

SOBRE EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO DE HECHO

Por

JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. CONCEPTO DE ÓRGANO Y FUNCIONARIO PÚBLICO.—III. CONCEPTO DE FUNCIONARIO DE HECHO: 1.º *Requisitos del concepto:* A) Existencia legal del cargo: a) Cargos de creación ilegal. B) Posesión del cargo: requisitos: a) ¿Pueden coexistir para un mismo cargo un funcionario de hecho y otro de derecho? b) ¿Pueden coexistir dos funcionarios de hecho para un mismo cargo? C) Apariencia de legitimidad del título o nombramiento: a) Funcionario de hecho sin título o nombramiento en circunstancias excepcionales. b) Los llamados funcionarios de hecho por reputación o aquiescencia. 2.º *Definición.*—IV. DIFERENCIA ENTRE EL FUNCIONARIO DE HECHO Y EL USURPADOR DE FUNCIONES.—V. DIFERENCIA ENTRE EL FUNCIONARIO DE HECHO Y EL FUNCIONARIO REGULAR INCOMPETENTE.—VI. ¿EL FUNCIONARIO DE UN GOBIERNO *de facto* ES UN FUNCIONARIO DE HECHO?—VII. ¿PUEDE UN USURPADOR CONVERTIRSE EN FUNCIONARIO DE HECHO?—VIII. ¿PUEDE UN FUNCIONARIO DE HECHO CONVERTIRSE EN FUNCIONARIO *de jure*?—IX. CLASES DE FUNCIONARIO DE HECHO: A) *Posición de la doctrina:* a) VITTA. b) ROUSSEAU. c) JÉZE. d) CONSTANTINEAU. e) BUTLER. f) CAETANO. g) FRAGA. B) *Postura que sostenemos.*—X. CRÍTICAS AL CONCEPTO DE FUNCIONARIO DE HECHO: A) *Se trata de un supuesto de colaborador y no de funcionario* (GENY, GARCÍA OVIEDO, GARRIDO). B) *Posición de MARTÍNEZ USEROS.* C) *Postura de FUEYO ALVAREZ: diferencia entre la teoría de facto y el concepto de funcionario de hecho.* D) *Postura negativa de A. DE VALLES y CAPACCIOLI.*

I. PRELIMINAR

Intentamos estudiar el concepto de funcionario de hecho que consideramos un caso de ejercicio irregular subjetivo de la función administrativa. La irregularidad en el ejercicio de la función administrativa puede ser objetiva o subjetiva, esto es, puede depender de ella misma objetivamente considerada—que sustancialmente venga tarada por un vicio jurídico, que los actos en que se concreta sean jurídicamente defectuosos, independientemente de que el agente que la realiza sea el

llamado para ello—. Otras veces, por el contrario, la irregularidad se debe a que la función administrativa es realizada por individuo incompetente (en sentido amplio, no en sentido técnico), independientemente, ahora, de que la función que realiza esté, materialmente considerada, de acuerdo con el ordenamiento jurídico; irregularidad relativa a la cualidad del autor del acto que llama DE LAUBEDÈRE (1).

Existe toda una teoría, perfectamente elaborada por el Derecho administrativo, en torno al ejercicio regular de la función administrativa y sus efectos, pero no sucede así en lo que se refiere al supuesto de ejercicio irregular que nosotros pretendemos contemplar. La bibliografía referente al tema es en nuestra patria muy escasa (2). Ello no puede

(1) Este autor distingue perfectamente entre la ilegalidad relativa a la cualidad del autor del acto, que comprende lo que nosotros llamamos irregularidad subjetiva, y la ilegalidad relativa a la forma, objeto, fin y motivos, que nosotros comprendemos dentro de la irregularidad objetiva (DE LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1953, pág. 212).

Al igual, BONNARD distingue en los actos administrativos las ilegalidades orgánicas por incompetencia, de las ilegalidades formales y materiales (vicio en los motivos, objeto y fin) (R. BONNARD: *Précis de Droit administratif, partie générale*, París, 1935, página 216 y ss.).

Aunque no por su valor constructivo, sí por su originalidad es de citar a este respecto la posición de P. GASPARRI en sus *Lezioni di Diritto amministrativo* (Milán, 1950), donde dedica todo el volumen II a la *Teoría giuridica delle disfunzioni amministrativa* rúbrica bajo la cual estudia todas las irregularidades que la función administrativa puede sufrir; como él mismo dice, bajo el título de desfunción administrativa se estudia «el comportamiento patológico, esto es, contrario a la ley, de los órganos administrativos» (ob. cit. pág. 8). Con posterioridad GASPARRI modificó su criterio en el sentido de distinguir dentro de las irregularidades del actuar de la Administración las motivadas por *desorganización*, de las motivadas por *desfunción*; en la *desorganización* se incluyen las irregularidades que afectan al propio organismo administrativo y que son: la *sobre-organización*, la *contra-organización*, la *seudo-organización* (que da lugar al supuesto del funcionario de hecho) y la *mala organización* (P. GASPARRI: *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Padua, 1956, págs. 21 y siguientes).

(2) Solamente conocemos en la literatura jurídico-administrativa española dos trabajos que se ocupen del problema de los funcionarios de hecho: *La Administración de facto*, de J. FUEYO ALVAREZ, publicado en el número 2 (1950) de esta REVISTA (págs. 35 y ss.) y el de E. MARTÍNEZ USEROS, con el título de *Consideraciones sobre los funcionarios de hecho*, publicado en el libro homenaje al profesor GASCÓN Y MARÍN en el cincuentenario de su docencia (Madrid, 1952, páginas 97 y ss.). En los *Tratados y Manuales de Derecho Administrativo español* tampoco este estudio se encuentra realizado; tan sólo los profesores R. FERNÁNDEZ DE VELASCO (*Resumen de Derecho administrativo*, tomo I, Barcelona, 1930, págs. 356 y siguientes) y S. ALVAREZ GENDIN (*Manual de Derecho administrativo español*, Barcelona, 1954, págs. 405-06), le dedican unas escasas líneas; C. GARCÍA OVIEDO, lo plantea

ser debido a que los fenómenos patológicos del mundo jurídico carezcan de interés para el Derecho, como lo demuestra el que en torno a la irregularidad objetiva de la función administrativa, la bibliografía es mucho más abundante (3) y el que en la doctrina extranjera estos problemas han preocupado bastante más. Las irregularidades en cuanto posibles en la práctica, es indiscutible que guardan gran interés para el Derecho; no podrá dudarse de que interesará en primer término el estudio del ejercicio regular, que por ser tal, será el que normal y corrientemente se dará, pero ello no es óbice para que los fenómenos patológicos también preocupen y se pretendan estudiar. El Derecho no debe permanecer indiferente ante la realidad, ya que si desconociéramos ésta estaríamos incurriendo en el más puro de los formalismos, como dice GARRIDO FALLA (4); es precisamente esta realidad la que nos demuestra a cada paso lo normal que la anormalidad es en la vida cotidiana. Esto mismo dice GARRIGUES con su aguda visión de jurista (5).

Los funcionarios de hecho suponen, como decimos, un caso de irregularidad subjetiva en el ejercicio de la función administrativa, pero no agotan tal supuesto. Aparte de aquellos casos en que la irregularidad es también debida a un vicio en la designación del titular de la función, pero que no dan lugar a la figura del funcionario de hecho, sino a otras diversas (usurpador de funciones), toda la actividad administrativa irregular por vicio en la voluntad del sujeto que obra por la Administración, encaja en la rúbrica de *ejercicio irregular subjetivo*. Por ello al estudiar el concepto de funcionario de hecho se debe per-

al hablar de los colaboradores particulares en la obra de la Administración, considerando al funcionario de hecho como un caso de tal, sistemática que no cambia MARTÍNEZ USEROS en la edición que de la obra de su maestro ha hecho (Vid. C. GARCÍA OVIEDO: *Derecho administrativo*, quinta edición, por MARTÍNEZ USEROS, Madrid, 1955, vol. I, págs. 631-32 y 933 y ss.). También F. GARRIDO y E. SERRANO GUIRADO, en las voces *Actos del Administrado* y *Administrado*, respectivamente, de la *Nueva Enciclopedia jurídica* Seix, dedican unas breves consideraciones al tema.

(3) Sobre ella se puede consultar con provecho la obra de F. GARRIDO: *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, (Madrid, 1956), pues si bien es verdad que dicha obra se ocupa de la impugnación de todo acto administrativo, cualquiera que sea su irregularidad, y por tanto también del supuesto de irregularidad subjetiva que supone el funcionario de hecho, no es menos cierto que el estudio de tal supuesto se hace muy de pasada, y la muy abundante y escogida bibliografía que se cita se refiere casi exclusivamente a las irregularidades objetivas del acto administrativo.

(4) F. GARRIDO: *Administración directa del Estado y descentralización funcional* (Madrid, 1950) pág. 112.

(5) J. GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil* (Madrid, 1947), en el prólogo.

filas de tal modo que resulta diferenciado de estos otros supuestos, que también entrañan ejercicio irregular subjetivo de la función administrativa, pero que no cabe confundir con aquél.

Por otra parte, sólo pretendemos estudiar al funcionario de hecho en cuanto ejecutor de la función administrativa, es decir, al funcionario de hecho que encarna y sirve a la Administración y no al funcionario de hecho en cuanto ejecutor de funciones públicas distintas de las administrativas, aunque es claro que, en su mayoría, lo que puede predicarse del funcionario de hecho administrativo (6) será de aplicación a los restantes funcionarios públicos de hecho, pues, como se sabe, el funcionario administrativo no es más que una especie del concepto general de funcionario público (7).

Si admitimos que el funcionario de hecho es, como su nombre indica, verdadero funcionario, aunque con unas peculiaridades que descubren el calificativo que se le da y que le separan del funcionario *de jure*, estaremos de acuerdo en que para dar su concepto habrá que partir del de funcionario (8). Decimos esto porque no han faltado autores que niegan y critican la denominación de funcionario de hecho, considerando tal supuesto como simple colaboración a la obra de la Administración, como tendremos ocasión de examinar y combatir, pues para nosotros es perfectamente correcta tal denominación y se trata de un supuesto de verdadero funcionario.

(6) No hace falta decir que se usa el término funcionario administrativo en sentido amplio, esto es, como funcionario de la Administración y no como una categoría dentro de éste.

(7) En general el problema de los funcionarios de hecho, como dice A. DE VALLES (*Elementi di Diritto amministrativo*, Padua, 1951, pág. 114) «se presenta en los más diversos campos de Derecho con extensión e importancia práctica bien diferentes». Sin embargo, nosotros prescindiremos de las consideraciones que respecto al tema se puedan hacer desde disciplinas jurídicas distintas del Derecho Administrativo (Derecho político, internacional, procesal, canónico, etc.). En relación con el problema desde el punto de vista del Derecho político, puede consultarse la obra de G. LIEVEAUX, *La continuité du droit interne. Essai d'une théorie des révolutions* (Paris, 1943) y la bibliografía que al final del mismo se cita. Y no solamente juristas sino también teólogos se han ocupado del tema al tratar los problemas morales que el gobierno del tirano entraña y la posibilidad de desobediencia a quien ejerce el poder irregularmente.

(8) De este mismo parecer es A. AGOSTINELLI: *Il funzionario di fatto* (Campobasso, 1920), pág. 10.

II. CONCEPTO DE ÓRGANO Y FUNCIONARIO PÚBLICO

En sentido amplio funcionario público, como dice GARCÍA OVIEDO (9), es aquel «que desempeña funciones públicas mediante las cuales realiza el Estado su destino»; por lo tanto, en el mismo sentido, funcionario administrativo será el que desempeña funciones administrativas, es decir, funciones mediante las cuales cumple la Administración sus fines.

La Administración, como en general toda persona moral, al no tener una entidad orgánica natural, necesita de personas físicas a su servicio, que por ella obren y cuyas consecuencias jurídicas se imputen no a los individuos que han obrado, sino a la Administración que sirven, en virtud de la llamada teoría del órgano (10). Como dice SERRANO GUIRADO, «la Administración pública, persona moral, necesita personas físicas que manifiesten su existencia, actúen los medios y cumplan los fines que tienen a su cargo» (11).

La cuestión, sin embargo, no está desprovista de dificultad. Tanto la teoría del órgano como la noción de funcionario, son de las cuestiones más difíciles que presenta el Derecho administrativo. Con S. ROMANO y L. RAGGI podemos decir que en la teoría del órgano todo es incierto, comprendida la misma admisibilidad de la figura, y tal incer-

(9) C. GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, vol. I, 5.º ed. por MARTÍNEZ USEROS (Madrid, 1955), pág. 617.

(10) Como se sabe para explicar y comprender el por qué los efectos de una actuación individual (la del funcionario), se aplica a la entidad a la que sirve (la Administración), se han ideado diversas teorías, como son la del mandato, la de la representación defendida, entre otros, por O. MAYER (*Le droit administratif allemand*, y rigurosa, iniciada por GIERKE en su obra *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung* y desarrollada en el campo del Derecho público por JELLINEK principalmente, dentro de la cual, a su vez, existen diversas direcciones que pretenden explicar la cuestión, debido en el sentir de A. DE VALLES (*Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. I, Padua, 1931, pág. 94), a que la palabra órgano no tiene fuera de la ciencia jurídica un significado preciso y determinado. Una exposición de las distintas interpretaciones que a la teoría del órgano se han dado por la doctrina italiana, que ha sido la que con más detenimiento se ha ocupado del tema, puede verse J. A. GARCÍA-TREVIJANO: *Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos*, en el número 13 de esta REVISTA, págs. 54 y ss.

(11) E. SERRANO GUIRADO: *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*, (Madrid, 1956), pág. 11.

tidumbre es difícilmente superable (12). Cada autor sostiene una postura propia y diversa de los restantes, aun cuando numerosas veces la diferencia no es de fondo sino puramente terminológica.

Como decimos, para explicar ese proceso de imputación de la voluntad de unas personas físicas a la administración, se acude a la teoría del órgano, por considerar que dichas personas físicas constituyen los órganos de la entidad administrativa, usando dicha expresión por analogía a los órganos de las personas individuales (13). Por eso antes de seguir adelante nos interesa fijar lo que por órgano debe entenderse, respecto a lo cual no hay, desde luego, unanimidad en la doctrina. Acerca del concepto de órgano se pueden distinguir dos concepciones: *la objetiva*, que entiende por órgano un complejo ideal de atribuciones y poderes, y *la subjetiva*, según la cual órgano de la Administración serán las personas físicas que por ella obran. Sin embargo, ambas posturas son parciales, no expresando más que un aspecto del concepto y por ello incompletas. Por eso entendemos con V. E. ORLANDO y S. ROMANO que el concepto de órgano debe comprender ambos puntos de vista, a fin de unificar en el mismo una serie de elementos, tales como el titular, la competencia, etc. Por eso dice A. DE VALLES (14) que «el término órgano es una expresión sintética para indicar un concepto complejo: esto es, el oficio que, a través de la acción del agente, realiza una función del Estado». Por ello podemos concretar diciendo que por órgano de la Administración se entiende un complejo ideal de competencias y medios materiales, atribuidos a una persona física a fin de obrar y manifestar la voluntad administrativa, es decir, los órganos manifiestan hacia los terceros la voluntad de la Administración. Sin embargo, no carecerá de interés a fin de facilitar la comprensión de la institución y de los problemas que entraña, el destacar esos dos enfo-

(12) Cfr. L. RAGGI: *Ancora sul concetto di organo*, en «Riv. Trimestrale di Diritto pubblico» (abril-junio, 1951), pág. 306.

(13) «La idea de órgano, dice MARTÍNEZ USEROS (*Consideraciones sobre los funcionarios de hecho*, en *Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN*, pág. 101) se aplica a los elementos de actuación de la personalidad, del Estado por similitud de las funciones de aquéllos con las de los «órganos del organismo humano»; en igual sentido se expresa L. MICHOUX (*La theorie de la personnalité morale*, París, 1906, tomo I, pág. 135). Es cierto que no se trata de órganos en sentido biológico sino jurídico, pero incluso si nos fijamos en el significado etimológico de la palabra la denominación de órgano es de perfecta aplicación a los medios de que se vale la persona moral para la formación y manifestación de la voluntad.

(14) A. DE VALLES: *Elementi di Diritto amministrativo* (Padua, 1951), pág. 53.

ques o lados, señalados por las concepciones extremas antes expuestas. desde los cuales el concepto de órgano puede contemplarse, pero siempre teniendo en cuenta que se trata de simples aspectos de una misma institución y, por lo tanto, el concepto completo de ella no puede limitarse a uno de ellos tan solo, como hacen las aludidas teorías. Por ello puede ser de utilidad, incluso para algunas de las consideraciones que haremos más adelante, la siguiente explicación que del órgano da ZANOBINI (15): toda persona jurídica, y la Administración pública lo es, obra a través de los llamados órganos, pudiendo ser considerados desde un doble punto de vista: en abstracto y en concreto; abstractamente se nos presenta como un complejo de atribuciones, de competencias, de medios materiales y personales referidos al logro de un determinado fin del Ente público; pero en concreto el órgano no es sino la persona física que en un determinado momento actúa como titular del oficio, de las competencias y atribuciones del mismo. Bajo el primer aspecto el órgano es una institución, de la cual el titular es sólo el principal elemento, pero que temporalmente puede faltar sin que la institución desaparezca (16); bajo el segundo aspecto el órgano es la misma persona física del titular, es decir, en este sentido podemos adelantar, aunque la expresión esté desprovista de rigor científico, que el órgano equivale a funcionario (17), que es la denominación corrientemente usada por los autores para designar al titular del órgano (18).

Fijado el concepto de órgano es necesario explicar cómo la voluntad de las personas físicas que sirven a la Administración, vale como voluntad de ésta. Ya hemos dicho que ello se explica en virtud de la llamada teoría del órgano, que partiendo de considerar a los órganos de las personas colectivas como partes integrantes de la misma, entiende que

(15) G. ZANOBINI: *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, séptima ed. (Milán, 1954), págs. 135 y ss.

(16) Así ya BALDO decía: «Imperator in persona mori potest, sed ipsa dignitas, officium imperatoris est immortale.»

(17) Concuerta esta explicación que del órgano da ZANOBINI con la de A. MÉNDEZ en su *Teoría del órgano* (Montevideo, 1949), que habla de la concepción estática y dinámica del órgano. Estáticamente, dice, el órgano es una porción funcional, nominada y definida, o sea, una fracción determinada del Estado, una unidad técnica. Dinámicamente a esa fracción debe agregarse un elemento vivo, el hombre, cuya energía mental y física domina la unidad técnica.

(18) A. DE VALLES, en su *Teoría giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. II (Padua, 1936), pág. 2, dice que prefiere utilizar la denominación de agente, tradicional en la doctrina italiana.

la voluntad de esos órganos—manifestada por las personas individuales que ejercen las competencias propias del órgano—es la voluntad de la persona colectiva de la cual forman parte, en virtud de un fenómeno de imputación jurídica. El órgano y la Entidad a la cual pertenece aquél, no son dos personas jurídicas distintas, sino una sola, y la voluntad de la persona individual en cuanto órgano, tan sólo tiene significación jurídica respecto de la organización general de la que forma parte. A diferencia de las teorías del mandato y de la representación en las cuales existen claramente puestas de manifiesto dos voluntades y dos personas jurídicas distintas (representado-representante; mandante-mandatario), en la teoría del órgano tan sólo existe una voluntad y una persona: la voluntad del órgano que vale como voluntad de la Entidad de la cual forma parte, que es la única que tiene personalidad jurídica, puesto que los órganos están desprovistos de ella (19).

Ahora bien, señalado lo que por órgano debe entenderse, así como la teoría que explica el que la voluntad de ese órgano valga como voluntad de la Administración, nos queda por ver qué se entiende por funcionario. El fijar con precisión el concepto de funcionario público en general y el de funcionario administrativo en concreto, resulta sumamente difícil, pues como dice WALINE (20) la definición de funcionario puede variar según el punto de vista en que uno se coloque; en relación a la responsabilidad y la potestad disciplinaria la noción de funcionario es muy amplia (20 bis), mientras que respecto de las ventajas de la carrera administrativa, el concepto es más restringido (21).

(19) Cfr. J. A. GARCÍA-TREVIJANO: *Principios jurídicos de la organización administrativa* (Madrid, 1957), págs. 87-88.

(20) M. WALINE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, sexta ed. (París, 1952), página 323.

(20 bis) En general en todos los Derechos a efectos de responsabilidad, se sostiene un concepto sumamente extensivo de funcionario. Cfr. E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo* (Madrid, 1958), pág. 420.

(21) La dificultad de encontrar la definición precisa de funcionario público, se pone de relieve en el Dictamen del Consejo de Estado español de 17 de marzo de 1955, donde se dice: «Cada día se hace más difícil la definición de funcionario público desde el punto de vista del Derecho administrativo, es decir, del empleado público, porque todas las prerrogativas que eran propias y exclusivas de los funcionarios (sueldo, régimen de ascensos, licencias, situaciones, inamovilidad, derechos pasivos, etc.) se han ido extendiendo en virtud de las Reglamentaciones de Trabajo a todos los trabajadores, de forma que cuando unos y otros prestan sus servicios en una Entidad pública es muy difícil distinguir, por el contenido de la relación jurídica, entre el funcionario y el simple trabajador.»

De parecida opinión es JORDANA DE POZAS (22), quien considera el concepto de funcionario «dispar y variable». También PÉREZ BOTIJA (23) participa de este criterio. Esta idea podemos considerarla generalizada entre la doctrina que del tema se ocupa; así en el *Dictionnaire de l'administration française*, de BLOCK (24) se dice: «La palabra funcionario no tiene en el lenguaje usual, ni el texto de la Ley, una significación claramente definida.» Igual o parecido criterio se expone en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 25 de mayo de 1949 que resolvió un recurso de agravios y que más adelante tendremos ocasión de volver sobre ella.

La Administración necesita a su servicio un gran número de individuos a fin de preparar y ejecutar las complejas tareas que, cada vez en mayor medida, se le asignan. Ahora bien, ¿todo individuo que entra al servicio de la Administración tiene la consideración de funcionario público? Como en tantos otros puntos del Derecho público, la cuestión es de difícil solución, ya que la opinión de la doctrina es de lo más dispar y el Derecho positivo no regula con precisión tal cuestión. Sin embargo, podemos considerar que aun cuando se tenga un concepto amplio de funcionario, no se puede considerar tal o todo individuo al servicio de la Administración; existen numerosos individuos que aun prestando sus servicios a la Administración no son funcionarios *stricto sensu* (piénsese en el llamado funcionario político u honorífico amovible, cual puede ser el alcalde o en el simple trabajador sometido a las reglamentaciones laborales). Por funcionario debe entenderse, exclusivamente, aquel individuo que en forma voluntaria entra al servicio de la Administración con carácter permanente, ocupando un cargo o puesto que figura en la correspondiente plantilla y percibe haberes con cargo

Igualmente en el Dictamen del mismo órgano consultivo de 16 de febrero de 1953, se señala: «los términos funcionario público y función pública son equívocos; admiten muy diversos sentidos, alguno de los cuales puede alcanzar desmesurada extensión. Es muy difícil concretar en muchos casos dónde termina la actuación privada y dónde comienza la pública.»

(22) L. JORDANA DE POZAS, Curso de Deontología dado en el Instituto de Estudios de Administración local (año 1945); cit. por N. RODRÍGUEZ MORO en *Deberes, faltas y sanciones de los funcionarios municipales* (Bilbao, 1950), pág. 11.

(23) E. PÉREZ BOTIJA: *Problemas de los «no funcionarios» en las Entidades públicas*, en *Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN en el cincuentenario de su docencia* (Madrid, 1952), pág. 129.

(24) Página 971.

al presupuesto de la Administración respectiva (25), es decir, que será funcionario aquel individuo que ingresando voluntariamente en los cuadros de la Administración se caracteriza por la nota de profesionalidad (26). Por ello tenemos que decir que el carácter de funcionario depende, fundamentalmente, del hecho de ocupar un cargo de Entidad pública con las características expuestas, independientemente de la clase de función que se ejerza; pueden ser sus actividades de tal tipo que vayan encaminadas a manifestar la voluntad de la Administración, en cuyo caso nos encontraríamos con un funcionario titular de un órgano, pero también pueden realizar simples actividades técnicas y materiales en cuyo supuesto ya no se trataría de titular de un órgano, aun siendo verdadero funcionario, dado el concepto que de órgano expusimos más arriba. A la formación de la voluntad de la Administración concurren una serie de personas físicas cuya actuación en muchos casos no tiene una exteriorización fuera del Ente, pero que, sin embargo, hay que considerarlos como verdaderos funcionarios. Por ello no admitimos la postura de aquellos autores que aun teniendo del órgano un concepto restringido como el nuestro, consideran que el funcionario es siempre titular de un órgano, que los restantes individuos que sirven a la Administración con los mismos caracteres que los titulares de un órgano, pero sin tal condición, con meros empleados (27). No nos parece correcta tal postura, especialmente porque el régimen jurídico de unos y otros es idéntico. Aparte de ello, porque el uso del término «empleado»

(25) Este es también el criterio del art. 319 de la Ley de Régimen Local que configura a los funcionarios al servicio de las Entidades Locales y que es uno de los pocos preceptos de nuestro Derecho donde encontramos un concepto de funcionario desde el punto de vista del Derecho administrativo, ya que otros artículos, como son el 119 del Código Penal y el 100 de la Ley electoral de 26 de junio de 1890, nos dan un concepto de funcionario únicamente a los efectos penales y electorales, respectivamente. Igualmente la Sentencia de nuestro más alto Tribunal de Justicia de 3 de febrero de 1956, de la que fué ponente el profesor ALVAREZ-GENDIN, usa los criterios que nosotros expusimos para dar el concepto de funcionario público. En el *Considerando* 6.º de dicha sentencia se dice que funcionario público, en sentido específico, es todo «el que ejerce o participa de una función pública de una manera permanente, percibiendo haberes fijos de la Administración con cargo al correspondiente presupuesto de gastos, y haciendo del ejercicio de la función un modo de vivir».

(26) En la nota de profesionalidad reúne M. PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, en *Primo Trattato di Orlando*, vol. II 3 (Milán, 1935), pág. 25, las características propias de la relación de empleo.

(27) Así R. BIELSA (*Ciencia de la Administración*, Buenos Aires, 1955, págs. 136-37) y B. VILLEGAS (*Derecho Administrativo*, vol. III, Buenos Aires, 1951, págs. 284 y ss.).

se presta a equívoco, puesto que en no pocas ocasiones es utilizado como sinónimo de funcionario, como hace nuestro Consejo de Estado en su Dictamen de 17 de marzo de 1955, y no existe un criterio único de diferenciación entre ambos (28). Otras veces se sostiene que todo funcionario es titular de un órgano, no porque se considere empleado a quien no contribuye con su actividad a manifestar la voluntad de la Administración (29), sino por tener un concepto sumamente amplio del órgano en sentido subjetivo, considerando tal a todo individuo que entra a formar parte de la organización administrativa, independientemente de que el título y la forma de su ingreso y su estatuto jurídico no le confiera la cualidad de funcionario *stricto sensu*. Para los autores que sostienen esta postura, todo individuo que se incorpora a la Administración, aun cuando no sea funcionario, es siempre órgano (30); por ello con mayor razón lo serán los verdaderos funcionarios. No es éste nuestro criterio, como ya quedó puesto de manifiesto. El concepto de órgano, para nosotros, es sumamente restringido, existiendo verdaderos funcionarios dentro de la Administración que, sin embargo, no son titulares de un órgano, puesto que no manifiestan la voluntad administrativa.

Para acabar con el concepto de funcionario, todavía cabe preguntarse si todo titular de un órgano es funcionario. Hemos de contestar en sentido negativo; pueden existir perfectamente individuos que sean titulares de órganos y que, sin embargo, no reúnan las notas propias

(28) Parecidas razones utiliza también J. A. GARCÍA-TREVIJANO (*Principios jurídicos de organización administrativa*, Madrid, 1957, pág. 66 en nota y *Relación orgánica y relación de servicio de los funcionarios públicos*, en el número 13 de esta REVISTA, pág. 68) para rechazar la diferencia entre funcionario y empleado porque uno tenga carácter representativo y el otro realice funciones secundarias.

En cuanto a los criterios de diferenciación, entre funcionario y empleado, como decimos, son varios; así G. FRAGA (*Derecho Administrativo*, Méjico, 1934, págs. 136-37) expone hasta seis criterios distintos de diferenciación. Sin embargo los más extendidos son los dos siguientes: el primero pone la diferencia en el carácter representativo propio del funcionario y del cual carece el empleado (Vid. C. GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, quinta ed., vol. I, Madrid, 1955, pág. 631); el segundo criterio de diferenciación se hace por la situación en que se encuentran frente a la Administración: legal y reglamentaria la del funcionario y contractual, bien de derecho privado o de derecho laboral, la del empleado, que es el criterio de distinción característico en la doctrina alemana (Cfr. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp. Madrid, 1958, págs. 99-100).

(29) Que era la postura que, según vimos, sostenían BIELSA y VILLEGAS.

(30) Cfr. C. GARCÍA OVIEDO, op. cit. págs. 626-27, y en cierto sentido también GARCÍA-TREVIJANO, *Principios jurídicos...*, págs. 76 y ss.

del funcionario, en el sentido que hemos dado al mismo. No hay más que pensar en los llamados funcionarios honoríficos para darse cuenta de la posibilidad que sostenemos.

Resumiendo nuestro concepto de funcionario público hemos de decir que, por una parte, es restringido, puesto que consideramos fuera de él a ciertos individuos al servicio de la Administración a los cuales se les da normalmente el calificativo de funcionarios, cuales son, por ejemplo, los llamados funcionarios honoríficos o políticos. Entendemos que para gozar de la cualidad de funcionario se precisa ser titular, no de un órgano, sino de un cargo o puesto público (con terminología de un sector de la doctrina italiana, diríamos oficio público, esto es, un centro de atribuciones—bien por norma jurídica, bien por simple orden de servicio—, sin relevancia hacia el exterior, hacia el administrado), de carácter permanente, es decir, que tenga existencia legal dentro de la plantilla de la Entidad pública, que su titular haga del ejercicio de la función atribuida a ese cargo un modo de vida y, por último, que se haya incorporado voluntariamente a los cuadros administrativos (31). Pero, por otro lado, tenemos del funcionario público un concepto amplio, puesto que incluimos dentro de él a los simples empleados que llaman algunos autores, según hemos visto.

En general, y en este último sentido, preferimos un concepto amplio (32), fundamentalmente porque todo individuo, por el hecho de incorporarse a una Entidad pública, está sometido ya a un régimen jurídico especial, que en todo caso tiene numerosos puntos comunes (33). Sin embargo, no es necesario llegar a un concepto tan amplio como el que dan SAYAGÜES (34) o UBIERNA EUSA (35).

(31) En este sentido se expresa R. BONNARD (*Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1926, pág. 223) quien entiende por funcionario público «todo agente que está unido a un servicio público voluntariamente y en razón de un empleo permanente».

(32) También A. AGOSTINELLI, op. cit., págs. 13 y ss., parte de un concepto amplio de funcionario público para llevar a cabo el estudio de los funcionarios de hecho.

(33) Cfr. E. SAYAGÜES: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I (Montevideo, 1953), pág. 262.

(34) E. SAYAGÜES, op. cit., pág. 263, considera como funcionario «a todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal».

(35) J. A. UBIERNA: *Régimen legal de los funcionarios del Estado* (Madrid, 1949), página 30, entiende por funcionario a quien «desempeña funciones públicas, cuales son las que se ejercen en nombre del Estado, y que constituyen una parte de la autoridad pública, o quien tiene por objeto la administración de la cosa pública».

III. CONCEPTO DE FUNCIONARIO DE HECHO

1.º *Requisitos del concepto.*

Partiendo del concepto de funcionario que hemos dado, funcionario de hecho será aquel que ejerciendo las funciones públicas propias de un oficio o cargo público, le falta algún requisito fundamental para hacer de él un funcionario *de jure*, es decir, quien ingresando en los cuadros de la Administración como funcionario presta a la misma un efectivo servicio, pero, sin embargo, su situación administrativa no es regular, por lo que no puede ser considerado como funcionario de derecho. Tiene de común con el funcionario *de jure* el ejercer las mismas funciones públicas cuyo ejercicio es, en definitiva, lo que caracteriza a todo funcionario, como dice la Orden de la Presidencia del Gobierno de 25 de mayo de 1949 (B. O. de 7-6-49) resolviendo un recurso de agravios. Dice la referida Orden: «Si bien el concepto de funcionario es uno de los más imprecisos del Derecho administrativo, siendo múltiples y, en ocasiones, divergentes los criterios doctrinales, y vagos y no definidores los textos normativos de nuestro Derecho, parece incuestionable y hasta forzado por la etimología, que el concepto de funcionario público ha de tener por base el desempeño de una función pública como, aunque para otros efectos, establece el Código Penal en su artículo 119.»

Únicamente se diferencia el funcionario de hecho del de derecho, en que la relación con la Administración a quien sirve es en el segundo perfectamente regular, mientras que en el primero existe alguna irregularidad más o menos aparente que impide que dicha relación sea *de jure*, pero, sin embargo, si nos fijamos en el ejercicio de sus actividades no percibiremos diferencia alguna entre ellos. Por esto, por obrar como un auténtico funcionario, aunque en derecho no lo sea, es por lo que se le da el calificativo de funcionario de *hecho*.

Ahora bien, no hay que creer que en cualquier caso donde exista un individuo que ejerza funciones propias de un cargo público de manera irregular, en lo que se refiere al modo de entrar al servicio de la Administración, nos encontraremos con un funcionario de hecho. Hay necesidad de precisar cuáles son los requisitos para que se dé la figura

de tal y distinguirla de aquellos otros supuestos con quien podría confundirse. De otra forma el concepto carecería de unidad y no proporcionaría ventaja práctica alguna.

Para JÉZE (36), lo que caracteriza al funcionario de hecho es la existencia de una investidura, aunque irregular, plausible o admisible; admisibilidad que cuando no se da supone que el individuo, que ejerce la función pública, sea considerado como usurpador, en el sentir del citado autor (37).

Sin embargo, creemos que no podemos satisfacernos con tan poco, si es que en realidad queremos tener un concepto preciso del funcionario de hecho. En primer término, es forzoso reconocer, y así se ve precisado a hacer JÉZE, que existen casos de individuos que ejercen funciones propias de un oficio público faltando por completo la investidura o título y, sin embargo, hay que admitir que se trata de funcionarios, y no meros usurpadores, que por no ser funcionarios de derecho no cabe más que considerarlos como *de facto*. En segundo término, porque contentarse con hablar de admisibilidad o no de la investidura, supone reducir a una cuestión puramente de apreciación de un hecho el concepto que perseguimos; difícilmente *a priori*, según esto, podríamos dar un concepto de funcionario de hecho. Pero, sobre todo, porque el concepto de funcionario de hecho, tal como está elaborado por el maestro francés, se basa, más que en la figura del propio funcionario, en el público o terceros que con él—en cuanto servidor de la Administración—se relacionan. Toda la teoría del funcionario de hecho, en JÉZE, descansa en la apariencia de legitimidad que a la vista de terceros tiene el individuo considerado como funcionario *de facto*, cuando ello no es lo correcto. Lo interesante, en nuestro sentir, es fijar el concepto estrictamente sobre la figura de quien ejerce funciones públicas con un nombramiento irregular, por lo que no puede ser considerado como funcionario *de jure*, prescindiendo del público o administrados y del concepto que éstos tengan del individuo que irregularmente sirve a la Administración. «El público, en general, o, genéricamente, el tercero, es el concepto que debe situarse en primer término en un intento de

(36) G. JÉZES *Principios generales del Derecho Administrativo*, tr. de S. MILLÁN ALMACRO, vol. II-I (Buenos Aires, 1949), págs. 323 y ss.

(37) Investidura significa, dice JÉZE, el carácter que se adquiere por la toma de posesión de ciertos cargos o dignidades; plausible quiere decir admisible o recomendable.

construcción científica de la doctrina *de facto*; pero no del funcionario de hecho, como acertadamente señala FUEYO (38).

Así, pues, el concepto de funcionario de hecho, en JÈZE, es un exponente claro de la confusión que en la doctrina existe entre ambos conceptos—funcionario de hecho y doctrina *de facto*—, que, como tendremos ocasión de puntualizar, son dos cosas, en principio, totalmente diferentes.

No basta hablar de investidura plausible; es necesario ir más lejos e intentar ver, concretamente, qué requisitos se requieren para que pueda hablarse de funcionario de hecho y diferenciar tal supuesto de aquellos otros con quien pudiera confundirse.

Más acertada nos parece la posición de CONSTANTINEAU (39), para quien el concepto de funcionario de hecho entraña las tres condiciones siguientes:

1.^a Que el cargo que se ocupe tenga una existencia *de jure* o al menos que esté reconocido por la Ley.

2.^a Que esté realmente en posesión del mismo.

3.^a Detentarlo bajo la apariencia de legitimidad de título o autoridad (40).

Sin embargo, no nos parece acertada la definición que este autor da de funcionario de hecho, considerando tal al «funcionario en forma, en tanto y cuanto los intereses del público o terceras personas requieran que lo sea y con ese alcance es reconocido jurídicamente, pero no más allá» (41), porque supone definirlo, única y exclusivamente, a efectos de la aplicación de la teoría *de facto*, que, como dijimos y tendremos ocasión de desarrollar, es cosa diferente del concepto de funcionario de hecho. Incurre, pues, en el mismo defecto, que ya criticamos, de la postura de JÈZE. La definición que CONSTANTINEAU da de funcionario de hecho, por la razón anterior, puede ser aplicada a supuestos de usur-

(38) J. FUEYO ALVAREZ: *La Administración de facto*, en el número 2 de esta REVISTA (1950), pág. 51.

(39) A. CONSTANTINEAU: *Tratado de la doctrina de facto*, vol. I., trad. de GIL y BAUDIZZONE (Buenos Aires, 1956), pág. 47.

(40) En forma idéntica se manifiesta B. VILLEGAS: *Derecho administrativo*, vol. III (Buenos Aires, 1951) pág. 597, para quien la existencia de un funcionario de hecho depende de los requisitos siguientes: 1.º Debe existir la función que ejerce reconocida por la ley; 2.º Debe estar realmente en posesión de la función; 3.º Debe ejercer la función bajo la apariencia de título o autoridad.

(41) A. CONSTANTINEAU, *op. cit.* págs. 40-41.

pación de funciones, puesto que en determinados casos los actos que el usurpador realice pueden ser válidos, en virtud de la teoría *de facto*, como reconocen FUEYO (42) y FERNÁNDEZ DE VELASCO (43).

Por demasiado amplio, también nos vemos obligados a rechazar la definición que da WALINE, ya que dentro de ella se pueden incluir figuras distintas de la definida; dice este autor: «Se llama funcionario de hecho a una persona que sin haber sido regularmente nombrada para una función pública, ejerce de hecho ésta, realizando los actos de la misma» (44). Defecto en que igualmente incurre la definición de MARTÍNEZ USERO: «Aquel que aunque no sea legalmente funcionario está, sin embargo, en posesión y ejercicio de un cargo» (45).

A) *Existencia legal del cargo.*

Es el primer requisito para que se dé la figura del funcionario de hecho. Como puede verse, este requisito es común al funcionario *de jure* y al *de facto*, por lo que, en principio, es necesario admitir que entre ellos, a este respecto, no hay diferencia alguna.

Indiscutiblemente, es necesaria la existencia de este requisito. Si no existe cargo u oficio, no existe función y, por lo tanto, no podrá hablarse de funcionario ni de hecho ni de derecho (46). En general, los autores están plenamente de acuerdo con la necesidad de que exista el cargo y exista *de jure*, para que pueda hablarse de funcionario de hecho. Es claro que no podría existir funcionario de hecho, si por no haber cargo

(42) J. FUEYO, op. cit. págs. 50-51.

(43) R. FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, tomo I (Barcelona, 1930), pág. 358. Dice este autor: «Sin embargo, los actos de usurpador pueden también ser válidos cuando al paralizarse el funcionamiento normal del Estado a consecuencia de una revolución, se mantiene mediante ellos su continuidad administrativa»; en realidad el supuesto contemplado por FERNÁNDEZ DE VELASCO es más bien de funcionario de hecho que de usurpador.

(44) M. WALINE: *Traité élémentaire de Droit administratif*, sexta ed., París, 1952, pág. 408.

(45) E. MARTÍNEZ USEROS, op. cit. pág. 100.

(46) Así lo reconocen expresamente J. TH. ROUSSEAU: *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait* (París, 1914), pág. 9; F. J. GOODNOW: *Selecte cases on american administrative law*, II, pág. 160; E. SAYACUES: op. cit., pág. 302; A. AGOSTINELLI: op. cit., pág. 86; B. VILLEGAS: op. cit., vol. III, pág. 597. Igual criterio se expresa en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 25 de mayo de 1949, que resolvió un recurso de agravios y que ya citamos.

alguno a desempeñar tampoco pudiera existir funcionario *de jure*. Como dice SAYAGUES, «la teoría del funcionario de hecho cubre solamente los vicios que invalidan el ingreso a la Administración, no los que se refieren a la existencia misma de los cargos públicos» (47). Sin embargo, es necesario decir que en algún supuesto se quiso llegar a sostener la existencia de un funcionario de hecho aun cuando no existía cargo alguno, como sucedió en el caso *Adams Vs Lindell*, del Estado de Missouri, citado por todos los autores americanos que del tema se han ocupado, posición que, por absurda, debe rechazarse de plano. Otra cosa es que el acto realizado por quien ni siquiera tiene la condición de funcionario de hecho por no existir cargo alguno, adquiera plenos efectos jurídicos en virtud de la teoría *de facto*, porque es necesario no olvidar cómo esta teoría y el concepto de funcionario de hecho son dos cosas distintas, aunque con frecuencia suelen confundirse, por lo que volvemos a insistir en esa diferencia.

a) *Cargos de creación ilegal.*

Supuesto distinto al contemplado en el caso citado anteriormente *Adams Vs Lindell*, se da cuando el cargo, con posterioridad a su creación y desempeño, sea suprimido por ser ilegal aquélla, y considerado, por tanto, como si nunca hubiera existido. En tal supuesto, según la regla sostenida anteriormente, parecerá que no podrá hablarse de funcionario de hecho refiriéndose al individuo que ha desempeñado el cargo durante la efectiva existencia del mismo. Así lo manifiesta CONSTANTINEAU (48) y éste es el criterio preponderante en la doctrina y jurisprudencia americana (49). No obstante, no faltan quienes critican

(47) E. SAYAGÜES: op. cit., pág. 302. Sin embargo, ya veremos más adelante cómo en el caso de cargos de creación ilegal su titular es para nosotros funcionario de hecho.

(48) A. CONSTANTINEAU: op. cit., págs. 60 y ss.

(49) Si bien es cierto que ha sido en Inglaterra donde en principio se han planteado con mayor intensidad los distintos problemas que surgen en torno a la figura del funcionario de hecho (Vid. A. CONSTANTINEAU, op. cit., págs. 15 y ss.) debido a los frecuentes cambios en el poder político que durante una cierta época histórica experimentó a consecuencia de las luchas por la Corona entre las Casas de York y Lancaster, es fundamentalmente en los países americanos donde más uso se ha hecho en la práctica de las soluciones a tales problemas por una serie de circunstancias entre las que se pueden citar el ser pueblos nuevos sin un poder político ya afirmado, la frecuencia de los golpes de Estado, el espíritu extremadamente democrático de sus mora-

tal postura, como son, entre otros, ROUSSEAU (50), GOODNOW (51), SAYAGUES (52) y RUIZ GÓMEZ (53).

Esta última opinión es, para nosotros, la correcta, siempre y cuando que la irregularidad en la creación del cargo no sea tan notoria que le haga inexistente, como puntualiza SAYAGUES (54). Nunca mejor se podrá hablar de funcionario de hecho que en tal supuesto. En los mismos Estados Unidos de América, no han faltado casos como el célebre *Burt Vs Wimona*, visto en la Corte Suprema de Minnesota, en que se abandona la postura tradicional de la doctrina y jurisprudencia americana, y se admite que sea funcionario de hecho el individuo que desempeña un cargo creado ilegalmente y con posterioridad suprimido; y si esto no se hizo con más frecuencia ha sido debido a no ver con claridad la diferencia existente entre el concepto de funcionario *de facto* y la teoría del mismo nombre.

También se ha querido ver un caso de funcionario de hecho sin existir *de jure* el cargo, en el supuesto de individuos nombrados por Gobiernos *de facto*, que por ser tal, se dice, no han podido crear *de jure*

dores, el sistema usado para el nombramiento de funcionarios llamado de *Spolis*. También hay que tener en cuenta, cuando se trata de explicar por qué ha sido en el *Common law* donde principalmente se ha tratado y dado solución al problema que entrañan los funcionarios de hecho, que el Derecho común inglés se caracteriza por la casuística judicial, que carece en general de brillantes construcciones teóricas, pero es rico en soluciones prácticas y los supuestos de funcionario de hecho se prestan extraordinariamente a soluciones concretas. Como dice ROSCOE POUND, *El espíritu del Common law*, tr. esp. de PUIG BRUTAU (Barcelona, s. a.), pág. 19, «cuando se trata de comparación entre sistemas abstractos, el *Common law* se encuentra en peores condiciones; pero en cambio siempre ha prevalecido cuando se trata de someter a prueba su eficacia para resolver controversias particulares».

Cuando decimos que ha sido en Inglaterra donde se han planteado con mayor intensidad las cuestiones relativas al supuesto de funcionario de hecho, nos referimos a la Edad Moderna; no desconocemos que en el campo estrictamente jurídico, ya en tiempo de los romanos, se planteó algún supuesto de funcionario de hecho (Cfr. C. VIRTA, *Il funzionario di fatto*, en «Rev. Diritto pubblico», núm. 5, parte I, año 1923; pág. 24; existe separata (Milán, 1923), a la cual se refieren las páginas citadas en las notas que de este trabajo hacemos). En general para un estudio histórico de la cuestión puede consultarse la obra de A. ACOSTINELLI, *Il funzionario di fatto* (Campobasso, 1926), especialmente las págs. 23-74.

(50) J. TH. ROUSSEAU, op. cit., págs. 10 y ss.

(51) F. J. GOODNOW, op. cit., págs. 156 y ss.

(52) E. SAYAGÜES, op. cit., pág. 302.

(53) J. M. RUIZ GÓMEZ: *Principios generales de Derecho administrativo. El personal de la Administración pública*. (La Habana, 1935), pág. 509.

(54) E. SAYAGÜES, op. cit., pág. 302.

el cargo. Sin embargo, en nuestro sentir, ello no tiene por qué ser así, ya que jurídicamente no existen Gobiernos *de facto*, sino verdaderos Gobiernos o simples grupos de rebeldes, e incluso quienes no admiten esto llegan a la misma conclusión, argumentando que los cargos creados por Gobiernos de hecho, hay que considerarlos con existencia legal. Sobre esta cuestión volveremos más adelante a insistir, por lo que ahora no entramos en el fondo del asunto.

B) *Poseción del cargo: Requisitos.*

El segundo requisito del funcionario de hecho es que se encuentre en posesión del cargo. Como bien dice CONSTANTINEAU (55), esta cualidad está naturalmente implicada en la palabra *facto*, de hecho. Si el funcionario de derecho con título y nombramiento regular para un cargo, puede en algún supuesto—fuera de los normales de interrupción de servicio, que también cabe en el funcionario de hecho: descanso anual, permiso para asuntos propios, etc.—no encontrarse en posesión del cargo, sin perder por ello la condición de funcionario, no cabe predicar tal cosa del funcionario de hecho, ya que su único título es el efectivo desempeño de la función, por lo que este requisito no podrá faltar en ningún caso.

Dicha posesión del cargo ha de ser pacífica, pública, continuada y de buena fe. Ha de ser pública y pacífica, esto es, como dice CAETANO (56), sin clandestinidad ni empleo de violencia por parte del funcionario; este requisito de posesión pacífica hay que entenderlo en sus justos límites, ya que se puede discutir el título dando lugar a una contienda jurídica y hasta que sea pronunciado el fallo el funcionario de hecho será verdadero funcionario (57). Ha de ser de buena fe por parte

(55) A. CONSTANTINEAU, op. cit., pág. 125. Igual B. VILLEGAS, op. cit., vol. III, pág. 598.

(56) M. CAETANO: *Manual de Direito administrativo* (Lisboa, 1937), pág. 289.

(57) La comunicación del fallo, como dice C. VITTA, op. cit., pág. 63, deberá hacerse pública para conocimiento de terceros; ahora bien, si el funcionario a pesar de serle comunicado el fallo continúa en el ejercicio de sus funciones, ya no será funcionario de hecho, sino mero usurpador, independientemente de que a sus actos, en determinadas circunstancias y para proteger la buena fe de los terceros que con él se relacionaron ignorando su condición, haya que reconocerles plenos efectos jurídicos en virtud de la teoría *de facto* como ya sostuvimos. (Vid. las opiniones de FUEYO y FERNÁNDEZ DE VELASCO, notas 42 y 43). He aquí, claramente, cómo la teoría

de la voluntad de quien ejerce las funciones públicas, como se tendrá ocasión de ver más adelante, y ha de ser continuada como consecuencia de la característica propia de la función que desempeña (58). En una palabra, su actuación externa ha de ser de la misma naturaleza que sería la del funcionario de derecho.

Con respecto a la posesión del cargo por parte del funcionario de hecho, pueden plantearse algunos problemas de difícil solución, como son los que a continuación exponemos:

a) *¿Pueden coexistir para un mismo cargo un funcionario de hecho y otro de derecho?*

Hay que contestar en sentido afirmativo. No hay inconveniente alguno en que un mismo oficio esté desempeñado por un funcionario de hecho y existe para el mismo el nombramiento de un funcionario regular o *de jure*. Así se manifiesta por la doctrina y jurisprudencia que del tema se han ocupado.

Pero habrá que advertir que ello será así, siempre y cuando el funcionario de derecho no esté, por cualquier motivo, en posesión del cargo, ya que de lo contrario su mejor título excluiría el funcionario de hecho y lo convertiría en usurpador, pues, como acertadamente dice GOODNOW (59), si «el funcionario *de jure* está en posesión del cargo, lo es también de hecho», o como dice MARTÍNEZ USERO (60), «el ejercicio de las funciones públicas inherentes al cargo por el funcionario de hecho excluye el ejercicio simultáneo de las mismas por el de derecho». En una palabra, si el funcionario de derecho por cualquier circunstancia no está en posesión del cargo, ello permite que exista para dicho cargo un funcionario de hecho, cosa que no podrá ocurrir si efectivamente las funciones públicas están desempeñadas por quien corresponde, según el ordenamiento jurídico.

de facto y el concepto de funcionario de hecho no son una misma cosa y por lo tanto precisan ser diferenciados.

(58) Sabido es como una de las características propias de la función administrativa, es su continuidad. Cfr. B. VILLEGAS, op. cit., vol. II. (Madrid, 1914), págs. 304 y ss.; R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, op. cit., págs. 4 y 30.

(59) GOODNOW, op. cit., pág. 157.

(60) E. MARTÍNEZ USEROS, op. cit. pág. 124.

No es de tal opinión ROUSSEAU (61), para quien este segundo requisito (el estar en posesión del cargo) no tiene por qué darse forzosamente para que exista funcionario de hecho. Considera que existiendo la función *de jure* basta su realización, aunque sea una sola vez, para que pueda hablarse de funcionario de hecho. El aceptar dicha postura supone ampliar extraordinariamente el concepto de funcionario de hecho, de tal forma que no se distinguiría del usurpador de funciones (62).

b) *¿Pueden coexistir dos funcionarios de hecho para un mismo cargo?*

Es éste otro problema que con respecto a la posesión del cargo se puede plantear. Hay que negar rotundamente que para un mismo cargo puedan coexistir dos funcionarios de hecho, ya que admitir lo contrario supone que dos personas puedan ocupar simultáneamente un mismo cargo público, cosa que hay que rechazar por absurda, cualquiera que sea el título que para ello usen. «Dos cuerpos físicos—decía ya en el año 1886 el juez americano Leonard al referirse al supuesto que estamos contemplando—no pueden ocupar el mismo espacio al mismo tiempo»; efectivamente, es necesario admitir que ello no puede ser de otra forma, por lo que a las condiciones expuestas referentes a la posesión del cargo, hay que añadir la de exclusividad.

c) *Apariencia de legitimidad del título o nombramiento.*

El tercer requisito del funcionario de hecho es la apariencia de legitimidad del título o nombramiento, forzosamente necesario en todo caso para ejercer una función pública. Es el *Color of title* que llaman los ingleses o la *investidura plausible* que dicen los franceses siguiendo a JÈZE.

Ahora bien, lo interesante de este tercer requisito no es tanto la

(61) J. Th. ROUSSEAU, op. cit., págs. 15 y ss.

(62) Claro que ello no impide que el acto realizado por una sola vez, produzca en derecho plenos efectos, si es que al mismo cabe aplicar la teoría *de facto*, porque ya dijimos que tal teoría y el concepto de funcionario de hecho son dos cosas distintas, como el mismo ROUSSEAU no desconoce.

apariencia de legitimidad del título a los ojos del público, como la efectiva existencia del mismo, ya que sin título no cabe hablar de ninguna clase de funcionario, y que el nombrado se considere de buena fe funcionario verdadero, por creer que su título es perfectamente válido, ya que su otorgamiento se ha hecho siguiendo el procedimiento idóneo para ello. Por eso en los requisitos de la posesión del cargo hemos consignado la buena fe.

En definitiva, hemos de considerar condición necesaria del concepto que perseguimos, la *existencia de un título*, aunque irregular, aparentemente válido y que así lo considere el interesado. Aquí, naturalmente, jugará papel importante la opinión que los terceros tengan de tal funcionario, no porque la apariencia a los ojos del público sea necesaria para que exista funcionario de hecho, como sostienen algunos autores (en general toda la doctrina francesa), sino porque será uno de los medios más aptos para probar la buena fe del funcionario.

No puede considerarse decisiva la apariencia que a los ojos del público tenga el funcionario de hecho, como sostienen quienes, por no haberse percatado de la diferencia existente entre dicho concepto y la teoría *de facto*, construyen el concepto que estudiamos única y exclusivamente desde aquel punto de vista (apariencia respecto a terceros), que será decisivo en relación a la aplicación de la teoría *de facto*, pero que no puede tener intervención decisiva en lo referente a la calificación de funcionario de hecho. Un ejemplo claro de la confusión existente en la doctrina, que denunciamos, lo encontramos en STASSINOPOULOS (63), quien siguiendo a GENY, considera que lo que importa es que la investidura sea plausible a los ojos del público, «pues la teoría de los funcionarios de hecho no es creada en favor del funcionario, sino en favor del público». Nosotros entendemos que ello no es así; la teoría del funcionario de hecho es creada en favor del propio funcionario y de la Administración, mientras que la que es creada en favor del tercero, del administrado, es la teoría *de facto*.

En la determinación de la buena fe del funcionario es claro que no cabe dar reglas exactas y de aplicación general. Es materia harto delicada. Habrá que examinar cada caso concreto, apreciando las circunstancias que al mismo concurren y en su consecuencia decidir. El inten-

(63) M. STASSINOPOULOS: *Traité des actes administratifs*, (Atenas, 1954), pág. 114.

tar, en este punto, dar reglas exactas y generales que resuelvan *a priori* la cuestión, no tiene base firme alguna y supone un esfuerzo inútil.

De lo dicho sacamos una conclusión: es necesario la apariencia de un título aparentemente perfecto, aunque con un vicio de tal naturaleza que lo haga nulo y no meramente anulable; es imprescindible que exista un nombramiento cualquiera que sea el procedimiento (elección, concurso, etc.), para que podamos hablar de funcionario de hecho, ya que la apariencia de legitimidad—no ya para terceros, sino para el propio funcionario—no podrá existir sin esto (64). Esto mismo manifiesta AGOSTINELLI (65); para este autor, dejando aparte el supuesto de funcionario de hecho en circunstancias excepcionales, que se examinará más adelante, es preciso que exista un acto de conferimiento de la función, que puede ser elección o nombramiento, pero que por ser irregular no le confiere al designado la condición de funcionario *de jure*. Igualmente, VITTA (66) entiende que es preciso en todo caso la existencia de una investidura (término que siguiendo a JÉZE utiliza), ya que la falta absoluta de la misma daría lugar al supuesto de usurpador y no de funcionario de hecho.

Resumiendo este punto, podemos decir que es necesario que el nombramiento se estime correcto, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, ya que es difícil que aquél pueda darse sin éste. Esto es, resulta necesario que el propio funcionario crea de buena fe en la legitimidad de su título (punto de vista subjetivo) y que el público en general no lo dude (punto de vista objetivo). No puede bastar, como sostienen algunos autores, que el nombramiento sea solamente plausible desde el punto de vista objetivo; éste bastará para la aplicación de la teoría *de facto*, pero no para que se dé la figura del funcionario de hecho, que, como repetidas veces venimos diciendo, son dos cosas diferentes.

(64) La irregularidad podrá existir desde el momento de la designación o surgir con posterioridad, pero siempre sobre la base de un título o nombramiento. Podría, pues, darse el caso de que un funcionario de derecho se convierta en funcionario de hecho, cuando la irregularidad surge con posterioridad a un nombramiento correcto.

(65) A. AGOSTINELLI, op. cit., págs. 4 y ss.

(66) C. VITTA, op. cit., pág. 16.

a) *Funcionario sin título o nombramiento en circunstancias excepcionales.*

Lo anterior nos servirá como principio general, pero no absoluto, si es que no queremos llegar a conclusiones absurdas e injustas al ponerlo en contacto con la realidad. Es necesario reconocer cómo en ciertas circunstancias excepcionales cabe atribuir el concepto de funcionario de hecho a individuos que nadie desconoce que no son funcionarios por carecer de título o nombramiento.

¿Cómo explicar esto? ¿Cómo no considerarlos usurpadores? Naturalmente que este supuesto sólo se puede admitir en circunstancias excepcionales, en tiempos de crisis (67), que son los que explican y justifican que individuos sin título alguno se inmiscuyan en las funciones públicas y las ejerzan con el beneplácito de sus conciudadanos, que aunque conocen la carencia del título o nombramiento, no sólo no se oponen, sino que aprueban su conducta. Es el estado de necesidad, nacido de dichas circunstancias, el que eleva a dichos sujetos de la condición de usurpadores a la de funcionario de hecho; en tales circunstancias rige el aforismo *necessitas legem non habet*. Como dice FUEYO ALVAREZ (68), en las «situaciones transitorias y de urgencia, la necesaria continuidad de los servicios públicos obliga a improvisar una autoridad para el servicio de los intereses generales, que no pueden ser sacrificados a un prurito legalista» (69).

Igualmente, AGOSTINELLI (70) sostiene que en periodos excepciona-

(67) Con C. VITA, op. cit., pág. 44, se puede entender por tiempo de crisis «tanto aquellos de guerra, como los de revuelta interna o los de calamidad natural».

(68) FUEYO, op. cit., pág. 46.

(69) Preferimos poner el fundamento y justificación de la actuación de estos individuos, que sin título alguno se inmiscuyen en las funciones públicas obrando como verdaderos funcionarios, en el estado de necesidad antes que en la urgencia, ya que se tratan de instituciones diversas, como señala F. M. CLAVERO, *Ensayo de una teoría de la urgencia en Derecho administrativo*, en el número 10 de esta REVISTA, págs. 50 y siguientes; partiendo del concepto que de dichas instituciones da el referido autor, diremos que «la urgencia implica la sustitución de un procedimiento legal por otro que también lo es; el estado de necesidad supone una actuación contraria al Derecho positivo», por lo que el supuesto de funcionario de hecho sin título encaja mejor en el estado de necesidad que en la urgencia que da lugar a la llamada *supplencia* sobre cuyo tema tiene una interesante monografía A. CIANFLONE, *La supplenza nelle funzione amministrative* (Milán, 1955).

(70) A. AGOSTINELLI, op. cit., págs. 6-7. La misma idea que AGOSTINELLI la expresa MARTÍNEZ USEROS, op. cit., págs. 110-11, diciendo: «es posible... la actuación por un

les de la vida de los pueblos, es una verdad axiomática la necesidad de que los oficios y servicios públicos sean prestados regularmente, por lo que a falta de los verdaderos funcionarios pueden cubrirlos simples ciudadanos, bien por propia voluntad, bien por designación del pueblo o por designación de autoridad, pero no compete para ello.

Ahora bien, el ejercicio de funciones públicas en el caso que tratamos, deberá hacerse en todo momento conforme a los preceptos legales —aparte de la falta de nombramiento—, como si se tratase de un verdadero funcionario.

Respecto al punto que estamos estudiando, es necesario señalar cómo no cabe confundir tal supuesto con el ejercicio privado obligatorio de funciones públicas (71) y decir que se trata de un caso de colaboración a la obra de la Administración, postura bastante extendida en la doctrina, y que en este mismo trabajo tendremos ocasión de rechazar.

El supuesto que actualmente contemplamos, tiene lugar en aquellos casos en que un individuo movido por un sentimiento social en favor del común, ejerce las funciones públicas cuando materialmente es imposible la presencia y actuación de la Administración a través del funcionario regular, sin tener título alguno para ello y cuando más una designación de los habitantes o autoridades superiores, pero fuera de

sujeito, de las competencias de un oficio de interés de la colectividad, arrojándose la cualidad de que la voluntad que expresa sea voluntad pública, decisión del Estado; las coyunturas excepcionales de crisis, nos proporcionan esta hipótesis... Y si bien es cierto que se precisa de una imputación de derecho para que tal actuación sea legítima conforme a un ordenamiento jurídico dado, puede concurrir la circunstancia de que tal actividad se produzca por un sujeto individual determinado sin que la susodicha imputación haya tenido lugar».

(71) Sobre dicha cuestión puede consultarse U. BORSI, *La Collaborazione civica obbligatoria in circostanze di urgenza*, en *Rendiconti de la Academia di Bologna, Scienze Morale* II (1928), G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, en *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano di Orlando*, vol. II-3. (Milán, 1935), págs. 235 y ss., y *Corsó di Diritto amministrativo* (Milán, 1954), vol. I., págs. 148-50; C. GIROLA, *Le prestazioni dei privati alla pubblica Amministrazione*, en *Annali della Università di Trieste* (1933); F. GARRIDO, *El derecho a prima en la multa por denuncia*, en «Rev. Estudios Políticos», núm. 48; A. MESA SEGURA, *Participación del administrado en la obra de la Administración en Boletín de la Universidad de Granada* (1933).

El artículo 259 de nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal, impone al particular la obligación de denunciar los delitos públicos cuya perpetración hubiera presenciado y en el art. 490 se permite a los particulares la detención de delincuentes en los 7 casos que se enumeran, lo cual son dos supuestos de ejercicio obligatorio y facultativo, respectivamente, de funciones públicas que no dan lugar a supuestos de funcionarios sino de colaboradores.

las normas legales que regulan el nombramiento para cargos y oficios públicos. Hemos de decir también que este supuesto hoy día se da con intensidad mucho menor que en otras épocas de la Administración, ya que actualmente la moderna organización administrativa y los medios de comunicación permiten un constante control de la Administración central sobre los organismos descentralizados y, en todo caso, de los órganos superiores sobre los inferiores.

En el supuesto contemplado, en nuestra opinión, no cabe hablar más que de funcionario de hecho, porque el individuo examinado en tal hipótesis, aun cuando no es funcionario de derecho, al ejercer las funciones propias de un funcionario normal, de buena fe (72) y de forma efectiva, pública, pacifista, pacífica y exclusiva, está reuniendo todos los requisitos para ser funcionario de hecho, ya que no se va a conceputar de usurpador a quien generosamente se pone al servicio del interés general, y no cabe hablar de colaboración, puesto que no se dan las notas de tal. Del mismo Código Penal—artículo 320, donde se define la usurpación, aun cuando sea a efectos penales—, se puede desprender esta misma interpretación, ya que para dicho Cuerpo legal es usurpador «el que sin título o *causa legítima* ejerce actos propios de una autoridad o funcionario público...». En el caso que nosotros examinamos, la causa legítima le viene del estado de necesidad, de la ausencia de la Administración regular.

Aunque no todos los autores estén conformes en considerar al individuo del presente caso, funcionario de hecho, todos están de acuerdo en justificar su actuación; así, GARCÍA OVIEDO (73), que lo considera colaborador y no funcionario, dice: «La causa pública habría de padecer gravemente si los particulares espontáneos no ocupasen los oficios abandonados. La necesidad es antes que la ley. En definitiva, esta doctrina responde a la necesidad de mantener una normalidad jurídica perturbada por un hecho extraordinario.»

Volvemos a repetir que no cabe decir que no es funcionario el individuo de tal hipótesis, sino mero colaborador de la Administración, porque, como bien señala ZANOBINI (74), entre estas dos figuras hay fundamental diferencia, y el caso que examinamos no encaja en el su-

(72) La buena fe es requisito necesario también en este supuesto, referida ahora no al título, que nadie desconoce no existe, sino al ejercicio de la función.

(73) C. GARCÍA OVIEDO, op. cit., pág. 934.

(74) Vid. Obras de G. ZANOBINI citadas en la nota 72.

puesto de colaboración, sino en el de funcionario. El funcionario no obra en nombre propio, sino en el de la Administración, a quien sirve y encarna, cosa que tratándose de simple colaborador no sucede así, y el individuo que en época excepcional se hace cargo de un oficio público, ejerciendo las funciones del mismo, funciones que normalmente están desempeñadas por un funcionario regular, obra en nombre y representación de la Administración (75). También GARRIDO (76) ha señalado esta diferencia comentando una Sentencia de la Sala 3.^a de nuestro Tribunal Supremo de 7 de junio de 1948, aun cuando, en opinión del citado autor, la figura del funcionario de hecho, en todo caso, encaja mejor en el supuesto de colaboración (77).

La Administración, hay que reconocerlo, será la primera interesada en admitir el carácter de funcionario al individuo del supuesto que tratamos, a fin de que no sufra el principio cardinal de todo el Derecho administrativo, que establece la continuidad del servicio público (78).

Podría hablarse así de una investidura tácita, mejor que de autoinvestidura, que es el término que usa GASPARRI (79). Aunque la jurisprudencia, tanto española como extranjera, reiteradamente exige la existencia de un acto formal de nombramiento para que pueda surgir la figura del funcionario público (80), creemos que si se dan los otros elementos de la relación de empleo, aunque falte un nombramiento expreso, puede considerarse que existe tácitamente; este criterio fué el que presidió una célebre resolución del *Consiglio di Stato* italiano de 27 de octubre de 1948 y cuya doctrina considera PÉREZ BOTIJA «vendría

(75) Aun cuando se habla de representación no se hace en sentido técnico, ya que como dijimos la relación del funcionario con la Administración no es de representación sino orgánica (Vid. nota 10 de este trabajo y el texto a ella correspondiente).

(76) F. GARRIDO: *Comentarios a jurisprudencia contencioso-administrativo*, en «Revista de Derecho Privado» (septiembre, 1948), págs. 836-37.

(77) F. GARRIDO: *Actos del administrado*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», tomo II, págs. 317 y ss.

(78) «La continuidad es la esencia del servicio público», decía TARDIEU, comisario del Gobierno en el *Conseil d'Etat*, en las conclusiones del caso *Winkel*.

(79) P. GASPARRI: *Corso di Diritto amministrativo*, vol. III. (Padua, 1956), pág. 27.

(80) Doctrinalmente, sin embargo, no faltan autores que consideran que la designación del funcionario, si bien normalmente será por un acto formal y expreso, también puede tener lugar en ciertos casos por una manifestación tácita de voluntad (Vid. A. DE VALLES: *Teoría jurídica delle organizzazione dello Stato*, vol. II (Padua, 1936), pág. 5.

a ser un remedo del contrato tácito o presunto que contempla el artículo 3.º de nuestra Ley de Contrato de Trabajo» (81).

Es cierto que el Derecho administrativo exige, para que se dé el concepto de funcionario público, la imputación jurídica o nombramiento, en virtud de la cual una persona física pasa a realizar los actos propios de un oficio público; pero no es menos cierto que el Derecho debe ceder y ser relegado a un segundo plano ante la realidad, cuando de lo contrario se seguirían graves daños para el interés general. A este propósito tiene MARTÍNEZ USEROS unas sugestivas páginas, de las que transcribimos el párrafo siguiente: «Si el Derecho administrativo como ordenamiento jurídico-positivo nació precisamente para ser instrumento de privilegio de la Administración y de la garantía administrativa del administrado, cuando a dichos fines no sea idóneo tendrá que cesar el condicionamiento por él establecido. Es éste un principio fundamental de *lege ferenda* y el principio básico y determinante de la legítima aplicación de la idea del estado de necesidad a la hipótesis que consideramos. Cede el imperio de la ley positiva y subsiste únicamente el de la ley natural, que nos recuerda hasta con la fuerza automática del instinto, que la parte de un todo puede defender los intereses del mismo. En ella se basa la potencial aptitud de los miembros de una colectividad para actuar como órganos de la misma» (82). Esta misma idea se encuentra reflejada en las siguientes líneas de D'AMELIO (83): «En el mundo jurídico el estado de hecho, no siempre coincide con el estado de derecho; pero el estado de hecho, a veces y por razones diversas, merece el mismo trato que el estado de derecho, y en ciertas circunstancias y con relación a determinadas personas, produce consecuencias análogas de las que se derivarían del estado de derecho.»

Es claro que si la Administración puede, para reorganizar sus servicios, cambiar la situación de sus funcionarios, como sostienen, entre

(81) E. PÉREZ BOTIJA: *El problema de los «no funcionarios» en las Entidades públicas*, pág. 139.

El art. 3 de la Ley de Contrato de trabajo de 26 de enero de 1944, dice así: «El contrato se supone siempre existiendo entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación escrita o verbal, entendiéndose por condiciones del contrato las determinadas en las leyes y reglamentos de trabajo, y en defecto de tales normas, por los usos y costumbres de cada localidad, en la especie y categoría de los servicios y obras de que se trate.»

(82) E. MARTÍNEZ USEROS, op. cit., pág. 119.

(83) D'AMELIO: *Apparenza del Diritto*, en *Nuevo Digesto italiano*, cit. por MARTÍNEZ USEROS: en op. cit., pág. 122.

otros, DEMARTIAL (84), PRESUTTI (85), ZANOBINI (86), ORLANDO (87), POSADA (88), GASCÓN Y MARÍN (89) y ALVAREZ GENDÍN (90), con mayor razón puede, mediante un nombramiento tácito, considerar funcionario al individuo que en circunstancias excepcionales ejerce funciones públicas, sin nombramiento alguno, en beneficio de la colectividad.

Es claro, también, que la apreciación de las circunstancias excepcionales será una cuestión de hecho donde, por tanto, no cabe dar reglas precisas; pero, en general, nos puede servir de orientación el considerar por tales aquellas en que el funcionario de derecho no puede actuar y esto suponga quebranto para el interés general, teniendo bien presente que en estos casos el funcionario de hecho sólo deberá realizar aquellos actos de administración forzosa o necesaria, dejando los de administración voluntaria para cuando la situación de normalidad se restablezca.

En general, tal supuesto, que ya hemos dicho no es frecuente hoy día, hay que admitirlo con grandes restricciones, ya que el régimen de suplencias establecido por las leyes dificulta extraordinariamente la situación de abandono de un destino, condición *sine qua non*, para que surja el supuesto de funcionario de hecho del presente caso (91).

Por otra parte, hay que exigir del funcionario de hecho en circunstancias excepcionales, que ponga en conocimiento, si ello es posible, de los órganos supremos de la jerarquía administrativa correspondiente. la ausencia de la Administración regular y su intención de encargarse de las funciones públicas del oficio vacante.

(84) DEMARTIAL: *Le statut des fonctionnaires* (Paris, 1909), págs. 188-89.

(85) E. PRESUTTI: *Lo Stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi* (Nápoles, 1899), págs. 102-03.

(86) G. ZANOBINI: *Corso...*, vol. III (Milán, 1946), pág. 73.

(87) V. E. ORLANDO: *Principi di Diritto amministrativo* (Florencia, 1921), pág. 126.

(88) A. POSADA: *Tratado de Derecho administrativo* (Madrid, 1897), tomo I, pág. 372.

(89) J. GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho administrativo* (Madrid, 1946), págs. 308-09.

(90) S. ALVAREZ GENDÍN: *Manual de Derecho administrativo*, (Zaragoza, 1941), páginas 225. Estas citas están tomadas de F. M. CLAVERO. *Situación de los Funcionarios en casos de alteración de términos*, en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín* (Madrid, 1952), pág. 12.

(91) Ya hemos dicho (Vid. nota 69) cómo la suplencia, que es un procedimiento legal en cuanto que viene previsto en las normas jurídicas, tiene su origen en la urgencia, mientras que el supuesto contemplado de funcionario de hecho lo tiene en el estado de necesidad. Sobre la suplencia y su régimen jurídico puede consultarse la obra ya citada de CIANFLONE.

b) *Los llamados funcionarios de hecho por «reputación o aquiescencia».*

De la exigencia en todo caso, salvo en circunstancias excepcionales, de un nombramiento o título se deduce que no consideramos funcionario de hecho a quien sin esto tiene apariencia de legitimidad, cualquiera que sea la causa que haya motivado esa apariencia. Es decir, que los denominados funcionarios de hecho por «reputación o aquiescencia», no encajan en el concepto que nosotros damos de funcionario de hecho, por lo que hay que considerarlos verdaderos usurpadores.

La mayoría de la doctrina considera que en todo caso en que se goce, a la vista del público, de la condición de funcionario aunque no exista nombramiento o título, se trata de funcionario de hecho (92). CONSTANTINEAU, defensor de tal postura, hace una cita abrumadora de resoluciones jurisprudenciales de países del *common law* en que se sienta tal principio. Sin embargo, creemos que tal postura no es acertada si es que queremos dar a la figura del funcionario de hecho el mínimo de lógica y unidad, que la haga gozar de interés práctico (93).

El funcionario de hecho, para ser tal, necesita basarse forzosamente en un título o nombramiento y que él lo crea, de buena fe, con eficacia. Lo contrario es construir la figura de que se trata, sobre la base del otro elemento subjetivo (el público en general), que debe quedar en segundo plano.

La confusión de la doctrina y jurisprudencia es debido, una vez más, a no ver con claridad la diferencia existente entre el funcionario de hecho y la teoría *de facto*, que no tienen forzosamente que ir unidas.

Un examen un poco detallado de los argumentos y supuestos que se citan para justificar la existencia de los llamados funcionarios de hecho por *reputación*, nos demuestra la verdad de lo que decíamos. Pueden perfectamente los actos realizados por quien no es funcionario *de jure* ser considerados válidos y con plenos efectos jurídicos en virtud de la

(92) Vid. G. JEZE, *op. cit.*, págs. 328 y ss., y CONSTANTINEAU, *op. cit.*, págs. 165 y ss.

(93) Las siguientes palabras de L. LÓPEZ RONÓ [*El coadyuvante en lo contencioso administrativo* (Madrid, 1943)] referidas al coadyuvante, «con el término coadyuvante se roturan figuras dispares y sin ninguna razón de identificación», las podemos aplicar al funcionario de hecho en relación con el punto que tratamos, ya que en el concepto *de funcionario de hecho* se quieren incluir figuras que no deben entrar en el mismo.

teoría *de facto*, sin necesidad de considerar a su autor funcionario de hecho, porque no en todos los casos en que dicha teoría tenga aplicación nos encontraremos con un funcionario de hecho. La exigencia en todo caso de un título o nombramiento viene determinada porque sin él no puede hablarse de buena fe; nadie que carezca de título puede creerse de buena fe verdadero funcionario, y esto ya hemos visto que es requisito necesario para que exista funcionario de hecho.

El criterio que nosotros sustentamos es admitido por algún autor, muy pocos, ya que el grueso de la doctrina que del tema se ha ocupado sustenta la opinión contraria. Concretamente, es de nuestro parecer C. VITTA (94), quien en todo caso exige para que pueda hablarse de funcionario de hecho la existencia de un justo título, entendiendo por tal investidura o nombramiento, aunque, claro es, irregular. Considera el mencionado autor que tal postura es la que se acomoda a los principios del derecho positivo italiano y la que es conforme a la tradición del derecho romano y del canónico. Sin embargo, es preciso aclarar que admitir la posición de VITTA con todas sus consecuencias y para todo supuesto, como hace su autor, es insostenible. Es necesario reconocer, como así hemos hecho, que las circunstancias pueden hacer quebrar tal postura y en supuestos de necesidad considerar funcionario de hecho a quien carezca de título o nombramiento y hasta de reputación de verdadero funcionario, pero que, sin embargo, se le tolera como tal (95).

2.º Definición.

Así, pues, podríamos ensayar la siguiente definición de funcionario de hecho (96): *aquella persona física que con un nombramiento apa-*

(94) C. VITTA, op. cit., págs. 50 y ss. y *Diritto amministrativo* (Turín, 1949), pág. 183.

(95) VITTA considera que incluso en circunstancias excepcionales se necesita un título para que pueda hablarse de funcionario de hecho y que los actos realizados por un individuo sin título aún en tiempo de crisis, son inexistentes, independientemente de que el legislador con posterioridad les confiera plenos efectos. C. VITTA, *Il funzionario di fatto*, págs. 44 y ss.

(96) Simplemente damos la definición a título de ensayo, porque no desconocemos las dificultades y riesgos que toda definición científica encierra (Vid. sobre esto lo que J. MARIAS escribe en *Filosofía española actual: Unamuno, Ortega, Morente y Zubiri*, colección Austral, pág. 97, y J. BALMES, *El Criterio*, cap. XIV y IV). Ya la sabiduría jurídica romana por boca de JAVOLENO, había dicho: *Omnis definitio in jure civile periculosa est*, que nosotros podemos aplicar, sin temor alguno, a toda disciplina jurídica.

rentemente regular y, sin embargo, jurídicamente nulo, o la que en circunstancias excepcionales, aun faltando esto, ejerce de buena fe las funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada.

Lo anterior puede ser un ensayo de definición analítica, ya que en síntesis nos bastará decir que funcionario de hecho es aquel que aun siendo funcionario no lo es de derecho.

Pudiera pensarse que el supuesto de funcionario de hecho es extraño y raramente se da. Sin embargo, nada tan lejos de ser tal. La realidad nos está demostrando cómo numerosas autoridades y funcionarios públicos caen dentro de tal supuesto (97). Por otra parte, ya en el *Digesto de Ulpiano* (98) se recoge un fragmento referido a un tal *Barbarius Philippus*, en que se está planteando un caso de funcionario de hecho; *Barbarius*, esclavo fugitivo, había llegado a la dignidad de Pretor, no pudiendo legalmente ocupar cargo público alguno por su cualidad; planteada la cuestión respecto de los actos jurídicos realizados por dicho sujeto, el jurisconsulto les concedió validez *propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt*.

En cuanto a la justificación de la actuación del funcionario de hecho

(97) No es de la opinión por nosotros manifestada E. SAYAGÜES, op. cit., pág. 301. Por el contrario M. CAETANO, op. cit., pág. 288, también considera «muy frecuente» la existencia de agentes que «carecen de título jurídico para ejercer funciones públicas» y B. VILLEGAS, op. cit., vol. III, pág. 591, dice que «el funcionario de facto «no es un concepto abstracto y sin realidad en la vida del Derecho».

Por ello no vemos razón alguna para que el estudio de los distintos problemas jurídicos que plantea el funcionario de hecho se hayan descuidado tanto en nuestra patria; como dice UBIERNA EUSA, op. cit., pág. 5, el estudio de cuanto atañe a los funcionarios públicos es de sumo interés dada «la especial importancia que implica dentro de la esfera administrativa el normal funcionamiento de los órganos del Estado».

Por otra parte, se explica la existencia de numerosos funcionarios de hecho por la gran inclinación que hay en nuestra vida social hacia la *empleomanía*, que hizo necesario que ya FELIPE II en 6 de enero de 1588 dictara disposiciones encaminadas a poner coto al excesivo número de solicitudes para obtener un cargo público; disposiciones que a través de nuestra historia legislativa se reiteran con frecuencia; así FELIPE III en 1614, FELIPE IV, en la Pragmática de 10 de febrero de 1623 (curiosa por no permitir a los pretendientes a cargos públicos permanecer más de 30 días en la Corte), CARLOS III por Declaración de 16 de septiembre de 1788 y Edicto de 1799, CARLOS IV en 26 de abril de 1799 (prohibiendo admitir solicitudes de las mujeres e hijas de los pretendientes a los oficios públicos), FERNANDO VII en 1825; todas las *peripecias* de los pretendientes a oficios públicos, las vemos magistralmente retratadas en la literatura costumbrista de la época (*Mesonero ROMANOS, LARRA, Antonio FLORES*) (cit. por J. A. UBIERNA, op. cit., páginas 5 y siguientes).

(98) Fr. 3, *Ulpianus XXXVIII*, ad Sabinum, D. I. 14.

hay que verla en la apariencia de derecho, apariencia no sólo respecto a terceros, sino también al propio funcionario, o en el estado de necesidad si se trata de funcionarios de hecho en circunstancias excepcionales (99). Estas consideraciones las hemos de tener siempre presentes, ya que serán las que nos sirvan para hallar y explicar la solución precisa a los distintos problemas jurídicos que, como consecuencia del concepto que damos de funcionario de hecho se presentan y que nos proponemos abordar en otro trabajo.

Para acabar de precisar el concepto de funcionario de hecho nos será necesario diferenciarlo de otros supuestos con quien cabe confundirlo.

IV. DIFERENCIA ENTRE EL FUNCIONARIO DE HECHO Y EL USURPADOR DE FUNCIONES

En primer término debe diferenciarse del usurpador de funciones administrativas. No cabe confundir ambas figuras, ni considerar al usurpador como un caso de funcionario de hecho; ello supone carecer de un concepto preciso de lo que por funcionario de hecho debe entenderse.

Usurpador de funciones será aquella persona que sin apariencia alguna de legitimidad, por falta de título, ejerce los actos propios de una función pública, excluyendo por la fuerza o dolosamente a quien incumbía el cargo. Parece propio del usurpador que se haya hecho con el cargo por medio de la fuerza o cuando menos por maquinaciones insidiosas. El mismo Código Penal así lo expresa en su artículo 517, aunque referido a la usurpación de la propiedad privada. Esto sirve también para reforzar la argumentación en favor de la no consideración de usurpador al que *desinteresadamente se inmiscuye* en las funciones públicas en circunstancias excepcionales donde la Administración regular no puede obrar, ya que no se hace con el cargo público por los medios del usurpador.

El que haya habido una investidura, pero con una irregularidad de tal tipo que la haga inexistente, no quita la condición de usurpador al

(99) Vid. el apartado C) del epígrafe III de este trabajo.

investido. Habrá inexistencia de acto administrativo cuando falte por completo alguno de los elementos del mismo, que con GARRIDO (100) podemos decir que son: sujeto, objeto o contenido, causa, fin y forma. Aquí se puede distinguir entre inexistencia y nulidad de la investidura: en el primer caso nos encontramos con un usurpador, en el segundo con un funcionario de hecho si además concurren las condiciones que hemos visto eran precisas. Es a este respecto, pues, de aplicación la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, de origen francés, que se encuentra negada por un gran sector de la doctrina (101).

Cuando el vicio jurídico del nombramiento es de tal relevancia que no hay acto jurídico o cuando sin nombramiento alguno, salvo en las circunstancias anormales según vimos, un individuo se inmiscuye en las funciones públicas, nos encontramos con la figura del usurpador de funciones (102). Sus actos no producirán efecto jurídico alguno, al menos que puedan aplicarse a ellos la teoría *de facto*, puesto que no se tratan en realidad de actos administrativos, ya que al usurpador no cabe darle la condición de funcionario sino, como dice FORSTHOFF (103), de simples «actuaciones privadas objeto de calificación penal».

Sostienen la validez jurídica en determinadas circunstancias de los actos realizados por usurpadores, entre otros, CIANFLONE (104), FUEYO (105) y FERNÁNDEZ DE VELASCO (106).

(100) F. GARRIDO: *Régimen de impugnación de los actos administrativos* (Madrid, 1956), pág. 216.

(101) Cfr. F. GARRIDO, *op. cit.*, págs. 200 y ss.

(102) La diferencia entre el funcionario de hecho y el usurpador de funciones la pone de manifiesto J. FUEYO, *op. cit.*, pág. 50, en las siguientes líneas: «es funcionario de hecho el que ejerce una función pública con título aparentemente regular pero jurídicamente nulo; mientras que es mero usurpador el que sin apariencia de título alguno, ejerce la función por vía de hecho». A esto tendríamos que añadir nosotros que aún sin título en circunstancias excepcionales, se puede ser funcionario de hecho, según vimos.

(103) E. FORSTHOFF, *op. cit.*, pág. 317. Para este autor existe diferencia entre la actuación de un usurpador, cuyos actos no son administrativos (cita el caso del *capitán von Köpenik*) y la de un funcionario de hecho, esto es, la de un individuo nombrado por la Administración sin reunir las condiciones para ello, cuyos actos sí son administrativos, sin que ahora nos interese entrar en el examen de la eficacia que dichos actos tengan (*vid.* FORSTHOFF, *op. cit.*, pág. 317).

(104) *Vid.* A CIANFLONE, *op. cit.*, pág. 73.

(105) *Vid.* FUEYO, *op. cit.*, págs. 50-51.

(106) *Vid.* R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 358.

V. DIFERENCIA ENTRE EL FUNCIONARIO DE HECHO Y EL FUNCIONARIO
REGULAR INCOMPETENTE

También se hace preciso distinguir al funcionario de hecho del funcionario de derecho, pero incompetente.

La competencia es uno de los principios jurídicos propios de la organización administrativa (107) y como tal ha sido estudiada fundamentalmente por los autores italianos (108).

La competencia, dice D'ALESSIO (109), «es la medida de la potestad que pertenece a cada oficio»; GASCÓN HERNÁNDEZ la considera «el círculo de atribuciones propio de una esfera, una Entidad o un órgano administrativo» (110). Sin entrar en estudio más profundo podemos decir que la competencia es el conjunto de poderes y atribuciones correspondientes a un órgano, conferidos por el derecho objetivo. Por tanto, funcionario incompetente será aquel que carece de la potestad para dictar el acto realizado, por exceder de sus atribuciones o, en otros términos, porque realiza el acto excediéndose en los límites trazados por la ley de la función, pero que obra, sin embargo, en virtud de un título regular.

(107) Cfr. J. A. GARCÍA TREVILJANO, *Principios jurídicos*, págs. 185 y ss.

(108) Es sabido, como en general las cuestiones de organización administrativa han preocupado y sido objeto de estudio detenido en el Derecho administrativo italiano a diferencia del Derecho francés, donde por algunos autores se ha llegado a decir que la organización administrativa es la parte más simple del Derecho administrativo y que su objeto principal es el análisis de los textos legales y reglamentarios que han creado dicha organización (Vid. P. DÚZÉ y G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, París, 1952, pág. 5); no es el momento aquí de negar esta última afirmación, bástenos simplemente afirmar cómo la organización administrativa está presidida por unos principios jurídicos, aparte de los puramente técnicos, entre los cuales se encuentra el de la competencia. La distinta postura de los estudiosos del Derecho administrativo de Francia e Italia respecto de la parte de dicha disciplina constituida por la Organización administrativa, queda puesta de relieve en el estudio de la competencia, y así vemos como los autores franceses normalmente no se paran en el examen de la misma y únicamente lo hacen de la incompetencia en cuanto vicio del acto administrativo, en la parte de la justicia administrativa dedicada a los recursos (Vid. por todos A. DE LAUBADERE, *op. cit.*, París, 1953, págs. 383 y ss).

(109) F. D'ALESSIO, *Instituzioni di Diritto amministrativo italiano*, vol. I (Turín, 1932), pág. 230.

(110) J. GASCÓN HERNÁNDEZ, *Unidad, competencia y jerarquía*, en «Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN». (Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1952), pág. 63.

Normalmente, la competencia de Derecho público suele equipararse a la capacidad privada; así FRAGA (111), SAYAGUÉS (112) y JÉZE (113). No obstante, entendemos que entre ellas existen marcadas diferencias. La competencia en Derecho público está atribuida a un órgano y no a una persona jurídica, como sucede con la capacidad en Derecho privado; la persona jurídica en Derecho público tiene también una capacidad que viene determinada por sus fines (114) y que se manifiesta a través del conjunto de competencias de los diferentes órganos que constituyen la persona jurídica (115).

La competencia está atribuida al órgano de la persona pública, en el sentido técnico que a esta expresión hemos dado, y tan sólo la tiene el funcionario en cuanto titular del mismo, pero sin que sea posible considerar que dicho funcionario tiene un derecho subjetivo a la misma (116).

Como decimos, la competencia es propia de los órganos y, por lo tanto, quienes están al servicio de la Administración sin recubrir órganos, no puede decirse que ejercen competencia. La doctrina italiana, fundamentalmente a partir de la obra ya clásica de A. DE VALLÉS, habla de competencia, propia del órgano y por rechazo de su titular, y de *esfera de mansiones*, propia de los simples oficios internos y, por lo tanto, de los funcionarios que los sirven, es decir, de los llamados por un sector de la doctrina empleados (117). La competencia en sentido jurídico la tienen tan sólo los órganos mientras aquellos puestos u oficios de la Administración que no tienen tal categoría, no poseen verdadera competencia en sentido jurídico. Tendrán, sí, unas determinadas atribuciones, pero sin relevancia al exterior, atribuciones que no procederán de la norma jurídica—como sucede con la competencia, que

(111) Vid. G. FRAGA: op. cit., pág. 127.

(112) Vid. E. SAYAGUÉS, op. cit., pág. 191.

(113) Vid. G. JÉZE, op. cit., vol. III, pág. 189.

(114) Cfr. J. A. GARCÍA TREVIJANO, op. cit., pág. 187. Para este autor la competencia es del órgano, mientras la capacidad es de la persona.

(115) Por eso el principio de competencia hace posible que la Administración aún siendo *una* (sobre el principio de unidad en la Administración vid. L. JORDANA DE POZAS, *El principio de unidad y sus consecuencias político y administrativas*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 4, págs. 621 y ss., y núm. 5, págs. 33 y ss.) sea múltiple en sus manifestaciones.

(116) Cfr. FORSTHOFF, op. cit., pág. 575 y S. ROMAND, *Decentramento amministrativo* en «Enciclopedia Giurídica Italiana», vol. IV, parte I-II-III, (1911), pág. 444.

(117) Vid. nota 27 de este trabajo y el texto a ella correspondiente.

siempre debe venir establecida y concebida por un texto jurídico (118)—, sino, en la mayoría de los casos, de un mero reparto por razones de división de trabajo, realizado por una simple orden de servicio (119).

En cuanto que la competencia, aun cuando es única, presenta tres puntos desde los cuales puede ser considerada—como reconoce GARRIDO, siguiendo a A. DE VALLES (120)—objetiva o por materias, territorial y funcional o jerárquica, tres pueden ser los casos de incompetencia. El exceso puede ser debido a realizar el acto fuera del territorio reservado a la actuación del funcionario, a tomar decisión en materia reservada a otra autoridad o porque el acto realizado corresponda a otro grado de la jerarquía administrativa, aun cuando, en general, la materia sea de la competencia del funcionario.

Como se puede deducir de lo que llevamos dicho, es clara la diferencia entre el funcionario incompetente y el funcionario de hecho. En el funcionario incompetente no se plantea cuestión alguna sobre la

(118) Cfr. G. JÈZE, *op. cit.*, vol. III, pág. 198; G. FRAGA, *op. cit.*, pág. 127, y B. VILLEGAS, *op. cit.*, vol. II, pág. 259.

(119) La situación jurídica del administrado ante la verdadera competencia o la *esfera de mansiones* es totalmente distinta, ya que respecto de la primera tendrá la posibilidad de hacerla respetar utilizando los recursos adecuados en caso de que no haya sido observada, ya que el acto emanado vendrá viciado por incompetencia, mientras que en relación a la *esfera de mansiones* no existirá tal posibilidad; por eso a ésta última la llama DE VALLES (*Teoría jurídica...* vol. I, pág. 88) «competencia no jurídica», aunque el término no nos parece muy correcto puesto que la *esfera de mansiones* tendrá también carácter jurídico en ciertos casos; es cierto que nunca la tendrá respecto a los extraños a la organización, a los simples administrados, a diferencia de la verdadera competencia que tiene una eficacia jurídica *erga omnes*, pero sí tendrá eficacia jurídica respecto a los propios funcionarios a los cuales esté atribuida dicha *esfera de mansiones*, ya que de su incumplimiento pueden derivar consecuencias jurídicas (por ejemplo, a efectos de responsabilidad) y en este sentido las normas que fijen la *esfera de mansiones* serán también jurídicas, carácter que tendrán las normas internas de organización siempre que el funcionario por medios jurídicos pueda reaccionar contra ellas transformándose en impugnador (Cfr. GARCÍA-TREVIJANO, *op. cit.*, pág. 17). Esto nos pone en relación con el problema general del carácter jurídico que las normas de organización puedan tener, sin que entremos ahora en dicho estudio respecto al cual puede consultarse A. DE VALLES, *op. cit.*, vol. I, págs. 83 y ss., y GARCÍA-TREVIJANO, *op. cit.*, págs. 15 y ss.

(120) F. GARRIDO: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional* (Madrid, 1950), pág. 120, y A. DE VALLES, *op. cit.*, vol. I, pág. 138. El primero de dichos autores en su obra *Régimen de impugnación de los actos administrativos* (Madrid, 1956), página 223, cambia la denominación de las distintas clases de competencias usando la de territorial, funcional o por razón de la materia y jerárquica. Una clasificación más amplia de las distintas clases de competencias se puede encontrar en GARCÍA-TREVIJANO, *op. cit.*, págs. 191 y ss.

irregularidad de su investidura y sí únicamente acerca de sus atribuciones; el funcionario incompetente es funcionario *de jure*, nunca de hecho. Por el contrario, el supuesto de funcionario de hecho hace referencia al modo de ingreso en las funciones públicas, por lo que SAYAGÜES lo estudia en el epígrafe que lleva el título de «Ingreso a las funciones públicas» (121). No obstante, no todos los autores se han percatado de esta diferencia; así sucede con BONNARD (122), quien estudia al funcionario de hecho dentro de la rúbrica general de «las ilegalidades orgánicas por incompetencia», e igualmente GASPARRI (123) lo considera como un caso de incompetencia aunque en sentido amplio (*incompetenza intesa in senso ampio*), por lo que se ve obligado a estudiar por separado el supuesto de funcionario de hecho del de funcionario incompetente, puesto que en rigor se trata de supuestos distintos.

Refleja nuestro parecer, en lo que se refiere a este punto, el profesor mejicano FRAGA (124) con las siguientes líneas: «Para abordar este problema en sus varios aspectos, conviene eliminar toda idea de competencia o incompetencia..., pues si los actos de quien no se encuentra legalmente investido de la situación jurídica de órgano del Estado tienen aquí un lugar como elemento de análisis, ello es en tanto que deban considerarse inatacables si se hubieran realizado por un funcionario de derecho, en ejercicio de sus atribuciones.»

(121) Vid. SAYAGÜES, op. cit., pág. 301; también C. VITTA, op. cit., pág. 15, considera que se debe distinguir bien al funcionario de hecho del incompetente y más adelante se adentra en dicha distinción.

(122) R. BONNARD: *Précis de droit administratif, partie generale* (Paris, 1935), página 216. También FENÁNDEZ DE VELASCO, op. cit., pág. 357, y A. DE LAUBADERE, op. citada, página 385, vienen a considerar al funcionario de hecho como un caso de funcionario incompetente.

(123) P. GASPARRI: *Lezioni di Diritto amministrativo*, vol. II (Milán, 1950), pág. 139. Este autor, en la edición de su *Corso* de 1956, cambia por completo la sistemática y ya no trata al funcionario de hecho como un caso de incompetencia, dentro de la *desfunción* administrativa, sino que distingue entre *desorganización* y *desfunción*, considerando que la irregularidad en la Administración lo mismo que en cuerpo humano, puede estar en su propio organismo (*desorganización*) o en el funcionamiento (*desfunción*) y al funcionario de hecho lo considera dentro de la primera (Vid. nota 1 de este estudio).

(124) C. FRAGA, op. cit., pág. 182.

Claro es que, cuando la incompetencia es de grado muy avanzado, puede acercarse a la usurpación; por ello sostiene ROUSSEAU (125) que resulta difícil diferenciar ambas situaciones en ciertos supuestos.

VI. ¿EL FUNCIONARIO DE LOS LLAMADOS GOBIERNOS «DE FACTO»
ES FUNCIONARIO DE HECHO?

Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia, salvo algunas excepciones, así lo consideran. No obstante, en nuestro sentir, ello no es correcto; los funcionarios nombrados por los Gobiernos llamados *de facto* son verdaderos funcionarios *de jure*, siempre y cuando que efectivamente se puede hablar de Gobierno, es decir, siempre que el nombramiento provenga de una organización política con fuerza suficiente para imponerse y tomar decisiones en un determinado territorio, encaminadas a asegurar la vida social. Si una organización así nombra un funcionario administrativo, aun cuando después, por triunfar la fuerza que se le oponía sea aplastada, ese funcionario debe ser considerado *de jure*. Nos damos cuenta de que en la realidad no suele ser así, pero ello se debe a razones políticas y no jurídicas. Jurídicamente deberá existir perfecto Gobierno desde que existe una organización política con fuerza suficiente para tomar decisiones que sean respetadas, a fin de facilitar la convivencia para hacer posible la vida social, independientemente de que se haya hecho con el Poder político fuera de todo cauce constitucional. Esta idea se pone de manifiesto en el fallo dictado el 5 de julio de 1901 por un Tribunal arbitral franco-italiano y en el arbitraje emitido por W. H. Taft con motivo de una disputa entre Inglaterra y Costa Rica (126).

Para nosotros no existen jurídicamente Gobiernos *de facto*: o se trata de simples grupos de rebeldes o de verdadero Gobierno, puesto que sólo *a posteriori*, como consecuencia del triunfo o de la derrota, se les puede llegar a calificar de Gobierno *de facto*, y es claro que la conceptualización jurídica no puede depender de tal cosa. No es posible encontrar *a priori* un criterio jurídico que nos permita distinguir el Poder

(125) J. Th. ROUSSEAU, op. cit., págs. 35 y ss.

(126) Vid. FRAGA, op. cit., págs. 184-185.

de hecho del de derecho; sólo el ejercicio de ese Poder en un cierto sentido, hacia un fin determinado, es susceptible de justificar un Gobierno (127). De esta misma opinión es J. Th. ROUSSEAU (128).

Admitir lo contrario supondría considerar a todos los Gobiernos hoy en día existentes, como Gobiernos *de facto*, ya que más o menos todos arrancan de un hecho de fuerza.

Y si, como decimos, jurídicamente los llamados Gobiernos *de facto* son Gobiernos regulares, los funcionarios que designen tendrán también tal carácter, esto es, serán funcionarios *de jure* (129). Otra cosa es que los individuos nombrados por simples grupos de rebeldes, a los cuales no cabe más que considerar como meros usurpadores, puedan realizar actos jurídicos a los cuales por aplicación de la teoría *de facto* se les conceda plena validez en derecho.

VII. ¿PUEDE UN USURPADOR CONVERTIRSE EN FUNCIONARIO DE HECHO?

Tal hipótesis, en nuestro sentir, hay que rechazarla, en consonancia con el criterio que sostuvimos al negar que baste la reputación cuando falta el título, para ser considerado funcionario de hecho. Tal posibilidad, sin embargo, está admitida por la mayoría de la doctrina (130).

En opinión de JÉZE—que admite la posibilidad de que un usurpador se convierta en funcionario de hecho—, para saber si se ha producido tal transformación hay que considerar una serie de circunstancias cuyo número resulta imposible determinar *a priori*, pero que deben llevar a la convicción de que la investidura ha llegado a ser admisible. Estimamos que esta última postura no resulta correcta, ya que la opinión que el público tenga del individuo que ejerce las funciones de un cargo, no puede cambiar su condición, ya que si es el criterio decisivo para la

(127) No entramos en el arduo problema moral que supone dictaminar acerca de si debe obedecerse a un Gobierno que se ha apoderado del Poder por la fuerza; Vid. sobre este punto J. BALMES: *El protestantismo comparado con el catolicismo en sus relaciones con la civilización europea*, séptima ed., tomo IV (Barcelona, 1895), págs. 17 y ss., y S. ALVAREZ GENDIN: *Concepto católico del Estado y la justicia* (Madrid, 1944).

(128) Vid. J. Th. ROUSSEAU, op. cit., págs. 21 y ss.

(129) A esta misma conclusión, aunque por camino distinto, llegan DÚEZ y DEBEYRE, op. cit., pág. 741, en nota.

(130) Vid. JÉZE, op. cit., vol. II-I, pág. 330, y CONSTANTINEAU, op. cit., pág. 190.

aplicación de la teoría *de facto*, no tiene mayor influencia en la consideración de quien dicta los actos jurídicos.

Solamente en el supuesto de circunstancias excepcionales, un usurpador podrá convertirse en funcionario *de facto*, y no debido a que la investidura haya llegado a ser admisible por virtud de la reputación, como dice JÈZE (131), sino en virtud del estado de necesidad nacido de dichas circunstancias. Nuestro parecer es también el de MARTÍNEZ USEROS (132), aunque debido a su concepto de órgano *de facto* considera que en circunstancias excepcionales el estado de necesidad convertiría al usurpador no en funcionario de hecho, sino en órgano de hecho (133).

VIII. ¿PUEDE UN FUNCIONARIO DE HECHO CONVERTIRSE EN FUNCIONARIO DE JURE?

Igualmente, no debe admitirse la posibilidad de que el funcionario de hecho se convierta en funcionario regular, que JÈZE (134) considera factible. Disentimos en lo que a esto se refiere del autor citado, que considera que cuando han expirado los plazos para impugnar el acto irregular de nombramiento, éste se perfecciona desde ese instante. De igual opinión es CAETANO (135), quien sostiene que pasados los plazos para recurrir, que deben ser amplios, si el funcionario viene desempeñando pública y pacíficamente el cargo, la irregularidad desaparece y el funcionario de hecho se convierte en funcionario *de jure*, criterio que fué el que presidió una célebre resolución del Consejo Supremo de Administración pública de Portugal de 27 de mayo de 1931.

Ya hemos visto cómo en el caso del funcionario de hecho la irregularidad del título hace a éste nulo, y como se sabe por la teoría general de las irregularidades de los actos administrativos, éstas cuando hacen el acto nulo lo hacen para siempre, pues la nulidad puede alegarse en cualquier momento, incluso después de transcurridos los plazos para

(131) JÈZE, op. cit., págs. 328-29.

(132) MARTÍNEZ USEROS, op. cit., pág. 121.

(133) Sobre la postura de MARTÍNEZ USEROS respecto a los por él llamados órganos de hecho, véase el apartado B) del epígrafe X de este trabajo.

(134) JÈZE, op. cit., vol. II-1, pág. 330.

(135) M. CAETANO, op. cit., pág. 291.

recurrir tanto por el particular lesionado como por parte de la propia Administración y sin necesidad de acudir ésta al proceso de lesividad; aquí tiene plena aplicación el aforismo latino «quod ad initium vitiosum est tractus tempore convalescere non potest» (136).

Por tanto, la única forma que tiene el funcionario de hecho para convertirse en funcionario regular, es que por un nuevo acto le sea conferida o completada la investidura o título, como señala GASPARRI (137). También MARTÍNEZ USEROS (138), en lo que se refiere a la cuestión planteada en el presente epígrafe, coincide plenamente con los principios que dejamos expuestos.

IX. CLASES DE FUNCIONARIOS DE HECHO

A) *Posición de la doctrina:*

Suelen hacer los autores diferentes clasificaciones de los funcionarios de hecho, atendiendo a diferentes motivos.

a) C. VITTA.—Este autor habla de los siguientes casos de funcionarios de hecho, siempre sobre la base de existir una investidura, puesto que para él, según hemos visto, en ningún caso puede hablarse de funcionario *de facto* si no existe una investidura:

1.º Oficio creado irregularmente o regularmente suprimido (la creación irregular puede ser debido a haberla realizado una autoridad de un ente diverso o una autoridad incompetente).

2.º Nombramiento para oficio no vacante.

3.º Nombramiento por autoridad incompetente.

4.º Nombramiento en favor de una persona que no reúne las condiciones precisas.

5.º Investidura siguiendo un procedimiento legal, pero con un vicio.

6.º Nombramiento totalmente regular, pero falto de alguna formalidad sucesiva.

(136) Vid. F. GARRIDO: *Régimen de impugnación...* cit., pág. 206.

(137) P. GASPARRI: *Corso di Diritto amministrativo* (Padua, 1956), vol. III, pág. 44.

(138) MARTÍNEZ USEROS, op. cit. págs. 121 y ss.

7.º Nombramiento totalmente regular, pero decaído, bien *ipso iure* o a instancia de parte.

8.º Delegación irregular (139).

b) J. Th. ROUSSEAU.—Según este autor, son funcionarios de hecho:

1.º El funcionario que tiene un título regular, pero cuyo título ha cesado de producir efectos.

2.º El individuo nombrado por un acto que es regular sólo en apariencia o con una delegación irregular o suplencia fuera de los casos prevenidos por la ley de la función.

3.º El individuo que realiza actos como si fuera verdadero funcionario, sin tener título alguno ni siquiera irregular, o bien cuando teniendo un título éste no emana de la autoridad gubernamental del país, por lo que es igual que si no existiera (140).

c) G. JÈZE.—Distingue JÈZE las siguientes clases de funcionarios de hecho:

1.ª Funcionario con nombramiento irregular (la irregularidad puede ser debida a diferentes motivos).

2.ª Funcionario que sigue ejerciendo las funciones después de haber cesado.

3.ª Funcionario sin título para ejercer las funciones públicas en épocas de crisis (141).

d) A. CONSTANTINEAU.—Distingue los siguientes casos:

1.º Funcionario por reputación o aquiescencia, sin un nombramiento o elección conocidos.

2.º Funcionario debidamente elegido o designado por un período específico, pero que actúa antes del comienzo del mismo o que sigue ocupando el cargo después de la expiración del período.

3.º Funcionario bajo apariencia de una elección o un nombramiento conocido, pero cuyo título está viciado porque no era elegible o porque fué descalificado para ocupar el cargo.

4.º Funcionario bajo apariencia de una designación o elección vá-

(139) VITTA, op. cit., págs. 17-19.

(140) J. Th. ROUSSEAU, op. cit., págs. 46 y ss.

(141) JÈZE, op. cit., pág. 311.

lida y conocida, pero que han omitido cumplir las formalidades que exige la ley.

5.º Funcionario bajo apariencia de una elección o nombramiento regular.

6.º Funcionario bajo apariencia de una elección o nombramiento efectuado por una persona o Corporación oficial sin autoridad para ello.

7.º Funcionario bajo apariencia de una elección o nombramiento, en aplicación de una ley inconstitucional (142).

e) BUTLER.—Para BUTLER, presidente de la Corte Suprema de Connecticut, el funcionario de hecho puede serlo en algunos de los supuestos siguientes, según dictaminó en el caso *State Vs Carrol*, uno de los más famosos fallos americanos referentes a la teoría de *facto* y donde se exponen los principios fundamentales de dicha teoría:

1.º Por carecer de nombramiento o elección conocida, pero actuando bajo circunstancias de reputación o aceptación suficientes como para inducir a la gente a aceptarlo.

2.º Funcionario bajo apariencia de una designación o elección conocida y válida, faltando algún requisito previo.

3.º Funcionario por elección o designación nula, pudiendo ser diversa la causa de la nulidad.

4.º Funcionario designado en aplicación de una ley inconstitucional (143).

f) M. CAETANO.—Habla de las siguientes clases de funcionarios de hecho:

1.ª Por nombramiento ilegal.

2.ª Por nombramiento legal seguido de ejercicio, sin previa fianza cuando ésta es necesaria.

3.ª Por ejercicio de las funciones después de cesar en el cargo.

4.ª Por nombramiento irregular emanado de autoridad insurreccional.

5.ª Por ejercicio de la función sin investidura, en ausencia de los agentes regulares, por causa de necesidad pública (144).

(142) CONSTANTINEAU, op. cit., págs. 163-64.

(143) Citado por CONSTANTINEAU, op. cit., pág. 39.

(144) M. CAETANO, op. cit., págs. 288-289.

g) G. FRAGA.—Para este autor el funcionario de hecho puede ser:

1.º Por haber sido nombrado o elegido un individuo para un cargo sin reunir las condiciones legales.

2.º Por seguir realizando funciones públicas una vez que el título regular había decaído.

3.º El que sin título alguno ejerce las funciones públicas en circunstancias excepcionales o de crisis (145).

B) *Postura que sostenemos.*

Respecto a las clasificaciones de los autores que acabamos de ver, hemos de decir que en la mayoría de los casos las mismas no responden a ningún criterio de interés, ni entrañan, por tanto, consecuencias prácticas algunas, ya que no importan diferente tratamiento jurídico. Jurídicamente se vienen a equiparar casi todos los supuestos de funcionarios de hecho que quedaron contemplados en las aludidas clasificaciones.

Por otra parte, algunos de los casos que se citan no son de funcionarios de hecho sino de derecho y en otras ocasiones de usurpadores.

En nuestro sentir, solamente cabe distinguir: el funcionario de hecho en circunstancias normales, del funcionario de hecho en períodos de crisis o anormalidad, pudiendo en este segundo caso ser considerado funcionario de hecho quien carece de nombramiento o título alguno. En el primer caso el ejercicio de las funciones públicas tiende a ser permanente, mientras en el segundo sólo tiene un carácter transitorio.

Esta clasificación, que en general está hecha por todos los autores, sí tiene realmente interés, puesto que los supuestos en que se base son totalmente diversos y, como consecuencia, los efectos jurídicos distintos; pero el distinguir dentro del funcionario de hecho en períodos de normalidad diversas clases según el vicio del título o nombramiento, ya no nos parece de interés; naturalmente que atendiendo a la irregularidad del título se pueden hacer múltiples subclasificaciones, puesto que el acto de nombramiento puede ser nulo por diversos motivos,

(145) G. FRAGA, op. cit., pág. 183.

según el vicio afecte a uno u otro elemento de dicho acto (146). Pero jurídicamente todas estas subclasificaciones, que se pueden hacer según la causa de la nulidad del acto de nombramiento, carecen de importancia práctica. Por el contrario, la clasificación que quedó aceptada sí tiene importancia; en primer lugar, el fundamento justificativo de la actuación del funcionario de hecho, según se trate de funcionario en período de normalidad o de crisis, es diverso; como dice MARTÍNEZ USEROS (147), cada uno de ellos nos «plantan una cuestión diferente». En el funcionario de hecho por título irregular es la apariencia de la legalidad la que justifica su actuación. Apariencia de legalidad no tanto respecto a los particulares, como con respecto a la Administración y al propio funcionario, según hemos indicado. La eficacia de la apariencia en el mundo jurídico puede resumirse en las siguientes palabras de BÉRGAMO LLABRÉS (148): «No tenemos tiempo de dudar. Creemos y, por una especie de entente tácita, consideramos como un derecho la apariencia de un derecho», o como dice FORSTHOFF (149), referido al ámbito puramente administrativo, «aquel que confía en la validez del acto administrativo, merece también la protección del derecho».

... Por el contrario, el fundamento de la actuación del funcionario de hecho sin título alguno en períodos de crisis, hay que buscarlo en el estado de necesidad (150). En el Derecho canónico es principio de antiguo aceptado que en ocasiones puede ser lícito aquello que va contra el Derecho positivo, siempre y cuando que esté de acuerdo con la Ley natural. Esto es precisamente lo que sucede en el supuesto de funcionario de hecho sin título; como hemos visto, dice FUEYO (151), en determinadas circunstancias la necesidad «obliga a improvisar una autoridad para el servicio de los intereses generales, que no pueden ser sacrificados a un prurito legalista».

(146) Sobre los elementos del acto administrativo, véase nota 100 de este trabajo y el texto a ella correspondiente.

(147) E. MARTÍNEZ USEROS, op. cit. pág. 112.

(148) BÉRGAMO LLABRÉS: *La protección de la apariencia jurídica en derecho español*, en «Conferencias del Colegio Notarial de Valencia durante el Curso 1945», pág. 242.

(149) E. FORSTHOFF, op. cit., pág. 311.

(150) Con MARTÍNEZ USEROS, que a su vez lo hace siguiendo a MORIAUD, podemos decir que por estado de necesidad debe entenderse «aquél en que la protección de un bien jurídico tutelado, reclame la realización de un acto que en sí es antijurídico». (Vid. MARTÍNEZ USEROS, op. cit., pág. 116.)

(151) J. FUEYO, op. cit., pág. 46.

En el campo del Derecho administrativo la aplicación de la teoría del estado de necesidad se explica perfectamente en virtud del principio que en todo caso debe presidir esta disciplina y que es la defensa que en todo momento debe hacerse del interés general. Cuando ese interés no es posible defenderlo observando rígidamente las normas jurídico-positivas, éstas deben perder su aplicación ante la realidad. Podemos decir que cuando hecho y regla no coincidan, debe imponerse aquél sobre ésta, siempre y cuando que se siga un general beneficio, o que de admitir lo contrario el interés colectivo sufriría. En definitiva, el derecho es medio y límite del obrar administrativo (152) y debe acomodarse a las efectivas necesidades del caso en cuanto medio y cesar como límite cuando de no ser así padecería la satisfacción de las necesidades colectivas, que tiene por finalidad aquel obrar. Las líneas de MARTÍNEZ USEROS que transcribimos anteriormente (153) explican adecuadamente el importante papel que el estado de necesidad juega en Derecho administrativo.

X. CRÍTICAS AL CONCEPTO DE FUNCIONARIO DE HECHO

Expuesto el concepto de funcionario de hecho y sus clases, nos parece de interés pasar revista a las críticas que a dicho concepto se han dirigido.

En dos direcciones se ha atacado el concepto de funcionario de hecho. Por una parte, considerando mal usado el término, en cuanto que se niega la existencia de funcionarios de hecho, ya que, se dice, el supuesto que contempla es el de mero colaborador a la obra de la Administración y no el de funcionario. En otra dirección, la crítica se hace por haber pretendido construir toda la teoría *de facto*—que pretende explicar cómo en determinados casos actos que normalmente serían nulos de pleno derecho, producen los efectos jurídicos propios del acto regular—sobre el concepto de funcionario de hecho.

Nosotros examinaremos a continuación estas dos direcciones críticas,

(152) No desconocemos que FORSTHOFF, *op. cit.*, págs. 16 y ss., atribuye también otras funciones al derecho en relación con el obrar de la Administración.

(153) Vid. el texto correspondiente a la nota 82 de este trabajo. Sobre el papel que juega el Estado de necesidad en el Derecho administrativo, vid. A. BIELSA: *El estado de necesidad en el Derecho constitucional y administrativo* (Buenos Aires, 1957).

juntamente con la postura que adopta MARTÍNEZ USEROS respecto a los funcionarios de hecho en circunstancias excepcionales. También se examinarán las posturas de A. DE VALLÉS y E. CAPACCIOLI, que pueden ser incluidas en la segunda dirección crítica.

A) *Se trata de un supuesto de colaborador y no de funcionario* (GENY, GARCÍA OVIEDO, GARRIDO).

Esta crítica o postura ha sido sostenida en la doctrina francesa por GENY (154) y defendida en nuestra patria por los profesores GARCÍA OVIEDO y GARRIDO FALLA. Este último autor, siguiendo a GENY, caracteriza al funcionario de hecho «por ser individuo *al margen de los cuadros de la Administración*, que en determinadas circunstancias realiza evidentemente actos que normalmente sólo emanan de los agentes regularmente instituidos» (155). para acabar afirmando: «El funcionario de hecho es jurídicamente un particular» (156).

La postura de GARRIDO que queda recogida, no concuerda con el concepto que nosotros tenemos de funcionario de hecho, ya que entendemos que se trata de funcionario, puesto que ejerce las funciones propias de un cargo u oficio público que normalmente está desempeñado por verdadero funcionario, e incluso tiene un título de funcionario, aunque irregular, y cuando el título falta—en circunstancias excepcionales—se puede hablar de una investidura tácita, puesto que la Administración será la primera interesada en reconocerle el carácter de auténtico funcionario aun cuando no lo sea *de jure*.

Más terminante es aún la postura de GARCÍA OVIEDO (157), quien

(154) Vid. B. GENY: *La collaboration des particuliers avec l'Administration* (París, 1930).

(155) F. GARRIDO: *Actos del administrado* en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», vol. II, pág. 317.

(156) F. GARRIDO, op. cit., en nota anterior, loc. cit.

(157) C. GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, vol. I, quinta ed. (Madrid, 1955), página 632. También CIANFLONE, op. cit., pág. 71, se pronuncia por considerar al funcionario de hecho como particular extraño a la Administración; lo diferencia del suplente que siempre viene determinado en la ley y crítica la postura de MONTANÉ DE LA ROQUE: *L'inertie des pouvoirs publics* (París, 1950), que encuadra al funcionario de hecho en la categoría de colaborador por suplencia, por usar la expresión suplencia en un sentido genérico, no técnico, como remedio muy eficaz para suplir la carencia de Administración.

desconoce la existencia de los funcionarios de hecho, puesto que dice: «A nuestro juicio, impropriamente se puede hablar de este caso de funcionario, pues carece de título legal y no queda incorporado al cuerpo de la Administración.» Para el citado autor, la noción de funcionario de hecho se desvanece «ante la más luminosa del particular que colabora con la Administración». Esta posición, que para nosotros es insostenible, se debe a que GARCÍA OVIEDO única y exclusivamente contempla dentro del concepto de funcionario de hecho, el supuesto de aquellos particulares que en circunstancias excepcionales y sin título alguno, por espíritu cívico, asumen espontáneamente el desempeño de funciones públicas. No expone la posibilidad de que existan individuos con apariencia de actuación legítima y regular y que, sin embargo, por ser nulo el nombramiento que tienen, no se les puede conceptuar de funcionarios *de jure*, surgiendo entonces la figura del funcionario de hecho. MARTÍNEZ USEROS, en la edición que hizo de la obra de su maestro, aun cuando respeta el texto, en nota completa el concepto incluyendo dentro del mismo a quien aparentemente son legítimos funcionarios, por tener un nombramiento, pero que, sin embargo, éste no tiene validez.

Pero aun con respecto al supuesto que GARCÍA OVIEDO contempla, para nosotros no se trata de simple colaborador, sino de verdadero funcionario que el estado de necesidad proveniente de circunstancias excepcionales hace tal. Ante la imposibilidad de considerarlo funcionario de derecho, por faltarle un título regular para ello, no cabe más que configurarlos como funcionarios de hecho, puesto que en realidad se trata de funcionarios y no particulares, ya que ejercen funciones públicas en nombre y representación de la Administración. La prueba más clara de la verdad de nuestra postura la tenemos en que como funcionarios vienen considerados por todos—Administración y administrados—, gozando de todas las prerrogativas inherentes al mejor ejercicio de la función pública.

La característica principal del funcionario radica en el ejercicio de funciones públicas en nombre de la Administración, obrando como agentes de la misma, haciendo surgir por medio de su actividad relaciones jurídicas entre el ente al cual pertenece y los terceros que con este ente se relacionan (158). Por el contrario, el colaborador no forma

(158) Vid. por todos AGOSTINELLI, op. cit., pág. 13.

parte directa del organismo administrativo, no obra en nombre de la Administración, sino en nombre propio, aun cuando persiga con su actividad un fin que interesa a la Administración por ser de general utilidad (piénsese en un concesionario o en el coadyuvante del proceso contencioso-administrativo) (159).

Aplicando la diferencia expuesta entre el funcionario y el colaborador al supuesto que tratamos, nos encontramos con que el funcionario de hecho está reuniendo las notas propias del funcionario y no las del colaborador, ya que obra como agente de la Administración, en nombre de ésta, ejerciendo las funciones propias de un cargo que se integra de forma inmediata en la organización administrativa, y la Administración será la primera interesada en reconocerlo como funcionario, puesto que si no fuera por él, el interés público padecería. Como dice VITTA (160), el funcionario de hecho desarrolla una actividad «que a todos los efectos debe ser considerada como actividad del ente público», y el mismo GARRIDO, a pesar de su posición, reconoce que frente a los administrados «el funcionario de hecho obra y actúa en nombre del Estado» (161).

Si un individuo desempeña un órgano público (y lo mismo podemos decir, en general, de todo cargo público), es claro que se trata de funcionario, puesto que funcionario es el órgano considerado en concreto, según vimos explica la doctrina italiana, independientemente de que sea *de jure* o *de facto*, pero nunca colaborador de la Administración, puesto que éstos se caracterizan por no desempeñar órganos públicos, como el propio GARRIDO señala (162); dice este autor comentando una Sentencia del Tribunal Supremo: «Si aquel que desempeña la función lo hace en representación y como órgano del Estado es funcionario, si despliega su actividad (aunque ésta objetivamente considerada tenga una trascendencia pública) en nombre propio no se da al funcionario sino un particular que realiza funciones públicas» (163).

(159) La diferencia entre el funcionario y el colaborador se encuentra puesta de manifiesto claramente por ZANOBINI (vid. las obras que de este autor se citan en la nota 71 de este trabajo); también CIANFLONE, op. cit., págs. 87-88, y S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo principi generali* (Padua, 1937), págs. 97-98 establecen la diferencia entre el colaborador y el funcionario y que coincide con las ideas que dejamos reflejadas en el texto.

(160) C. VITTA: *Diritto amministrativo*, tercera ed. (Turín, 1949), pág. 182.

(161) GARRIDO: *Actos del Administrado*, pág. 317.

(162) GARRIDO, en el comentario que hace a la sentencia del T. S. de 7 de junio de 1948, en la «Rev. de Derecho privado» (septiembre, 1948), págs. 836-37.

(163) GARRIDO, comentario citado en la nota anterior.

Pero incluso resulta difícil en puros principios sostener la opinión de que el llamado funcionario de hecho es colaborador, ya que las mismas razones que hay para negarle el carácter de funcionario existirán para negar que sea colaborador, si es que el carácter de funcionario se le niega por carencia de título regular, puesto que la colaboración a la obra de la Administración no se puede dejar a la discreción pura y simple de los particulares, sino que precisa también de unos requisitos que, siguiendo a DÚEZ Y DEBEYRE (164), podemos decir que son los siguientes:

1.º La colaboración debe venir autorizada en un texto legal.

2.º El colaborador, supuesto lo anterior, debe ser objeto de una designación, en principio individual, de la autoridad pública competente.

B) *Postura de MARTÍNEZ USEROS.*

También es de citar la postura del profesor MARTÍNEZ USEROS en lo que se refiere a los individuos que sin título alguno ejercen funciones públicas y cuya apariencia de legitimidad proviene del estado de necesidad surgido de circunstancias excepcionales.

Para el citado autor, este supuesto no es de funcionario de hecho, sino de órgano de hecho, y se da en aquel caso en que sin haber tenido lugar la imputación jurídica de funcionario, un sujeto ejerce las competencias de un oficio en interés de la colectividad, arrogándose la cualidad de que la voluntad que expresa sea voluntad pública, decisión de la Administración (165). Sin embargo, nosotros entendemos que en tal supuesto no cabe hablar de órgano de hecho, sino de funcionario de hecho. El órgano no es de hecho, sino perfectamente regular, pues caso

(164) DÚEZ Y DEBEYRE, op. cit., pág. 741. También S. ROMANO: *Corso di Diritto amministrativo, principi generali* (Padua, 1937), pág. 98, considera que para que el particular pueda ejercer una función pública se necesita que venga autorizado por una norma o un acto legítimo de la propia autoridad, admitiendo que también puede tener lugar por razones de urgencia o necesidad, en cuyo caso nos encontraríamos con un colaborador de hecho, situación análoga con la del funcionario de tal nombre pero con la diferencia de principio que entre ellos existe; obrar en nombre propio, obrar en nombre de la Administración que se sirve; mero ejercicio de una función pública, ejercicio de la función pública atribuida a un cargo dentro de la Administración.

(165) Vid. MARTÍNEZ USEROS, op. cit., págs. 110-11.

contrario faltaría el primer requisito para que pueda hablarse de funcionario, sea de hecho o de derecho. Entonces, si no existe órgano o cargo público, sí sería colaborador de la Administración, porque no desarrollaría funciones atribuidas a ningún funcionario en ningún caso; sería un caso de ejercicio privado de funciones públicas, que igualmente vendría justificado por el estado de necesidad.

Se precisa distinguir si el cargo existe *de jure* o no; si existe, el individuo que lo desempeña será funcionario de derecho si tiene título regular y si éste está viciado de nulidad, pero con apariencia de legalidad, nos encontramos con el supuesto normal de funcionario de hecho; si, por el contrario, carece absolutamente de título, será mero usurpador, pero como esto último sería demasiado fuerte en aquellos casos en que se inmiscuye en las funciones públicas por espíritu cívico, desinteresadamente, por bien del servicio público y, por tanto, de la colectividad, puesto que su actuación es necesaria, ya que el funcionario normal no puede materialmente actuar, este estado de necesidad es el que le eleva de la categoría de usurpador a la de funcionario de hecho (166), pero no a órgano de hecho, puesto que éste existe *de jure*, salvo que se use tal denominación considerando al órgano en concreto, esto es, en sentido subjetivo, como hace STASSINOPOULOS (167).

Se parte de que la existencia del órgano a cargo público no es cuestión de hecho sino de derecho. Cosa distinta es que el desempeño de tal cargo, que existe legalmente, pueda ser conforme a los principios jurídicos de organización administrativa, que establecen que exista una imputación jurídica a favor de un determinado sujeto que gana así la consi-

(166) Por ello dicen DÚEZ y DEBEYRE, *op. cit.*, pág. 742, que el concepto de funcionario de hecho es «fruto de la reacción de las necesidades prácticas sobre el rigor de los principios que vienen a atemperar»; la justificación de dicha actuación está reconocida por todos los autores (vid. CIANFLONE, *op. cit.*, págs. 90-91; FUEYO, *op. cit.*, página 46; MARTÍNEZ USEROS, *op. cit.*, págs. 116 y ss.

(167) M. STASSINOPOULOS: *Traité des actes administratifs* (Atenas, 1954), pág. 113. Puede ser que MARTÍNEZ USEROS use el término órgano de hecho partiendo de la postura de su maestro GARCÍA OVIEDO, que considera diferente los términos *servidor del Estado*, *órgano* y *funcionario* ya que, dice, «el concepto de órgano es más amplio y comprensivo que el de funcionario, pues mientras son órganos del Estado todos los que se incorporan a su organismo, son tan sólo funcionarios las personas en quien concurren esta circunstancia, pero cuya incorporación al Estado ha sido originada por una determinación puramente voluntaria».

GARCÍA OVIEDO, *op. cit.*, págs. 626-28; pero aún así creemos que no debe usarse el término órgano de hecho, aún cuando no sea más que para evitar posibles confusiones.

deración de funcionario, o que, por el contrario, se ejerza el cargo sin existir nombramiento alguno o aun cuando existiendo esté viciado de nulidad, adquiriendo entonces la cualidad de funcionario de hecho si reúne las demás condiciones necesarias para ser tal, pero nunca de órgano de hecho, puesto que éste existe de derecho.

C) *Postura de FUEYO ALVAREZ: Diferencia entre la teoría «de facto» y el funcionario de hecho.*

También se critica el concepto de funcionario de hecho por pretender construir sobre él toda la teoría *de facto*, cuando ésta es cosa distinta y mucho más amplia, y si bien puede ser aplicada a los funcionarios de hecho, también lo es a supuestos completamente distintos. Así lo expone en un interesante estudio FUEYO ALVAREZ (168) al decir: «En resumen, la doctrina *de facto* es de aplicación en principio: a), a los funcionarios constituidos por un Gobierno mera y estrictamente *de facto* o por una Corporación municipal o una Entidad de derecho público también *de facto*; b), a los particulares que asumen funciones públicas en situaciones o circunstancias de adecuada necesidad y urgencia, y c), a los particulares que aparecen externamente como funcionarios regulares, pero cuyo título está afectado por un vicio que en estricto derecho daría lugar a la nulidad de sus actuaciones. A esto habría que añadir que también puede aplicarse a supuestos distintos de los anteriores, como puede ser el de usurpador de funciones, como el mismo FUEYO no desconoce (169).

En este aspecto estamos completamente de acuerdo con FUEYO y creemos que la crítica que desde este punto de vista dirige a los funcionarios de hecho es correcta, pues es exacto que en su mayoría los autores no precisan con claridad la separación que hay entre la teoría *de facto* y el concepto de funcionario de hecho y definen éste únicamente a efectos de la aplicación de aquélla.

Repetidas veces indicamos cómo ambos conceptos son cosas diferentes. El concepto capital de la teoría *de facto* no es el funcionario de hecho, sino «el otro elemento subjetivo, el público en general, o gené-

(168) FUEYO, op. cit., pág. 48.

(169) FUEYO, op. cit., págs. 50-51.

ricamente, el tercero», que es «el concepto que debe situarse en un primer plano en un intento de construcción científica de la doctrina *de facto*» (170), mientras que es poco menos que irrevelante a efectos de la construcción de la figura del funcionario de hecho.

La teoría *de facto* es una válvula de escape, como llama FUEYO, para mitigar las conclusiones injustas a que se llegaría con una aplicación meramente lógica de los principios jurídicos, según la cual los actos jurídicos dictados por determinadas personas, entre las cuales se encuentra el funcionario de hecho, no podrían producir efectos por faltarles a las mismas el título regular de funcionario, causando por ello un grave perjuicio a los terceros que con dichas personas se relacionaron, creyendo de buena fe que se trataba de auténticos órganos de la Administración. El Derecho no es pura lógica, ciencia exacta y matemática, sino que ha de tener siempre presente la realidad y hallar para la misma la solución justa (171). No hay que perder de vista que las normas jurídicas tienen un valor de finalidad, de ejecución y cuando ésta nos lleva a soluciones injustas, no debe mantenerse a toda costa, en contra del buen sentido y la justicia, lo cual no quiere decir que en dicho caso vayamos contra el *Derecho*, ya que éste debe estar por encima de las teorías y de las leyes, cuando éstas al ponerse en contacto con la realidad resulten ilógicas e injustas, cosa que nunca debe ser el *Derecho*, cuya ciencia no puede aspirar al rigor de las ciencias exactas, so pena de fracasar y no poder cumplir la alta misión que está llamado a realizar o, en otros términos, diremos con GARCÍA DE ENTERRÍA (172), que no deben sentirse «las instituciones jurídicas como especies lógicas, sino precisamente como arbitrios políticos con los cuales una comunidad atiende a sus singulares exigencias de justicia». En estas ideas es donde se fundamenta y descansa la teoría *de facto* y los efectos que su aplicación producen.

Por otro lado, el concepto de funcionario de hecho tiene una personalidad perfectamente marcada que lo diferencia del funcionario de derecho, por una parte, y por otra, de figuras, tales como las del usur-

(170) Vid. FUEYO, *op. cit.* pág. 51.

(171) Cfr. G. RENARD: *El Derecho, la lógica y el buen sentido*, tr. esp. (Buenos Aires, 1947); GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional* (Madrid, 1950), págs. 112 y 114; JÉZE, *op. cit.*, vol. II-1, pág. 316.

(172) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Dos estudios sobre la usurpación* (Madrid, 1955), página 7.

pador de funciones, funcionario incompetente, etc., ya que su relación con respecto a la Administración que sirve es completamente diferente de la del usurpador para acercarse a la del funcionario de derecho.

La teoría *de facto* se aplica a ciertos actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los del funcionario de hecho, mientras que el concepto de éste debe ser construido con independencia de dicha teoría, mirando exclusivamente a la situación de ciertos funcionarios, que no llegan a adquirir la cualidad de funcionarios *de jure*, en relación con la Administración a que sirven. Por eso creemos que no existe razón suficiente, como hace FUEYO, para decir que la figura del funcionario de hecho «carece de propia entidad conceptual», «que no hay margen legal para establecer la distinción entre el funcionario de hecho y el usurpador» (173).

D) *Postura de A. DE VALLES y E. CAPACCIOLI.*

Guardan cierta relación con la postura que distingue entre la teoría *de facto* y el concepto de funcionario de hecho, las posiciones que adoptan A. DE VALLES (174) y E. CAPACCIOLI (175).

El primero de dichos autores, si bien admite el concepto de funcionario de hecho con un carácter unitario, niega que se pueda hablar de una teoría autónoma por faltar una ley unitaria que dé la solución al complejo de situaciones que se comprenden dentro de la denominación de funcionario de hecho, aun cuando con anterioridad, como él mismo reconoce, había admitido tal posibilidad (176). Viene así a ser la postura de A. DE VALLES una crítica a la teoría *de facto* que pretende identificarse con el concepto de funcionario de hecho y resolver todas sus cuestiones, más que una crítica a esta última noción.

A conclusiones análogas llega CAPACCIOLI, aunque partiendo de presupuestos diversos. También este autor sostiene que no se puede justificar la existencia de una teoría autónoma del funcionario de hecho, puesto que los actos realizados por «este anómalo agente entran en la

(173) FUEYO, *op. cit.*, pág. 50.

(174) A. DE VALLES: *Teoría jurídica...* cit. vol. II (Padua, 1936), págs. 17 y ss.

(175) E. CAPACCIOLI: *Le gestione di affari in diritto amministrativo* (Padua, 1956), páginas 159 y ss.

(176) Vid. A. DE VALLES: *La validá degli atti amministrativi* (Roma, 1917).

categoría de los actos tarados del vicio de violación de ley» y su solución vendrá determinada por la pura y simple aplicación de las reglas que, en general, son propias de los actos que presentan una ilegitimidad de tal tipo.

Sin que totalmente estemos de acuerdo con el pensamiento de CAPACCIOLI, que él mismo en ocasiones no puede mantener, hemos de decir que, lo mismo que A. DE VALLES, este autor no critica el concepto de funcionario de hecho, como veíamos hacia GENY y quienes lo siguen, sino la teoría *de facto*, en cuanto que la misma pretende identificarse con el concepto de funcionario de hecho y ser suficiente para justificar la validez de los actos realizados por dichos funcionarios.

JURISPRUDENCIA

