cuestión, dándole a cada concepto su propio valor.

---

(19) El Consejo de Estado francés los distingue en la decisión de 20 de febrero de 1920.

(20) GRÉGOIRE: op. cit.; SCHWARTZ: *Le Droit administratif américain*, 1952.

(21) GAUDEMET: *Le Civil Service Britannique*, 1952.

Empleo es destino; grado es categoría de escalafón. Del empleo nace la relación orgánica; de la entrada en un escalafón estatal, la de servicio.

Ambas relaciones actúan sobre una persona: el funcionario. Observemos, sin embargo, que en España no existe esa diferenciación de terminología como ocurre en el extranjero. En efecto, se habla de «titulares y no titulares», de «autoridades o agentes», de «funcionarios y empleados», de «encargados de servicio público», de «funcionarios y obreros», etcétera. Toda esta nomenclatura tiende a confundir los términos. Para nosotros, la distinción existe entre «funcionarios y obreros» (entendiendo por tales los sometidos al derecho laboral): dentro de los funcionarios hay que distinguir los honoríficos o políticos carentes de carrera propiamente dicha y los *strictu sensu* (que se unen a la Administración voluntaria y profesionalmente); otro problema es el distinguir el funcionario del obrero (por razón del trabajo, del modo de retribución, de su admisión, etc.), pero una vez cualificado como funcionario, ya no hay por qué bautizarlo con nuevos adjetivos que enturbian su situación jurídica (el Reglamento de Funcionarios Locales habla de funcionarios y de obreros de plantilla sometidos al derecho administrativo en razón a su encuadramiento, distinguiendo de ellos los funcionarios eventuales y temporeros con sometimiento al derecho social) (22).

Tanto la relación orgánica como la de servicio inciden sobre el funcionario, pero hay que advertir que:

1) La relación orgánica contempla a un titular que desaparece dentro del centro de competencias asignado.

2) La relación de servicio mira a un sujeto de derecho con su personalidad, con sus propios intereses, egoístas muchas veces en cuanto que va a hacer de su profesión su propia vida (el funcionario *strictu sensu*), y que, por lo tanto, puede obrar en contra del ente, para el cual actúa en virtud de la primera relación. El recurso contencioso del funcionario público (y lo mismo dígase, aun con mayor razón por su aplicación, del recurso de agravios) nos muestra a una persona diferente del Estado que reclama del mismo la satisfacción de determinados intereses; no actúa aquí en cuanto titular de un órgano, sino en virtud de su relación de servicio, que es el soporte de la orgánica.

---

(22) El Dahir de 14 de sepbre. de 1937 sobre funcionarios municipales en la Zona distingue los funcionarios (actividad técnica o auxiliar) y los empleados (agentes que ejecutan órdenes y subalternos de labores manuales).



Decíamos que las dos relaciones son distintas y que nacían en momentos distintos (o, al menos, podían nacer). No es cierta la opinión de quienes sostienen que «la incorporación de la voluntad humana al órgano se opera mediante la designación del funcionario, y que al adquirir la investidura de funcionario se convierte en titular del mismo» (23). Esta posición confunde los momentos del «nombramiento» y del «destino».

Puede ocurrir que la unión entre las dos relaciones sea muy íntima: esto sucede cuando el ingreso en un cuadro administrativo (escalafón) se lleva a cabo a través de un órgano determinado: así, por ejemplo, el catedrático de Universidad que oposita a una cátedra determinada; se es funcionario en cuanto titular de la misma, pero también hay aquí que distinguir dos momentos, si bien atenuados (nombramiento y toma de posesión).

#### B) *Importancia de la distinción.*

De las relaciones citadas derivan consecuencias importantes que ponen de manifiesto su diferencia:

1) La relación de servicio nace con el nombramiento tras el procedimiento adecuado a la función que se refiera (oposición, concurso, simple nombramiento con aceptación, etc.). Entonces puede no iniciarse la relación orgánica. Así, por ejemplo, la situación de expectativa de destino contempla el caso referido. El artículo 40 del Reglamento de Funcionarios Locales de 30 de mayo de 1952 dice que «esta situación se produce... desde el ingreso hasta la toma de posesión, o desde la vuelta al servicio activo hasta que se posesionen de la plaza que les corresponda o se les adjudique», y el párrafo 2.º establece que «cuando los nombramientos no tengan el carácter de destino automático y forzoso los funcionarios tendrán la obligación de solicitar todas las vacantes existentes en su categoría».

Lo primero supone una diferencia temporal en el nacimiento de las relaciones; lo segundo supone, en cuanto a la excepción se refiere («tengan el carácter de destino automático y forzoso»), un acercamiento a las mismas, tal y como se dijo anteriormente.

2) La situación de excedencia voluntaria (art. 41 del Reglamento de Funcionarios) supone la extinción de la relación orgánica y la paraliza-

(23) SAYAGUES: *Tratado de Derecho Adm.*, 1953, págs. 187 y ss.

ción de la de servicio («no será de abono a ningún efecto», art. 43), que, ello no obstante, sigue viviendo.

3) La excedencia forzosa con reserva de plaza no supone modificación de la relación orgánica, aunque tiene ciertos efectos económicos en la relación de servicio.

4) La excedencia forzosa sin reserva de plaza supone extinción de la relación orgánica, pero continuidad de la de servicio, salvo la modificación en cuanto a los efectos económicos («derecho a dos tercios de sueldo y al abono de todo el tiempo a todos los efectos», art. 44).

5) La supresión de plaza supone una excedencia forzosa (art. 57 del Reglamento de Funcionarios Locales y 44 del de Funcionarios) que mantiene la relación de servicio con la modificación económica conocida. El artículo 59 del Reglamento Local prevé la posibilidad de que en lugar de quedar excedentes forzosos los funcionarios sean «adscritos a otros órganos similares». Todo ello demuestra la independencia entre las relaciones, ya que si así no fuera, es decir, si no pudieran vivir autónomamente, la supresión de una plaza llevaría sin más a la separación del servicio (causa total de extinción de la relación de servicio).

6) De la relación orgánica nacen derechos y obligaciones, tales como a actuar por el ente, la jerarquía administrativa (aunque pueda hablarse de una jerarquía escalafonal), ciertas gratificaciones que se pueden acreditar por el desempeño de la función; por ejemplo, Rectores, etc.; de la relación de servicio se desprende toda la carrera del funcionario (sueldo, ascensos, pensiones, etc.).

7) Se asciende en la relación de servicio y no en la orgánica, aunque lógicamente el aumento de categoría funcional lleve consigo el cambio de órgano al que se sirve (la organización, por un lado, está de acuerdo con la categoría de los funcionarios que han de cubrirla, es decir, que a mayor categoría mayor altura del centro de competencias al que se sirve).

8) No siempre está de acuerdo la terminología de servicio con la orgánica: así, por ejemplo, cuando se habla de Capitanes generales se está refiriendo al matiz del órgano que se recubre (Capitanía General), pero no a la relación del titular o de servicio, ya que su categoría es inferior (Teniente general).

9) No es extraño tampoco el ver cómo hay funcionarios de inferior categoría que son titulares de órganos superiores y, por lo tanto, son

superiores jerárquicos de otros de mayor categoría. Así, por ejemplo, por no citar sino un caso entre muchos, el artículo 22 del D. de 30 de marzo de 1951 sobre personal de la Dirección General de Sanidad, al referirse a la provisión de cargos de confianza, dice que «serán provistos por concurso de méritos, siendo preferentes... a) la superior categoría administrativa efectiva y personal...». Con esto se quiere decir que la relación de servicio juega solamente como un dato más a valorar entre los méritos, y por ello es perfectamente posible que un Jefe Provincial de Sanidad, por ejemplo, tenga categoría inferior a la de otro funcionario destinado en su Jefatura que está sometido a él por vínculo de jerarquía (que, como se dijo, enlaza órganos y titulares, no funcionarios).

10) En la relación orgánica se plantea el problema de si se actúa en cuanto *representante* o en cuanto *órgano*, y en la de servicio, por el contrario, se examina la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación de empleo (contrato o acto unilateral con situación legal y reglamentaria).

Con lo que queda dicho, está delimitado el campo de acción y la relevancia práctica de las relaciones en juego.

### C) *Formas de disociación de las relaciones.*

Ambas relaciones, la orgánica y la de servicio, suelen establecerse entre un ente público y un funcionario; pero hay casos de anormal constitución de las mismas. Ello puede suceder:

a) Porque, aun estableciéndose ambas con el mismo sujeto jurídico (por ejemplo, el Estado), sin embargo, la orgánica se dirige a un centro de competencias distinto de aquel que sería procedente teniendo en cuenta la de servicio.

La situación de excedencia activa prevista por el artículo 60 del Reglamento de Funcionarios municipales prevé este caso («cuando se sirva en plaza o cargo que no corresponda al Cuerpo a que pertenezcan»). Existen numerosos casos de disociación, dentro del mismo ente público, de las relaciones. Un ejemplo lo tenemos con el Cuerpo de Porteros de Ministerios civiles, regulado por L. de 23 de diciembre de 1947. Según dispone su artículo 2.º, dicho Cuerpo depende de la Presidencia del Gobierno, en cuyo presupuesto se consignarán los haberes del personal que lo integra y que percibirán por las habilitaciones de los centros a que

se hallen adscritos, siendo de la competencia de los respectivos centros, Ministerios u organismos la normalización del servicio del personal que tengan afecto.

Esta disociación produce efectos interesantes: la excedencia es de competencia del Ministerio al que se está adscrito (relación orgánica) (art. 16); la vuelta al servicio activo pertenece a la Presidencia (art. 18); las licencias competen al Departamento respectivo (art. 20); también la jubilación (art. 22), y en cuanto a los ascensos, existe una competencia bifronte según donde se sirva, correspondiendo, por último, las sanciones al Departamento en que se presta el servicio (art. 77 y ss.).

También puede pensarse en la situación anómala de ciertos funcionarios técnicos, como los Ingenieros de Montes y Ayudantes de Montes, Ingenieros agrónomos y Peritos agrícolas, al servicio del Ministerio de Hacienda para las funciones catastrales: mantienen un estrecho lazo con el escalafón de origen, al que siguen perteneciendo, pero se disloca la relación orgánica dependiente de Hacienda (lo que tiene relevancia en el momento de la responsabilidad disciplinaria, caso distinto de los Abogados del Estado, que dependen en todo momento de Hacienda). Asimismo, la Guardia civil disocia internamente las relaciones (entre Gobernación y Ejército, fundamentalmente).

b) Pero a veces esta disociación no es puramente interna, sino que se da entre diversos sujetos de derecho. Es decir, que, manteniéndose la relación de servicio con el Estado, por ejemplo, la orgánica pertenece a otro ente público: es el caso de los llamados Cuerpos Nacionales de Administración local (Secretarios, Interventores, Depositarios), así como el personal contemplado por el Reglamento Sanitario local.

A esta última disociación es a la que vamos a dedicar lo que resta de este estudio.

### III.—LA PRIVACIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO.—COMO TUTELA INDIRECTA DE LOS ENTES DESCENTRALIZADOS.

#### a) *La autonomía.*

Entendida como autonormación, la autonomía ha atravesado etapas diversas en su configuración. Se ha hablado de autonomía al tratar de

la descentralización política (una especie de poder legislativo), y se ha hecho también al hablar de la descentralización administrativa. No vamos a estudiar la evolución del concepto ni su diferencia de la autarquía (autoadministración) y del *self-governement* (libertad local en cuanto a las personas administradoras); sólo nos interesa poner de manifiesto cómo el concepto actual de autonomía se encuentra *torpedeado e integrado* por la idea total del Estado. Hoy no se puede ya hablar de autonomía indicando personas jurídicas que incluso pueden actuar «contra el Estado»; se engloban los entes descentralizados en lo que se llama administración indirecta, para distinguirla de la orgánica o directa. Desde este punto de vista, se entiende por descentralización administrativa (a la que no se amolda bien la idea de autonomía, de un carácter más político) el «aumento de la esfera de competencias de la administración indirecta del Estado», pero que «siempre siguen siendo del Estado, por lo que existe un enlace entre los sujetos a través de la tutela» (24). De esta manera se entiende la descentralización como un fenómeno de «competencias de personas diferentes» (25). La autonomía municipal, por ejemplo, es sencillamente esto: un concepto administrativo y no político (25 bis).

La última posición sobre la autonomía la considera como un concepto puramente organizatorio (26). Ello quiere decir que la autonomía existe siempre y cuando hay una «independencia derogatoria» de lo general. Este concepto es restrictivo, ya que dentro del mismo Estado puede hablarse de autonomía (contable, financiera, administrativa). Pero ello demuestra cómo se ha ido caminando hacia un sentido apolítico de la autonomía y, recíprocamente, cómo el ataque a las libertades políticas locales no supone merma de la autonomía.

Este fenómeno centralista se manifiesta a través de las tendencias actuales del régimen local (27).

(24) GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, 1950, pág. 32.

(25) Id.: *op. cit.*, pág. 101.

(25 bis) DÍAZ Y DÍAZ CANEJA, en sus *Notas sobre Régimen municipal*, 1944, páginas 165 y ss., se extiende en consideraciones sobre la autonomía y el centralismo, insistiendo en el absurdo que es el contraponer los intereses locales y los generales. «Relación y enlace adecuado entre ambos», es la solución. «Los intereses generales y locales —dice— jamás son ni pueden ser en realidad contrapuestos, porque en sí se trata de un mismo interés o de intereses en el fondo siempre coincidentes.»

(26) GIANNINI: *Autonomia. Lezioni di Dir. amm.*, págs. 164 y ss.

(27) JORDANA DE POZAS: *Tendencias europeas actuales del Régimen local*, 1949

Los caracteres de este centralismo se denotan por :

- 1) Tendencia a la nacionalización (en el sentido de estatización de servicios).
- 2) Una actuación simultánea entre personas distintas en muchas materias (Sanidad, por ejemplo).
- 3) Una burocratización de los funcionarios locales.
- 4) Una no total separación de las haciendas, teniendo que soportar las locales numerosos gravámenes generales.

Se ha puesto de manifiesto cómo este debilitamiento del concepto clásico de autonomía se debe al problema de las haciendas locales. Sobre el Municipio pesan gravámenes de la Administración del Estado. Por no citar sino algunos: las Juntas periciales, de censo, reclutamiento del ejército, defensa pasiva, suministros del ejército, guardia civil, amillaramientos, libertad vigilada, depósitos carcelarios, cargas de material en la enseñanza, etc. (dejamos aparte las cargas de sueldos a personal sanitario, que constituyen verdaderas obligaciones municipales, por lo que luego se dirá). Pues bien, esto constituye una forma de «colaboración» con el Estado. El poder central no puede asegurar la totalidad de las cargas administrativas; tampoco quiere descentralizarlas en cuanto a su función: para ello traslada tan sólo la carga material del mantenimiento, permaneciendo el servicio en el Estado. Por ello hay que separar cuidadosamente lo que constituye traslado de competencias de lo que es sólo traslado de cargas. La *colaboración* entre Estado y entes locales (por referirnos tan sólo a la descentralización territorial) reviste dos formas (28):

A) Puramente material de los entes locales, siendo el Estado el solo gestor del servicio (son los casos anteriormente enumerados).

B) Servicios mixtos por absorción del Estado, pero teniendo los entes no sólo cargas materiales, sino competencias propias. Estos servicios se diferencian, no obstante, de los que son únicos del ente: así, por ejemplo, el servicio sanitario y de asistencia es diferente del régimen de parques y jardines. Estos servicios mixtos suponen una gran complejidad por la intersección de distintas personas jurídicas a quien imputar

---

(28) Vid. la publicación del Centre de Recherches Administratives de la Fondation Nationale de Sciences Politiques sobre *La position des Pouvoir Régionaux et Locaux en presence du Pouvoir Central*, debido a los Letrados del Consejo de Estado francés MALEVILLE, MARCHANDISE y TRICOT, 1947, págs. 62 y ss.

la actividad desarrollada. Podría trazarse un cuadro esquemático en este sentido:

- 1) Cargas materiales del ente y servicio sólo del Estado.
- 2) Servicios mixtos.
- 3) Servicios únicos del ente.

Ya se verá la importancia de la clasificación, a los efectos de la responsabilidad.

La primera forma de colaboración es repudiada por los entes locales, que se ven privados de la dirección de un servicio cuyos gastos soportan. La L. de 3 de diciembre de 1953 sobre Haciendas locales, en su Base adicional 4.ª, establece la desgravación de las cargas que pesan sobre los Municipios y Provincias: esta desgravación se refiere «TAN SÓLO A LOS SERVICIOS DEL ESTADO COSTEADOS EN TODO O EN PARTE POR LAS CORPORACIONES LOCALES», es decir, a los de la primera clase de colaboración; pero no así respecto de los mixtos ni propios. Por ello el Reglamento Sanitario local continúa con el sistema de aportación de sueldos a la Mancomunidad Sanitaria para pago del personal sanitario: ello demuestra, y después hemos de hacer uso de lo dicho, que el servicio de la sanidad sigue teniendo un matiz municipal, a pesar del estatismo que lo envuelve: se paga por tener competencia, no sólo por ser una carga material.

b) *La tutela indirecta (29).*

Paralelamente a la tutela clásica (sobre la organización y sobre los actos), se ha desarrollado recientemente la tutela indirecta: el Estado ha multiplicado sus servicios nacionales extendiendo su competencia. Lo primero ha sido dotar al personal local de un «status» de equiparación en cuanto a garantías al personal estatal. Pero ha ido más allá el Estado: ha adoptado la «estatización de carreras». En Francia existen ejemplos de ello con la Policía, que en un gran número de Municipios se ha integrado en la Policía Regional del Estado (Decreto de 20 octubre 1935, L. 31 diciembre 1935, art. 61; L. 23 abril 1941), personal de los museos de las Corporaciones municipales (Ordenanza de 31 de julio de 1945.

(29) Op. cit. en nota anterior, págs. 5 y 42 y ss.

D. 31 agosto 1945), etc. Los órganos de los entes locales pueden ordenarles la ejecución de ciertos actos de interés local, pero «evidentemente no tienen la misma autoridad respecto de ellos que la que tienen sobre sus propios funcionarios» (30).

También en Italia tienen planteado el problema de la dualidad de relaciones vinculadas a distintos entes. La L. de 13 de diciembre de 1928 estatizó a los Secretarios municipales, y la de 27 de junio de 1942, a los provinciales. Asimismo, es peculiar la posición del «oficial sanitario», funcionario del Estado, con dependencia orgánica municipal (31). La L. de 27 de diciembre de 1941 creó el Cuerpo nacional de extinción de incendios (32), arrancándolo de la competencia municipal.

#### IV. EL PROBLEMA EN ESPAÑA.

No es desconocida en España la ruptura entre la relación orgánica y la de servicio, entablándose con sujetos diferentes.

Dos clases de funcionarios van a ser objeto de nuestro estudio: de un lado, los llamados Cuerpos Nacionales de Administración local, y de otro, los funcionarios sanitarios locales.

Interesa, sobre todo, calificar jurídicamente la posición de los mismos para extraer finalmente las consecuencias precisas en lo relativo a la responsabilidad de la Administración, tal y como decíamos al principio de este trabajo.

##### A) *Los Cuerpos Nacionales de Administración local.*

Los Cuerpos de Secretarios, Interventores y Depositarios de fondos han sufrido una interesante evolución que no escapa a una crítica a quien sigue estos problemas de cerca.

El proceso de estatización se inicia con una tendencia levemente controladora.

(30) *Id.*: *op. cit.*, pág. 5.

(31) ZANOBINI: *Corso*, vol. V, págs. 75 y ss.; MOCCHI: *Lo stato giuridico dei sanitari degli enti locali*, 1937, págs. 19 y ss.

(32) CHIAPPELLI: *La posizione degli appartenenti al Corpo Nazionale dei vigili del fuoco nei confronti dell'amm.*, «Nuova Rassegna», abril, 1953.



Secretarios.

a) *Antes de 1924.*—La etapa anterior al Estatuto municipal (y al provincial respecto de los de Diputaciones) es de gran desconcierto. Con anterioridad a la Constitución de 1812, el cargo de Secretario no era burocrático, siendo de duración anual y de revocación *ad nutum*. La Constitución, en su artículo 320, estableció que cada Ayuntamiento tendría un Secretario, pero no constituían Cuerpo organizado. Con la Ley de 1877 se le considera como un cargo de confianza y, por lo tanto, amovible. Desde este momento, las luchas políticas, que no cesaban durante todo el siglo, se acentúan y envuelven a los funcionarios, hasta el extremo de que se levantan voces en España y en el extranjero para tratar de dotar de ciertas garantías las carreras (33); en España se confecciona el Reglamento de 1900, obra de Dato, pero que no llega a cuajar en una realidad práctica. Esta primera etapa es de libre designación y libre remoción por las Corporaciones (34).

b) *El Estatuto municipal y el provincial* marcan un momento definitivo en la organización de la carrera. Este cambio supone el considerarla como llena de derechos a los destinos (en propiedad), garantizando el ingreso y el nombramiento, determinando las funciones, otorgando una retribución decorosa y estableciendo la inamovilidad, con las garantías para la destitución, del expediente y del recurso contencioso. Se ha sustituido la confianza por la competencia (35).

Se dicta el Reglamento de 23 de agosto de 1924 sobre los Secretarios, Interventores y empleados municipales, y el de 2 de noviembre de 1925 sobre los funcionarios y subalternos provinciales. Pero ambas disposiciones aún no han llegado a la estatización de carreras.

¿Qué instauran estos preceptos? La garantía de una mediana compe-

(33) Es importante, por la época en que fué escrito, el libro de MINGHETTI, en Italia, sobre *I Partiti Politici*; en él se plantea el problema de la inestabilidad funcional en relación con la política, deseando una independencia y una firmeza como la judicial, ya que, en caso contrario, no es posible una acción regular y continua de la Administración, que es lo que la separa en realidad de la política.

(34) Vid. ABELLA: *Régimen Local*, 1951, págs. 429 y ss.; BERMEJO: *Manual del Secretario de Administración local*, 1949, págs. 416 y ss.; CALLEGO BURÍN: *Manual de Derecho secretarial*, 1954, págs. 55, 28 y ss.; id.: *El Secretario local*, 1946; GASCÓN Y MARÍN: *La Administración provincial española*, 1942; etc.

(35) BERMEJO: op. cit., pág. 422.

tencia en dichos funcionarios se lleva a cabo a base de «asumir el Estado las riendas del escalafón», es decir, exigir lo mismo para el ingreso en el Cuerpo, pero dejando libertad a las Corporaciones para el nombramiento. Diríase que se les somete a prueba de aptitud como ocurre con cualquier título profesional o técnico y, una vez superada, se les da el «placet» para poder ser destinados. No supone, por lo tanto, este sistema el separar la relación orgánica y la de servicio, ya que lo que el Estado hace es limitarse a «vigilar» desde fuera la aptitud de los futuros funcionarios locales. Esto se deduce de los preceptos que siguen:

El Reglamento de 23 de agosto de 1924 determina, en su artículo 1.º, que el nombramiento de Secretario corresponderá a los Ayuntamientos previo concurso; se distingue netamente entre el «ingreso» en el Cuerpo y el «nombramiento» (a destino determinado); el primero se lleva a cabo por oposición, en Madrid o en capital de distrito universitario, con un programa único (art. 10), siendo la convocatoria publicada por la Dirección General (art. 11), y una vez terminada la oposición, el Ministerio de la Gobernación expide el título o certificado de aptitud (art. 18) (hasta aquí, las funciones del Estado son de vigilancia y control en orden a la competencia). Producida una vacante, se anuncia el concurso por la Comisión Permanente de la Corporación, comunicándose a la Dirección General para que lo publique, dirigiéndose las instancias indistintamente al Municipio o al Ministerio, comunicándose mutuamente el número de los aspirantes (art. 22), siendo el nombramiento de la competencia del Ayuntamiento por mayoría absoluta del número de concejales y por votación uninominal (art. 26); para poder optar a estos concursos es preciso acreditar que se «está en posesión del título de aptitud», es decir, que se ha aprobado el ingreso en el Cuerpo. La sanción de destitución (a no confundir con la separación: la primera supone extirpación de un destino, pero permaneciendo la cualidad de funcionario; lógicamente, tan sólo la destitución es factible para los Municipios que se limitan a destinar) se lleva a cabo por el Ayuntamiento con *quorum* especial (art. 49).

El Reglamento de 2 de noviembre de 1925 estableció en su artículo 19, la fusión de los Secretarios de Diputaciones y los de Ayuntamientos (equiparándose aquéllos a los de primera), siendo las oposiciones posteriores para el ingreso en los de Ayuntamiento extensivas para los de Diputaciones en su primera categoría. El nombramiento es de competencia de la Diputación o Cabildo (art. 24); no obstante, la intervención

del Estado aquí es mayor que en el Reglamento anterior, ya que, en el caso de que no se resuelva el concurso en treinta días, lo hace el Ministerio de la Gobernación. Esto no supone que se haya estatizado la carrera, sino tan sólo la existencia de un control sustitutivo por la inercia de la Corporación. Las sanciones son competencia de estas mismas (artículo 38).

Lo dicho basta para aseverar nuestra afirmación de que los Reglamentos del 24 y del 25 que ejecutaron los Estatutos provincial y municipal no instauraron la estatización del secretariado, y si solamente exigieron un especial título de aptitud para poder optar a dichos cargos, separando entre el ingreso en el Cuerpo (que aquí es más bien obtención del citado título) y el nombramiento a determinado destino. La carrera del funcionario estaba dirigida en todo por las Corporaciones locales.

c) *La Ley municipal de 1935* (31 de octubre) continúa con la vigilancia estatal en orden a la competencia del Secretario, sin intervenir directamente estatizándolo. El nombramiento (a destino determinado, a no confundir con el nombramiento de funcionario), continúa de la competencia municipal (art. 159), pero ya no sólo por concurso entre personas con el título de aptitud, sino también por oposición; el artículo 160 es expresivo en este particular al establecer que «cuando existan Cuerpos o escalafones de funcionarios formados por el Estado no podrán concurrir a las oposiciones o concursos otras personas que las incluídas en ellos y dentro de su categoría» (se refiere también al personal sanitario, que estudiaremos más adelante); se da el carácter de Cuerpo nacional a los Secretarios de Administración local (art. 171), se sigue distinguiendo entre el ingreso y el nombramiento (art. 172); el nombramiento se llevará a cabo por oposición o concurso entre las personas que, teniendo la categoría requerida, formen parte de los escalafones nacionales (art. 17): con ello se da la duplicidad de oposiciones, una para ingresar y otra para ser nombrado. Las sanciones disciplinarias siguen en manos de las Corporaciones (arts. 193 y 195).

El sistema expuesto es un paso gigantesco en la organización de la carrera, pero no escinde la relación de servicio y la orgánica, entablándose todavía ambas con las respectivas Corporaciones.

### *Interventores.*

Procedentes de los antiguos Contadores, tuvieron un Reglamento de 18 de marzo de 1897, pero ni el nombre ni la verdadera organización les vino hasta el Estatuto municipal. El Reglamento de 23 de agosto de 1924 les da un «status» similar al de Secretario. El ingreso se verifica de la misma forma (título de aptitud, art. 65), el nombramiento también, así como las sanciones disciplinarias (art. 89). El Reglamento de 2 de noviembre de 1925 hizo lo mismo respecto de los provinciales (art. 43), y lo mismo mantuvo la Ley de 1935.

### *Depositarios.*

Cargo que fué inicialmente de confianza por sus especiales características, se organizó en Cuerpo por R. D. de 10 de junio de 1930. El artículo 14 exige un título de aptitud, como los Cuerpos anteriormente estudiados, siendo el nombramiento también como aquéllos.

d) Hasta la *vigencia del nuevo régimen* jurídico establecido por el Nuevo Estado, no puede decirse que se hubieran *estatizado* las carreras de Secretarios, Interventores y Depositarios. El Estado se había limitado a vigilar la competencia de estos funcionarios, y al mismo tiempo les garantizaba un «status» adecuado a su calidad de empleados locales. Esto se hacía por favorecer los propios intereses de los Cuerpos, que se veían así mejor amparados, y al mismo tiempo para la mejora del interés público con la aptitud acreditada de dichos funcionarios.

Las tendencias estatizadoras se manifiestan con la O. de 15 de julio de 1940, que autorizó a la Dirección General de Administración local a confeccionar los escalafones de dichos Cuerpos, y, sobre todo, con la Ley de 23 de noviembre de 1940, en cuyo artículo 1.º se establece que «para proveer vacantes de Secretarios de 1.ª y 2.ª, Interventores y Depositarios se anunciarán por la Dirección General en virtud de Orden previa del Ministerio. Dichos concursos serán resueltos por *ella*, previa audiencia de las Corporaciones respectivas y a propuesta de un Tribunal calificador». La Ley de 14 de octubre de 1942 extendió esta competencia respecto de los Secretarios de 3.ª categoría.

Desde este momento, la intervención central es cada vez mayor en lo que a este personal se refiere: ya no sólo se les mejora y garantiza, sino que además constituyen un control fuerte sobre las Corporaciones, las más de las veces carentes de personal competente en materia administrativa y fiscal.

La Ley de 16 de diciembre de 1950 organizó totalmente los Cuerpos nacionales de Administración local, en sus artículos 338 y siguientes. El ingreso se lleva a cabo por oposición y a través de la Escuela Nacional de Administración y Estudios Urbanos, y el nombramiento es también de la competencia del Estado, habiendo desaparecido aquella dualidad de los preceptos anteriores (arts. 338 y 339 de la Ley, y 190, 193 y siguientes del Reglamento de Funcionarios de Administración local de 30 de mayo de 1952) (36).

La estatización de los tres Cuerpos citados se infiere de la lectura de la Ley y Reglamentos locales: ya no sólo es vigilancia, sino asunción de las vicisitudes de carrera. Así, por ejemplo, las situaciones administrativas son declaradas por la Dirección General (apartado *b*) del artículo 72 del Reglamento), los nombramientos le competen a ella (vid. anteriormente), escalafón único para dichos funcionarios (art. 15, núm. 2.º), las sanciones disciplinarias se reparten entre el Estado y la Corporación, correspondiendo a aquél la imposición de las más graves (destitución y separación del servicio). Es decir, que la relación de servicio, tipificada por la carrera del funcionario, es netamente estatal, manteniéndose la orgánica, en cuanto al destino, frente a la Corporación.

La situación de estos funcionarios es, pues, dual: *a*) mantenimiento de la relación de servicio con el Estado, y *b*) de la orgánica con el ente público de que se trate.

*e*) ¿Razones de la estatificación? Se han dado muchas explicaciones al fenómeno que se examina. Generalmente se sostiene que fué el control de los entes locales el que indujo a la estatización (37). De esta

---

(36) Existe un cuerpo nacional del que no se puede decir que escinde la relación orgánica y la de servicio: es el de Directores de Bandas de Música. El ingreso se lleva a cabo por oposición, y el nombramiento corresponde a las Corporaciones (artículo 217 del Reglamento); el sistema es semejante al que respecto de los demás cuerpos hoy estatizados había instaurado el régimen jurídico anterior a la Ley actual.

(37) ZANOBINI: *Corso*, vol. III, pág. 291, 1949; VITTA: *Diritto amm.*, pág. 205, vol. II, 1950.

manera era más sencillo el influir en la marcha de dichas Administraciones autárquicas (38).

En este mismo sentido se manifiesta GALLEGO BURÍN (39).

Pero al mismo tiempo se observa la mejora de las carreras de los citados Cuerpos, ya que el Estado sustituyó la primitiva discrecionalidad (y, lo que era peor, la arbitrariedad) por una reglamentación tajante y una competencia superior.

En realidad, jugaron factores de diversa índole. El Consejo de Estado italiano, en una resolución dictada en sesión general el 15 de mayo de 1952, se planteó el problema de los Secretarios comunales, también estatizados, y estableció que las razones de la estatización habían sido: *a)* el sustraerlos de las influencias locales (ambiental); *b)* el aumentar el control estatal; *c)* fortalecer la responsabilidad por la observancia de las leyes, y *d)* independizarlos en todos los sentidos.

Ya anteriormente dijimos que la estatización no pugnaba totalmente con el concepto de autonomía. Esta no es un concepto abstracto ni absoluto, ni, por lo tanto, el Estado se desinteresa de ella. El control «in loco» se lleva a cabo a través de los Cuerpos nacionales.

f) *Calificación jurídica de estos funcionarios.*—Pero quizás el problema fundamental que ellos nos plantean sea el de su cualidad jurídica, o, mejor aún, el de la calificación funcional de los componentes de los mismos Cuerpos. ¿Son funcionarios locales (de la Provincia o el Municipio), o son funcionarios estatales?

El artículo 1.º del Reglamento de Funcionarios locales dice que «serán funcionarios de Administración local los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan en las entidades u organismos que la constituyen servicios de carácter permanente, figuren en las respectivas plantillas y perciban sueldos y asignaciones fijas con cargo a los Presupuestos respectivos».

(38) GASCÓN Y MARÍN: *Administración provincial española*, pág. 179, 1942: «... a medida que se va mermando la idea de autonomía para sustituirla por la autarquía, ¿por qué no habría posibilidad de realizar una inspección, una más adecuada fiscalización de los actos de las autoridades provinciales y municipales, teniendo algunos de los funcionarios que dirigen esa administración en relación directa con la Administración central y teniendo carácter no de funcionarios locales, sino estatales?...»

(39) *Proceso del carácter nacional de los Cuerpos de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración local*, «Rev. de Estudios de la Vida Local», núm. 59, pág. 698: «El Estado quiso hacerse controlador de la actividad jurídica y económica de las Corporaciones.»

Parece que quiere calificar a los funcionarios por las notas que cita, entre ellas por el percibo de los haberes. Sin embargo, la solución no es tan sencilla como se cree. En España se ha planteado el problema, aunque no de manera directa, sin darse cuenta de la importancia que ello tiene nada menos que en el momento de la responsabilidad de la Administración (patrimonio responsable, según dicen los franceses). BERMEJO, por ejemplo (40), dice que el problema es si «de jure» son funcionarios del Estado, ya que «de facto» son locales, y opina que son funcionarios del Estado sin dejar por ello de ser locales en cuanto al «locus» de la prestación de los servicios. Realmente esto es tener un concepto «físico» de la organización administrativa. El «locus» de prestación de servicios no es índice de cualificación jurídica, sino por y para quien se actúa, sin importar en donde sea; lo contrario sería atentar contra la desconcentración (orgánica y funcional); para esta opinión, el Gobernador civil sería un «funcionario local», pues actúa en una demarcación local y, sin embargo, aun cuando su regulación por motivos prácticos se haga en la Ley de Régimen local, es un funcionario estatal desconcentrado (41). GALLEGO BURÍN (42) dice que el Secretario es tan funcionario estatal, o más, que local; la realidad de una naturaleza no se distingue por el nombre que se le dé, sino por la función que realiza efectivamente. El Secretario —dice— es polivalente. En otro lugar (43), afirma que, «quiérase o no, lo que imprime carácter es la cualidad, y ésta es especialmente local por encima del gran volumen...». ABELLA (44) dice que su vínculo administrativo, con excepción del aspecto económico, puede decirse que es más fuerte del lado de la Administración central que local. ZANOBINI (45) afirma que se trata de funcionarios del Estado, pero en el ejercicio de sus funciones continúan siendo órganos de los entes locales. VITTA igualmente se plantea el problema de esta forma anómala de empleo público (45 bis): por un lado, el nombramiento es estatal, y por el otro, la retribución es local. Pues bien, de estos dos índices, considera atractivo el del nombramiento,

---

(40) *Manual del Secret. de Adm. local*, págs. 422 y ss.

(41) Sobre la irrelevancia del lugar en cuanto al concepto de desconcentración y descentralización, vid. SANTI ROMANO: *Il decentramento amm.*, 1950.

(42) *El Secretario local*, 1946, pág. 126.

(43) *Manual de Derecho secretarial*, 1954, págs. 28 y ss.

(44) *Régimen local*, 1946, pág. 30.

(45) *Corso*, vol. III, págs. 290 y ss.

porque con el mismo se acentúa más la relación con un determinado ente.

El Consejo de Estado francés, en dos resoluciones de 4 de abril de 1952 y 23 de junio de 1953, ha sentado la siguiente doctrina (46): «La cualidad de agente municipal resulta de la *naturaleza de la función* (servicios municipales explotados a título permanente), del *modo de nombramiento* (a título subsidiario) y *régimen de trabajo* (por un Reglamento interno municipal).

El Consejo de Estado italiano se decidió por la solución de VITTA en la resolución de 20 de mayo de 1948 (Sección 5.ª) (46 bis), pero últimamente ha expuesto una original doctrina (vid. más adelante).

También MOCCI (47), al hablar de los funcionarios sanitarios, afirma el carácter híbrido de numerosos de ellos. No hay duda —dice— de que se trata de empleado municipal (se refiere al Oficial sanitario), puesto que de él (el Municipio) recibe la remuneración; pero, al mismo tiempo, el Oficial sanitario es funcionario del Estado en cuanto a su nombramiento y carrera en general, existiendo, por lo tanto, una doble jerarquía sobre ellos en relación a su doble función. Esta opinión fluctuante se mantiene también por otros autores (48): se afirma que la función es poliédrica, y por ello referente a varios entes, y no se agota en el cumplimiento del oficio.

SARACENO (49) considera al Secretario como el *supremus moderator* de la Administración local, y la estatización, como productora de confusión en doctrina, por la ambigua posición de los funcionarios; en jurisprudencia se distingue entre «equiparación» e «identificación» a funcionarios estatales. Por ello considera que más que identificación existe una equiparación por motivos ambientales locales, pero no para darles una situación jurídica determinada idéntica a los verdaderos funcionarios del Estado. Más adelante afirma que son funcionarios del Estado porque su carácter y función miran a un fin superior.

---

(45 bis) *Dir. amm.*, 1950, vol. II, págs. 204 y ss.

(46) Vid. *Com. de WALINE*, en «Revue du Droit Public», abril-junio 1953, núm. 2, págs. 449 y ss.

(46 bis) Vid. *Giur. italiana*, 1949, III, pág. 4.

(47) *Op. cit.*, págs. 19 y ss.

(48) Vid. *L'autonomia locale e il Segretario comunale visti da un giurista, da un Sindaco e da un Segretario comunale*, en «Nuova Rassegna», 1953, febrero, pág. 250.

(49) *La figura giuridica del Segretario comunale e provinciale nel quadro della legge de statizzazione*, en «Nuova Rassegna», junio 1952.



Pueden verse también los artículos de ZANOBINI (50) y FABBRI-CHESI (51)

La posición del Consejo de Estado italiano a que nos referíamos anteriormente se expone en la decisión de la Sección 5.<sup>a</sup> de 4 de febrero de 1950. Se planteaba el problema de la readmisión de un Secretario provincial separado en virtud de depuración y que posteriormente, en revisión del expediente, consiguió de nuevo ser reingresado. Afirma, tras otras cuestiones ajenas a nuestro estudio, que la figura del Secretario constituye una *relación de tres sujetos*, y es característica de esta forma anómala de empleo que los derechos y obligaciones de la Administración hacia el funcionario se dividan entre el Ministerio del Interior y la Provincia, con prevalencia, sino exclusividad, en el primero, de los «poderes» y en la segunda, de los «deberes», estando la Provincia, además, frente al Ministerio en relación de «sujeción». El sistema puede considerarse lesivo de la autonomía (*de iure condendo*), pero mientras ello no varíe es a la Provincia a quien compete impugnar el nombramiento de Secretario. Se plantea, además, el problema de la competencia del Alto Cuerpo jurisdiccional en esta clase de empleados, afirmando que entra dentro de la competencia exclusiva, ya que se trata de «funcionarios del Estado a todos los efectos» (52).

La posición de los funcionarios estudiados es verdaderamente original; ahora bien, esta teoría expuesta por el Consejo italiano no nos parece exacta. No se trata de una relación de tres sujetos, sino de una «separación de las dos relaciones» que ligan a todo funcionario: la orgánica, que se mantiene con el ente local en cuanto que se recubren órganos locales autárquicos, y la de servicio, que se liga al Estado. Esta es la base de aquélla y es la que contempla la carrera íntegra del funcionario, excepto el sueldo. Pero la percepción del sueldo no es índice suficiente (ni necesario) para cualificar a un funcionario de local. Hay funcionarios que no reciben sueldo (por ejemplo, el cobro mediante arancel), sin que dejen de ser funcionarios (claro que para algunos efectos sus derechos se-

(50) *Osservazioni sulle norme costituzionali relative al controlli sugli enti locali*, «Nuova Rass.», enero 1951.

(51) *Segretari comunali e provinciali*, «Nuova Rass.», abril 1952.

(52) ZANOBINI, *Corso*, vol. II, pág. 182, al plantearse el problema de la competencia exclusiva, dice que una «posición particular es la de los Oficiales sanitarios y Secretarios locales, ya que, si bien son dos órganos del ente autárquico, se califican empleados estatales, siendo sus recursos de competencia del Consejo de Estado».

rán distintos, es decir, para aquellos derechos de carácter económico, por ejemplo, derechos pasivos), y por lo mismo un funcionario puede ser estatal sin percibir sueldo del Estado, sino de otro ente.

Para nosotros, los funcionarios de los Cuerpos nacionales de Administración local (con excepción de los Directores de Bandas de Música, que ya citamos) son funcionarios del Estado, al que se ligan por una relación de servicio; y, en un segundo momento, recubren un órgano de un ente local, apareciendo la relación orgánica.

g) *El contencioso funcional en este tipo de relaciones.*—Antes de dejar esta materia de los Cuerpos nacionales, queremos poner de manifiesto un caso que puede presentarse (y de hecho se ha presentado): sabemos que las sanciones de destitución y separación del servicio de los funcionarios del Estado que sirven en la esfera autárquica territorial corresponde a la Dirección General de Administración local (es decir, al Estado). Sabemos también que el recurso contencioso-administrativo de un funcionario (y también el de agravios) tiende, en caso de estimación, a una «total reintegración en la situación anterior al acto administrativo anulado o revocado», reintegración que será moral, pero también, y sobre todo, económica (es decir, el cobro de haberes no percibidos). ¿Quién deberá de satisfacer dichas cantidades en el caso de que la sanción de destitución o separación impuesta por el Estado sea revocada por un recurso jurisdiccional? Los haberes son de cargo de las Corporaciones, pero en el presente caso la sanción se ha impuesto por el ente con el que existe la relación de servicio (idéntico problema se plantea con el personal sanitario (52 bis)).

El Consejo de Estado italiano resolvió el caso planteado: la Sección 5.ª, en la decisión de 22 de octubre de 1949 (53), estableció que «los sueldos atrasados del Secretario municipal readmitido en el servicio son de cuenta del Municipio en el que *servía* en el momento de la separación». No podemos participar de esta opinión.

---

(52 bis) El art. 408 de la Ley de Régimen Local dice que «cuando se declare indebida, por sentencia firme, la destitución de un funcionario, la Corporación hará inmediatamente efectiva al perjudicado la cantidad correspondiente a los haberes y remuneraciones dejados de percibir desde la fecha del cese hasta la de la efectividad posesoria». Este artículo parece que resuelve el problema, pero no es así. Habla sólo de destitución, mientras que el 336 habla también de separación; además, el art. 408 está contemplando el caso de los funcionarios estrictamente locales, y por ello impone tajantemente la obligación de ejecutar la sentencia anulatoria de la destitución.

Las razones que nos mueven contra ella son :

1) Se trata de funcionarios estatales. 2) La sanción es totalmente estatal.

¿Por qué tiene que soportar el ente local una carga económica por un acto estatal que los Tribunales especiales han anulado, es decir, han considerado ilegítimo? La responsabilidad en cuanto a los haberes atrasados es del Estado, y es él el que tendrá que soportar la carga de sus propios actos ilegales. Pero no podemos olvidar que en el procedimiento sancionador de los citados funcionarios el ente local tiene intervención. En efecto, pueden las Corporaciones (por los órganos competentes) ordenar la incoación del expediente (art. 115 del Reglamento de Funcionarios locales) y, sobre todo, deben «informar» en el trámite de resolución (art. 335, núm. 4 de la Ley de Régimen local, y 122, núm. 3, del Reglamento citado). Ello nos lleva a considerar que también la responsabilidad de la Corporación puede entrar en juego si el informe es favorable a la sanción. ¿Se tratará de responsabilidad subsidiaria o indirecta? (conceptos totalmente distintos). Creemos que sería una responsabilidad indirecta que conduciría, en todo caso, a un «cúmulo de responsabilidades»: una, en cuanto a la resolución se refiere, que es del Estado, y la otra, en cuanto al informe (declaración de juicio), que es del ente (54), cúmulo de responsabilidades que, naturalmente, no quiere decir cúmulo de indemnizaciones (55).

#### D) *Personal sanitario local.*

Hacer la historia de las profesiones que integran el citado personal sería hacerla de la Sanidad española. No es éste el lugar oportuno para ello, ni es nuestra intención; pero sí señalar, siquiera sea sucintamente, las vicisitudes experimentadas a través del siglo. Para ello es preciso señalar dos etapas: a) antes de la Ley de Coordinación sanitaria, y b) posterior a ella.

1) En el primer período, la Sanidad se encuentra en manos de las distintas Corporaciones fundamentalmente. Son ellas las que arbitran los

(53) *Rassegna di Dir. Pubbl.*, 1951.

(54) Vid., sobre el carácter responsable de la función asesora, CORDERO TORRES: *El Consejo de Estado*, 1944.

(55) Vid. WALINE: *Manuel*, etc...; LAUDABÈRE: *Traité*.

medios preventivos y represivos para su desarrollo, si bien bajo la vigilancia del Estado. Podemos llamarla época de la descentralización sanitaria. Pero este sistema no ha dado en ningún país el resultado apetecido. La Sanidad se ha manifestado como uno de los servicios públicos más trascendentales del Estado moderno (56). No era posible ni conveniente el abandono y atomización de dicho servicio en manos de las distintas esferas de la Administración. Por ello maduró y cuajó la Ley de Coordinación sanitaria de 10 de julio de 1934. Remitiendo a su exposición de motivos, queda explicada la trascendencia de dicha disposición, así como su necesaria promulgación. Ya antes de ella, las disposiciones dictadas en materia local hacían especial mención del personal sanitario; así, el artículo 103 del Reglamento de 23 de agosto de 1924 establecía que «subsistirán los actuales Cuerpos de médicos, farmacéuticos, veterinarios titulares. Se respetan los contratos existentes, nutriéndose los Cuerpos con los actuales y los que ingresen en el futuro».

2) La Ley de 1934 marca un paso decisivo en la Sanidad española. Por lo pronto, se crea en cada provincia una Mancomunidad sanitaria de Municipios para mejorar la organización de los servicios sanitarios y benéfico-sanitarios (base 1.ª), pero dejándolos en manos locales; así, dispone el artículo 3.º que «los servicios sanitarios y benéfico-sanitarios a que se refiere la presente Ley seguirán teniendo el carácter municipal, provincial o interprovincial, pero siempre en concepto de servicios complementarios de la acción sanitaria del Estado»; la Sanidad se considera como una función pública de colaboración reglada de actividades municipales, provinciales y estatales bajo la dirección técnica y administrativa del Estado. Como se ve, la descentralización del período anterior deja paso a una tutela fuerte, pero manteniendo aquélla en su estructura externa.

La base 19 estableció que por el Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión se dictasen los reglamentos de constitución y régimen de los Cuerpos de farmacéuticos titulares y de médicos titulares o de asistencia pública nacional, y la Ley de 27 de diciembre de 1934 ordenó la confección de los reglamentos del personal afectado por dicha Ley.

Esta es la labor fundamental que respecto del personal sanitario se

---

(56) Hasta el extremo de que ya en 1914 se hablaba de un derecho sanitario independiente de las demás ramas de la Administración. Vid. LESSONA: *Trattato Dir. sanitario*.

lleva a cabo a través de una reglamentación unitaria. Consecuencia de dicha disposición, se dictaron los Reglamentos de los Cuerpos citados, y la propia Ley municipal de 1935, en su artículo 161, se remitió a ellos al decir que «los funcionarios de las profesiones sanitarias se atenderán, en cuanto a su nombramiento, ceses y correcciones, a los Reglamentos dictados por los Ministerios de Trabajo, Justicia y Sanidad».

Los Reglamentos determinaron el régimen de los distintos Cuerpos, pero no supuso una estatización total en todos ellos. Veamos las diferencias.

a) *Inspectores municipales veterinarios*.—El 14 de junio de 1935, y como consecuencia de la Ley de Coordinación sanitaria, se dictó el Reglamento que escalafonó a los veterinarios titulares. El nombramiento correspondía a los Ayuntamientos o Juntas de Mancomunidad (art. 2.º), y las vacantes se cubrían por concurso (O. de 15 de enero de 1942) u oposición entre los pertenecientes al Cuerpo; y, por lo tanto, previamente se llevaba a cabo el ingreso en el mismo a través de un cursillo de capacitación (prácticas sanitarias, higiene bromatológica y ampliación de conocimientos zootécnicos) y la expedición de un certificado de asistencia (todo ello en manos del Estado) (art. 6.º). La resolución del concurso admitía un recurso de alzada (impropio, por supuesto) ante el Ministerio de Agricultura (art. 17); los sueldos eran de cargo de la Mancomunidad sanitaria (art. 33); la jubilación la declaraba el Ayuntamiento (artículo 34); las sanciones más graves competían al Ministerio de Agricultura y posible recurso contencioso. Este sistema se ha mantenido con las variantes introducidas por la O. de 17 de agosto de 1949: el ingreso se llevaba a cabo por oposición, convocándose tantas plazas como vacantes (para evitar la inflación de funcionarios en el escalafón); las vacantes se adjudican por el Ministerio de Agricultura por concurso de prelación entre pertenecientes al Cuerpo, menos el 50 por 100 de las de capitales de provincia o municipios de más de 50.000 habitantes, que se lleva a cabo por concurso-oposición (art. 3.º), estableciéndose la situación de «aspirante» desde el ingreso hasta la ocupación de plaza (art. 7.º).

Con lo dicho queda patente que el sistema del Reglamento de 1935 no estatizó la carrera, si bien el control fué grande. Es más, el artículo 5.º decía expresamente que «los veterinarios pertenecientes al Cuerpo serán funcionarios municipales desde el punto de vista administrativo, y en la parte técnica dependerán de Agricultura a través de la Dirección Gene-

ral de Ganadería y Jefes provinciales». No supuso, por lo tanto, el Reglamento la ruptura entre la relación orgánica y de servicio, manteniéndose ambas con el Municipio, y el Estado limitaba su actuación a una vigilancia que no entorpecía la normal marcha de la carrera. Pero a partir de la O. de 1949 las cosas cambian, pues ya el Estado se hace árbitro de la misma (así, por ejemplo, el art. 10 admite las permutas autorizadas por el Estado).

b) *Inspectores farmacéuticos municipales*.—También el 14 de junio de 1935, y por idénticas razones que el anterior, se dictó el Reglamento del Cuerpo. Pero aquí la intervención estatal fué mayor desde entonces. El ingreso se realizaba por oposición (art. 3.º) y el título lo expedía la Dirección General de Sanidad (art. 4.º); las vacantes se cubrían por concurso u oposición, según creyera el Ayuntamiento respectivo (art. 23), y el Estado, en virtud de su acción tutelar, se encargaba de nombrar, si transcurría un mes después de expirado el plazo de convocatoria del concurso sin haberlo hecho la Corporación (art. 29), los acuerdos del Ayuntamiento no eran ejecutivos hasta la aprobación de la Inspección provincial de Sanidad (hoy Jefatura provincial) sobre la legalidad del nombramiento; las sanciones eran tramitadas y muchas resueltas por una Comisión provincial de disciplina presidida por el Inspector provincial de Sanidad, y, en caso de destitución del cargo, el acuerdo no era ejecutivo si no era de acuerdo con la propuesta de la Comisión. Tampoco se llegaba a una estatización de carreras: ésta seguía estando arbitrada por la Corporación; la O. de 10 de mayo de 1940 confió a la Dirección General de Sanidad la concesión de excedencias, previa solicitud del respectivo Ayuntamiento, con lo que se agudizaba la intervención central.

c) *Médicos de Casas de Socorro y Hospitales municipales*.—Se reglamentaron por una O. de 15 de febrero de 1943, creándose dicho Cuerpo nacional a consecuencia de la Ley de Coordinación sanitaria (art. 1.º). Pero aquí se les califica de «funcionarios técnicos del Estado» (art. 4.º) que dependen, en el orden técnico y administrativo, de Gobernación (artículo 5.º); los sueldos se pagan por la Mancomunidad, creada en 1934.

El nombramiento para vacante corresponde al Ministerio de la Gobernación, y la toma de posesión se lleva a cabo ante el Jefe provincial de Sanidad (art. 22), y las sanciones corresponden al Jefe provincial o

al Ministro (art. 34). Aquí ya nos encontramos con un Cuerpo estatizado, pues el Estado dirige la carrera totalmente.

d) *Médicos de Asistencia Pública Domiciliaria*.—La O. de 29 de septiembre de 1934 reglamentó el Cuerpo, y también se les califica, como a los anteriores, de «funcionarios técnicos del Estado» (art. 2.º); los sueldos también corresponde pagarlos a la Mancomunidad. Pero aquí es aún mayor la estatización, ya que el Ayuntamiento pierde todas las facultades que tenía sobre ellos, y tan sólo se dejan a salvo las reglamentaciones especiales de las Corporaciones respecto a derechos pasivos siempre que sean favorables para los interesados (art. 19).

e) *Odontólogos, Matronas y Practicantes*.—El D. de 14 de junio de 1935 dictó el Reglamento de estos Cuerpos, y también se les considera como «funcionarios técnicos del Estado» (arts. 3.º y 4.º).

De esta rápida exposición de los puntos fundamentales que para nuestro estudio tienen los Reglamentos de los citados Cuerpos se deduce una falta de uniformidad: por un lado, los veterinarios y farmacéuticos que mantenían la relación orgánica y de servicio con las Corporaciones respectivas, limitándose el Estado a vigilar y exigir determinados conocimientos técnicos, como ya antes apuntábamos al hablar de los Cuerpos de Administración local en la reglamentación anterior a la Ley actual; por otro, los médicos de A. P. D. (antiguos), Casas de Socorro y los auxiliares sanitarios eran considerados como funcionarios del Estado, pero como, por otro lado, la Ley de Coordinación sanitaria decía que los servicios seguirían teniendo el carácter de municipales, provinciales o interprovinciales, se producía la ruptura de relaciones tantas veces citada.

### 3) *La Ley de Sanidad de 1944.*

El principio de la Ley de Coordinación sanitaria de que los servicios sanitarios locales se consideraban como complementarios de los estatales se fortalece en la Ley de Bases de 25 de noviembre de 1944. La Base única del título preliminar dice tajantemente que «incumbe al Estado el ejercicio de la función pública de Sanidad», y en el último párrafo de la misma Base se expresa que «la autonomía de las Administraciones locales queda subordinada a lo que se previene en la presente Ley. ¿Cómo hay que interpretar este principio? No supone la Ley de Bases una trans-

formación de la descentralización en desconcentración, sino más bien una modificación de la primera, que; siendo en un principio total, pasó a estar «vigilada» por la Ley de 1934 y que continúa con dicho carácter en la actual. La autonomía —ya dijimos antes—no es un concepto abstracto y absoluto, Por ello puede estar perfectamente reglada, y ello es lo que ocurre en la Sanidad. Con ello queremos decir que la Sanidad sigue siendo, «además de estatal», servicio «local», en el sentido autónomo del vocablo. Así, por ejemplo, la Base 24 nos habla de las obligaciones mínimas en el orden sanitario de los Ayuntamientos, lo mismo que el artículo 102 de la Ley de Régimen local. Se trata de verdaderas obligaciones locales. Remitimos a lo que dijimos anteriormente sobre la colaboración municipal a la labor estatal: no se trata aquí de una colaboración pasiva y material, sino activa, positiva y que, al llevarla a cabo la Corporación, cumple sus propios fines (son los llamados servicios mixtos).

Queda sentado el principio de la competencia local en materia sanitaria. Pero, en cambio, los titulares de dichos órganos han sufrido una total estatización. El artículo 4.º, párrafo 4, del Reglamento de Funcionarios de Administración local, determina que el «régimen de los funcionarios sanitarios será el que determinen las normas legales y reglamentarias sobre servicios locales de Sanidad». Como las disposiciones anteriores en materia de personal local, se hace excepción para este tipo híbrido de funcionario, pero que en el momento actual se refiere al D. de 27 de noviembre de 1953 («B. O.» de 9 de abril de 1954).

El Reglamento aprobado por el citado Decreto distingue entre los funcionarios provinciales (que quedan fuera de nuestro estudio, Tít. I) y el personal de los Servicios sanitarios municipales (Cuerpos generales). Adopta la terminología de Cuerpos generales en lugar de nacionales, como sucede con los Secretarios, Interventores, etc.

Los funcionarios quedan integrados en los siguientes Cuerpos: Médicos titulares, Médicos de Casa de Socorro y Hospitales municipales, Médicos tocólogos titulares, Farmacéuticos titulares, Veterinarios titulares, Odontólogos titulares, Practicantes titulares, Matronas titulares, y tienen la consideración legal de «funcionarios técnicos del Estado» (art. 30, apartado 2.º), «sin perjuicio de la dependencia jerárquica inmediata en que se encuentran con respecto al Alcalde, como funcionarios al servicio de la Sanidad local». Con ello se refuerza el argumento de la relación orgá-



nica local, mientras que la de servicio es totalmente estatal: por ejemplo, el ingreso se lleva a cabo mediante oposición con ocasión de vacante y a plazas determinadas (art. 109), el nombramiento corresponde al Ministerio de la Gobernación, que expide los títulos administrativos (artículo 134); la declaración de las situaciones administrativas compete a la Dirección General de Sanidad (art. 184); las sanciones corresponden en todo caso al Estado (art. 231).

Los haberes se pagan por la Mancomunidad normalmente, mediante ingresos de las Corporaciones; en algunos casos, el Estado ha asumido la carga; así, para las categorías 3, 4 y 5 de Médicos titulares el aumento señalado por la Ley de 17 de julio de 1948.

Los Cuerpos citados constituyen un ejemplo más de la disociación de las relaciones: son funcionarios del Estado (técnicos), pero orgánicamente se ligan a las Corporaciones en cuanto que desarrollan un servicio que, si bien es verdad que no se puede calificar totalmente de municipal, sin embargo es mixto, por interesar a la esfera central y a la autonomía local. Es cierto que en los Cuerpos expuestos la intervención municipal es nula en cuanto a la carrera del funcionario (lo que no ocurre, como hemos visto, con los funcionarios de los Cuerpos nacionales) (por ejemplo, no intervención en el procedimiento sancionador), limitándose en cuanto se refiere a los elementos indispensables para poder llevar a cabo la función sanitaria, pero ello no priva del carácter local de la misma, si bien fuertemente controlada y dirigida.

La calificación de funcionarios estatales, además de expresarse en el Reglamento, se desprende de lo que venimos diciendo en cuanto a la dirección de la carrera, no tratándose tan sólo de una vigilancia en cuanto a la competencia de ingreso. Los funcionarios sanitarios locales son funcionarios del Estado, pero su relación orgánica no es «totalmente estatal, sino que desarrollan competencias locales». Los dos índices para determinar cuándo se está en presencia de relaciones «trasladadas» son: en cuanto a la relación de servicio, la asunción total de carrera del funcionario, y en cuanto a la orgánica, el desarrollo de funciones propias del ente en el sentido de desarrollarlas en cuanto desenvuelve su propio fin institucional.

Es importante el considerar a la Sanidad como servicio municipal, a pesar de los controles (servicio mixto): ya antes hicimos referencia a la reciente Ley de Haciendas locales de 3 de diciembre de 1953, que des-

grava a las Corporaciones de las cargas estatales, y allí decíamos que se refería a las cargas materiales en las que el servicio era íntegramente estatal, pero no a las que suponían el desarrollo de propias competencias; pues bien, ello sucede con los sueldos de este personal (que no estén asumidos por el Estado), que, por tratarse de servicios municipales, no pueden sufrir desgravación. El Municipio debe seguir aportando a la Mancomunidad las cantidades, e incluso sería interesante determinar hasta qué extremo las aportaciones para el mantenimiento de los Institutos Provinciales de Sanidad deben de desgravarse o seguir pesando sobre el Municipio: se trata sencillamente de establecer su carácter municipal o menos (el problema es grave y real en cuanto a la buena marcha de los mismos se refiere).

La conclusión que procede, tras este examen de los Cuerpos nacionales de Administración local y sanitario local, es la de que nos encontramos con funcionarios de posición híbrida:

a) Por un lado, mantienen una relación de servicio con el Estado, ya que es él el máximo árbitro de sus carreras.

b) Por otro, se enlazan orgánicamente con los entes locales, en cuanto que desarrollan funciones de los mismos, y en algunos casos de naturaleza mixta, con el Estado.

Con ello no queremos traer a colación la distinción —trasnochada, a nuestro modo de ver— entre funciones propias y delegadas de los entes locales. Realmente, todas las funciones locales son «delegadas», en cuanto que el Estado las fija legalmente; pero sí queremos con ello recordar la diferencia que ya anteriormente hacíamos entre lo que son cargas materiales siendo la función estatal, lo que son funciones propias en cuanto que se desarrollan en la propia competencia, y funciones mixtas (vid. anteriormente).

#### V.—LA DISTINCIÓN DE RELACIONES Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

A) Es principio general, en materia de responsabilidad de la Administración pública, el que el daño causado —que cause un perjuicio real— sea imputable a la misma. Como quiera que actúa siempre a través de órganos, los cuales, según ha quedado dicho, están encarnados por sus

titulares funcionarios, es preciso que la actividad llevada a cabo por éstos se le impute a la misma. Por ello los requisitos necesarios para que se produzca este fenómeno jurídico de la imputabilidad son:

- 1) Que la actividad provenga de un órgano.
- 2) Que sea realizada en y para el servicio (acto de servicio).

Este último carácter constituye la base para distinguir la responsabilidad de la Administración y la personal del funcionario.

Su diferencia puede considerarse como una cuestión de hecho deducible caso por caso. Es célebre la distinción que hizo LAFERRIÈRE con su doctrina de «las pasiones personales»; «existe hecho de servicio (o acto de servicio) cuando —dice— el daño es impersonal y procede de un administrador más o menos sujeto a error», y existe acto personal cuando «aparece el hombre con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias» (57).

La doctrina fluctúa en la diferencia, si bien hacen entrar elementos «intencionales» o atienden a la «gravedad» de la falta (una especie de error inexcusable) (en este sentido, HAURIOT, JÈZE, DUGUIT); así se encuentran entre los hechos personales, a juicio de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, las faltas cometidas «fuera de la función», las «intencionales», las «graves», si bien de tal extrema gravedad que la hagan prácticamente intencional; y la jurisprudencia francesa, con su fina percepción, ha ido más lejos todavía: ha distinguido entre la falta personal y la falta o hecho penal, llegando a admitir que el hecho penal es imputable a la Administración (naturalmente, en cuanto a la sanción civil) (vid. Tribunal de Conflictos, 14 junio 1935).

Estas breves observaciones generales sobre el tema de la responsabilidad nos permiten entrar en otra de las dificultades mayores con que nos encontramos en el momento de actuarla. *No basta* con saber que la actividad procedió de un órgano de la Administración; *tampoco basta* con admitir que esta actuación es imputable a la misma por haber sido llevada a cabo en acto de servicio (al menos, formalmente) (58); una vez aceptados estos datos necesarios para que se responda, precisa indagar *quién debe de responder*.

Junto al momento estático de la responsabilidad (indagatoria sobre la actividad, sobre su imputabilidad, etc.), aparece el momento dinámico

(57) LAUBADÈRE: op. cit., pág. 467.

(58) Vid. ALESSI: *La respons. della pubblica amm.*, 1951. pág. 181.

co de la misma. Los franceses se plantean el problema del «patrimonio responsable». El principio general es el de que «es responsable el ente público del que depende el servicio que ha dado lugar al daño», pero este principio hay que esclarecerlo en cuanto nos encontremos con funciones mixtas.

Por ejemplo, piénsese en servicios explotados en común por varias entidades públicas; en actos organizados por varias de ellas, etc. En estos casos, la responsabilidad se divide entre todas ellas (el Consejo de Estado francés, en la decisión de 11 de agosto de 1922 y 18 de junio de 1926, declara la responsabilidad conjunta del Estado y el Municipio por daños causados con ocasión de unos fuegos artificiales organizados por el Estado y el Municipio en cuestión).

El caso se presenta con realismo impresionante en los casos de funcionarios «bifrontes», como el Alcalde, que es Delegado del Gobierno y Presidente de la Corporación, y, sobre todo, en los casos de disociación de relaciones, que es, en definitiva, lo que a nosotros nos interesa.

Veamos brevemente la solución en derecho extranjero.

1) En Italia la opinión constante es favorable en imputar, caso por caso, la actuación de estos tipos de funcionarios. Concretamente, en el caso del Alcalde («Sindaco»), se ha afirmado el criterio de la «utilitas» para que el daño sea imputable a un determinado ente. Así, se ha dicho, en relación con los decretos de urgencia del Alcalde, que «no pudiendo dudarse que (los citados decretos) tienden preferentemente a tutelar intereses que se desarrollan en la circunscripción comunal, los gastos y responsabilidades son del Municipio, aplicación lógica del principio de derecho de que la carga de un acto es para quien de él saca ventaja» (58 bis); más adelante se afirma que «los funcionarios de Sanidad, entre otros, aun prestando servicios de carácter e interés general, se desenvuelven en la esfera local de sus atribuciones, respondiendo los entes que actúan como auxiliares y por delegación, pero sin que dejen dichos servicios de ser locales en todo momento (59).

En Francia, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse numerosas veces en los casos de desdoblamiento funcional de los agentes de la Administración. Ya dijimos anteriormente que los servicios de

---

(58 bis) BONAUDI: *Dei provvedimenti d'urgenza del Sindaco*, en «Nuova Rassegna», septiembre 1952.

(59) Op. cit.

policía, entre otros, habían sido estatizados, y de aquí las dificultades de encontrar en cada caso el ente responsable (60).

En la decisión de 26 de octubre de 1938 admite la responsabilidad del Estado, porque «la recepción de las listas de candidatos para las elecciones legislativas, tal y como dice la Ley de 17 de julio de 1889, constituye un servicio de Estado y no entra ni en las atribuciones del Gobernador como representante de la colonia, ni en las del Alcalde como representante del Municipio; las faltas cometidas por el Gobernador o el Alcalde, con ocasión de la recepción de una lista de candidatura, no pueden conducir a una responsabilidad, ni del Municipio ni de la colonia».

En las de 24 de julio de 1936 y 29 de junio de 1937 mantiene el mismo criterio: «Los daños causados por los servicios de policía en los Municipios parisinos, llevados a cabo bajo la autoridad del Prefecto de policía, actuando en virtud de los poderes que le transfirió la disposición de 3 de Brumario, Año IX, en cualidad de representante del Estado, no pueden envolver la responsabilidad más que del Estado.»

Sin embargo, con posterioridad a la decisión citada, en materia de policía estatizada, el Consejo de Estado ha variado de rumbo, estableciendo que la «estatización no impide a los agentes de policía obrar en nombre del Municipio»; así, la decisión de 23 de febrero de 1951 (... «la misión que dichos agentes cumplían corresponde a las atribuciones de policía municipal que no fueron traspasadas al Estado por la Ley de 23 de abril de 1941...»), y en el mismo sentido, la de 11 de mayo de 1951.

En recientes decisiones mantiene el criterio de que para saber qué ente es responsable en el caso de agentes «prestados» de uno a otro (y lo mismo en los casos de estatización), hay que examinar «quién tiene autoridad sobre el agente» (decisión de 19 de junio de 1953), quién soporta los «gastos del servicio» (decisión de 17 de abril de 1953), quién explota «principalmente» el servicio (decisión de 12 de junio de 1953). Estos son índices que nos conducirán en cada caso a determinar *por cuenta* de quién actuaba el funcionario cuyo acto es imputable a la Administración.

2) El problema en el Derecho español está huérfano de regulación por la irresponsabilidad en que se encuentra sumida la Administración, ya que precisamente para que ésta responda ha de actuar a través de un «agente especial», es decir, fuera del «acto de servicio» normal, que

---

(60) Vid. «Recueil Sirey», años citados.

es el que veíamos generaba la responsabilidad en las demás legislaciones. (Dejamos aparte la Ley de Régimen local, que en esta materia marcha por delante de la general del Estado, así como tampoco nos referimos a aquellos Cuerpos legales que esporádicamente y para materias concretas tratan del tema.)

Queda debidamente sentado, por lo dicho hasta ahora, que la responsabilidad envuelve a aquel ente en cuya organización se incrusta el funcionario que actúa; es decir, que se actúe por cuenta de dicha entidad pública.

a) En el caso de los funcionarios estatales de Administración local, no cabe ninguna duda de que envuelven la responsabilidad del ente local. Razones: dentro de la responsabilidad cabe distinguir la directa y la indirecta (a no confundir con la subsidiaria). La primera procede siempre que se actúa en cuanto órgano y por ser órgano (es decir, titular del mismo). Por lo tanto, la responsabilidad del ente local es «directa» en cuanto que dichos funcionarios mantienen una relación orgánica con ellos. Todo lo dicho anteriormente respecto a su cualificación jurídica lo reproducimos en este momento.

b) Referente a los sanitarios locales, la cuestión se complica porque previamente a dilucidar quién debe de responder hay que indagar si la actividad técnica del funcionario es o no imputable a la Administración. En la nota (4) exponíamos algunas opiniones contradictorias: SANTI ROMANO y LESSONA, por ejemplo, opinan que no es imputable, mientras que ALESSI y ZANOBINI mantienen lo contrario (61). Para nosotros, y como principio general, la actividad técnica es imputable a la Administración, pues constituye una parte especial de la actividad jurídica que la completa y ayuda. Pero esto no quiere decir que toda ella sea verdaderamente estatal. Referente al caso de los sanitarios locales, hay que distinguir dos supuestos (62):

a') Hay casos en que la Administración se limita a poner a disposición del administrado el personal técnico necesario, sin tomar sobre sí la carga de la curación efectiva; por ejemplo, mantiene médicos, practicantes, etc., pero dejando libertad a éstos en cuanto al modo de actuación.

La actividad de la Administración se agota con hacer que el particu-

---

(61) Vid. nota 4 y bibliogr. ibrid. citada.

(62) ALESSI: *La respons.*, etc., pág. 373.

lar pueda encontrar a su disposición tanto el material como el personal técnico necesario. Consecuencia de ello es que la posterior relación, en cuanto a la curación, se lleva a cabo al margen de la Administración, de manera que, aun tratándose de funcionarios públicos, no ejercen función pública en «ese momento de la curación». No existe por ello responsabilidad directa ni indirecta (en interés del ente) de la Administración.

b') Pero a veces la actividad sanitaria admite otra forma, en la que la Administración asume la curación propiamente dicha. Es el caso de los hospitales, ambulatorios y, en general, cuantos «institutos» se dediquen a esta finalidad. Aquí sí que hay una relación de derecho público entre el usuario y el ente (una admisión al mismo instituto), hasta el extremo de que el funcionario permanece en un segundo plano. En estos casos de asunción de la curación sí que se debe de admitir la responsabilidad de la Administración (entes territoriales o no, piénsese, por ejemplo, en un hospital dotado de propia personalidad) (63).

La responsabilidad de los hospitales por actividad de los médicos en ellos realizada ha sufrido una evolución en la jurisprudencia francesa. Primeramente no existía. La razón era obvia: los métodos rudimentarios de la medicina hacían que se llegase a la irresponsabilidad de la Administración; pero posteriormente, y debido a la evolución del *arte médico*, se viene admitiendo, si bien con reservas: se exige en todo caso que la falta sea «grave» («clourde»). El Consejo de Estado, en la decisión de 8 de noviembre de 1935 (64), distingue la responsabilidad de los hospitales por hechos de sus agentes administrativos (sometida a las normas generales) y por médicos y cirujanos. «Por lo que se refiere a los servicios médicos y quirúrgicos, la responsabilidad del hospital sólo existe en el caso de *falta grave* cometida en el tratamiento u operación». En este sentido se mantiene la jurisprudencia en la decisión de 25 de marzo de 1953.

A la vista de lo expuesto, podemos afirmar que la Administración no responde cuando se limita a mantener un técnico en la materia, desligándose totalmente de la actividad propiamente curativa. Pero, en cambio, sí responde (directamente) cuando asume esta última obligación.

(63) Sobre la responsabilidad en estos casos por la actuación de sanitarios en públicos institutos, vid. LESSONA: *Trattato di Dir. Sanitario*, 1914, pág. 199; ALESSI: op. cit., pág. 374.

(64) Vid. «Recueil Sirey».

lar pueda encontrar a su disposición tanto el material como el personal actuación.

Entonces la responsabilidad será del ente de quien dependa el instituto encargado de la curación (o del mismo instituto si tiene personalidad), y en el caso del sanitario local, lo normal será la responsabilidad del ente local correspondiente (Hospitales, Casas de Socorro, etc., caso distinto del Médico titular que se limite a la curación a domicilio, pues en este caso nos encontramos en el supuesto *a'*) de irresponsabilidad).

Podemos concluir, por lo tanto, que los entes locales responden directamente de la actividad llevada a cabo por los funcionarios locales de Cuerpos nacionales en todo caso (actividad jurídica), y de la actividad llevada a cabo por los funcionarios sanitarios locales, en el supuesto *b'*), es decir, cuando asuman la curación propiamente dicha, y ello porque la actividad técnica es imputable a la Administración y porque la relación orgánica sigue siendo local y la relación orgánica es la fuente de la «imputación». En general, hay que admitir la responsabilidad de los entes locales en cuanto desarrollan servicios mixtos y también si se trata de servicios del Estado desarrollados por ellos (no simples cargas materiales); por ejemplo, el abastecimiento, *siempre* que se actúe «nomine» propio en cuanto tales entes. No así en el caso del Alcalde en función de órgano estatal.

B) Pero ¿existirá alguna responsabilidad estatal nacida de la relación de servicio?

Nosotros creemos que sí. Se habla de responsabilidad indirecta para indicar la que envuelve a la Administración por hechos de personas que, aun no recubriendo órganos de la misma, están, sin embargo, ligadas al ente por una relación tal, capaz de hacer nacer dicha responsabilidad. Esta relación sería la de «servicio»; el fundamento de esta responsabilidad indirecta del Estado estaría, no en una actividad ilícita que sea directamente imputable, sino en una «garantía» nacida del principio general (incorporado al Código civil) de que quien utiliza actividad de personas dependientes debe responder de la actividad de los mismos (es un fundamento más fuerte que la «culpa in vigilando» o «in eligendo»).

Con esto resultaría que de la actividad llevada a cabo por los funcionarios examinados se derivarían dos responsabilidades, autónomas e independientes, que conducirían a un «cúmulo» de ellas (aunque no de indemnizaciones):



1) *Directa del ente local* en cuanto que actúan como órganos del mismo desarrollando su esfera de competencias.

2) *Indirecta del Estado* en cuanto que debe de garantizar la actuación de dichos funcionarios por el principio de utilización de su propia actividad, que si bien no se le imputa directamente, no priva el que la desarrollen en el interés del mismo Estado. La relación de servicio con él instaurada demuestra este interés estatal por el que actúan.

Las conclusiones a que hemos llegado se desprenden de un estudio necesariamente jurídico de la cuestión, y al mismo tiempo tratan de encontrar un apoyo legal para el administrado que puede verse indefenso en el momento de hacer efectiva su pretensión de indemnización. Dijimos al principio, y repetimos ahora, que esperamos la naturalización en nuestro ordenamiento jurídico del instituto de la responsabilidad de la Administración, y en este caso consideramos útil el poner sobre el tapete una pequeña parte de los interesantes problemas que sobre ella puedan plantearse.

