

REVISTA  
DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO  
FACULTAD DE DERECHO

ENERO-DICIEMBRE-1948



AÑO IX

NUMS. LI y LII

---



# SUMARIO

	<u>Páginas</u>
<b>Contribución al estudio de la administración estatal española en los siglos XVI y XVII, por Sabino Alvarez Gendín . . . . .</b>	5
<b>Las «Cláusulas de estilo» y el contador partidor, por Luis Gómez Morán . . . . .</b>	23
<b>Aspectos de la actividad procesal, por Valentín Silva Melero. . . . .</b>	45
<b>Naturaleza jurídica de la relación del funcionario público con el Estado, por Vicente de la Vallina Velarde. . . . .</b>	75
<b>Texto promulgado de la Constitución Italiana, por S. A. G. . . . .</b>	113
<b>REVISTA DE REVISTAS.—Por A. F. S. . . . .</b>	121
<b>CRONICA UNIVERSITARIA. . . . .</b>	123

# CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA ADMINISTRACION ESTATAL ESPAÑOLA EN LOS SIGLOS XVI Y XVII

POR

SABINO ALVAREZ GENDIN

## I.—ORGANOS COLABORADORES DEL REY

Los órganos rectores políticos y administrativos de la vida nacional y como colaboradores del Rey durante la Casa de Austria y la de Borbón, eran los Consejos creados o desenvueltos entonces. Estos Consejos, en aquella época tenían un doble carácter: aconsejaban a la Corona y resolvían en muchos casos, sobre todo administrativa y judicialmente. Unos entendían universalmente en los asuntos de un determinado ámbito territorial: los de Castilla, Aragón, Portugal, Nápoles o Italia, Flandes, Borgoña e Indias. Otros, por razón de la materia: los de Estado, Cruzada, Ordenes Militares, Guerra, Hacienda y la Inquisición. El Consejo de Estado era el Consejo asesor político del Imperio.

Desdevizes du Desert, sostenía que el arraigo del de Castilla se debió a la especial psicología nacional de los españoles, propicia a la duda y a la vacilación y anhelante siempre de encontrar más que una guía, una justificación que la eximiese de responsabilidad. Se debía más al concepto de la división del trabajo, al deseo de los Reyes de acertar y del concepto de que el Rey no es un poder absoluto, sino compartido con el pueblo a través de los selectos.

Eran estos organismos de funciones muy complejas; principalmente aconsejaban al Monarca, como su nombre indica. Pero legislaban también, unas veces por cuenta propia, preparadores del Derecho, con la sanción del Rey (las Pragmáticas reales) que habían de confirmar las Cortes, por lo que no llegaron a suplantarse, aunque la decadencia de éstas coincide con el arraigo y acrecentamiento de los Consejos.

Contribuyeron sobre todo el de Castilla, a formar la Nueva y la Novísima Recopilación.

La centralización de pequeños asuntos contribuyeron a su atascamiento, al papeleo, al burocratismo. Con ello desde un punto de vista histórico se obtiene la ventaja de poder estudiar la Administración pública de la Edad Moderna.

Tenían también varios de ellos actividades jurisdiccionales, generalmente el grado superior o especial. Los Consejos fueron uniformando el complicado e interminable procedimiento de la época.

Los Consejos diferenciaron las materias administrativas; de esta diferenciación fué surgiendo la especialización, precursora de la moderna técnica. A su vez, su personal fué adquiriendo una estabilidad y un perfeccionamiento que se adelantó en dos siglos al de los restantes países europeos, como dice Cordero Torres (1).

Furió en su *Tratado de la Institución del Príncipe* define al Consejo diciendo que es: «Una congregación o ayuntamiento de personas escogidas para aconsejar al Príncipe en todas las concurrencias de paz y guerra con que mejor y más fácilmente se le acuerde de lo

---

(1) «El Consejo de Estado», 1944, págs. 38 y 39.

pasado, entienda de lo presente, provea en lo porvenir, alcance buen suceso en sus empresas, huya los inconvenientes, a lo menos, ya que los tales no se pueden evitar y halle modo con que dañen lo menos que pudiere» (1).

Un autor que en el siglo XVI dedicó muchas páginas a cosas de Gobierno, fué Quevedo que en *La Política de Dios*, en *La Vida de Marco Bruto*, en *La Hora de todos*, y aún en la *Rebelión de Barcelona*, que no se limitó a mostrarse como historiador y a hacer relatos y una descripción de los sucesos que desangraron la capital catalana, sino a exponer una doctrina de la unidad política nacional, frente a la política separatista (2).

En cambio no cultivó Quevedo la ciencia que llamaríamos hoy de la Administración, la razón es más sencilla, y obvia, aunque parezca una perogrullada, porque no podía abarcarlo todo, y segundo, porque esta Ciencia y la del Derecho Administrativo, no era conocida como disciplina científica, y mucho menos académica, porque los problemas secundarios de gobierno del país y de los pueblos, eran mucho más limitados que hoy, en atención al menor número de necesidades, lo que acaece hoy por el desarrollo científico de los servicios verbi gracia en comunicaciones y transportes (teléfono, radio, ferrocarriles y aviones, a los que agregaremos en un próximo porvenir, la televisión).

Así es, que aunque alude Quevedo a los Ministros o validos, lo hace en cuanto consejeros y Secretarios de Despacho del Rey, y no como Jefes de servicios administrativos, dado que estas materias eran más propias de los Consejos, verdaderos departamentos administrativos y burocráticos, al par que órganos preparatorios o de selección de leyes y órganos judiciales, puesto que no se co-

---

(1) Véase referencias bibliográficas sobre los Consejos españoles, publicadas en los siglos XVI y XVII en Cordero Torres esto: «El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectiva en España», págs. 42 a 45.

(2) V. Astrana Marín, «Ideario de Francisco Quevedo y Villegas», 1940, página 147.

nocía la separación de funciones en la forma que doctrinalmente la formuló Montesquieu; se observa en las «Empresas Políticas» esta posición del Valido como vehículo del Consejo al Rey, al advertirle (1) Saavedra y Fajardo que «no altere el curso de los Consejos en las consultas, sino que pasen todos al Príncipe».

Alude Quevedo a los Ministros en el primero de los referidos sentidos y así dice: «Rey que duerme y se echa a dormir descuidado con los que le asisten, es sueño tan malo que la muerte no lo quiere por hermano, y le niega el parentesco; deudo tiene con la perdición y el infierno. Reinar es velar. Quien duerme no reina. Rey que cierra los ojos, da la guarda de sus ovejas a los lobos, y el ministro que guarda el sueño a su rey, le entierra, no lo sirve; le infama, no le descansa; guárdale el sueño, y piérdele la conciencia y la honra y estas dos cosas traen apresurada su penitencia en la ruina y desolación de los reinos».

## II.—EL CONSEJO DE ESTADO

La mayoría de los tratadistas e historiadores dice Cordero Torres (2), fijan el año de 1526 como fecha creacional del Consejo.

Hurtado y González Palencio, («Historia de la Literatura española», cuarta edición, 1940), señalan su creación en el año de 1523, quizás por confusión con la Cámara de Castilla.

El Consejo de Estado se creó por Carlos I por la necesidad de disponer de un órgano ordenador o consultivo para gobernar el Imperio hispano.

En el Consejo de Estado se tratan los problemas internacionales y que conciernen a las altas relaciones políticas con los países del Imperio. Así se determinan las guerras que se han de emprender, las paces que se han de convenir, la comunicación y modo que se ha de tener con otros príncipes, las Embajadas, los casa-

---

(1) Empresa 50, 1786, pág. 494.

(2) Obra cit. pág. 4.

mientos de personas reales y todo lo grave y supremo del Gobierno.

Carlos I, estableció a manera de organismo auxiliar del Consejo, la Secretaría de las Lenguas. En 1570 Felipe II dividió a la Secretaría del Consejo en dos Secciones: la de Negocios del Norte—Francia, Flandes y el Imperio —y la de Italia, en general competente en los asuntos mediterráneos, confiadas respectivamente, a Gabriel Zayas y a Antonio Pérez, a quien sucedió Juan Idiaquez. En los reinados posteriores se confía esta Secretaría o Sección a Andrés de Prada y a Antonio Aróstegui.

Cada Secretaría tenía un segundo Secretario, llamado luego oficial mayor, y tres oficiales, luego aumentados a seis «de planta», más otro, cobrador o «derechero». Los validos añadieron otro personal temporero llamado «entretenido».

En 1630 se creó una tercera Secretaría «de España», suprimida en 1643, restablecida en 1648, y suprimida definitivamente en 1661.

Lo más característico del Consejo de Estado fué la flexibilidad de su organización y del procedimiento consuetudinario. A diferencia del Consejo de Castilla, tan detalladamente reglamentado por las leyes recopiladas, el Rey se limitó a dar vida y finalidad al Consejo de Estado, y dejó al propio Consejo que se desarrollara por sí mismo. Hubo, en efecto, dignidades como el arzobispo de Toledo, que tuvieron de hecho la condición de consejeros natos, más por la continuidad en la designación que por un derecho propio. El resto de los consejeros fueron, según la frase de Núñez de Castro («Sumario de varias noticias», parte I), «los sujetos de la mayor suposición de la Monarquía acreditados, no por su sangre, sino por su conducta al frente de *virreynatos, ejércitos, embajadas, sedes o Tribunales*». Entre ellos a veces se escogía un decano, que solía recaer en el Arzobispo de Toledo, para auxiliar al Rey en el ejercicio de las funciones presidenciales, recibiendo el juramento de los demás. El Consejo se reunía por convocatoria del Rey o a petición de varios Consejeros. Congregado en una de las dependencias del Real Alcázar por el orden en que sus miembros iban llegando, los

consejeros después de la oración de ritual, pasaban a examinar los asuntos sometidos a su deliberación, ya por el Rey, ya por una propuesta de cualquier autoridad que el propio Consejo aceptara. El Presidente, con una campanilla, marcaba el orden de las discusiones. El final, en cada asunto, se decidía por mayoría. Pero las opiniones minoritarias también se recogían y se sometían al Monarca. Los votos eran «públicos» o «secretos».

Lo mismo bajo Carlos I que bajo su hijo Felipe II, el Consejo se venía reuniendo asiduamente y apenas pasó mes sin que se celebrase sesión.

El Consejo de Estado lo presidía el Rey, (1) sin embargo, en tiempo de Felipe IV no debía de presidirlo, si bien el Rey presenciaba o escuchaba las deliberaciones por un ventanillo, en cuya inauguración el Conde Duque de Olivares pronunciaba un discurso para convencer al Consejo, a que convocase las cortes valencianas, catalanas o aragonesas, con el fin de reducir sus privilegios forales o regionales.

Marañón (2) recogiendo la referencia de Novoa dice, que el Conde Duque habló durante dos horas, por la vanidad que tenía de escucharse y de que le escuchase el Rey, «lo cual demuestra su fruición de su propia oratoria, porque solo son breves, en público, los que por desconfiarse de su elocuencia—dice el ilustre médico biógrafo del Conde Duque—están mirando desde que empieza al final, y no tiene respecto a sus palabras mayor preocupación que ahorrarlas todo lo posible».

Varios escritores alaban la facundia y elocuencia del Conde Duque, si bien no así Quevedo, que si en algunos momentos acudió a él y le pidió protección, como cuando dirigió una carta enviándole «La Política de Dios», desde Torre Abad donde estuvo preso, pidiéndole la libertad; en su «Hora de todos», se burla de

---

(1) Uertin Phillipson dice en la «Historia Universal» de Onke (vol. I, parte segunda) «que el Monarca rara vez presidía el Consejo de Estado».

(2) «El Conde Duque de Olivares», 1936, págs. 135 y 136.



la oratoria del Valido de Felipe IV, pues según Marañón es a Olivares a quien se refiere en dicha sátira al aludir a un potentado que después de comer habla con sus aduladores y «a cada disparate y necedad que decía, se desatinaban en los encarecimientos y alabanzas los circunstantes. Unos decían: ¡Qué admirable discurso! Otros: ¡No hay más qué decir! ¡Grandes y preciosísimas palabras! Y un lisonjero que procuraba pujar a los otros en la adulación mintiendo de puntilla, dijo: Oyéndote, ha fallecido la admiración y la doctrina.»

Más tarde se atribuye a Quevedo el envío de unos versos satíricos en 1639 al cundir el descontento con el Conde Duque que se dice originarían la prisión del poeta en San Marcos de León. Se dice, según Marañón, que Quevedo se decidió a mandar al Rey uno de los muchos papeles acusatorios en verso que escribió y circularon por entonces. Se dice también que logró poner el papel en la mesa del Rey, entre dos pliegos envuelto en una servilleta, con la complicidad de los criados enemigos del Privado que en Palacio había. No se sabe cual fué exactamente el verso acusatorio lo cual demuestra la arbitrariedad de la noticia, que solo se apoya en hablillas de la época. Y de aquí ha salido la leyenda: «Quevedo se atreve valientemente a decir la verdad al Rey, y éste y su Valido enfurecidos, le mandan desterrar.

Bajo el reinado de Felipe III las sesiones del Consejo de Estado se van distanciando. El Privado Duque de Lerma no veía con buenos ojos la independencia de criterio que le caracterizaba, desde que contestó al Memorial que le dirigió en 1615, e intentó en 1617 crear una «Junta de Gobierno Político», para anularle. Por otra parte, al suprimirse en 1638 el Consejo de Portugal, los asuntos del vecino reino pasaron a su conocimiento. La progresiva disminución de las deliberaciones de las Cortes fueron causa de que empezara a intervenir en cuestiones económicas, tales como los pedidos de subsidios, libramientos y arbitrios. Interviene también en



las relaciones entre las ciudades, las corporaciones y los monarcas en los casos de conflictos (1).

Al advenimiento de Felipe IV, las sesiones del Consejo aumentan, pero los validos—primero Olivares, luego D. Luis de Haro—desvían su actuación hacia temas protocolarios o menos importantes, y al mismo tiempo sus reuniones comenzaron por ser poco nutridas. Así cuando en 15 de marzo de 1636 discute sobre el «apartamiento» de los representantes extranjeros del séquito real en Monzón. En 23 de mayo de 1632 vemos que a su sesión solo concurre el Conde Duque de San Lucar, el Marqués de Galves, el Marqués de Leganés, el Conde de Castillo y el Confesor del Rey. El Rey parte para Cataluña y decide llevarse con él «bastante número de consejeros de Estado para tratar todos los negocios que se ofreciesen» y que entretanto se suspendan «todos los Consejos en Madrid». En la sesión de 19 de noviembre de 1635, solo asiste el conde duque, los duques de Alburquerque y Villahermosa, los condes de la Puebla y de Castrillo, el marqués de Mirabel, y el magistrado general, y aún el conde Castrillo «a tiempo, cuando acababa», acordándose por iniciativa del conde duque prescindir de la consulta a los ausentes». En 4 de febrero de 1643, el Rey les amonesta por su lentitud, y en 8 de febrero de 1647, avisa que le sustraerá el conocimiento de ciertos asuntos.

El Consejo continuó en vigor durante la regencia de doña Mariana de Austria, en que le sometió todos los despachos u cédulas reales, durante la minoridad de Carlos II.

### III—EL CONSEJO DE CASTILLA

El más importante de los Consejos españoles por la extensión y complejidad de sus funciones y por su sucesivo crecimiento a

---

(1) Cánovas del Castillo, en los «Estudios sobre el reinado de Felipe IV», dice que en su tiempo, el Consejo de Estado ilustraba al Rey en asuntos de orden político sobre la situación de Portugal ya en 1635 (24 folio). Tomo I, 1888, página 334-35.

costa de otros organismos similares fué, sin duda, el Consejo de Castilla, precedente del cual era el Consejo Real reorganizado por los Reyes Católicos, «columna de nuestros reinos», según la frase de Carlos I en las instrucciones a su hijo en 1547, «Senado de la República cristiana» y copartícipe, según Morato, del poder real, a través de sus múltiples funciones.

Felipe II, en 1586, lo reformó, añadiendo cuatro plazas a las doce existentes y nombrando consejeros a dieciseis togados, que según las Ordenanzas de Toledo (1480), eran 1 Prelado, 3 caballeros, y 8, a veces 9, letrados.

Felipe III, por R. O. de 30 de enero de 1608, ordenó la formación de una Sala de cinco Consejeros para entender de asuntos eclesiásticos, de hospitales y seminarios, universidades, montes, plantíos y pósitos, agricultura y comercio, control de los Tribunales en sus derechos, vigilancia de corregidores y jueces y otros asuntos. Los once consejeros restantes formaban tres Salas: una de «mil y quinientos» formada por cinco consejeros, para asuntos urgentes, residencias y «mil quinientas», y dos Salas de Justicia, con tres Ministros cada una. En 1617 se autorizó la vista por dos ministros de los pleitos hasta mil ducados.

Felipe IV, acordó en 1621 que se formaran dos Salas de Gobierno, que se repartirían los negocios propios. En 3 de junio de 1630 ordenó que no se admitiera a los nuncios prohibición de acudir al Consejo; y en 26 de agosto de 1626 que los negocios «de millones», fueran al Consejo; e igualmente respecto de los pleitos de «gracias», por R. O. de 6 de octubre de 1641. En 14 de noviembre de 1642 confió a la Sala de mil y quinientas los pleitos sobre venta de oficios. En mayo de 1642 se dirige al Consejo proclamando su libertad para que le represente y replique lo conveniente y necesario; pidiendo en 29 de agosto de 1657 que se le transmitan los votos contrarios a las consultas.

Como un organismo ejecutivo y permanente del Consejo, consideraremos a la Cámara de Castilla, que tiene por origen en la comisión dada por los Reyes Católicos a dos miembros de su Con-



sejo Real o a alguno de sus secretarios para que les asesorasen permanentemente en ciertos asuntos, todavía no discriminados rigurosamente, erigiéndose en organismo independiente la R. O. de 6 de enero de 1588, que dispuso que en ella se viesen los asuntos y pleitos del Real Patronato, provisión de oficios en Cancillerías, Consejos, Audiencias y demás de justicia. La Cámara quedó integrada por el Presidente del Consejo y «tres o cuatro» consejeros, que se habían de reunir en días y horas distintos de los que correspondieran a sesiones del Consejo; proceder con secreto y rapidez e informarse previamente, no pudiendo tener relaciones con los pretendientes a los oficios comisión incompatible, ni aceptar dádivas.

Felipe III, añadió a su competencia los pleitos del Real Patronato y por R. Pragmática de 7 de septiembre de 1616, las vacantes de oficios, el aconsejar la prerrogativa real de la gracia, y algunas otras funciones que llamaríamos hoy de jurisdicción voluntaria. El Consejo ejercía en suma las funciones que hoy llamamos políticas, administrativas y judiciales y algunas de índole reglamentaria y de participación legislativa. Estas las ejercitaba el Consejo en sesión plenaria y por unanimidad o mayoría de dos tercios, aprobaba o derogaba los preceptos legales llamados «consultas», si bien se precisaba la sanción del Rey. Podía también escoger de los Cuadernos de las Cortes cualesquiera peticiones, que firmadas por el Rey, su Presidente y cuatro consejeros tenían pleno vigor. Examinaba las resoluciones reales que en la época borbónica le comunicaba el Ministro de Gracia y Justicia, y cuando uno de sus vocales las aprobaba, el Presidente del Consejo, las promulgaba.

El Consejo entre las funciones políticas se atribuía el dar el pase a las Bulas y Breves Apostólicos, y los recursos de fuerza en conocer contra los Tribunales eclesiásticos.

Entre las administrativas ejercía el protectorado y fomento de monasterios y hospitales, la administración de los bienes vacantes expolios, la protección y régimen de los Montes, Pósitos, la Administración de la Villa y Corte, tasaba el precio de determinados

artículos de abastos e intervenía en los espectáculos públicos, pudiendo prohibir corridas de toros y comedias. Regían o mejor orientaban los estudios de las Universidades aún las de fundación Pontificia (1), redactaban planos de enseñanza y concedían licencia para imprimir libros y en general regían la Superintendencia de Instrucción Pública.

Entre la función judicial, el Consejo entendía en los recursos llamados de mil y Quinientas (2), de las querellas contra los Magistrados y de las apelaciones contra las sentencias de Audiencias y Chancillerías (3).

En el Consejo actuaban los abogados del Colegio de Madrid, en defensa o gestión de los intereses privados o de las Corporaciones públicas interesadas. Había también abogados de pobres y Procuradores que formaban en Madrid una Corporación gremial y de clase.

Veamos lo que nos dice Cordero Torres, que también estudió el funcionamiento del Consejo Real, sobre las formalidades y el protocolo en la actuación del Consejo: «Los Consejeros de Castilla eran escogidos entre funcionarios acreditados por su gestión: corregidores, oidores, intendentes, etc. Hasta 1717 percibían diversas gratificaciones («Güesas», «propina» y «ayuda»), pero desde dicho año se les asignaban 44.000 reales—150.000—al Gobernador o Presidente—y en 1763, 35.000 reales. Meléndez ha descrito su característico traje, «toga negra con adornos de plata».

«El Consejo celebraba audiencia los días no festivos, siendo re-

---

(1) V. Canella y Secades. Historia de la Universidad de Oviedo, 1903, Pérez Bustamante y González García Paz. La Universidad de Santiago. (El pasado y el presente), 1934. Sainz de Robles. Esquema de una Historia de la Universidad española.

(2) Entendía pues, en las segundas suplicaciones en los recursos vistos y revistos por las Audiencias, cuando se tratan de causas «de interés mayor», es decir de 6.000 u 8.000 doblas (propiedad o posesión), y con fianza de 1.500 (Cordero Torres. Ob. cit., pág. 62).

(3) Pérez Valiente, «Apparatus juris publici Hispanici», 1775, páginas 291 a 293.

cibido por el Rey, los viernes: en la Sala del Trono, a la izquierda del Rey, los Consejeros; a su derecha, el Presidente y el Ponente; tras una reverencia, se sentaban y cubrían, exponiéndoles los asuntos; el Monarca resolvía o los devolvía al Consejo y firmaba los resueltos. Los asuntos más delicados o reservados, como la propuesta de altos cargos, diferencias entre autoridades y conflictos, eran expuestos después por el Presidente al Rey, en la llamada «Audiencia del banquillo». Los Consejeros, además de asistir y votar en su sala o en el pleno, desempeñaban —previa terna propuesta por el Presidente al Rey— «comisiones», o encargos especiales: juzgado de ministros, especie de inspección de los funcionarios, representación en los Consejos de las Ordenes y Tribunal de competencia, superintendencias de La Serena, Canales de Alcira y Sevilla, juzgados protectores de los ducados de Alcalá y Ayala, conservación de los hospitales de Madrid y de los viñadores de Valladolid, de cofradías, hospitales y colegios, y otros sin fin, incluso de las funciones de los jesuitas, al ser su Orden extinguida».

«El procedimiento del Consejo era como los de la época, lento y complicado y escrito. Los escribanos recibían los «pedimentos» particulares y formaban los rollos y autos, vigilando su conservación y sometiéndolos al Consejo que rechazado el asunto, lo sometía a nueva información, confiándolo a un «Juez de comisión», o bien lo aceptaba de plano y lo pasaba al relator que estuviese en turno: «semanero», para redactar la resolución definitiva».

«La audiencia comenzaba por una Misa en la Sala de Mil y Quientos, que se celebraba, a las seis en invierno u ocho en verano. El Consejo pasaba luego a la Sala de Gobierno, asentándose por antigüedad los consejeros; detrás, contra la pared y entre ellos, quedaban los relatores y escribanos...»

«Los funcionarios del Consejo respondían a la perfección a sus hábitos de orden. Entraban a las nueve; a las once tomaban un refrigerio o alimento, pan, bollo o «pastas de Consejo». Salían a las dos, comían, tras la siesta y un paseo «por sitios retirados», volvían a casa a la hora del Angelus para no salir ya. Téngase en

cuenta que tales funcionarios eran ordinariamente sacerdotes regulares» (1).

## V. EL EJERCITO EN LA EDAD MODERNA

Un instrumento eficaz de la Administración española en la Edad Moderna y el servicio de los Reyes fué el ejército.

El ejército español subsiste en el siglo XVII, con gloria y ordenamiento, heredando las altas virtudes de los tercios organizados, reinando los Reyes Católicos, por el Gran Capitán D. Gonzalo de Córdoba, que constaba cada uno de doce compañías y cada compañía de 250 plazas. Dos de las compañías eran arcabuceros y las restantes constituían los famosos piqueros. Tercios españoles, que tanto y tan bien lucharon en Francia, en Italia, al mando del propio Gran Capitán, y en Flandes, inspirada a la recluta un alto espíritu de conquista, de «fidelidad al Rey», de orgullo de raza, hasta de religión, que los gritos de ¡España!, o «Santiago, y cierra España», «suscitaba y mantenía en nuestros infantes viejos», como decía Cánovas del Castillo (2).

Se inicia la decadencia militar española en el siglo XVII, por razones económicas, producida por la misma guerra sostenida por mantener el espíritu español.

Al defender Quevedo las glorias y gestas españolas en el «Sueño del juicio final», incluso de la época romana frente a diatribas exóticas, muestra la grandeza del Ejército en estas palabras: «Ya, pues, es razón que despertemos y logremos parte del ocio que alcanzamos en mostrar lo que es España y lo que ha sido siempre, y prontamente que nunca tan glorioso triunfo de letras—aún se estaba en pleno siglo de Oro—y armas, como hoy».

Sin duda, cuando esto escribe Quevedo no se había tenido la batalla de Rocroy punto de partida de nuestra decadencia militar,

(1) Cordero Torre. Ob. cit., págs. 64 y 65.

(2) «Estudios del reinado de Felipe IV», t. II, pág. 54.



como la destrucción de la Armada Invencible la fué de nuestro poderío naval.

Los tercios, se llamaban así según Cánovas, porque se constituían por las tres armas: infantería, caballería y artillería.

Ballesteros en su «Historia de España» (1), hace un estudio de nuestro Ejército durante la dominación de los Austrias, cuyo resumen presentamos:

El Ejército español constaba de cuatro elementos: voluntarios que constituían los tercios viejos, penados, contingentes nobiliarios y reclutas forzosos. Entre los voluntarios los había nacionales y extranjeros, y estos últimos formaban los cuerpos de mercenarios que constantemente acompañaban a nuestro Ejército.

Los que constituían los tercios viejos eran los voluntarios, que sentaban plaza, ora por el deseo de glorias y aventuras, ya con el ansia de riquezas o por huir de la justicia o de la venganza de su padre, hermano o marido. Considerábase el Ejército como una escuela de honor, y el perseguido o culpable rehacía su reputación.

En cuanto a los penados con el nombre de galeotes servían principalmente en la armada.

Los contingentes nobiliarios eran una reminiscencia feudal y solo perduraron para empresas de la defensa del territorio nacional o expediciones no muy lejanas, o de carácter político como en la conquista de Portugal, en la que hubo tropas mandadas por los duques de Alburquerque y Medinaceli, marqués de Cerralbo y condes de Lemos, Benavente, Alba y Monterrey, los cuales tenían dominios fronterizos a la tierra lusitana. En la guerra de Cataluña, tanto el Conde-Duque como Medinaceli, el Marqués de Morata, el Conde de Oropesa, y las Ordenes militares organizaron regimientos, pero confiando su dirección a otros. Se refiere también Ballesteros a los caballeros que fueron objeto de reforma por Fe-

---

(1) Tomo IV, 1927. págs. 86 a 89.



lipe II (1563); que acudieron a la conquista de Portugal, pero fueron suprimidos en 1619, sustituyéndoles la Milicia general y los caballeros pardos, de origen plebeyo, creados por Cisneros extinguidos en 1518. En Navarra se dispuso en 1568 que los exentos de pagar cuarteles (remisionados) debían acudir a la revista o alarde con armas y caballo y prestar servicios en el reino para su defensa.

Había además tropas peninsulares que se reclutaban por una especie de servicio obligatorio, con hombres de quince a sesenta años; esta milicia la organizaban los Municipios. En todo el Reino habría unos millares, al Norte para vigilar a Francia y al Sur a los moriscos.

El ejército profesional y permanente eran los Tercios que operaban fuera de España. Se reclutaban por capitanes nombrados por el monarca, que recorrían el reino con cédulas de nombramientos e instrucciones para las autoridades donde iban a hacer gente; nombraban alferez y sargentos, y para el enganche firmaban con los reclutas contratos en virtud de los cuales se pactaban un estipendio mientras durase la campaña. En caso de no bastar el alistamiento, se acudía a una leva de gente maleante. Los tercios estaban bajo las órdenes del Maestro de Campo y se dividían en compañías mandadas por Capitanes, en número de doce, aumentadas luego hasta trece y quince.

En el siglo XVII bien avanzado se hicieron levas pidiendo cupos de soldados por regiones, como se observa en las actas de la Junta general del Principado de Asturias, o bien se reclutaban mozos, según un porcentaje del 1 o del 2 por 100, como se hizo en 1692 y 1695, según referencia de la leva hecha el 8 de marzo de 1703 (1) que poniendo en las Instrucciones de 1 y 8 de febrero

---

(1) V. Libro 14 del Archivo del Principado de Asturias en la Diputación Provincial de su nombre, fol. 56.

En esta leva se decía, por cierto: «mando que de cada cien vezinos se saque un hombre que sea soltero de edad desde diez y ocho años hasta treinta, natural e hijo de vezino de la Villa, e lugar de donde se elegiere, y que por ningún

de 1704 figuran exentos los matriculados en las Universidades. (1)

Estas levas de regiones o partidos, se hacían para la del territorio nacional, y organizar regimientos de 500 soldados, mandados por un coronel, un teniente coronel, diez capitanes, doce tenientes, doce alféreces, doce sargentos, además de un sargento mayor y de dos ayudantes.

Los coroneles, eran escogidos entre los más calificados, y titulados de cada partido; los tenientes coroneles, sargentos mayores, capitanes, ayudantes, tenientes y alféreces, entre los caballeros hijosdalgos, o los que vivieren noblemente, que acudieran con sus armas y caballo, aunque sean hijos de comerciantes; y los sargentos entre los que se hallasen más a propósito.

Respecto a los soldados nacionales voluntarios, que se reenganchaban para una campaña, dice Cánovas (2), y con éstos terminamos este trabajo de la Administración Central española en los siglos XVI y XVII (3): «Pero una cosa conviene advertir ya para evitar errores e ilusiones: soldados como los que heredó y poseyó aún Felipe IV en Alemania o Flandes, no volverán a verse en España, ni en parte alguna. Porque no es posible que entre muchos

---

caso se pueda sustituir, el que fuese vezino, o natural de otro pueblo, para evitar desórdenes que se han experimentado en otras ocasiones, en que se han usado de este medio y los gastos que han tenido en ello los mismos lugares, los cuales para nombrar los soldados que a cada Villa o lugar tocasen, tengan la facultad de elegirlos o sortearlos, para escusar las quejas que podían resultar de la elección en la qual, ni en el sorteo, no ha de entrar ninguno que sea casado, ni hijo único de viuda, porque no falte quien cuide de su sustento, y de la administración de la hacienda que tuviere».

(1) Véanse dichas Instrucciones (pág. 4) en el Lib. cit. Archivo Dip. de Asturias.

(2) Véase Obra y tomo cits., pág. 83 y en la misma obra y tomo, pág. 384 y siguientes, las Reglas de la Milicia española.

(3) En esta misma Revista hemos publicado (enero-junio, 1946, números XXXIII y XXXIV), una «Contribución al estudio del Municipio en el siglo XVII», con el fin de dar a conocer a los estudiantes y estudiosos del Derecho, las instituciones administrativas de la época del reinado de los Austrias, tan poco conocidas y divulgadas, sobre las cuales no han faltado, sin embargo, celosos investigadores.

centenares de miles de hombres se encuentre la individual energía que atesoraban los pocos millares que para nutrirse necesitaban nuestros tercios viejos. La sola creación de las grandes masas militares que puso en movimiento Luis XIV, aprovechando los recursos de Francia, tan superiores a los nuestros a los de cualquier otra nación, y echando indiferentemente mano de propios y extraños, hubiera por sí solo bastado para que nuestra escasa infantería dejase de desempeñar el preponderante papel que hasta allí desempeñó. No cabe comparar nuestros tercios viejos, por más que se reclutasen del modo sabido, con los regimientos de voluntarios nacionales o extranjeros, que hemos conocido y aún existen en alguna nación.



## **LAS «CLAUSULAS DE ESTILO» Y EL CONTADOR PARTIDOR**

**POR EL**

**DR. LUIS GOMEZ MORAN**

**NOTARIO**

**ACADEMICO DE LA REAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA**

Al revisar la literatura jurídica a la busca de algún dato que añadir a mi próximo libro sobre el derecho de sucesiones, me encuentro con la sorpresa, siempre grata, de un artículo o «nota concentrada» como la llama su autor, el Sr. González Palomino, Notario de Madrid, inserta en el tomo II de los «Anales de la Academia Matritense del Notariado», correspondiente al año de 1946, donde aparece en las páginas 579 y siguientes bajo el epígrafe general de «Estudios de arte menor sobre el derecho sucesorio», y el subtítulo particular que ampara este trabajito de: «Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar».

El brevísimos estudio del Sr. Palomino (solo consta de ocho páginas), redactado con el peculiar estilo de su autor, merece, no obstante su brevedad, el trabajo de un comentario, porque todo lo que sea, o pretenda ser, una aportación al derecho, despierta el

interés y mueve la atención de cuantos por devoción innata, que ha hecho madurar el ejercicio de la Carrera, vivimos consagrados al análisis y solución de los variadísimos problemas que plantea la vida jurídica.

De conformidad con este axioma, en la obra que proyectamos se hacen las correspondientes referencias a la del Sr. González Palomino; pero como éstas tienen que ser breves en razón a la generalidad de nuestro trabajo, y hasta es muy posible que no lleguen a conocimiento del «gran público», que más se pone en contacto con la Revista que con el libro, aprovechamos las columnas de ésta para la ejecución de nuestro fin, debiendo entenderse que cuanto decimos en este artículo está inspirado en la más objetiva imparcialidad, según el conocimiento que adquirimos en esta clase de temas, y sin que nos desagraden las innovaciones, pero siempre que se logren con arreglo a aquella línea de conducta, para nosotros la más perfecta, que arrancando del pasado toma el presente como basamento para desde él poder atalayar y preparar el porvenir.

La obra del repetido Sr. González Palomino tiene mucha más amplitud que la que pudiera deducirse de la simple lectura de su epígrafe, puesto que con ocasión de analizar un tipo de problemas propios del derecho sucesorio, cuales son los derivados de la intervención del contador partidor en el acto particional de la herencia, da lugar al planteamiento de otros de no menor envergadura, como los referentes a la naturaleza y virtualidad de las tituladas «cláusulas de estilo», a las que nuestro compañero otorga una relevancia que, a nuestro juicio, no tiene confirmación ni en la práctica ni en la Ley.

De todas estas cuestiones y de alguna más que se le ocurre al mencionado autor, hemos de ocuparnos en el presente trabajo, permitiéndonos recomendar para cubrir las lagunas que en él se adviertan la lectura de nuestro libro de referencia, donde se podrán hallar los datos históricos y jurídicos que se precisen para

dar por bien madurado y razonado el tema; dicho sea por vía de información y sin faltar a la modestia.

■ • ■

Por «cláusulas de estilo» entiende el Sr. Palomino, que en este aspecto sigue la trayectoria marcada por José María Farré y Morgo en su conferencia ante la citada Academia Matritense en el curso de 1944-45, «los pactos o disposiciones, que generalmente por iniciativa del Notario, se aceptan por las partes y se incrustan en todos los documentos de un determinado tipo», teniendo por objeto—según nos ilustra el autor—«substituir una norma de derecho dispositivo por una norma convencional, llenar una laguna de la Ley, desplazar una presunción de derecho o rectificar una interpretación de jurisprudencia».

Cuando las «cláusulas de estilo quedan amojamadas, y, por consiguiente, muertas», se convierten en cláusulas formularias.

El optimismo del Sr. González Palomino a este respecto es tan insigne que estima que los Notarios somos «en la vida jurídica actual los herederos de los jurisconsultos romanos y los que más creemos en la eficacia creadora de la técnica jurídica.»

Respondiendo al mismo pensamiento, aunque con mayor amplitud en su radio de acción, Pascual Serres, en artículo publicado en la Revista Jurídica de Cataluña, correspondiente al número 411, año de 1947, bajo el título de «El Congreso de Zaragoza y la evolución de la Jurisprudencia», se lamenta de que ésta no haya tenido en cuenta la labor del precitado Congreso, si bien afirma su confianza en que no tardarán en reaccionar nuestros Tribunales con arreglo a las conclusiones entonces aprobadas.

Pero a uno y a otro da respuesta firme y concluyente D. Rafael Rubio, Presidente de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en discurso pronunciado ante los aspirantes a la Escuela de la Judicatura, a cuya lección, de magnífico sentido jurídico y de certera visión de la realidad, pertenecen estas frases: «vuestras Sentencias han de estar bien fundadas de doctrina y de acierto, muy claras,

huyendo del barroquismo, que en el arte se podrá estimar, más no en las resoluciones judiciales, que deben ser de pristina diafanidad, *sin citas de autores y sí tan solo apoyadas en la Ley y en la Jurisprudencia...*» las dos fuentes que, juntamente con la costumbre, son admitidas como base del Derecho, según consagra la tradición y reitera Savatier en su «Curso de Derecho Civil», tomo I, segunda edición, publicada en 1947, por lo que representa una de las obras más modernas escritas sobre el particular.

El Notario no es un jurisconsulto, sino un jurisperito o un profesor de Derecho, como dice el Reglamento Notarial, interviniendo en este concepto como mentor o consejero de las partes; pero esta misma función excluye la jurisprudencial, porque la jurisprudencia no aconseja, sino que resuelve, no dirige, sino que dirime, con todas las diferencias técnicas, jerárquicas y prácticas que median entre ambas actividades.

La historia, y aun la simple etimología de las palabras acreditan las diferencias que señalamos. Así, el jurisperito es la persona que con conocimiento o pericia del Derecho pone sus servicios a disposición de los que le requieran, mientras que el jurisconsulto—de iures y consulta—era entre los romanos el técnico cuyas contestaciones tenían fuerza de Ley a partir de Adriano, siendo preceptivas para los jueces siempre que estuvieran firmadas y signadas por su autor, conforme a la legislación de Augusto, e integrando una de las fuentes del Derecho: el *ius nom scriptum*.

Examínese y considérese el estado actual de las instituciones y veremos en cual de las dos categorías—jurisconsultos y jurisperitos—corresponde encuadrar nuestra actividad profesional. Por mucho amor que sintamos por la Carrera, y le sentimos como el primero, nuestra pasión no puede llevarnos al extremo de atribuirnos una competencia de que a todas luces carecemos, suponiendo que el instrumento público es fuente de Derecho con virtualidad bastante, como dice el Sr. Palomino, para producir «una jurisprudencia y hasta una norma legal nuevecita»; porque esa extensión e involucración de funciones—la notarial y la jurisprudencial—con

ser ineficaz, expone a la escritura, a fuerza de querer dotarla de autoridad, a los peligros de una impugnación, con lo cual se le arrebatan o cercenan aquellas mismas garantías de que queremos verla rodeada mediante la estabilidad y seguridad de las relaciones jurídicas que en ella se contienen.

Las «cláusulas de estilo», en cuanto quedan reducidas a su verdadera misión, que es la de resumir en fórmulas sintéticas todos los requisitos que deben acompañar a los instrumentos públicos, estereotipados de aquella manera para evitar olvidos que puedan determinar la nulidad del documento o la indefensión de cualquiera de los presupuestos legales o convencionales, tienen una existencia reconocida en nuestros despachos; pero en cuanto se suponga que mediante ellas se crea y elabora el Derecho, incluso contra el mismo Derecho constituido, la tenemos por una teoría expuesta a muchísimos errores.

Lo que sucede en este aspecto es que se olvida distinguir, a la manera clásica, porque parece que todo lo clásico se halla hoy en decadencia, entre los requisitos esenciales, naturales y accidentales de los contratos, cuando sobre estos versa el documento público; porque observada esta distinción se echa de ver en seguida que las cláusulas de estilo que pudiéramos llamar vivas hacen referencia a los requisitos accidentales, y las muertas o «amojama-das» a los naturales, cuya omisión en la escritura puede y debe hacer el Notario, salvo pacto expreso de los otorgantes en contra, pues en el silencio de éstos se aplica en su integridad el texto de la Ley.

Así nos lo demuestra la enumeración que Palomino hace de las cláusulas de estilo que tiene por caducas, tales como la de estar a derecho en los poderes; la de evicción y saneamiento en la compraventa; la de la revocación de los testamentos anteriores, etcétera, etc. Estas cláusulas no han dejado de utilizarse—como afirma aquel compañero—, «después de haber provocado su efecto útil», porque explicado así el proceso jurídico pudiera creerse que el legislador tomó del Notario el precepto, resultando que la evic-



ción y saneamiento, por ejemplo, o la revocación de los testamentos anteriores por los posteriores perfectos, etc., fueron circunstancias que no se daban en el Derecho hasta que al fedatario se le ocurrió introducirlas en el primer documento y reiterarlas en los sucesivos, con lo cual tendríamos que el intérprete había sido anterior a la Ley, incurriendo en un grave dislate cronológico y jurídico.

La mayor parte de las cláusulas «amojамadas», esto es, sin eficacia particular o sin relevancia alguna, puesto que respecto de ellas solo es preciso consignar la excepción, ya que en su ausencia se aplica la norma legal, corresponden a las que el autor del «Exemplarium de instrumentis públicos» llama «fórmulas rancias de Notario antiguo». Muchas de ellas mueven el ánimo a regocijo, y su superación (que en este caso equivale a supresión) se debe al progreso operado en la técnica profesional y a la mayor depuración académica de sus componentes, pues el Notario, que es profesor de Derecho, es también maestro en el arte difícil de redactar los instrumentos que se le encomiendan, con expurgación de las formas arcaicas que antes les regían y con perfecto sentido jurídico de lo que es preciso consignar en ellos y de lo que se puede omitir por estar comprendido en la misma naturaleza del acto o contrato, según las prescripciones de la Ley.



Lo expuesto, que solo sirve de exordio, tiene por objeto abocar el estudio de la partición hecha por comisario aceptando la cuestión en el mismo punto en que el Sr. González Palomino ha querido plantearla, o sea con ocasión y motivo del análisis de las «cláusulas de estilo», porque es efectivamente al tratar de este tema cuando nuestro compañero arbitra la fórmula que titula de «no estorbar», por cuya virtud los herederos podrán realizar las particiones aun en el caso de existir comisario nombrado para ello, siempre que entre aquéllos exista unanimidad de criterio, entendiéndose que mientras éste persevere el referido contador queda-

rá en suspenso en el ejercicio de sus facultades, no corriendo respecto de él los plazos previstos por el Código Civil o señalados por el testador.

Sobre la base de que las «cláusulas de estilo» tienen eficacia bastante para derogar la Jurisprudencia o para crear normas legales totalmente nuevas, con anulación, como es natural, de las precedentes, el Sr. González Palomino propone la introducción en los testamentos que se autoricen de la cláusula que queda reseñada, a fin de desbordar y anular por tal medio el criterio que la Dirección General, y en su parte más importante el Tribunal Supremo, contienen sobre este punto.

Como ambas cuestiones aparecen estrechamente conectadas en la mente y en la dialéctica del autor, nuestro primer intento—ignoramos si la hemos conseguido—ha sido el de situar la virtualidad de las cláusulas de estilo en el lugar que les corresponde, como requisito previo para ver si son capaces o no de producir los efectos que González Palomino les atribuye: el de constituir creaciones jurídicas nuevas elaboradas por el Notario al margen de la norma legal vigente o jurisprudencial, e incluso contra ellas; las cuales, después de haber alcanzado los resultados apetecidos, o de «producir sus efectos», para usar las mismas palabras que emplea nuestro compañero, pasan a la situación de cláusulas meramente formularias, cuya reproducción en el documento es debida a la rutina.

En verdad que de estas características, aunque solamente en parte, no conocemos dentro de la escritura pública más fórmula que la que asegura han sido hechas las reservas y advertencias legales, porque en substitución del deber que existió en otro tiempo de relacionarlas particularmente, hoy quedan recogidas en forma sintética en esa frase formularia o protocolaria que excusa el fedatario de una exposición prolija e intranscendente, en ausencia de la cual las partes no pueden alegar ignorancia, por aquello de que, con arreglo al artículo 2.º del Código Civil, a nadie le es lícito desconocer el Derecho.

Pero insistimos en que no es este el caso propuesto, porque González Palomino habla de «cláusulas», y éstas corresponden a las estipulaciones o convenciones que los otorgantes establecen en el documento y no al resto de las solemnidades o formalidades propias de su otorgamiento y autorización, a cuyo último grupo pertenece la fórmula relativa a las reservas y advertencias.

Estimando, pues, que se trata de verdaderas cláusulas o estipulaciones acordadas por las partes, cabe sean formuladas las siguientes preguntas:

1.<sup>a</sup> Las tan repetidas cláusulas ¿son capaces de crear derecho?

2.<sup>a</sup> ¿Esta creación puede hacerse en contra del preestablecido, anulándole y substituyéndole por el nuevo?

3.<sup>a</sup> ¿Qué aplicación tienen estas teorías al caso que estudiamos, o sea el de la partición hecha por los herederos con omisión del contador nombrado por el causante de la herencia?

De los dos primeros particulares ya hemos hablado, pero ello no será obstáculo para que en las líneas que siguen procuremos fijar más aún los conceptos.

En el instrumento público no habla el Notario, sino que lo hacen los otorgantes por mediación de aquél, salvo en cuanto a aquellos particulares que, como la fecha y el hecho del otorgamiento, son de la competencia exclusiva del autorizante. Este no «dice», sino que repite lo que los comparecientes «dicen», limitándose en un todo a dar fe.

Percatado de este mecanismo, que es, por lo demás, conocido y practicado por todos los compañeros, el Sr. González Palomino arbitra en el artículo que comentamos una solución altamente peligrosa, distinguiendo lo que pudiéramos llamar la verdad oficial, que es la que figura en el instrumento como supuesta manifestación de las partes, de la verdadera verdad, integrada por aquellos deseos y proyectos que los otorgantes tienen, pero que quedan inéditos por la interposición del Notario.

He aquí lo que dice el autor sobre tan delicado asunto: «De

las voluntades reales de los testadores sabemos los Notarios lo suficiente para dar lecciones. No creo descubrir ningún secreto de Estado si digo que al testador corriente jamás se le pasa por la cabeza nombrar comisario partididor, ni sabe lo que es eso».

Calificamos esta teoría de peligrosa, y ciertamente que lo es, porque si llegásemos a admitir que el testamento, o en términos más generales la escritura pública, reflejaba la elaboración interna del Notario, ¿qué consecuencias morales, jurídicas y prácticas habría que deducir? En primer término, a no dudarlo, la declaración de nulidad de un instrumento público en que el fedatario había tenido una parte tan activa.

Si el «testador corriente», con lo que se hace referencia al otorgante de tipo o cultura media, «no sabe de contadores partididores», ¿qué puede saber de legítimas, mejoras, tercio libre, usufructo, nuda propiedad, cuota vidual, condiciones y substituciones, y, en una palabra, de toda la mecánica, realmente compleja, que regula el derecho de sucesiones? ¿O es que su ignorancia no alcanza más que a desconocer la naturaleza y la función del contador partididor, manifestándose en cuanto al resto de las instituciones como un consumado profesor en Derecho?

Luego, si aceptamos el principio tenemos que admitir sus consecuencias; y siendo así que, al parecer, el contador es nombrado por iniciativa del Notario, a su iniciativa se podrá atribuir lógicamente el resto de las cláusulas que como pretendidas manifestaciones de la voluntad del otorgante figuran en el testamento. De aquí a la falsedad en documento público, salvo que el excesivo rigor profesional nos obceque, no media más que un paso.

Pero no. Felizmente para todos—para la justicia, en primer término, para el público y para el mismo funcionario—no hay más verdad verdadera que la verdad oficial, y el testamento—al igual que el resto de los instrumentos públicos—refleja la auténtica voluntad del causante como suprema ley de la sucesión.

Lo que ocurre es que en este caso, como acontece normalmente en los demás—, el Notario ha de servir de expositor del Dere-

cho ante los otorgantes, desarrollando un curso sintético de los particulares relacionados con el documento que va a autorizar. Pero sin que tal exposición integre sugerencia, y mucho menos sugestión que coarte, limite, condicione, ni siquiera influya directa ni indirectamente en el pensamiento de las partes, que es el que, en definitiva, recoge todo instrumento público.

Ahora, si de la parte interna, que es donde radica la voluntad, pasamos a la externa, representada por las palabras que han de servir para que el público conozca nuestro pensamiento, el Notario, como artífice de la escritura, tiene un campo de acción más amplio, escogiendo en su calidad de jurisperito y depositario de la confianza de las partes aquellas expresiones que, según su ciencia jurídica, corresponden con toda propiedad y escrupulosidad al deseo manifestado por los otorgantes.

Así, pues, si quisiéramos hacer alguna concesión en este sentido, podríamos decir—creyendo que con esto no hacemos más que ratificar la única doctrina ortodoxa que existe sobre la materia—que el fondo del documento es siempre del que le otorga y la forma del notario autorizante; pero sin que la forma, salvo vicio de nulidad, pueda afectar para nada al fondo, al separarse de él por exceso o por defecto imputable al fedatario.

Supuestas estas verdades, que para nosotros tienen el carácter de inconcusas según el ejercicio que llevamos hecho de la Carrera, es evidente que si las «cláusulas de estilo» tuvieran eficacia bastante para crear un derecho nuevo o para derogar el vigente y la jurisprudencia que le interpreta, ese mérito habría que concedérselo a los otorgantes, que son los autores subjetivos de aquéllas, y no al Notario que, como dejamos expuesto, no «dice», sino que reproduce lo que otros «dicen», manteniéndose volitivamente al margen del documento.

En este concepto, y supuesto que la misma cláusula se repita una y otra vez ante distintos fedatarios y en diferentes regiones, viene a quedar equiparada a la costumbre y, como tal, es capaz de producir efectos jurídicos al alcanzar la categoría de fuente del

Derecho. Pero la costumbre, por su propia naturaleza, emerge del pueblo y tiene un sentido de universalidad que es incapaz de proporcionarle ningún particular, por muy destacado y conspicuo que sea.



Las teorías de González Palomino no se formulan arbitrariamente, sino que persiguen, como es natural, un designio, porque desde el momento en que las cláusulas de estilo, y más concretamente la de designación de contador partidior, son una creación meramente notarial, ajenas en su esencia y substancia a la voluntad del causante, aunque éste las convalide luego con su aprobación y firma, la cláusula de referencia carece de respetabilidad y debe entenderse que en el supuesto de un conflicto entre el contador y los herederos ha de prevalecer la opinión y actuación de éstos, toda vez que el comisario fué nombrado en interés y para el servicio de aquéllos y no en el suyo personal, como dice Palomino.

En efecto; siendo ésta la «voluntad verdadera» del testador, ¿por qué dar a la institución un alcance que el causante no ha querido atribuirle y del que solo quedó revestido por una «oficiosidad» del Notario?

Si la base de este razonamiento fuese cierta, lo serían también sus consecuencias; pero ya hemos visto que aquella base no puede ni debe tenerse por tal, porque con ello se afectaría a la integridad del instrumento y a la seriedad del fedatario, dejando a ambos elementos en situación harto precaria.

Aparte esto, el Sr. González Palomino calcula que en el nombramiento de comisario no intervienen más que dos grupos de intereses: los de éste y los de los herederos, olvidando, por consiguiente, el único que realmente preside y gobierna la sucesión: el del testador. Toda la historia del albaceazgo, del cual deriva el contador—partidior, y todas las opiniones que se sostienen sobre su naturaleza, con la excepción de algún parecer aislado que en

nada restan autoridad el criterio comunmente admitido, confirman que el comisario—nombre que se aplicó al albacea o ejecutor testamentario, como dice Lamonaco, a partir del siglo XII,—es un delegado o apoderado del testador, integrando su designación un «mandato póstumo», según estima la doctrina francesa—Planiol, Baudry, Colín, Aubry et Rau, etc.,—reitera la italiana—Ascoli, Costa, Rizzi, etc.,—confirma la portuguesa—Paulo Merea, Cunha Gonzalves, Pires de Lima—, y tiene reconocido nuestro Tribunal Supremo en numerosas Sentencias.

Es este uno de los problemas que tratamos en nuestra obra, ya aludida, «El ejecutor testamentario en el derecho comparado», cuya lectura nos hemos permitido recomendar, y considerando que allí se halla suficientemente debatido y aclarado este punto, nos limitaremos en el presente artículo a consignar las conclusiones a que han llegado la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia, cuya diversidad de aspectos puede apreciarse en el «Derecho Civil» de Roguin, donde se contiene un resumen de las opiniones más autorizadas.

Dicho resumen puede formularse así:

1.<sup>a</sup> El ejecutor testamentario y, por consiguiente, lo mismo el simple albacea que el contador-partidor, es un mandatario póstumo del causante.

2.<sup>a</sup> Como tal mandatario, es al testador a quien representa, y no a la sucesión, como quieren algunos, o a los herederos, según afirman los demás, actuando en el cumplimiento de su encargo con independencia de los intereses de éstos, siempre que se ajuste al interés superior del causante, en cuyo obsequio o para cuyo beneficio fué creada la institución.

Es esto tan cierto, que cuando se estudia el origen del albaceazgo se ve que, aparte otros precedentes más remotos que no son del caso, su fundamento se halla precisamente en la existencia de un *interés opuesto* al del heredero, cual fué el de velar por el cumplimiento de los legados y mandas piadosas establecidas por el causante, en cuyo concepto aparece recogida y divulgada la insti-

tución por el Derecho Canónico, conforme explican Baudry, Planiol, Sánchez Román, Manresa, etc., y viene siendo sancionado por el Derecho español desde el Fuero Juzgo y el Código de Partidas hasta la legislación de nuestros tiempos.

Tenemos, pues, por errónea la tesis que al hablar de «intereses» con referencia al nombramiento de contador o comisario de la sucesión, no columbra ni aprecia más interés que el del propio comisario o el de los herederos, siendo así que los de todos ellos se hallan supeditados y subordinados—absorvidos, podríamos decir—por otro superior, que es además, el único que realmente rige con poder imperativo la sucesión: el del testador.

Para llegar a tales conclusiones es preciso recordar que si la práctica y la jurisprudencia han extendido las facultades del albacea—acaso con poca propiedad, pero con reiteración que no deja lugar al equívoco—al contador partidor, la recíproca que se ha producido es necesariamente cierta, de tal modo que también el comisario queda autorizado de por sí para desempeñar las funciones que los artículos correspondientes del Código Civil atribuyen a los albaceas, en las cuales se advierte perfectamente la existencia de un interés ajeno al de los herederos, e incluso opuesto al de ellos, pero que no es tampoco del comisario, sino personal del causante o general de la sucesión.

Analícese el artículo 901 del Código Civil, análogo a los correspondientes de los demás Códigos europeos del mismo tipo, y se comprobará lo que decimos; porque ni en la organización del entierro y funerales del causante, ni mucho menos en el pago de los legados que haya dejado dispuestos, existe interés—como no sea moral—de parte de uno o de otros—del albacea o de los herederos,—sino—repetimos—de las personas favorecidas con esas instituciones o del buen nombre y memoria del testador, cuando se trata de las exequias y sufragios por su alma.

Ni aun en el supuesto de que el heredero sea único desaparece ese interés, pues no habiendo herencia sino en lo que los créditos superen a las deudas, el activo al pasivo, la determinación y amor-



tización de éste es asunto en que está especialmente comprometido el recuerdo del causante; y es lógico, o por lo menos verosímil, que éste quiera substraer la práctica de tales operaciones a la iniciativa del heredero, calculando, y no sin fundamento, que el interés de éste es opuesto al suyo, al menos desde el punto de vista estrictamente económico.

Razonando así, que es como razona la jurisprudencia, según se deduce de sus fallos, los herederos no pueden proceder a la partición de bienes mientras exista un comisario encargado de ella y éste se halle dentro del plazo. Y tan general es esta norma, que ni aun en la hipótesis de que se promueva el juicio voluntario de testamentaria por los herederos forzosos caduca el cargo de contador, pudiendo éste, al margen del proceso, realizar la partición.

Así lo establecen diversas Sentencias del Supremo, algunas de contemporánea actualidad, cuya relación podrá encontrarse en la obra a que hemos hecho referencia. El fundamento de tales Sentencias—al decir de las mismas—se halla en que «la voluntad del testador es la ley de la sucesión», y, por consiguiente, en que a esa voluntad deben atemperarse todos, incluso el Juzgado, siempre, a su vez, que dicha voluntad se ajuste a la Ley en lo que ésta tiene de preceptivo u obligatorio.

Pero la voluntad que conste en el testamento, que es la única valorable y la única, por tanto, que puede tenerse por verdadera. No ese otro tipo de voluntad que nos descubre el Sr. González Palomino como propia del testador, y que por no tener constancia alguna en el instrumento, es absolutamente inoperante.

Lo que sucede, en cambio, es que la jurisprudencia, especialmente la de la Dirección General, se ha manifestado demasiado celosa en la guarda y defensa del criterio que comentamos. Y sobre la base de que es el contador, caso de haberle, el que tiene que hacer la partición, prohíbe la intervención en el acto de los herederos por el único medio que tiene a su alcance; o sea, por el de impedir la inscripción de las particiones así hechas en el Registro.

Este sistema, cuya severidad se acredita en la Resolución de 2 de junio de 1945, no puede merecer la aprobación del jurista, porque no hay nada ni en la naturaleza ni en la Ley que se oponga a la participación de los herederos en el acto particional, encontrándola, por lo contrario, elogiable y recomendable, ya que mediante esa colaboración y subsiguiente aprobación se presta a las particiones una estabilidad jurídica y procesal de que en otro caso carecen.

Pero debemos tener en cuenta que toda alarma en este sentido es excesiva, puesto que las Resoluciones de la Dirección, como dice Ignacio Caso reproduciendo conceptos de D. Jerónimo González, no crean jurisprudencia. Y como la dictada por el Supremo—único órgano con competencia para ello—es mucho más benévola y tolerante sobre este punto, si nos apoyamos además en la razón natural, que en nada se opone al mecanismo que propugnamos, veremos que es incontrovertible el triunfo del derecho, teniendo por tal la validez de las particiones hechas por los herederos y albaceas de común acuerdo, o realizadas por éstos y aprobadas por aquéllos, según acontece infinitas veces en la práctica notarial.

Ahora bien; como reacción concreta contra la Resolución anotada, el Sr. González Palomino divulga y recomienda la inserción en los testamentos de la cláusula de su inventiva, a la que, mediante la oportuna generalización, aspira a ver transformada en «cláusula de estilo».

Ya hemos visto que las razones en que apoya la existencia de este tipo de cláusulas no son exactas, por lo menos desde el punto de vista del derecho positivo y de la Jurisprudencia que le interpreta. Tampoco son exactos los fines que se les atribuyen, en cuanto se estime que por ellas se puede derogar un precepto legal o jurisprudencial y establecer otro nuevo que les substituya, porque ese efecto ni pudo ni puede ser el propio de las cláusulas de estilo, según los modelos que de ellas nos ofrece el autor, y más propiamente, según el orden jurídico que nos rige, en el cual la

función legislativa se halla reservada a los órganos que ejercen prerrogativas de gobierno.

Pero el problema, a nuestro juicio, estriba en algo muy distinto y, desde luego, muchísimo más sencillo de lo que argumenta y razona para el caso nuestro compañero: estriba en saber si la fórmula testamentaria arbitrada por el Sr. Palomino se opone o no a algún precepto legal, por que en cuanto no exista esa oposición se tratará de un recurso o habilidad profesional ideado para soslayar los inconvenientes que se quieran atribuir a la Ley, protegiendo los particulares intereses de los herederos sin quebranto de aquélla y sin dejar defraudados o perjudicados los designios del testador, que es el que, en definitiva, ordena la última voluntad según su criterio y deseo.

Nos encontraremos, pues, en este punto frente a una cuestión que podríamos calificar de «régimen interno», esto es, de la iniciativa exclusiva del causante, porque siendo su voluntad la que rige el mecanismo de la transmisión hereditaria, con las salvedades o reservas, según hemos dicho, que a este respecto impone la Ley, si ésta se manifiesta favorable o simplemente indiferente ante el acto que se proyecta, no habrá dificultad alguna para que el otorgante lo ordene y el fedatario lo autorice con su signo y firma.

Pero no nos cansaremos de repetir que la validez del supradicho acto requiere inexcusablemente que sea personal del testador y no sugerencia del Notario, pues aun admitiendo y valorando la intervención que a éste le incumbe en el documento como «consejero de familia» o director de las partes, encargado de dar forma y trasladar a la escritura el pensamiento de éstas, se hace preciso mantenerse especialmente severo y vigilante sobre este punto, ya que de la sugerencia a la sugestión no media más que un paso, y una vez salvada esa breve distancia el fedatario se convierte en otorgante, de simple autorizante que es y debe ser.

La fórmula del Sr. González Palomino parece adolecer de este substantivo defecto, máxime cuando el mismo se atribuye su paternidad bajo las afirmaciones que siguen:... «hè inventado y pue-

to en circulación mi cláusula»; pues es evidente que siendo del señor Palomino no puede ser de los demás, y mucho menos de los testadores, que son, sin embargo, los verdaderos protagonistas del acto. El pronombre mío es posesivo, y la posesión excluye por naturaleza a todos en el goce de la cosa, menos a su dueño.

Pero supongamos que esa manera de expresarse por parte de nuestro compañero no ha sido completamente feliz; que la iniciativa del acto procede del otorgante y no del Notario, o, en todo caso, que aun procediendo de éste es prohijado por el primero como si se tratara de un pensamiento propio, con lo cual queda redimido de los vicios de origen que pudieran atribuírsele, y sobre tales bases examinemos el problema en su aspecto fundamental: el de la compatibilidad o incompatibilidad de la tan repetida fórmula con los preceptos legales, para deducir de ahí su validez o nulidad en el campo de lo jurídico.

La cláusula de referencia establece un orden de prelación entre los herederos y el comisario en cuanto a la práctica de las operaciones particionales: si aquéllos están de acuerdo para realizarlas, el último no interviene en su formalización, quedando en suspenso los poderes que se le otorgaron, y sin correr el plazo señalado por la Ley o concedido por el testador. Por lo contrario, si no existe el mencionado acuerdo o éste se malogra en cualquier momento de la partición, al comisario incumbe practicarla, ajustándose para ello a la voluntad del causante y haciendo caso omiso del parecer de los interesados en la herencia.

Aun con menos claridad que la expuesta, el Sr. González Palomino recoge en su cláusula una tercera hipótesis: la de que todos (herederos y comisario) ejerciten simultáneamente las facultades particionales que les hayan sido conferidas.

La relación de antecedentes que precede nos permiten formular la siguiente pregunta: ¿serán válidas esas disposiciones, una vez que se ordenen, por el testador? El punto de partida es siempre el mismo: su voluntad es, dentro de los límites legales, la ley de la sucesión.

Examinado el Código Civil se ve que nada se opone en él a este modo particular de ordenar la última voluntad. La jurisprudencia, por su parte, habla de que los herederos no pueden intervenir en la partición cuando existen albaceas encargados de realizarla y éstos se hallan dentro de los plazos de competencia que les han sido atribuídos; pero en este punto tanto el Supremo como la Dirección General se refieren al silencio del testador, suponiendo que nada particular ha estatuído, por cuya razón debe entenderse su deseo pura y simplemente, o lo que es lo mismo; como propósito de apartar a los herederos de tales actos, según la interpretación que clásicamente se hace de la Ley.

Pero cuando la voluntad de otorgante consta de manera expresa en sentido contrario, ¿se podrá cumplir?

Si quien puede lo más puede lo menos, he aquí cómo acontecen las cosas en el orden volitivo, con efectos en el jurídico:

El testador puede encomendar la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los herederos, dice el artículo 1.057 de nuestro Código Civil. Y el 1.058 añade que «si el testador no hubiese hecho por sí mismo la partición ni encomendádosela a otra persona, podrán ejecutarla de mutuo acuerdo los herederos mayores de edad». De aquí resulta, por consiguiente, que la partición puede ser hecha: 1.º Por el causante; 2.º Por el comisario o contador, y 3.º Por los herederos.

Pero la partición no es acto unitario, sino que está integrado por una serie o conjunto de ellos (inventario, avaluo, liquidación, división, adjudicación, etc.,) que reciben su unidad del negocio jurídico a que se refieren. Por lo demás, no existe ningún inconveniente para que el testador verifique parte de los actos particionales o realice una partición incompleta, como cuando determina en su testamento los bienes que se han de adjudicar a éste o al otro heredero para pago total de su haber o del que le corresponda por un señalado concepto, según suele acontecer, tratándose de herederos forzosos, respecto al tercio de mejora y más particularmente al de libre disposición.

La institución de legatarios en cosa cierta y determinada pertenece también a los actos de este tipo.

Ahora bien; cuando el testador, como en los casos que preceden, hace un ejercicio parcial o incompleto del derecho que le concede el artículo 1.056 del Código Civil, ¿quiénes, sino los herederos o el comisario, cada cual en sus respectivas hipótesis, serán los encargados de completar y perfeccionar la partición que aquél no hizo, aunque dejó en su testamento iniciada?

Vemos, pues, cómo la actuación del testador no inhabilita o imposibilita la de los demás interesados en la sucesión, porque tratándose de una serie de actos concurrentes al mismo fin no hay incompatibilidad legal ni material entre los que les realizan.

Pero siendo así en este caso ¿ocurrirá algo distinto en los demás supuestos que se puedan arbitrar? ¿En virtud de qué principio moral o legal? En virtud exclusivamente de la voluntad presunta del causante, que cuando nombra contadores sin otras reservas se entiende que ha querido excluir a los herederos de la partición, según dejamos dicho. Pero cuando esa voluntad consta clara y terminante en sentido opuesto, ¿qué precepto legal se puede invocar para seguir aferrado a la idea de la recíproca exclusión de unos por otros? A nuestro juicio, ninguno.

El testador, que tiene facultades para otorgar todas las que quiera a sus comisarios, las tendrá igualmente para condicionarlas y limitarlas hasta dejarlas reducidas a cero, puesto que lo que es potestativo — como lo es el referido nombramiento —, no es dispositivo o imperativo, y así lo acredita el mismo nombre de comisario, que es, en términos jurídicos. «el que ejecuta una cosa o presta algún servicio por cuenta y encargo de otra», la amplitud de cuyas funciones puede ser liberalmente determinada por el comitente; como lo acredita también el artículo 901 del Código Civil, cuando al tratar del albacea—cuya similitud con el otro cargo se halla reconocida por la Jurisprudencia—dice que: «Los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les hubiese conferido el testador. No habiendo el testador determinado las

facultades de los albaceas»... De modo, que lo primero a que hay que atender en esta materia es a la voluntad del causante, pues expresada ésta de modo inequívoco constituye la norma reguladora de la sucesión, de la que la partición, tanto en cuanto a su forma como a las personas que deben realizarla, no es sino parte integrante.

Más aún; la posibilidad de ese orden de substituciones—herederos en lugar de comisario—está previsto por la Ley, con fundamento en que también lo quiso prevenir el testador. Y así, cuando éste señala a sus contadores un plazo para que formalicen la partición o este plazo es el determinado por el Código, interpretándose su silencio como deseo de no modificarle y de aceptar la substitución que a la caducidad del término previsto se operará, no cabe duda que es porque la Ley reconoce la validez de este sistema cuando se establece tácitamente. ¿Ocurrirá cosa distinta en el caso de disposición expresa? Evidentemente que no, porque la naturaleza y el fundamento del acto son los mismos, sin que obste a su aplicación el hecho de que la substitución se establezca al revés—comisario por herederos—si es que así lo ordena el testador, puesto que no habiendo precepto legal que lo prohíba, todos sabemos que el orden de factores no altera el producto, constituyendo este producto la práctica de la partición.

Insistimos en que ni la Ley ni la Jurisprudencia se oponen a nada de esto. La primera guarda silencio sobre el tema o se expresa en términos que correctamente interpretados inducen a la aprobación. Debemos tener en cuenta, en efecto, que donde la Ley no distingue no es lícito distinguir; que las disposiciones prohibitivas (en el supuesto de que hubiese alguna, que no la hay) deben ser aplicadas restrictamente, y que el artículo 4 del Código habla de la nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, sin que pueda alegarse precepto alguno en el que se impida que el testador encomiende la partición de sus bienes a las personas que quedan indicadas y por el orden que dejamos dicho.

Es más; resultaría pueril y contradictorio que constituyendo la

libertad testatoria una de las conquistas más preciadas del Derecho, y pudiendo el causante, en su virtud, adjudicar sus bienes a quien le parezca, salvo las repetidas reservas que se deben a los herederos forzosos, hubiese de encontrar dificultades y limitaciones en un asunto tan banal como es el de designar las personas que han de intervenir en la partición, o en el modo, tiempo y forma en que éstas han de actuar.

A su vez, las resoluciones de la Jurisprudencia no sirven para el caso, puesto que fueron dictadas en la contemplación del contador ordinario, y es evidente que al cambiarse los términos del problema tiene que cambiar simultáneamente el criterio de nuestros Tribunales.

Por consiguiente, si la Ley no prohíbe ese tipo de cláusulas, que tampoco hallan obstáculo en la Jurisprudencia, se tratará de algo que pudiéramos llamar neutro o innocuo, cuya defensa se hace innecesaria, ya que se defienden por sí como emergentes de un acto espontáneo del testador, cuya voluntad regula la sucesión. En definitiva, pues, despojada la teoría de todo aparato dialéctico o literario, veremos que se puede equiparar al clásico huevo de Colón. Pero a un huevo, en todo caso, y si se nos permite esta licencia, que ha de ser puesto por el otorgante y no por el Notario.



Lo heterogéneo de este trabajo dificulta su concreción en algunas conclusiones, pero trataremos de formularlas en los apartados que siguen:

1.º Las tituladas «cláusulas de estilo», según los modelos que de ellas nos ofrece el Sr. González Palomino, corresponden a los requisitos accidentales de los contratos, cuando versa sobre éstos el contenido de la escritura pública, y su fundamento se halla en el artículo 1.255 del Código. Se trata, pues, más bien de palabras que de conceptos nuevos.

2.º Dichas cláusulas desarrollan el derecho dentro del Derecho; pero por mucho que se generalice su uso son impotentes



para crearle, porque la función legislativa no compete al particular, sino al poder público, careciendo igualmente de eficacia para suspender o derogar el constituido, puesto que contra él no prevalece el desuso, o el uso y la costumbre en contrario, según determina el artículo 5.º del mencionado Código.

3.º Las «cláusulas de estilo» que no se oponen a ningún precepto legal y que por su generalización integran una costumbre jurídica, pueden producir efectos de este tipo, conforme se deduce del prólogo II del artículo 6.º del Código Civil; pero para ello es indispensable que no exista esa oposición, pues en otro caso y por mucho que se extienda su aplicación, caerán bajo la sanción de nulidad prevista en los artículos 4.º y 5.º del repetido Cuerpo legal.

4.º Cualquiera que sea la eficacia que pretenda atribuirse a las mencionadas cláusulas, éstas deben reflejar el pensamiento del otorgante y no el criterio del Notario, por cuyo motivo consideramos nociva y peligrosa la distinción que hace el autor entre la verdad oficial y la verdad o «voluntad verdadera» de las partes.

5.º La cláusula de «no estorbar», preconizada por el Sr. González Palomino, no se halla permitida ni prohibida por la Ley, de donde debe deducirse su permisión o autorización, porque, con arreglo al artículo 4, únicamente son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley—circunstancia que no se da en nuestro caso—, y porque donde aquélla no distingue no es lícito distinguir, según el viejo y conocido aforismo; pero nos parecen inexactas las razones en que el autor fundamenta esa cláusula y las consecuencias que de la misma pretende extraer.

## ASPECTOS DE LA ACTIVIDAD PROCESAL

POR

VALENTIN SILVA MELERO

VICE-DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO

*A la memoria del inolvidable maestro D. Manuel Miguel de las Traviesas.*

### I

Las personas que suelen calificarse como sujetos del proceso, quizás no con toda propiedad, desenvuelven dentro del mismo una actividad cuya importancia e influencia recíproca es cuestión de política legislativa.

Dos principios suelen contraponerse en la doctrina en esta materia:

a) El llamado principio dispositivo, que puede concretarse en la fórmula de que ya que las partes tutelan derechos propios, sobre los que normalmente tienen poder de disposición, son los me-

jores jueces de sus intereses, siendo su voluntad decisiva en lo que se refiere a la iniciación de la actividad procesal, y a los límites dentro de los cuales debe de impulsarse el proceso, tanto por lo que se refiere al material de hecho, como a las alegaciones jurídicas.

b) El llamado principio de oficialidad o de impulso oficial, porque teniendo en cuenta el interés público, que en el proceso el Estado persigue, la voluntad del juez no puede permanecer extraña al desenvolvimiento del proceso, e incluso debe asumir una posición preponderante en su iniciación, en su desarrollo y en la determinación, tanto del supuesto de hecho como del derecho aplicable.

Estos dos principios se encuentran diversamente combinados en los distintos sistemas procesales, y si bien hubo un tiempo en que el principio dispositivo era el generalizado, en la actualidad la tendencia es destacar el llamado principio de oficialidad, sin que, sin embargo, pueda decirse que no dejen de hacerse concesiones al otro sistema.

Proceso es término de la vida común que indica el devenir de un hecho. El proceso por antonomasia, en el cual se concreta la voluntad de la Ley, es el modo necesario para que esta concreción se produzca. Y porque ello no puede ocurrir sino por obra de algunas personas, el proceso se presenta externamente como una serie de actos a los que dan vida estos sujetos, estando ligados unos y otros por un nexo de coordinación hacia un fin. En realidad el proceso es, sobre todo, una serie de modificaciones, de pasajes, de situaciones, de estados que encuentran en este acto su causa y sus condiciones.

El proceso, pues, aparece como una serie o un conjunto de actos, «judicium est actus trium, personarum, actoris, rei judicis», que decían los clásicos, y considerado como una relación jurídica construida sobre la base del derecho de las partes a la sentencia y del deber del juez de pronunciarla. Derechos y deberes que tienen evidentemente su raíz en una norma extraprocesal, cuya existen-

cia no puede negarse, y sin que pueda tampoco dejar de ser considerada como un acto jurídico en el sentido lato de esta palabra, aunque por otra parte sea lícito dudar de la oportunidad de construir una doctrina de los actos procesales sobre la base de aquella sistematizada por la doctrina civilista. En realidad parece que existe en la propia determinación de acto procesal, un equívoco que se pone de relieve en la misma definición que suele aparecer en la doctrina; acto que tiene por inmediata consecuencia la constitución, el desenvolvimiento, la conservación, la modificación, o la definición de la relación procesal. O para decirlo en frase de *Carnelutti*, acto que tiene por efecto el cambio de una situación procesal.

Es evidente que el proceso, como una realidad distinta del acto no tiene existencia, ya que ambos se identifican—*processus est actus*—con diferencia de la relación jurídica sustancial, que es siempre distinta del acto jurídico que la constituye.

La confirmación de aquel equívoco se considera sobre todo si pensamos en que los actos procesales son todos actos voluntarios, pero que los efectos o consecuencias se consideran independientes, en general, a la voluntad exteriorizada, declarada o manifestada. En suma, sin que esta voluntad en la mayoría de los casos no tenga particular relieve. Es decir, que la raíz no se encuentra en un poder del cual la voluntad sea ejercicio y la manifestación, sino en muchas ocasiones en una carga impuesta por la Ley, para alcanzar un resultado que es independiente de la voluntad de quien realiza el acto. Lo cual se demuestra, por lo menos para un sector doctrinal, con el hecho que de los actos procesales no nacen derechos y obligaciones entre los que les han dado vida, de un lado, y los demás sujetos del proceso de otro, sino solo situaciones coordinadas a un fin.

Por eso el acto procesal, en realidad, contiene en sí mismo su definición. La sola definición posible, ha podido decirse, que es aquella de ser acto del proceso, aparante tautología que viene a significar que la procesalidad, valga la expresión, del acto, no está

en relación a un efecto sino a una cualidad que es precisamente aquella de constituir un elemento del proceso para la realización de la tutela jurisdiccional. Por ello el proceso está instituido y regulado por normas procesales, y a éstas hay que referirse para saber cuando un determinado acto constituye un elemento del proceso.

Cualquier otra tentativa de distinguir los actos procesales con base en el efecto o consecuencia, difícilmente podría tener éxito. Puede decirse que la juridicidad del acto desde el punto de vista de sus consecuencias está vinculada a su coordinación al ejercicio de la jurisdicción. Más este efecto no es procesal, sino simplemente jurídico.

De otra parte, no se puede negar que existen actos verdaderamente no procesales, como veremos, que tienen sin embargo destacadísimas consecuencias dentro del proceso, que determinan situaciones relevantes en el ejercicio de la jurisdicción y en algunos casos es la propia Ley procesal la que toma en consideración para establecer las condiciones y los límites de su eficacia. Lo cual ocurre, además, no solamente con actos sino con simples hechos, como es la muerte de algunos de los sujetos procesales o de su procurador.

También en las clasificaciones de los actos procesales surgen dudas de importancia y, como tendremos ocasión de exponer, los criterios son distintos.

Por último, los problemas referentes a la forma, a la causa, a la validez y nulidad de los actos del proceso, no siguen las líneas generales, de un modo fiel trazadas por la doctrina civilista, a la que, sin embargo, hay que rendir el homenaje de haber prestado naturalmente la base institucional, de la que han podido obtenerse después las distintas valoraciones típicas de otras disciplinas jurídicas, no solo en la órbita del Derecho procesal sino en otras ramas del Derecho público.

Trataremos de sintetizar las cuestiones más importantes en torno a estos problemas de los actos procesales, cuya importancia es primordial dentro de la teoría general del proceso.

## II

El proceso, entendido en su más rudimentaria expresión de hecho relevante jurídicamente, hemos visto que por definición se fracciona en una serie de momentos en los cuales puede reconocerse o no la existencia de una voluntad humana que determina las consecuencias de un modo directo o indirecto. De este modo surge espontánea la separación de los hechos jurídicos procesales entendidos en sentido restrictivo, dentro del ámbito del hecho general del proceso, de los actos jurídicos procesales.

Hecho jurídico es, según la común definición, aquél que produce un efecto jurídico, y su concepto surge por la necesidad de explicar cómo nacen, se modifican o se extinguen los derechos subjetivos. Así viene diciéndose desde los días de *Savigny*, y puede sintetizarse en la expresión de que hecho jurídico es cualquier acontecimiento que por implicar una modificación de la realidad externa, produce un efecto jurídico.

Se entiende por hechos procesales todos los acontecimientos capaces de producir consecuencias jurídicas en el proceso, a los cuales la voluntad humana es completamente extraña, en contraposición a los actos procesales que representan actividad de la voluntad que, como es lógico, puede aparecer en un simple acto negativo.

La actividad que las partes y los órganos jurisdiccionales desenvuelven, al poner en práctica uno u otro de los principios que hemos visto informan el proceso, se exterioriza con dar vida a una serie de actos jurídicos, con los que el proceso se constituye, se desenvuelve y se extingue: Los llamados actos procesales, que para algunos autores son sinónimos de actos de procedimiento.

Se trata pues de una especie de actos jurídicos que consisten en manifestaciones voluntarias de actividad—(actividad material, alegaciones, declaraciones de voluntad)—realizadas según la Ley procesal o en forma procesal, de los sujetos del proceso y que tienen por efecto inmediato constituir, desenvolver, modificar o extinguir una relación procesal.

Sobre la base de estas nociones puede establecerse la consecuencia, de que no consideramos actos jurídicos procesales ni a los realizados por los sujetos del proceso, que aunque coordinados más o menos directamente al fin del mismo, implican actividad fuera de aquél, ni tampoco a los actos procesales que no tienen efecto inmediato sobre el proceso.

El problema tiene importancia, como ya quedó sugerido, desde el punto de vista de la Ley que ha de regular el acto, ya que solo los actos procesales han de ser regulados por la Ley procesal, e idóneos, aunque no sean los únicos idóneos, para producir efectos en el proceso. En definitiva, pues, existen actos realizados por los mismos sujetos del proceso, en relación al mismo e incluso con el propósito exclusivo de servir a la propia finalidad, como la estipulación de un compromiso, la fijación de un domicilio a efectos de la competencia, el nombramiento de procurador en escritura de mandato, el estudio de la causa, las instrucciones dadas a la defensa, que a pesar de afectar más o menos directamente al fin del proceso no tienen el carácter de actos procesales.

Pueden existir, al contrario, actos realizados con vista de una consecuencia de Derecho material o sustancial, con evidente efecto procesal, como la transacción, el reconocimiento del derecho del actor, el pago de la obligación realizado extrajudicialmente, a pesar de lo cual tampoco se consideran actos del proceso, en cuanto por sí solos no ejercen eficacia inmediata sobre la relación procesal. No son actos procesales y pueden solo constituir el antecedente necesario para el cumplimiento de un acto de procedimiento. Así, la existencia de un compromiso da lugar a un acto procesal, como la excepción opuesta con base en su existencia: el pago extrajudicial, que da nacimiento a la excepción correspondiente. Estas consecuencias son, efectivamente, actos procesales.

Tampoco se consideran actos procesales los actos realizados en el proceso, en relación al mismo, por personas que no son sujetos procesales en sentido estricto. Por las partes y el Tribunal,

concretamente, como los testimonios y los peritajes. Ni tampoco los realizados fuera del proceso por órganos meramente auxiliares.

De lo dicho podemos deducir que entre los actos procesales se encuentran los de las partes y los del Tribunal, tanto del juez como de los demás componentes del mismo, así como los del Ministerio público en cuanto actúa como parte.

Por último, aunque los actos procesales están regulados por la Ley procesal, no es suficiente que un acto parezca regulado por esta norma para conferirle aquella naturaleza, puesto que por acto procesal debe considerarse solamente la actividad objetiva tendente a conseguir de un modo directo la finalidad dentro del proceso, lo cual supone la exclusión de aquellos actos humanos que produciéndose con ocasión del proceso carecen de relevancia a los fines que el proceso se propone.

### III

Si nosotros quisiéramos resumir las distantes direcciones doctrinales acerca del concepto del acto procesal, podríamos polarizarlas en torno a dos direcciones que van a ser perfiladas en la breve exposición de algunas opiniones importantes, que vamos a concretar.

*Guasp* define el acto procesal partiendo del concepto de hecho y diciendo que dentro del conjunto de fenómenos, que la realidad presente ante el observador, cuando se examinan las diversas modificaciones que tal realidad va sufriendo en el continuo devenir de la vida diaria, se encuentra como causa o motivo de dichas modificaciones, un determinado acaecimiento o suceso en el que se considera precisamente como efecto aquella específica modificación de la realidad por el suceso o acaecimiento. Cuando la realidad sobre la que el hecho opera es una realidad jurídica, el suceso es a su vez un hecho jurídico que, según este autor, es cualquier acaecimiento en virtud del cual se crea, se modifica o se extingue una relación jurídica.





Existe un grupo importantísimo de tales sucesos, siempre dentro del pensamiento de *Guasp*, cuyas características consisten en ser una expresión o manifestación de la voluntad humana. Y cuando ésta, por medio de un acto, crea, modifica o extingue una relación jurídica, se dice que el acto es jurídico, sin que ofrezca dificultad deducir de esta fórmula el concepto específico del acto jurídico procesal, acto o acaecimiento caracterizado por la intervención de la voluntad humana, por el cual se crea, modifica o extingue alguna de las relaciones jurídicas que componen un proceso.

Para *Zanzucchi* se trata de una especie de acto jurídico que consiste en manifestación voluntaria de actividad, (actividad material, alegaciones, declaraciones de voluntad), realizada según la Ley procesal o en forma procesal, de los sujetos del proceso y que tiene por efecto inmediato constituir, desenvolver, modificar o extinguir una relación procesal.

Según *Chiovenda*, llámense actos jurídicos procesales aquellos que tienen relevancia jurídica respecto de la relación procesal, o sea, aquellos que llevan aparejada la consecuencia inmediata de constitución, conservación, desarrollo, modificación o definición de una relación procesal.

*Prieto Castro* asegura que son actos procesales los que realizan las partes y el tribunal para preparar, iniciar, impulsar y terminar el procedimiento, logrando el fin que el proceso se propone. Y por último, *Goldschmidt* califica a los actos procesales como los que crean, modifican o extinguen las respectivas posibilidades de la carga procesal o la liberación de ésta. Y son jurídicos en cuanto adquieren transcendencia dentro del Derecho.

De estas opiniones, que sustancialmente, como hemos visto, no difieren, debe deducir como característica general del acto procesal aquella que hemos señalado. La discrepancia, sin embargo, podemos polarizarla en torno al punto de vista de *Carnelutti*, para quien el carácter procesal del acto no se debe a que se verifique en el proceso, sino que valga para el proceso. Y de este modo, el compromiso o el acuerdo relativo a la competencia es un acto

procesal, y puede no serlo el realizado en el proceso si no tiene valor para la finalidad que el mismo se propone.

De lo dicho podemos inferir que los actos procesales, como actos de voluntad, no existen si falta este elemento fundamental. Pero para la eficacia del mismo no es preciso que produzca la consecuencia de alcanzar los efectos prácticos que según la Ley debiera producir, siendo suficiente la simple voluntad del acto.

Como acto procesal, pues, consideramos solamente la actividad objetiva procesal tendente a conseguir de un modo directo la finalidad dentro del proceso, y no son actos procesales, según tuvimos ocasión de consignar los que carecen de influencia inmediata, como ha expuesto *De La Plaza*.

Por otra parte, los actos procesales difieren fundamentalmente de otros actos jurídicos de carácter civil, ya que la voluntad en los actos procesales no tiene la misma importancia que en relación al Derecho material. No hay que perder de vista que en los actos del órgano jurisdiccional, e incluso en los del Ministerio Fiscal, concurre ciertamente la voluntad del órgano, pero no la voluntariedad, en cuanto que el mismo se determina a obrar, no por motivos internos ni en provecho propio, sino en cumplimiento de un poder-deber de oficio que ha sido conferido por el Estado. Esto influencia, naturalmente, el contenido de los actos de los órganos jurisdiccionales, en cuanto que la actividad y la declaración de los mismos no es libre, sino predeterminada en la Ley. Aún en los mismos actos de parte, donde la voluntad del sujeto tiene mayor importancia, esta voluntad concurre no solo como elemento que da vida al acto, sino como determinación libre de su contenido. En cambio no opera como un elemento que vaya a producir los efectos, puesto que el acto actúa *ope legis*, por el mero hecho de haber nacido a la vida, independientemente de la intención o motivación interna del sujeto, siendo esto una diferencia de importancia de lo que suele suceder en Derecho privado, donde normalmente la voluntad del sujeto determina los efectos.

En definitiva, los actos procesales son actos voluntarios como

los actos del Derecho privado, pero los principios de esto no son íntegramente aplicables al Derecho Procesal, salvo en un aspecto: en el de las declaraciones o manifestaciones de la voluntad, que pueden tener relieve para el Derecho privado, a pesar de aparecer dentro de un proceso.

#### IV

Siendo los actos procesales, actuaciones voluntarias de las partes y los órganos jurisdiccionales, sujetos activos de los mismos solo pueden serlo los propios sujetos de la relación procesal. Desde este punto de vista, pues, los actos procesales se distinguen en actos de parte y actos del órgano jurisdiccional.

Sujetos pasivos, (destinatarios de los actos procesales), son para los actos del Tribunal las partes y, recíprocamente, para los actos de las partes el Tribunal. El destinatario, pues, no es el adversario, pues no existe relación procesal entre los sujetos enfrentados. El hecho de que hayan de ser notificadas las resoluciones que vayan recayendo en torno a determinado acto, no autoriza a entender que éstas sean dirigidas a la contraparte.

Las partes y el órgano jurisdiccional, para producir actos procesales válidos deben poseer la capacidad necesaria para poder ser sujetos del proceso; es decir, la capacidad procesal. Sin embargo, en ocasiones, se impone la intervención o el patrocinio de terceras personas, que deben reunir determinados requisitos técnicos.

Por lo que se refiere al contenido del acto procesal suele éste concretarse, bien en meras declaraciones de voluntad, en sucesivas declaraciones lógicas, expositivas de razonamientos o de hechos, o en una mera actividad material. Por lo que afecta al contenido suelen distinguirse los actos procesales en simples y continuados, combinación éstos últimos de actos simples, de un modo sucesivo, a los fines de alcanzar un efecto único.

Por lo que respecta a otras clasificaciones se dividen, tratándose de los actos de parte, de un lado en alegaciones de hecho, ale-

gaciones de derecho y prueba de los hechos, y de otro lado, en declaraciones de voluntad.

Sin embargo, cualquiera que sea el criterio que quiera seguirse para una clasificación de los actos procesales, es evidente que la distinción inicial en actos procesales de parte y actos procesales del Tribunal, debe mantenerse, sin que ello implique negar valor a la clasificación de unos y otros en grupos que integran las distintas actividades del sujeto procesal, dentro del proceso.

Un criterio de distinción excluye el elemento objetivo y los distingue en actos lícitos e ilícitos, punto de vista que, como afirma *Costa*, es de gran incertidumbre por los peligros de no encontrar, como veremos luego, una segura definición de éstos últimos en lo que el proceso afecta.

Por otra parte, de los actos procesales se hacen múltiples clasificaciones, siendo sin embargo su importancia práctica bastante escasa. Y por otra parte, los criterios distintivos o diferenciales, en ocasiones implican matizaciones excesivas.

Prescindiendo de la clasificación en actos y negocios, importada del Derecho Privado, y de aquélla de actos procesales de la parte y actos procesales del Tribunal, quizás la única indiscutible, existen en la doctrina otras clasificaciones, que vamos brevemente a concretar.

Se habla de actos de impulso procesal, de petición y de decisión judicial, tanto relativa al fondo como al procedimiento, de deducción de hechos y de derecho, de proposición de prueba y práctica de la misma, y de actividad procesal necesaria para que los razonamientos y las pruebas puedan ser llevados al conocimiento del Juez y, en fin, de las distintas clases de resoluciones del órgano jurisdiccional.

Entre las distinciones propuestas cabe destacar la de *Betti*, fundada sobre el contenido de los actos procesales, que ha sido calificada de imprecisa, porque muchos actos se prestan a ser incluidos en diversas categorías. Es la siguiente:

- a) – Demandas.

- b)—Declaraciones conminatorias dirigidas al adversario.
- c)—Declaraciones dispositivas.
- d)—Afirmación y deducción de hechos y de Derecho.
- e)—Valoraciones de verdad, con efectos vinculatorios.
- f)—Comunicaciones de hechos y medios de prueba.

Mayor valor teórico tiene la clasificación trazada por *Carnelutti*, quien en el segundo volumen de su «Sistema» y luego en las «Instituciones», expone una completa clasificación de los actos procesales, duplicada y basada una sobre criterios técnicos y otra sobre criterios jurídicos, en la que traza una distinción de los actos procesales según su fin. Este punto de vista merece más meditada consideración.

Según *Carnelutti*, puede hacerse una clasificación extraprocesal de los actos y de los hechos procesales. Refiriéndose a los primeros habla de una clasificación funcional entre hechos constitutivos, extintivos y modificativos y desde el plano estructural—recuérdese la metodología carnelutiana—los hechos se dividen en temporales, espaciales y formales.

Por lo que se refiere a los actos, desde el punto de vista de la función, los divide en actos transitivos e intransitivos, comprendiendo en la primera categoría los actos que son ejercicio de un poder y en la segunda los que son cumplimiento o incumplimiento de un deber. Y finalmente, desde el punto de vista de la estructura, considera el efecto cualitativo y cuantitativo de los actos, distinguiendo operaciones, declaraciones e inspecciones y desde el plano cuantitativo, los actos simples de los actos complejos.

Se refiere *Carnelutti* también a los actos procesales facultativos e imperativos, distinguiendo entre estos últimos las resoluciones y los negocios jurídicos procesales, así como los actos discrecionales y los vinculatorios, para referirse después a los actos lícitos o ilícitos, necesarios y debidos, mixtos y continuados, concurrentes y compuestos.

También *Carnelutti* traza una serie de tipos fundamentales de actos procesales, observando las diferencias de interés según el va-

lor técnico o, lo que es lo mismo, en relación al fin del proceso, para distinguir entre distancia, disposición, órdenes y afirmaciones, matizando entre la alegación y la aseveración.

Pro último, *Carnelutti* alude a la exhibición, aprehensión, examen o percepción de los objetos cuyo conocimiento es necesario al Organó judicial, a los actos de administración, como actividad que se dirige a hacer servir una cosa en provecho de algo; a la documentación, tendente a la representación permanente de una situación o de un hecho; a la notificación e intimación que distingue de la orden por su repercusión, fuera del proceso, aludiendo a la situación de las partes, y los terceros y, por fin a la transformación, que concreta como modificación material de la relación entre las partes.

*Goldschmidt* clasifica los actos procesales en actos de las partes y del juez, destacando entre los primeros los actos de postulación y constitutivos y dando particular relieve a las peticiones, afirmaciones y aportaciones de prueba, para referirse, entre los actos del Tribunal, a las notificaciones y convalidaciones de actos procesales defectuosos.

El profesor *Guasp* es quien ha matizado mejor en nuestra Patria los distintos actos procesales. Y después de reconocer que es difícil fijar criterios de clasificación de los actos procesales, se refiere a los actos de iniciativa, de desarrollo y conclusión. Profundizando más en el estudio de cada una de las clases de actos de referencia, establece una clasificación en la que, partiendo de la tripartición aludida, asimila los de iniciativa a la demanda; los de desarrollo los subdivide en actos de instrucción y ordenación, y los de conclusión, en actos de decisión y de extinción.

De todos modos, cualquiera que sea el criterio que quiera seguirse para una clasificación de los actos procesales, es evidente que la diferenciación fundamental en actos procesales de parte y actos procesales del Tribunal debe mantenerse, sin que ello implique negar que ambos pueden tener características similares en algunos casos, y que se niegue valor a una clasificación de unos y

otros, en grupos que integren las distintas actividades de los sujetos procesales.

## V

Entre los requisitos de los actos procesales suele hablarse en la doctrina de los que afectan al elemento subjetivo de los actos mismos, con referencia sobre todo a la voluntad, a la capacidad y a la legitimación.

Como cualquier otro acto jurídico, los que son objeto del presente estudio son susceptibles de interpretación, que sigue las líneas generales del Derecho común, en lo que se refiere a penetrar en su significado y sentido.

Se ha dicho que los actos procesales consisten en manifestaciones voluntarias de actividad. En efecto, se trata de actos voluntarios y el elemento constitutivo y fundamental de los mismos, igual que en los actos del Derecho privado, es esta voluntad, cuya ausencia determina la inexistencia del acto, que queda en mera apariencia, aunque ulteriormente veremos que en materia de nulidad no sigue el Derecho Procesal de un modo fiel las líneas trazadas por el Derecho Civil.

En relación al elemento de la voluntad, los actos procesales suelen dividirse en simples, colegiales y complejos, según que los actos procedan de la voluntad de un solo sujeto, de varios, o de la fusión de las voluntades de órganos diversos. También con referencia a este problema se habla en la doctrina de actos discretionales o vinculatorios, necesarios o debidos, unilaterales o bilaterales, y destacándose en relación a estos últimos los llamados contratos procesales, que en el lenguaje común han sido extendidos fuera de la órbita del acto procesal típico. Se trata de actos bilaterales dispositivos que, generalmente, se producen fuera del proceso o con vistas a un proceso futuro, como el *pacto de foro prorrogando* o el *pacto de non petendo*.

De todos modos, los contratos procesales deben ser admitidos

con muchas limitaciones, considerándose inadmisibles en la doctrina contemporánea los llamados contratos sobre la prueba, tendentes a invertir o modificar la carga de ésta, y que han sido declarados nulos expresamente por el nuevo Código Civil italiano. No es válido tampoco el pacto de simular el proceso, ni el acuerdo para abreviar o actuar términos perentorios, existiendo, sin embargo, otros, que aunque muy limitadamente pueden considerarse válidos: suspensión del proceso, renuncia, siendo, sin embargo, interesante recordar, como todavía en España se habla de contrato y de *cuasi-contrato judicial*, en relación a la demanda y a la contestación, término que es forzoso rechazar, sobre todo en este aspecto, puesto que el Derecho Procesal moderno ha eliminado del proceso cualquier elemento contractual.

## VI

Se entiende por forma de los actos la disposición exterior que han de presentar para ser válidos.

Se trata de un problema de los de mayor importancia, y se ha hablado de los requisitos formales en general y otros específicos de determinados actos procesales. Lo que es evidente es que los actos procesales, por ser manifestaciones de actividad realizadas en forma procesal, suponen un conjunto de requisitos que la doctrina suele referir al modo de expresión de la actividad procesal, al lugar y al tiempo en que la actividad se desenvuelve, así como a la manera de comunicarlo a su destinatario.

Las formalidades de los actos procesales se han establecido como garantía de las partes, que tratan de tutelar su derecho, y que deben conocer con certeza, la ruta a seguir para obtener la protección jurídica, para lo cual han de tener la convicción de que en el proceso se mantendrá una posición de igualdad, y en la que aparecerán dentro de límites precisos los poderes del juez y los derechos de los justiciables. Este principio de la legalidad de las formas aparece vigente incluso en los códigos más modernos, que



suelen hacer concesiones a una libertad formal, en los casos en que la Ley no haya previsto para un acto concreto formas determinadas.

Todavía puede decirse que merece respeto aquella frase de *Ibering* de que la forma es la hermana gemela de la libertad, por entender que entre ambas existe una relación característica, demostrando la experiencia histórica, en su sentir, el paralelismo y la dependencia recíproca.

Se ha dicho que el período de la más alta exaltación de la libertad señala también el reino del mayor rigor formalista, que impide la degeneración de la libertad hacia el libertinaje, siendo garantía de disciplina y de orden. Ciertamente, temperar del mejor modo posible la necesidad de las formas, con la existencia de la pura *sustantiae veritatis*, como dijeron viejas leyes procesales, es un problema de política legislativa que todavía perdura, aun en sistemas nacidos bajo el signo de situaciones políticas contrarias al liberalismo, pues no hay que confundir la esencia formal, con la rutina y las trabas que se oponen a un rápido desenvolvimiento del proceso. Son cosa distinta la legalidad formal y el formalismo excesivo.

En relación con las formalidades de los actos procesales, la doctrina suele referirse al requisito de la escritura, a los problemas derivados de la preclusión, a la reglamentación fiscal, y a la documentación con la intervención de un fedatario.

Con referencia a la escritura y prescindiendo del diálogo que tanto preocupó a *Chiovenda*, con la oralidad, implica el modo de desenvolver el proceso como requisito de la existencia del acto, al contrario del proceso verbal, donde existe, sin embargo, la documentación. Las actividades procesales pueden exteriorizarse mediante dos medios: palabra y escrito. Acto oral y acto escrito.

En sentido general, la escritura es la formalidad normal, no solo porque la mayor parte de los actos alcanzan este carácter, sino porque, cuando menos, consagra declaraciones que pueden ser hechas oralmente. Los actos procesales deben ser consignados y desarrollados en la lengua castellana, con la intervención en su ca-

so de intérpretes, cuando se trate de personas que no conozcan nuestro idioma.

La publicidad es otra formalidad para garantía de las partes, y de los terceros, y actúa en un doble sentido, tanto para satisfacer el deseo de quienes quieren presenciar el acto, y en este sentido tiene una importancia más propiamente política, o en el aspecto de que los actos procesales pueden ser presenciados por las partes en causa. Esto es, publicidad entre las partes. En este aspecto afecta solamente a los sujetos que intervienen en el proceso, sus representantes y defensores.

Este principio de la publicidad sufre excepciones bien conocidas, tanto por razón de la materia o en aquellos supuestos que de un modo normal se cumplen sin la publicidad de terceros, y aún sin la presencia de las partes, como ocurre con la deliberación para pronunciar sentencia.

## VII

Por lo que a la preclusión se refiere, se la considera como pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, y en opinión de *Chiovenda* implica que por el cumplimiento u omisión de ciertos actos procesales se impida a la parte su realización.

Las causas de la preclusión, según este punto de vista, se refieren al hecho de no haber observado el orden previsto en la Ley, haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de una facultad, o por haberla ya ejercitado, que es lo que se califica de consumación procesal propiamente dicha.

La existencia de una causa preclusiva actúa *ope le gis*, más en ocasiones no es estimada de oficio, sino solo a instancia de parte. La preclusión, por lo demás, puede dar vida a una acción, la *actio iudicati*, que nace de la preclusión máxima: la cosa juzgada.

El principio de la preclusión se relaciona con el de eventualidad ya que impuesta una regulación, delimitación temporal, por las singulares actividades procesales, las partes deben hacer valer



sus pretensiones *in eventum*, para el caso de que una de ellas no fuera estimada, bajo el signo de serlo, en cambio, la preclusión.

La combinación de los dos principios encuentra aplicación más o menos extensa en los diversos sistemas procesales. Es una de las características del antiguo proceso civil germánico, que se dividía en varios períodos rígidos dentro de cuyos límites debía cumplirse la actividad con un orden inalterable.

También el Derecho Estatutario acoge este sistema y la tendencia de la doctrina, y de las legislaciones modernas, se manifiesta hacia una más amplia aplicación de la preclusión dentro del proceso.

La preclusión se actúa por el transcurso de ciertos términos calificados de judiciales o legales, según que sean establecidos por la Ley o por el Juez, y a los cuales aparece subordinada la decadencia de determinados derechos. Dentro de la preclusión tienen gran importancia los términos que han sido clasificados en iniciales y finales, designándose a los primeros con la denominación de *a quo*, o dilatorios, que son aquéllos que señalan el lapso de tiempo durante el cual una actividad procesal puede cumplirse. Se habla también de términos *ad quem* con referencia a los finales, como los que señalan el tiempo dentro del cual un acto es realizado.

Según sus efectos, la doctrina se refiere a los términos ordinatorios, conminatorios y perentorios, entendiéndose que en general son ordinatorios salvo que expresamente la Ley los declare perentorios. Por lo demás, los términos pueden sufrir modificaciones en su transcurso, ser interrumpidos y suspensos, prorrogados o abreviados. La claridad de estas expresiones releva de un comentario más extenso.

Al principio de la preclusión se contraponen el llamado de elasticidad, o sea, adaptación del procedimiento a las exigencias de la causa. En general, los sistemas procesales no tratan de aplicar en vía exclusiva un criterio u otro, sino de compensarlos en proporción distinta. Incluso Códigos modernos, como el italiano vigente, siguen esta línea contemporizadora.

## VIII

Los actos procesales, como manifestaciones de actividad realizadas por los sujetos del proceso, que en el mismo *tienen interés*, para alcanzar el fin propio de la concreta actuación, implican un elemento que es su causa, muy discutido, como es sabido, en la doctrina civilista y rara vez mencionado en relación a los actos procesales, incluso en Códigos modernos. No obstante, el Proyecto de Código Procesal Italiano, de *Carnelutti*, decía, que salvo que la Ley disponga lo contrario, en un acto del proceso la omisión o falsedad de la causa no originaba su nulidad.

Es digno de notar en primer término si por lo que se refiere a los actos procesales del Tribunal, puede hablarse de causa o si ésta asume un carácter subjetivo, por tratarse de actos que según la terminología carnelutiana pertenecen a la categoría de actos debidos, y porque la idoneidad para producir los efectos propios esté incorporada al acto mismo, en cuanto el Organismo público le da vida en forma legal.

También en relación a los actos de parte se discute si debe admitirse que la causa presenta relevancia jurídica. Cierto que en algunos, efectivamente, presenta esta característica, como en la demanda inicial del proceso, que supone un interés en el actor. También en la contestación, proposición de prueba, interposición de recursos, en los que el elemento del interés parece ineludible, e incluso ha sido previsto taxativamente en la Legislación vigente en Italia.

Comunmente, las consecuencias que se derivan de la falta de causa, o de los vicios causales, no pueden valorarse conforme a los principios que regulan los actos de Derecho material, pues supuesto el caso de una ausencia de interés en el demandante, si recayera sentencia en el proceso, no por eso esta resolución sería nula. Y lo mismo ocurre con los demás casos, una vez producida la resolución judicial.

Por lo que se refiere al motivo o fin remoto del acto, tiene to-



davía menor relieve jurídico en relación a los actos procesales. La motivación es particularmente relevante en el Derecho Penal y no carece de importancia en el Civil.

Por lo demás, la causa de los actos procesales puede faltar, citándose entre otros ejemplos de acto procesal sin causa la sentencia pronunciada en proceso ya juzgado, a la que faltaría la *causa judicandi*.

Por otra parte, refiriéndose a la ausencia y falsedad de la causa, se ha pensado por los procesalistas en el llamado típico proceso simulado, entendiéndose en general que la simulación carece de relieve en el campo de los actos procesales.

En España, el profesor *Guasp* se ha ocupado del problema en una reciente monografía, en la que establece las siguientes conclusiones:

Existen, dice, un requisito causal de los actos procesales, al que califica de motivo y constituye un requisito objetivo y no subjetivo, que no puede considerarse como de estricta actividad.

Divide la causa en específica y genérica. La primera es, según *Guasp*, el motivo legal expresamente determinado en la Ley para ciertos actos y la genérica el llamado interés jurídico, que ha de ser personal, objetivo y directo. Por lo demás, este autor entiende que el requisito causal debe en todo caso poder ser examinado de oficio por el Juez, sin necesidad de que las partes planteen, respecto a él, problema alguno.

Por último, al estudiar el problema de la causa de los actos procesales, algún autor, como *Carnelutti*, se ha referido a algunos de los vicios del consentimiento, como la violencia, porque elimina la voluntad o la causa del acto. Según esta opinión, la violencia, en los actos procesales, debe equipararse al dolo y en nuestro Derecho constituido, esta afirmación tiene un comprobante legal: la taxativa disposición que establece la nulidad de los actos procesales realizados bajo el signo de la violencia.

De todos modos creemos que la doctrina de la causa de los actos procesales precisa una elaboración y profunda que no se ha

alcanzado rigurosamente la aspiración de una valoración conceptual, que elimine las dudas que hoy se presentan en problema de tanta transcendencia dentro de la teoría general del acto jurídico.

## IX

El acto procesal en el que faltan todos o alguno de los requisitos que legalmente son ineludibles para su validez, se considera viciado y se distinguen en la doctrina los casos de inexistencia y nulidad.

La inexistencia supone un acto procesal en el cual falten los elementos que son indispensables a los fines de que pueda ser conocido externamente como tal acto del proceso, como por ejemplo la sentencia sin firma, que no puede pasar a la autoridad de cosa juzgada, ni impedir que el Juez vuelva a decidir.

Existen otros actos procesales que aún no siendo inexistentes pueden aparecer viciados. Estos vicios consisten en la falta de uno u otro de los elementos que hemos venido considerando a lo largo de nuestro trabajo y siempre que este defecto no de lugar a la inexistencia, pudiendo referirse:

- a)—A los sujetos en particular. Capacidad del Organó Jurisdiccional o de las partes. (Incompetencia y falta de legitimación).
- b)—A la voluntad de los sujetos.
- c)—Al contenido del acto.
- d)—A la forma del acto.

La consecuencia de los vicios de estos actos procesales se califica de nulidad y de anulabilidad. La nulidad absoluta se distingue de la inexistencia en que mientras ésta no precisa ser declarada judicialmente, la nulidad ha de serlo necesariamente. Y se distingue la nulidad de la anulabilidad, porque la primera puede ser apreciada de oficio por el Tribunal, en cualquier instancia o estado del asunto, en tanto que la anulabilidad, llamada también nulidad relativa, solo puede obtenerse a instancia de parte. Y solo de parte interesada que no haya renunciado.

La nulidad y anulabilidad, cuando se refieren al transcurso de términos perentorios, se califican de decadencia y ésta suele distinguirse de la inadmisibilidad porque no va referida a vicios del acto procesal, sino a la relación procesal en su totalidad, o, por lo menos, a una actividad de impulso procesal.

Otra consecuencia de los vicios de los actos procesales es la calificada de *reposición del acto procesal*, como consecuencia de la estimación de un recurso. Por lo demás, y esto es importante, los actos procesales viciados pueden ser convalidados o, simplemente, ser válidos, por no existir ya términos hábiles para obtener la declaración de nulidad, por el transcurso de los términos de interposición de los correspondientes recursos.

Los medios para hacer valer la nulidad son, naturalmente, las impugnaciones que, lógicamente, implican un procedimiento y un término para proponerlo, transcurrido el cual se produce, salvo en el caso de inexistencia, lo que se califica de convalidación, ya que en definitiva, y esto es fundamental, no hay que perder de vista que la sentencia firme viene a subsanar todos los vicios, con la excepción de los supuestos de rescisión de sentencia, y los casos de inexistencia, naturalmente muy poco frecuentes.

Por otra parte también el acto se convalida con la preclusión, la decadencia, la renuncia expresa o tácita, con el hecho de haber alcanzado los fines que el acto se propone, a pesar de la irregularidad, y, sobre todo, con el transcurso de los términos de impugnación.

Los supuestos de ilicitud en los actos procesales—advirtamos que este término no abarca generalmente en la doctrina todos los supuestos de nulidad—no tienen transcendencia para la validez del acto, si bien pueden dar lugar a algunas sanciones de carácter penal, a veces, y en otras ocasiones a la imposición de costas.

Salvo las consecuencias de referencia, los actos procesales ilícitos son perfectamente válidos. Las sanciones de diversa naturaleza, como hemos visto, ponen de relieve la ilicitud del acto, que implica violación de un deber procesal de la parte o del Tribunal.

Nótese, sin embargo, que en opinión de *Rosemberg*, no constituyen supuestos de ilicitud procesal aquellos que se dirigen en general a impedir o desviar la recta administración de la justicia, cuando no sean realizados por los sujetos del proceso.

## X

Se ha querido percibir una categoría especial de actos procesales de las partes en ciertas declaraciones de las mismas calificadas como negocios jurídicos procesales. Esta categoría de actos hubo un tiempo en que alcanzó una gran importancia y hasta llegó a decirse que implicaba la redención definitiva del Derecho Procesal. El punto neurálgico reside, para *Prieto Castro*, en armonizar el indudable poder dispositivo de las partes con el fin público del proceso.

Sabido es que una categoría de actos voluntarios, estudiados por el Derecho Privado, con repercusión después en el Público, está constituida por los negocios jurídicos; esto es, actos voluntarios cuyos efectos aparecen por imperativo legal conexos directamente a la voluntad de las partes. Este es el concepto comunmente aceptado, aunque no hayan faltado las discrepancias. La dificultad fundamental para admitir el negocio jurídico dentro del proceso, es la consideración de que los actos de parte llevan aparejada la consecuencia, de provocar un pronunciamiento del juez, y que si bien los sujetos del proceso, pueden determinar el objeto de la resolución, no pueden, en cambio, alcanzar su contenido en el sentido de vinculación a la voluntad de la declaración exteriorizada. La estimación o desestimación de la pretensión dependerá solo de la voluntad del juez o de la Ley, según el criterio que se sigue en orden a la naturaleza jurídica de la decisión judicial. Se admite, sin embargo, que algunos actos procesales alcanzan efectos vinculados directamente a la voluntad de las partes, sin intervención de un acto del juez. Por ello, un sector doctrinal admite los negocios jurídicos procesales de carácter unilateral, ya que los bilaterales



suelen considerarse como convenios, que constituyen solo el presupuesto de una decisión judicial.

Ya hace bastantes años que sostuvimos que se había generalizado excesivamente la noción de los negocios jurídicos procesales, opinión que mantenemos actualmente, expresando que no cabe excluirlos de un modo total del proceso. El hecho de que el juez haya de intervenir y que las consecuencias, por consiguiente, no aparezcan conexas a la voluntad de las partes de un modo absoluto, no puede servir de fundamento para una negativa en relación a la existencia de negocios jurídicos dentro del proceso, en aquellos casos en que la decisión judicial *necesariamente* haya de producirse, de acuerdo con la voluntad de las partes. La diferencia, pues, quizás pudiera estructurarse bajo la base de negar la existencia de negocios jurídicos dentro del proceso a aquellas declaraciones de voluntad cuya consecuencia o efecto dependen de la decisión jurisdiccional. Los casos en que, al contrario, el Tribunal tenga que acoger y estimar lo que las partes pretenden, pueden calificarse de negocios jurídicos procesales, siempre que se trate de auténticas declaraciones de voluntad y no de conocimiento, por el obligado acatamiento al principio de autonomía de la voluntad.

Por otra parte, puede objetarse a esta opinión, que el juez, a pesar de todo, puede no resolver de acuerdo con lo querido o deseado por las partes, aunque la Ley expresamente ordene otra cosa. Pero, naturalmente, aparte de que esto ha de ser siempre excepcional, es problema que se ha planteado también en la doctrina civilista en relación a las consecuencias legales, independientemente de las declaraciones de voluntad. Si se admite que el órgano jurisdiccional puede no resolver de acuerdo con lo querido o deseado por las partes, aun en los supuestos en que *necesariamente* ha de aceptar el contenido de la declaración de voluntad, entonces tienen razón los que piensan que en el proceso no cabe hablar de negocios jurídicos procesales, sino dentro del ámbito del Derecho subjetivo y no desde el plano de las declaraciones de voluntad, como ha expresado *Guasp*, siguiendo a *Carnelutti*.

Sin embargo, y habiéndose sostenido, que puede considerarse a la demanda judicial como negocio jurídico procesal, por constituir el ejercicio de un derecho subjetivo, si se siguiera este concepto cabría insinuar que tendrían el carácter de negocios todas las peticiones dirigidas al juez durante el proceso, o al menos, resignarse a reconocer que solo tendrían aquellas características las demandas fundadas.

Ahora bien: es preciso convenir que la demanda tiene la misma naturaleza jurídica, desde el punto de vista procesal, cuando es fundada que cuando no lo es.

Por lo que se refiere a los llamados negocios jurídicos bilaterales, en que tanto profundizó *Hellwig*, aunque sus conclusiones no siempre puedan aplicarse a nuestro Derecho vigente, cabe hablar de negocios jurídicos procesales en el caso de la composición amistosa, y por lo que se refiere a los conceptos contrato o cuasi contrato judicial, expresión poco afortunada por referirse a situaciones procesales que carecen de fundamento contractual, y en las que por no haber nada que pueda recordar a la *litis contestatio* del proceso romano, nos consideramos relevados a estas alturas de la evolución doctrinal del Derecho Procesal, de referirnos a las relaciones de las partes, con pretendido fundamento contractual dentro del proceso, pues deben reputarse como carentes de fundamento.

Aunque neguemos la existencia de convenios privados dirigidos a prefijar al procedimiento un curso determinado, al arbitrio de las partes, que es inconciliable con el espíritu de las modernas tendencias procesales, no se niega, en cambio, la posibilidad de reconocer en algunas situaciones una cierta libertad a las partes, conforme al principio dispositivo que todavía domina en nuestro Proceso. Por ello, siendo los actos procesales generalmente expresión de la voluntad de las partes, es lógico que se haya pensado en la existencia de negocios jurídicos dentro del Proceso, en contraposición con las simples declaraciones de conocimiento. Téngase en cuenta sin embargo que mientras los actos de voluntad consisten en manifestaciones que no ejercen una absoluta e inmediata efica-

cia sobre la decisión, los negocios procesales son considerados como verdaderas y propias declaraciones dispositivas, en cuanto ejercen una directa influencia sobre la voluntad judicial. Pero con esto, naturalmente, no queda aclarado el difícil problema de la naturaleza jurídica de tales declaraciones, y la reglamentación de las mismas en relación con su naturaleza civilista. Y de aquí las dudas y vacilaciones doctrinales, que se explican perfectamente.

Piénsese que en los días en que *Costa* publicaba su conocida Monografía, calificaba el asunto de «singularmente árduo y grave» y la duda incluso alcanzaba a la propia definición del negocio jurídico, por la incertidumbre del concepto en la doctrina civilista. Y si ha sido depurada la tendencia formalista, con su visión descriptiva, fragmentaria y superficial de los singulares actos procesales, ha sido ciertamente al precio de separarse de conceptos que, elaborados por el Derecho Privado, no siempre pueden ser transplantados, sin modificaciones de transcendencia, al Derecho Procesal.

Es esta otra prueba más de la sustantividad e independencia de una disciplina que liberada de su pasado ritual ha alcanzado moderadamente una importancia y transcendencia tales que, partiendo de ella, ha podido pensarse en estructurar nada menos que la *Teoría general del Derecho*.

A pesar de todo, sin embargo, no puede decirse con justeza, que se haya alcanzado la meta en lo que se refiere a la evolución científica del Derecho Procesal y, como consecuencia, en el Legislativo, pues sabido es que por asemejarse a un ideal es prácticamente inalcanzable, tanto en esta rama jurídica como en cualquier otra disciplina del Derecho.

Conciliar lo inconciliable, ha podido decir un día *Carnelutti* que era propio del eterno drama del Derecho. Y por otra parte, con razón ha podido asegurarse que si la fuerza de la Matemática es la de no ser una opinión, la del Derecho, al contrario, es precisamente esta su característica. Creer otra cosa es, o no haber profundizado suficientemente el estudio de los problemas o haberse enca-

riñado excesivamente con la propia labor, para considerarla insuperable. Y precisamente en la realización del Derecho, que es vida, se dan cita las más numerosas y variadas opiniones: la opinión del demandante y la del demandado, la del juez y la de muchos jueces. La última opinión ha declarado el Derecho. Y después... la opinión del jurista y las centenares de opiniones de otros cultivadores del Derecho.

Una de estas opiniones es la verdadera. ¿Cuál? He ahí el problema.

En esto tiene razón *Satta*, como tienen razón todos los maestros del Derecho, que han prodigado la tolerancia. Solo los incapaces de percibir en su inmensidad, el horizonte infinito de las opiniones humanas, no podrán comprender jamás la sonrisa bondadosa y tolerante de aquel gran maestro español, de recuerdo inolvidable, en nuestra Universidad ovetense, que se llamaba don Manuel Miguel de las Traviesas, que ante el mayor disparate de un alumno solía contestar..... «Se trata de una opinión».

Confiado en aquella comprensión es por lo que he podido yo atreverme a dedicar a su memoria este modestísimo trabajo...

**TRABAJO DE SEMINARIO  
DE LA CATEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

# NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION DEL FUNCIONARIO PUBLICO CON EL ESTADO

NOTAS PARA SU ESTUDIO

POR EL ALUMNO

VICENTE DE LA VALLINA VELARDE

## INTRODUCCION

*Estado de la cuestión.*—En el estudio de la parte general del Derecho Administrativo, bajo el epígrafe general relativo a los funcionarios públicos, se plantea el problema de saber cual es la naturaleza jurídica de la relación entre el empleado o funcionario y la Administración a quien sirve.

Mucho se ha discutido entre los autores sobre la esencia y *nomen juris* de la relación de empleo. La exposición de las diversas teorías formuladas e investigación de la naturaleza de la relación de empleo, es una materia «ciertamente interesante y elegante desde un punto de vista científico», como ha dicho el Prof. Modestino Petrozziello, lo que explica el por qué de tantas opiniones encontradas así como el sin número de autores que han tomado parte en la discusión; por el contrario, su interés práctico no es tan

grande. A este propósito, el citado autor observa, que si por una parte la adopción de una teoría sobre las demás puede tener en principio influencia concreta en una legislación positiva, ya que de las premisas teóricas se deducen necesariamente prácticas consecuencias, respectos a la postura de la Administración pública con sus funcionarios, existe, de hecho, en las legislaciones positiva de los distintos países, un conjunto de disposiciones que regulan esta relación, formando un todo sistemático, de tal forma, que es la norma positiva y no la concepción abstracta lo que encuentra aplicación. No obstante, es indudable, que siempre se ha dejado sentir en el campo del Derecho Administrativo una influencia, en ocasiones decisiva, de la doctrina desarrollada por los científicos y doctrinarios sobre la legislación, de manera, que ordinariamente va primero la regulación técnico-doctrinal que más tarde ha de encontrar concreción en el Derecho positivo.

De todas formas, desde el plano doctrinal en que desarrollaremos la cuestión, sin referirnos a la solución del problema en las legislaciones de los distintos Estados, no hay que desconocer las dificultades que entraña el tema. El Profesor Orlando señala esta dificultad, poniendo de manifiesto al mismo tiempo que el problema, no es precisamente de los más capitales en la ciencia del Derecho Administrativo (1).

No han de extrañarnos estas dificultades que entrañan el estudio de ciertas figuras del Derecho Administrativo, cuando dentro del Derecho privado, rama jurídica mucho más elaborada y estable encontramos con frecuencia, expresiones como esta: «la teoría de X, es una de las más confusas del Derecho civil. Los Códigos y aún los autores han usado con gran imprecisión los términos...» Hay que señalar, sin embargo, en el problema que estudiamos, que hoy en día, se va esclareciendo mucho la cuestión, con el establecimiento de distinciones fundamentales que suscriben

---

(1) Orlando, en la recensión al trabajo del Prof. Petrozziello, sobre «La naturaleza jurídica de la relación de empleo», en Riv. di Dir. Pub. I. 1935, final.

a generalidad de los autores en todos los países tal es por ejemplo la afirmación de que se trata de una figura exclusivamente de Derecho público, etc.

Se reducirán estas líneas a una sumaria exposición del problema, pues es mucho lo que se ha escrito sobre el particular y un detenido estudio, desmenuzando todas las tesis y argumentos nos llevaría muy lejos. Intentaremos, describir, del modo más exacto y sistemático posible las distintas teorías que en un orden cronológico han aparecido, tratando de explicar convenientemente la naturaleza jurídica de la relación entre el funcionario y la Administración pública, para concluir con el estudio de las actuales tendencias dominantes entre los autores.

Finalmente, insertamos a modo de apéndice, un cuadro sistemático del desarrollo doctrinal de este problema.

*Sobre el concepto de funcionario.*—Es indudable, que la relación del funcionario público con la Administración, aún cuando se negase su naturaleza contractual, es en definitiva una relación jurídica de Derecho público.

En un Estado de derecho, Estado justicia, éste se somete a sus mismas normas, y como la relación jurídica de empleo supone un conjunto de derechos y deberes, el funcionario puede perfectamente hacer exigibles aquéllos. A este propósito, el Prof. Alessio, uno de los sostenedores de la tesis del acto unilateral para explicar esa relación, estudia la posibilidad de parte del funcionario de exigir frente al Estado, los derechos que le asisten (1).

Como fácilmente se observa, la relación de empleo, es en primer término una relación jurídica que crea mutuos derechos y obligaciones; entremos a examinar con detenimiento el problema para concluir calificando con la mayor exactitud posible la naturaleza de tan repetida relación existente entre la Administración y sus funcionarios.

---

(1) Istit. di Dir. Amm. I, págs. 219 y sigts.; 418, 459 y sigts. cit. por Petrozziello.



Fijemos, ante todo, el concepto de funcionario o empleado público; prescindimos, del análisis de las cuestiones relativas a la naturaleza de la función pública, sujeto de la relación de empleo, constitución de la misma, deberes y responsabilidades, derechos e intereses, contenido patrimonial de la relación, su modificación y extinción, etc., etc., que constituyen otros tantos capítulos de esta parte del Derecho Administrativo que se estudia bajo el epígrafe general de Funcionarios Públicos, ya que rebasa los límites impuestos a este trabajo, que se centra en una cuestión muy concreta del estudio genérico del funcionario público.

Son múltiples los modos por los cuales las personas físicas pueden desarrollar su actividad en interés de la Administración pública; únicamente nos fijaremos en los que interesan al fin de nuestro estudio, o sea, el funcionario público propiamente dicho, que entra a formar parte del servicio público de manera voluntaria; servicio público voluntario que puede definirse con W. Jellinek (1) como «aquella relación de Derecho público que se constituye entre el individuo y el Estado u otros entes públicos como dueños del servicio, en fuerza de cuya relación el individuo voluntariamente se obliga con el dueño del servicio para la gestión de los negocios de éste, por fidelidad y obediencia».

El Prof. Orlando, considera como empleado, «al que tiene la obligación de prestar una obra al Estado mediante una retribución con cargo al presupuesto, haciendo del servicio su profesión, dedicando a ella permanentemente su actividad física, e intelectual para obtener los medios de subsistencia económica». Se encamina, como puede verse, el concepto de funcionario, a excluir del mismo a muchos funcionarios públicos. A través de estas líneas, aludiremos siempre al funcionario propiamente dicho; porque ha de tenerse en cuenta que aún dentro del mismo servicio público voluntario, se distingue al servicio honorario del profesional. La di-

---

(1) Verwaltungsrecht, seg. edic. pág. 342.

ferencia entre ambos, al decir del Profesor Petrozziello (1) «es obvia y manifiesta». Fundamentalmente «la presencia o falta de retribución económica es ciertamente la diferencia más decisiva, pero no la única». Como elementos específicos del servicio profesional señala: a) la relación de empleo tiene un carácter continuado, es decir no se admiten intermitencias o interrupciones.

b) Es duradera y permanente.

c) Tiene un carácter exclusivo.

d) Entre las ventajas que la Administración pública concede a sus funcionarios está principalmente el estipendio o retribución.

Este servicio profesional, constituido por el cuerpo de funcionarios públicos propiamente dichos, en el que concurren las características de ser *continuado*, *permanente*, *exclusivo* y *remunerado*, constituye para el individuo su profesión y puede conceptuarse siguiendo el Prof. Petrozziello (Pág. XXV de su obra: *Il rapporto di pubblico impiego*) como: «aquella relación jurídica por la cual, el individuo voluntariamente y en una situación de especial sumisión respecto a un ente público, dedica profesionalmente al servicio su propia actividad».

Esta distinción entre funcionarios honorarios y profesionales es general entre los autores. (V. Cino Vitta, en *Nuevo Digesto italiano*, pág. 791 y sigts. vol. VI).

A propósito de las características esenciales que corresponden a los funcionarios públicos propiamente dichos, discuten los tratadistas sobre cuales son estos elementos comunes.

Carboni, por citar alguno, (2) afirma que el carácter de la burocracia no es tanto la profesionalidad y la retribución, cuanto la continuidad en el servicio.

Santi Romano (3) califica la prestación del funcionario como: permanente, remunerada y profesional. Este último término en

---

(1) Ob. cit. pág. XI.

(2) *Lo stato giuridico degli impiegati*.

(3) *Princ. di Dir. Amm. Ital.* pág. 90, tercera edición.

realidad, observa Petrozziello, pudiera comprender a los demás.

Por otra parte, el Prof. Cino Vitta, distingue dos notas características: su carácter permanente y la posibilidad de mejora durante el transcurso del tiempo, lo que supone un aumento de retribución y puestos de mayor importancia. No son características propias del empleo público para este autor la continuidad que también se encuentra en el servicio a título honorario, ni tampoco la exclusividad, pues caben ocupaciones accesorias que no sean incompatibles con el decoro de la profesión.

Surge, en último término, el fenómeno que con un extraño vocablo medio francés, medio griego, se ha llamado de la burocracia, usado frecuentemente en un sentido peyorativo.

Después de estas consideraciones generales, entramos en el fondo del asunto.

*Teorías formuladas.*—Examinado el concepto de funcionario público, pasemos a indicar la evolución histórica-doctrinal del problema.

Entre los variados trabajos que se refieren al tema, es digno de mención el del Prof. Modestino Petrozziello: *Il rapporto di pubblico impiego*, en *Primo Trattato di Diritto Amministrativo italiano*, de V. E. Orlando, en el que se ocupa de la naturaleza jurídica de la relación de empleo a través del capítulo II, págs. LXV y sigts. En el capítulo siguiente estudia el problema en la legislación positiva italiana.

Este autor desarrolla la cuestión, en los siguientes epígrafes que transcribo pues lo creo de interés para ilustración y comprensión de las múltiples tendencias doctrinales.

1.—Premisas: a) Teoría civilística, en sus variadas manifestaciones; b) la teoría política; c) la teoría mixta.

2.—Las teorías actualmente dominantes: a) Del acto unilateral; b) el contrato de Derecho público y c) la Teoría del acto bilateral (por la que se inclina).

3.—Observaciones concluyentes.

El Prof. Orlando, analiza en tono encomiástico, con su indiscu-

tible autoridad la labor del Prof. Petrozziello, en un trabajo que publica en la «Rivista di Diritto Pubblico», 1935, al que se ha hecho ya referencia al principio de estas cuartillas.

Como se observará a lo largo de este modesto trabajo, la posición del Prof. Pretrozziello, que resuelve la cuestión creando una nueva figura jurídica: el acto bilateral, no es admitida en general por los autores, concretamente, la critica el Prof. Cino Vitta.

Haciendo un poco de historia, vemos que dependiendo del lugar y las épocas se han dado diversidad de soluciones al problema que nos ocupa. Por una parte, existe una serie de teorías, o posiciones, hoy totalmente superadas que tienen únicamente un valor histórico; de otra, existen varias tendencias dominantes, que pueden reducirse esquemáticamente a tres: La teoría de la unilateralidad condicionada, la teoría de la contractualidad de Derecho público y finalmente la del acto bilateral; esta última, tiene su origen en Alemania—formulada por Walter Jellinek—y la recoge el Prof. Petrozziello, considerando como solución ecuánime al problema y que responde a la realidad legislativa, por lo menos del Estado italiano. Sin embargo, con gran prudencia, este autor, no deja de afirmar, que una posición absoluta y tajante sería inexacta, por lo que cree que según los casos concretos será de aplicar una de las tres teorías, y aún así no se dan siempre con plena autonomía, encontrándose en ocasiones entremezcladas.

Examinemos unas y otras teorías. W. Jellinek, traza la evolución jurídica de la relación de empleo en las siguientes palabras, que recoge Petrozziello: (1)

«El servicio público profesional tiene un importante aspecto sociológico y una historia... También la evolución en la concepción jurídica de la naturaleza del servicio público profesional es del mismo modo instructiva: del contrato de Derecho privado,

---

(1) Sigue en esta cuestión, al jurista alemán W. Jellinek, a quien cita profusamente en el trabajo mencionado sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo.

pasando a través del deber de sujeción obligada (1), se añade el contrato de Derecho público y después el acto administrativo unilateral y el acto administrativo bilateral como elementos esenciales de la relación». (W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, pág. 255).

Es decir, cronológicamente aparece primero la solución privatística; el profesor García Oviedo, escribe: «los autores clásicos del Derecho administrativo, o no aluden a este problema como sino existiera, o si lo anuncian es a la ligera para darle una solución de Derecho civil». (2)

Se afirma que la relación jurídica entre el funcionario y el Estado, es meramente de derecho privado. Esta teoría que ha estado muy difundida, tiene su indiscutible valor histórico y presentó un doble aspecto: de un lado, la concepción que estimaba al empleo como un derecho real (dentro de la cual hay una serie de matices que van desde el precario al Derecho de propiedad) y por otra, la que veía en la relación de empleo una obligación personal, presentándose a su vez bajo una doble corriente: la teoría del mandato y la de la locación de obras y servicios que encontró mayor número de seguidores.

Esta posición exclusivamente civilística, se ve superada más tarde, a partir sobre todo de principios de siglo, cuando se da una importancia creciente a estos problemas, formulándose la teoría de la unilateralidad o política, mejor, para no confundirla con la tesis de los tratadistas franceses de la que nos ocuparemos enseguida; siguieron esta corriente Gerber, Gönner, etc., según la cual, todos los derechos estaban de parte del Estado, correspondiendo únicamente al funcionario o empleado los deberes. Es por contraste a la teoría civilística, genéricamente considerada, cuando se formula con «una más clara precisión jurídica», en frase del Profesor Petrozziello, esta doctrina.

Podemos condensarla en los siguientes postulados:

---

(1) Equivalente a la concepción que denominamos «teoría política».

(2) «Hacia la emancipación del Derecho administrativo», pág. 177.

1.—La relación de empleo está dentro del campo del Derecho público.

2.—No tiene nada de contractual, ni en su origen, ni en su ulterior desarrollo, es una relación, regulada por la ley, o sea por la voluntad del Estado.

3.—El consentimiento que presta el individuo, no es sino el reconocimiento del deber de obedecer a lo dispuesto por el Estado.

Esta teoría «política», desarrollada principalmente por los juristas alemanes, al igual que la anterior corriente que daba una solución privatística al problema, es propia de un Estado gendarme, de un régimen de policía.

También, observan los autores, en una sistematización minuciosa de esta evolución doctrinal que recogemos, que entre las teorías civilísticas y la posición de Gönner, etc., que ven solamente una relación de tipo unilateral en grado extremo, existen matizaciones intermedias, constituídas por lo que se pudiera denominar «teoría mixta». Esta teoría, encuentra en la relación de empleo elementos de derecho público y de derecho privado; se ha denominado esta figura, contrato innominado o *sui generis*, en el que junto con el contrato civil, se encontrarían elementos de carácter público, los cuales tendrían a su vez origen en un acto unilateral o en un contrato de derecho público. Desemboca esta posición intermedia, en las teorías que denominaremos contractualista de Derecho público y unilateral o reglamentaria. En éstas, se desenvuelve la relación en el campo del Derecho público, aquella supone una mixtificación de elementos de Derecho público y privado, dando origen a una figura compleja o mixta, con la que no están de acuerdo los autores como más adelante se referirá con más detalle.

Un posterior y final estadio, viene determinado por las teorías, que dentro del Derecho público, estiman que o bien la situación jurídica en la que se encuentra el funcionario es creada por las leyes orgánicas de la función pública, y en este sentido la situación es legal, reglamentaria o estatutaria, para el Prof. Petrozziello a

quien seguimos sería la teoría del «acto unilateral condicionado», o se trata más bien de una relación contractual de Derecho público y por último, la que se considera la relación de empleo como originada por un acto bilateral que no hay que confundir con el contrato de Derecho público, ya que éste implica el mayor grado de bilateralidad posible.

Es en definitiva, y a grandes trazos, los distintos escalones por los que ha pasado la solución doctrinal del problema referente a la relación de empleo.

Para una mayor y más rápida inteligencia del mismo, al final de este trabajo hacemos una recopilación de todas las teorías sustentadas en forma de cuadro sinóptico.

Por lo que se refiere a la tesis del contrato de Derecho público, es aceptada por autores como Rafael Bielsa (1), Borsi (2), Laband (3), Alvarez Gendín (4), Forti (5), Pacinotti (6), Ragi (7), Ferraris (8), Orlando (9), G. Jellinek (10), y supone la creación y admisión de la figura del contrato de Derecho público, como figura autónoma, plenamente desligada de toda idea privatística, sin llegar a identificarle con el contrato de Derecho privado como hacían los autores de finales de siglo Posada (11), Santa María de Paredes (12),

---

(1) Bielsa. Algunas ideas directrices sobre el estudio de nuestro derecho administrativo, Buenos Aires, 1926, págs. 13 y 14. Cit. por Royo Villanova en su Derecho Administrativo.

(2) Borsi: La contrattualità del rapporto di impiego pubblico nella piu recente legislazione, en Riv. di Diritto Pubblico, enero, 1926.

(3) Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 5 edic. t. I, págs. 446 y siguientes.

(4) Alvarez Gendín: Los contratos públicos. Locación de servicios o funciones públicas, págs. 162-172.

(5) Forti: en Giur, italiana, 1900, IV, 404 y en Dir. Amm. 2 edic. vol. II, p. 74.

(6) Pacinotti: en Archivio Giuridico, 1903, 185.

(7) Ragi: en Riv. di Diritto Pubblico, 1917, pág. 136.

(8) Ferraris: Dir. Amm. vol. I, pág. 252 y vol. II, pág. 203.

(9) Orlando: en Riv. di Dir. Pubb., 1935, I, pág. 623.

(10) G. Jellinek: System der sub. off. Rechten, seg. edic. pág. 203.

(11) Posada: Tratado de Derecho administrativo, 1916, págs. 264-65.

(12) Santa María de Paredes: Curso de derecho administrativo, 1911, página 725 y siguientes.

Mellado (1) y Delgado y Arrieta (2), ni tampoco considerándole como un caso especial del contrato civil, de su misma naturaleza, como Royo Villanova (3), Alcalá Zamora (4), etc., sino partiendo del supuesto de que en la contratación administrativa existen elementos contractuales que tienen un cierto parentesco con el Derecho privado, pero también elementos de un claro carácter público, surgiendo un contrato que debe de ser analizado a la luz de los principios del Derecho público y que viene determinado por el fin público a que se encamina, por lo que una de las partes se encuentra situada en un plano de superioridad. Presuponiendo en este sentido, la existencia del contrato de Derecho público, que no es idéntico al contrato administrativo que estudian los autores franceses, lógicamente y desde un punto de vista doctrinal, teórico, abstracto, puede concluirse que la relación de empleo es contractual de Derecho público.

Esta figura contractual de Derecho público para explicar la naturaleza jurídica de la relación de empleo se recoge expresamente en disposiciones concretas de algunos estados, en Francia e Italia por ejemplo.

A este respecto, escribe Bielsa: «Yo he sostenido y sostengo, que es un contrato de Derecho público. La función existe, salvo excepciones que confirman la regla, desde el momento que el funcionario acepta el cargo. Es por lo demás un contrato comutativo lo cual se advierte por la naturaleza originaria del vínculo y el carácter de las prestaciones» (5).

---

(1) Mellado: Tratado elemento de derecho administrativo, 1894, páginas 945 y siguientes.

(2) Delgado y Arrieta: Contratos administrativos, 1899, pág. 4 y sigts.

(3) Royo Villanova: Elementos de Derecho administrativo, pág. 647 dice: «Ciertamente existen entre los contratos civiles y los administrativos, grandes analogías. Unos y otros tienen su origen en un concierto de voluntades; sin tal acuerdo, no nace el contrato. En este sentido puede decirse que el contrato es una institución común al Derecho privado y al Derecho público».

(4) Alcalá Zamora: La concesión como contrato y como derecho real; se expresa en parecidos términos.

(5) Bielsa: Algunas ideas directrices... pág. 13.



Por el contrario, los autores encuadrados en el campo de la doctrina reglamentaria, legal, o del acto unilateral, pueden emplearse indistintamente estas denominaciones, argumentan: En la hipótesis del funcionario propiamente dicho, aquél que hace de su empleo, su modo de vida, «no hay contrato administrativo, porque no hay contrato totalmente» (1). El contrato supone tres condiciones esenciales: Primero, acuerdo bilateral de voluntad; segundo, creación de una situación jurídica y finalmente, creación de una situación judicial individual, y en el nombramiento del funcionario público faltan las dos últimas condiciones, la relación deriva de una situación unilateral, de origen, reglamentario, legal o estatutario.

Estos autores, niegan abiertamente como veremos con más detalle, la tesis contractual, «tan falsa, afirma Hauriou, como la tesis del contrato social para la situación del individuo en el Estado» (2) «no hay, agrega, en la operación de reclutamiento de los funcionarios, los elementos de fondo, ni los elementos de forma de un contrato» (3).

---

(1) Jèze, en su obra: *Los contratos administrativos*, pág. 181, estima que el lazo que une al funcionario con la administración no es contractual; el acto de nombramiento, no es un contrato.

(2) Hauriou: *Précis de Droit. Adm.* 12 edic. 1933, pág. 737 y sigts.

(3) En favor de la teoría del acto unilateral, entre otros, está Ranelletti: *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrativa*, en *Giur. ital.* 1934, IV, 45,

Cameo: *Comment, della giustizia amministrativa*, pág. 79.

Zanobini: *L'esercizio privato della pubbliche funzioni*, en *Orlando*, vol. II, parte tercera, pág. 405.

S. Romano: *Corso di diritto amministrativo*, pág. 184, Padova 1930.

D'Alessio: *Istituzioni*, vol. I, pág. 220.

C. Vitta: *Dir. Amm. seg. edic.* vol. I, pág. 343.

Meyer-Anschutz: *Lehrbuch*, pág. 498 y sigts.

Meyer: *Droit adm.* vol. IV, pág. 43.

Fleiner: *Institutiones des Verwaltungsrechts*, pág. 199.

Duguit: *Traité*, vol. IV, pág. 41.

Hauriou: *Précis*, pág. 736.

Jèze: *Principes de droit adm.* vol. I, pág. 25.

Por otra parte, la teoría del acto bilateral que sostiene W. Jelinek, puede venir formulada en los siguientes términos:

Este acto, acto administrativo bilateral, lleva consigo para su validez, la coparticipación del individuo, que voluntariamente consiente en dar su trabajo de manera permanente a la Administración mediante una remuneración pecuniaria. Este acto, sería nulo si faltase tal participación individual.

Esta posición, es en último término, una solución intermedia de las otras dos anteriores. Ella dá al decir del Prof. Petrozziello «el justo relieve en la constitución de la relación a la voluntad individual, no reduciéndola a un simple presupuesto o condición para la práctica eficacia del acto emanado unilateralmente de la Administración pública».

En párrafos siguientes, sienta la tesis este autor de que el contrato *«supone la perfecta equivalencia jurídica de los dos sujetos en la constitución y desenvolvimiento de la relación»*, no siendo lícito sostener la existencia de un contrato por la coincidencia de dos consentimientos.

El acto bilateral, en un análisis minucioso, podría descomponerse en otros dos; de un lado el acto unilateral de la administración que designa a un individuo; por otro, el acto unilateral del individuo que acepta.

En este sentido, se expresan algunos autores como Santi Romano y Cino Vitta (1), pero no absolutamente. A título de información, puede recogerse la posición de otros autores que han tratado de explicar la naturaleza jurídica de esta relación, aplicando la teoría de los contratos o actos de adhesión. Y decimos contratos o actos, porque autores como Jèze, De Valles y Fernández de

---

(1) El primero en *Princ. di Dir. Amm. ital.* pág. 57; Vitta, en «*Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*», pág. 88 y sigts. Estos autores, citados por el Profesor Petrozziello, no se inclinan, especialmente el segundo, por estas tesis de una manera abierta y decidida; así puede comprobarse en el trabajo publicado en el Nuevo Digesto italiano, «*Impiegati pubblico*» por el Prof. C. Vitta, que citamos a lo largo de estas cuartillas.

Velasco, niegan su carácter contractual, que por el contrario, admiten los civilistas Colin y Capitant (*Droit Civil*, pág. 252, t. II, segunda edic. 1920).

Se caracterizan estos actos de adhesión porque una de las partes fija la norma, las cláusulas o reglamento de la situación jurídica que se pretende crear y la otra la acepta por adhesión, es decir mostrando su voluntad de hacer aquello que se dispone unilateralmente en la norma. (1)

De Valles, explica el fenómeno de la siguiente manera: «El tipo más calificado de acto complejo, según el cual se da la propia voluntad con el fin de alcanzar un efecto idéntico para todos, pero mediante un sistema de adhesión, en el cual por lo tanto a diferencia del contrato, no hay contraprestación de voluntades...» (Página 3, nota 13, de su obra).

El Prof. Fernández de Velasco, en los *Contratos Administrativos* (pág. 48), dice: «Es el caso del nombramiento de funcionario público; la voluntad interviene como factor esencial en el acto, y sin embargo no hay contrato». Es según parece, al sentir de este tratadista, el nombramiento de los funcionarios un acto de adhesión.

Creo, de no gran interés insistir cerca de este supuesto para explicar la naturaleza jurídica de la relación de empleo, sobre el cual no suelen detenerse los autores.

Así las cosas, inmediatamente surge la pregunta: Cuál de estas posiciones es más convincente; ¿qué construcción presenta un desarrollo más lógico y consecuente?

Como en tantas otras cuestiones debatidas en el campo del Derecho público, una afirmación absoluta, sería temeraria; nos encontramos ante una figura jurídica en la que aparecen una dualidad de elementos: uno de carácter reglamentario, que fija la Administración unilateralmente, otro determinado por el libre y vo-

---

(1) V. Desseux: «Les contrats d' adhesion», en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1910, p. 503 y sigts

luntario concurso del particular, dualidad de elementos que existen en otras relaciones bilaterales entre la Administración y los particulares que con ella convienen. En este sentido, el Prof. Alvarez Gendín, (1) refiriéndose precisamente al estudio que sobre la concesión hace el señor García Oviedo, en el trabajo citado (Hacia la emancipación del Derecho Administrativo), concluye: «De aquí que genéricamente denominemos a esas relaciones jurídicas bilaterales, incluida la concesión, contratos de Derecho público». Claro está, que no hay que desconocer que, se han formulado numerosas objeciones contra la tesis contractual; se ha dicho, que la función pública está fuera del comercio; que no existe verdaderamente un documento formal; que las condiciones de empleo son fijadas unilateralmente; que la relación de empleo origina una situación permanente, no pasajera y efímera, etc. Estos argumentos en sentir de los autores no son lo suficientemente serios para dar contraste a la teoría contractual, y provienen en su mayor parte, de la visión privatística, de la relación de empleo. Desde luego, entre un contrato de Derecho civil, y la relación que surge entre el funcionario y el Estado, existen hondas diferencias; pero conviene tener en cuenta, al estudiar la tesis contractualista, que ésta al intentar explicar la relación de empleo, lo hace siempre, dentro del campo del Derecho público, refiriéndose a una especial construcción del contrato, o contratos de Derecho público; incluso, pudiera suprimirse la denominación de contrato, para borrar toda huella civilística que origine confusionismos, y aludir sencillamente a una «relación de Derecho público», que precisamente por su analogía con la teoría general de los contratos, se denomina comúnmente por los autores «contrato de Derecho público».

El Prof. García Oviedo, (2) afirma, que la tesis del contrato público, aplicado a la relación de empleo, se desvanece—a su parecer—por estas tres circunstancias: 1.—Por la fijación unilateral de

---

(1) Pág. 426, nota, de la obra citada.

(2) Hacia la emancipación del Derecho Administrativo, pág. 182.

las condiciones de empleo. 2.—Por el carácter jurídico del acto de nombramiento, y en tercer lugar, por la permanencia del cargo.

Con un mayor detalle y precisión, recogeremos, las principales objeciones opuestas a la tesis contractualista y su relativa efectividad.

Antes de entrar en el estudio concreto de estas principales tendencias, creo de singular importancia destacar el progresivo desarrollo técnico-administrativo, que nos ayudará a esclarecer cuestión como la presente ciertamente de no fácil solución. Sabemos, que en un principio, lo que se denominaba Derecho Administrativo, «no era sino un conjunto de reglas prietamente apoyadas en la corriente de la tradición, sin originalidad ni virtualidad propia» (García Oviedo, en el estudio citado, pág. 171). En definitiva, esta rama del Derecho no contaba con una técnica jurídica propia. Fue adquiriendo importancia paulatinamente a medida que, con la introducción del método jurídico en nuestro estudio, se fueron considerando las instituciones, las figuras jurídicas de esta ciencia, como objeto de una investigación particular. Este proceso, que al sentir del señor García Oviedo, inicia Laband en su obra «El derecho público del imperio alemán» y que continúa Otto Mayer dentro ya del campo del Derecho Administrativo, lleva consigo que se desliguen instituciones que antes se venían estudiando con un criterio exclusivamente privatístico, y de esta manera, poco a poco, fué construyéndose la ciencia del Derecho Administrativo, con una creciente autonomía y rigor científico.

El Prof. Alvarez Gendín, con referencia a esta visión privatística de los problemas del Derecho Administrativo, escriben en su obra «Los contratos públicos» (pág. 17): «La naturaleza del contrato administrativo es una de las cuestiones más debatidas en la moderna doctrina; pero creemos que no tardará mucho tiempo en que las divergencias vayan desapareciendo a medida que las ideas del Derecho privado que influyen en los negocios y en los actos jurídicos en orden a la Administración, vayan esfumándose hasta

perderse con la renovación de juristas que viven distanciados cada día más de la promulgación del Código de Napoleón».

Como puede fácilmente verse, a través de toda esta sencilla exposición, el problema que planteamos sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo, no se estudia desde un punto de vista netamente publicístico, prescindiendo de todo criterio de derecho privado. Partiendo de la construcción jurídica del contrato público—como una figura sustantiva, de Derecho público, en la que la Administración por razón del fin público se mueve en un plano de superioridad, de lo que se derivan importantes consecuencias prácticas—puede aceptarse la tesis contractual para explicar dicha relación de empleo.

Dentro de este cuadro general orientador y guía en medio de opiniones tan encontradas, por lo que respecta a la doctrina en nuestra Patria puede concluirse que los autores más conocidos, señores Gascón y Marín, Fernández de Velasco, García Oviedo, etcétera, siguen unánimemente la doctrina reglamentaria o legal.

El Prof. Royo Villanova, estima que la relación entre el funcionario y el Estado es de Derecho público, por lo que rechaza con la generalidad de los autores toda referencia al Derecho civil. Y al no admitir el contrato de Derecho público, niega por tanto el carácter contractual de la relación de empleo, pues la idea de contrato lleva consigo un matiz privado, y hace consistir en definitiva la repetida relación en una figura de Derecho público que no llega a calificar.

El Sr. Gascón y Marín por último, en su «Derecho administrativo», al referirse a las distintas posiciones doctrinales parece incluir al Sr. Fernández de Velasco como partidario de una doctrina intermedia entre la tesis reglamentaria y la contractual, posición ecléctica que no se observa con claridad en el referido autor, quien quizás más bien se inclina a la tesis estatutaria, legal, etc.

## ESPECIAL ANALISIS DE LAS PRINCIPALES DOCTRINAS

*Teorías civilísticas.*—Parten los autores dentro de esta corriente, en su mayoría, de que el nombramiento del funcionario se constituye por un contrato; con esta base, la doctrina se escinde al sentir del Prof. Petrozziello en dos direcciones, según que el objeto del contrato sea transferir un Derecho real o crear una obligación personal.

A su vez, dentro de estas dos ramas principales, se alude a diferentes figuras; así por ejemplo se habla de un Derecho real de usufructo, de una locación de cosas, una donación del príncipe, una concesión hereditaria, de una posesión o un derecho de propiedad.

Esta teoría del Derecho real para explicar la relación de empleo, pertenece como fácilmente puede intuirse al Derecho feudal, y por tanto, no tiene hoy valor doctrinal práctico.

En otro sentido, los autores que veían en la relación de empleo, una obligación personal, la referían o bien a la figura del mandato o la locación de obras y servicios. Unos creían encontrar en la relación de empleo los elementos constitutivos del mandato a saber: 1.—Manifestación de voluntad de las partes, la Administración y el individuo, con la aceptación de éste y el nombramiento de aquélla.

2.—Representación de la Administración por el funcionario.

3.—Poder de delegación, dentro del cual, obra el funcionario en el ejercicio de su misión.

4.—Obligaciones mutuas entre las partes.

Fácil es constatar, escribe, el Prof. Petrozziello (pág. LXIX ob. cit.) que en el empleo público esta figura del mandato la mayor parte de las veces no se encuentra.

Refiriéndonos a la tesis del arrendamiento de obras y servicios personales, hay que hacer constar que entre los tratadistas antiguos el funcionario profesional era considerado como un servidor privado del soberano. Y en este sentido, se veía un arrendamiento

o locación de servicios personales, venía en definitiva a equipararse al funcionario público con el trabajador, ya que ambos son «agentes que buscan los medios de su propia subsistencia prestando a otros su actividad», al decir del Prof. Pacinotti.

Creo, no es difícil observar la no validez de todas estas teorías que se agrupan bajo el epígrafe general de «Teorías civilísticas». El Derecho público, hemos visto, ha tenido un desarrollo grande y ha elaborado sus propias instituciones; en la relación del funcionario público con el Estado, se dan todas las características propias de una institución de Derecho público. Existe una relación, en la que uno de los sujetos es la Administración pública obrando desde un plano superior por razón del contenido de esa relación que es el interés general, la prestación de un servicio público.

Estas consideraciones y otras que pudieran recogerse entre los autores, ponen de manifiesto claramente el valor exacto de estas teorías.

*Teoría del acto unilateral o político.*—Por contraste con la doctrina expuesta, surge esta nueva corriente que se desenvuelve dentro de los límites del Derecho público y que puede sintetizarse en unas notas fundamentales, ya expuestas.

Son los tratadistas alemanes, Gönner, Gerber, Bluntschli, Stein, G. Meyer, Rönne, Törn, etc., quienes principalmente la desarrollan.

Supone, la negación de la voluntad individual y la validez total de la voluntad del Estado. Resulta inaceptable por no responder a la actual realidad jurídica, y tuvo su vigencia dentro de un régimen jurídico que conocemos con el nombre de «Estado policía o gendarme».

Según Gönner uno de los autores que formuló con más relieve esta doctrina, el Príncipe puede reclamar de sus súbditos la prestación de servicios necesarios, sin preocuparse de su consentimiento. El Príncipe, no contrata con sus súbditos en lo que concierne al servicio público, como no contrata cuando impone tributos. Servir al Estado es obedecer una orden.



Cree el citado autor italiano, que esta teoría encuentra su justificación en la Teoría del contrato Social de Rousseau y recoge el siguiente párrafo que se encuentra en el cap. II, pág. 4 del Contrato que dice: «Todos los servicios que un ciudadano puede prestar al Estado, los debe prestar inmediatamente que el Estado los solicite».

Cierto, que en circunstancias excepcionales el Estado puede exigir prestaciones obligatorias, pero no es lo normal en la actual organización del funcionario público.

*Teoría mixta* —Es una concepción intermedia entre las ya enunciadas. Se ha denominado a la relación de empleo, dentro de esta corriente que recoge en su trabajo el Prof. Petrozziello, contrato *sui generis*, o contrato innominado.

Se ha querido ver, una dualidad de elementos en la relación que estudiamos: de Derecho público y Derecho privado.

Puede citarse a Giorgi (1) como seguidor de esta doctrina, el cual escribe aludiendo a esta mixtificación de elementos: «No se puede decir, propiamente, donde termina el uno ya comienza el otro; porque si el tratamiento es materia de Derecho privado, no cesa de depender de la naturaleza, duración y condiciones del oficio, cosas todas de Derecho público (pág. 394, tomo I, ob. cit.)»

Puede considerarse un poco forzada esta construcción, que al decir de Mayer «esta mixtificación de elementos hace revivir la noción de las instituciones jurídicas mixtas, que se presentaban natural y frecuentemente en un régimen de policía, cuando en un solo y mismo acto el Estado podía presentarse al mismo tiempo frente al súbdito con la doble personalidad de autoridad y de fisco».

Nuestras instituciones son ordinariamente de naturaleza uniforme, o de Derecho público o de Derecho privado.

En esta corriente, recoge el Prof. Petrozziello finalmente, aquella teoría que no encuentra en la relación de empleo, elementos de

---

(1) Giorgi: La doctrina delle persone giuridiche. Tomo I, pág. 391; tomo II, pág. 464.

derecho público y privado, pero sí atribuye una naturaleza jurídica distinta según sea la actividad que desarrolle el funcionario. Esta posición la encontramos en dos autores franceses Nézard (*Theorie juridique de la fonction publique*, págs. 284, 345, 460, 476, 564, 575-77, 552-54, etc.) y Berthelemy (*Traité de droit adm.* 10 edic. París, 1923, pág. 48), que cita el Prof. Petrozziello, y en general en los manuales o tratados de Derecho administrativo, al exponer las distintas corrientes doctrinales (1).

Dentro de la categoría general de funcionario, hay que distinguir al funcionario que realiza una función de autoridad o una función de gestión. Según sea la función, la naturaleza jurídica de empleo sería o bien de Derecho público o de Derecho privado; es decir, cuando el Estado actúe con imperio y autoridad nos encontraríamos con una figura de naturaleza pública, regulada por el Derecho público, por el contrario la relación de empleo vendría regulada por el Derecho privado, caso de que el Estado actuase como persona jurídica de Derecho privado.

Ordinariamente también es rechazada esta teoría entre los tratadistas (2).

Después de esta somera referencia a las teorías que aparte de su valor histórico, e indudablemente instructivo para la mejor comprensión de la evolución doctrinal sobre la materia que tratamos en estas cuartillas, fijémonos a continuación en las teorías que podemos decir tienen una indudable vigencia, ya que en ellas se inspira la legislación positiva de los Estados.

*Doctrina reglamentaria, estatutaria o legal.*—Llamada también del acto unilateral condicionado, y aceptada por un sin número de autores, intenta explicar la naturaleza jurídica de la situación del funcionario público como determinada unilateralmente por la ley, o re-

---

(1) En Italia, Meucci; suscribe esta tesis. V. Istituz, di Dir. Amm. 6 edición, páginas 189, 200-201.

(1) Para más detalles puede consultarse el trabajo del Prof. Petrozziello, cit.; pág. LXXXV y sigts.

glamentos, en el sentido de que la autoridad legislativa fija los derechos y deberes del funcionario por vía *unilateral, general e impersonal*.

Desarrollamos para una mejor comprensión de esta tesis, el pensamiento de dos de sus más genuinos representantes, los Profesores Roger Bonnard y Gastón Jèze.

El Prof. Bonnard, (pág. 367, ob. cit.) deduce de esta situación, las siguientes consecuencias: 1.—La situación del funcionario es uniforme para cada categoría de funcionarios. 2.—El funcionario no puede pedir la modificación de esta situación más que en la medida en que los ciudadanos pueden solicitar la modificación de una ley o reglamento. 3.—Esta situación, este *status*, puede ser modificado en todo momento sin consentimiento del funcionario por la autoridad legislativa o reglamentaria que la ha establecido. «Esta tercera consecuencia, añade, es o constituye la razón práctica fundamental de la situación legal o reglamentaria».

A la vista, por una parte de esta tercera conclusión a la que llega el Prof. Bonnard, y de otra, de algunos preceptos que regulan al funcionariado en el sistema positivo patrio, parece relativamente aceptable esta posición, y sería pueril y temerario rechazarla con la mera afirmación de que no es adecuada para explicar la naturaleza jurídica de la relación de empleo; aunque en este mundo, como todo es susceptible de modificación y perfeccionamiento, yo estimo modestamente que la afirmación absoluta que hacen algunos de estos autores, tal por ejemplo, el Profesor Bonnard, en pro de la tesis reglamentaria, negando radicalmente todo carácter contractual, es inexacta por unilateral e incompleta.

Resultaría interesante, un estudio exclusivamente dedicado al análisis de esta doctrina; los límites impuestos a estas cuartillas impiden hacer un examen completo de la tesis en cuestión, su origen, desarrollo, etc.; por otra parte, la bibliografía entre los tratadistas franceses no escasea, lo que invita y llama más para este estudio.

Veamos con un poco de detenimiento el desarrollo de esta concepción de la relación de empleo.

Esta tercera consecuencia a la que se refiere Bonnard, según él «constituye la razón práctica fundamental de la situación legal o reglamentaria», no es una objeción muy sólida, por cuanto que la modificación unilateral por parte de la administración de las condiciones de empleo, como ocurriría en las condiciones de cualquier otro contrato administrativo, no supone la negación del carácter contractual, ya que precisamente una de las características de estos contratos, es la subordinación al fin público que se persigue, de los mismos.

El mismo Prof. Bonnard, no excluye la posibilidad de que teóricamente pueda estar el funcionario en una situación individual contractual; lo que sí sostiene terminantemente es que la situación del empleado, en el Derecho positivo francés es legal o reglamentaria; este criterio también es sostenido como veremos a continuación por el Prof. Jèze en su obra: *Los contratos administrativos*.

¿En qué sentido para el Prof. Bonnard la situación jurídica del funcionario es reglamentaria o legal? El mismo responde a la pregunta: «El buen funcionamiento de los servicios públicos exige que la administración pueda en todo momento modificar las condiciones de los mismos» y, en este sentido, añade, es la situación del funcionario legal, o reglamentaria.

El mismo Consejo de Estado que en jurisprudencia constante y numerosa consagra la tesis de la situación reglamentaria, pese a todo, no abandona la idea del Contrato de Derecho público; así en sentencias de 5 de mayo de 1911 y mayo de 1922, etc. A este respecto, el autor citado confiesa «que después de esta teoría del contrato de Derecho público que consagra la Jurisprudencia del Consejo de Estado, habría en el acto de nombramiento del funcionario un verdadero contrato. Solamente que sería de una naturaleza especial: Contrato de Derecho público».

Ante tal interpretación que va contra la doctrina sustentada por estos autores, Bonnard, con Jèze, y otros objetan: «decir que

hay contrato en este pretendido contrato de Derecho público es emplear la palabra contrato en un sentido completamente cambiado. Una de las cosas esenciales del contrato es la creación de una cierta situación jurídica individual—extremo en el que también fundamenta su tesis el Prof. Jèze—, pero en el contrato de Derecho público no hay ninguna creación de este género. El acto sale de la categoría de los contratos para entrar en el de acto-condición». En definitiva, reconocen en el nombramiento del funcionario un acuerdo bilateral de voluntad por el cual se aplica un *status* legal, reglamentario, general e impersonal, y niegan que este acuerdo tenga por objeto la creación de una situación jurídica individual. Este *status* legal o reglamentario del funcionario se refiere a la situación del funcionario establecida por una ley o un reglamento; suele estudiarse por los autores las ventajas e inconvenientes de ambos, soliendo inclinarse la opinión hacia el *status* reglamentario que ofrece menos dificultades para su realización; en este sentido se expresa Bonnard. (Pág. 370 de su Précis).

El Prof. Jèze entre la gran variedad de contratos administrativos, incluye el contrato de prestaciones de servicios personales (pág. 180 de la obra «Les contrats administratifs», y sigts.).

Parte del concepto de contrato que ha de reunir las siguientes condiciones según él: 1. Acuerdo de voluntad entre la administración y el particular; 2. El acuerdo tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicios personales, mediante una remuneración; 3. La prestación a realizar por el individuo está destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público; 4. Las partes se someten a un régimen especial de Derecho público.

¿A la vista de estas cuatro condiciones de los contratos administrativos, sería desacertado considerar la relación de empleo como un contrato de tal naturaleza? Yo creo, sencillamente, que no.

Por otra parte, esta tesis de los contratos administrativos que se ha venido abriendo paso en la doctrina francesa después de una jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, no sin ciertas va-

cilaciones, en ocasiones, por parte de la misma jurisprudencia citada, conviene notar que es rechazada por autores de indiscutible autoridad, (Duguit, *Droit constitutionnel*, seg. edic. 1923, pág. 43) (Hauriou, *Précis de Droit administratif*, 9 edic. pág. 905), si bien como indica el mismo Jèze, este último se acerca más a la tesis sustentada por el Consejo de Estado.

Se pregunta a continuación Jèze (Pág. 180 y sigts.), si es preciso considerar como un contrato administrativo todo acuerdo de voluntad entre la administración y los individuos que colaboran personalmente en la gestión de los servicios públicos.

Señala tres supuestos; el primero, constituido por los funcionarios públicos propiamente dichos, aquellos que hacen de su empleo un algo permanente, normal y ordinario; en estos funcionarios no hay contrato.

Un segundo grupo de individuos, que sin ser funcionarios, colaboran para el servicio público permanentemente; la relación es contractual.

Finalmente, aquellos individuos que no colaboran en los servicios públicos más que de una manera accidental, la relación es contractual, pero se trata no de un contrato administrativo sino de un contrato de derecho privado.

En la sentencia del Consejo de Estado de 7 de agosto de 1909, el Comisario del Gobierno Mr. Tardieu (citado por el Prof. Gaston Jèze), describe detalladamente la situación en que se encuentra el funcionario, parte de cuyo razonamiento copiamos por ser a nuestro juicio de interés:

«A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, las partes no tratan en un pie de igualdad. El Estado fija unilateralmente y en vista de un mejor funcionamiento del servicio público, las diversas clases de contratos. El determina solo, sin discusión y sin acuerdo posible, con los candidatos a funcionarios los deberes y obligaciones que se impone a cada agente... «No solamente fija el Estado las condiciones, sino que aún se reserva el derecho de modificarlas en el curso de la ejecución; en fin, él queda siempre en

libertad de suprimir el servicio y por consiguiente el empleo. Este es el acuerdo de voluntades que se produce luego del nombramiento aceptado por el funcionario, acuerdo generador de obligaciones recíprocas, que constituyen lo que se llama el contrato de función pública». Hasta aquí Mr. Tardieu, citado por Jèze (Página 184, nota 1 de *Les contrats administratifs*). A juicio del Prof. Jèze, Mr. Tardieu ignora la enorme diferencia que existe entre la idea de contrato y la situación jurídica legal en que se encuentra el funcionario y que tan exactamente describe.

Pero cual es en definitiva la idea de contrato, para que el Profesor Jèze la considere tan lejos de la situación en la que se halla el funcionario?

La Administración que se caracteriza por su dinamicidad, necesita para el cumplimiento de sus fines la realización de obras o la prestación de servicios; el contrato público supone un medio de colaboración voluntaria de la Administración con los particulares, y se caracteriza por las siguientes condiciones:

1. Acuerdo de voluntad bilateral, dirigido a producir determinados efectos jurídicos;
2. Situación privilegiada de una de las partes, en razón del fin público que se persigue, y
3. Creación de una determinada situación jurídica individual.

Los partidarios de la doctrina reglamentaria, si en principio admiten esta clase de contratos, no lo hacen íntegramente, en el sentido por ejemplo del Prof. argentino Bielsa, y en general de los seguidores de la tesis contractual para calificar y determinar a la relación de empleo; así observamos, que una de las objeciones que oponen a la tesis contractual, es la fijación unilateral de las condiciones de empleo y la posibilidad de su modificación por la Administración cuando así lo requieran las necesidades del servicio, cuando en virtud de lo que constituye uno de los presupuestos del contrato de derecho público, la posibilidad y conveniencia de modificar esas condiciones por razones de utilidad pública o interés general, puede admitirse lo que supone un serio reparo para algunos tratadistas que echa por tierra la tesis contractual.

Así mismo, no parece absolutamente cierto que en la relación de empleo no existe creación de una cierta situación jurídica individual; cierto, que al nombrar un funcionario se aplica un *status* reglamentario o legal, lo que no quiere decir que al aceptar esa designación el funcionario público para ocupar un puesto en los cuadros permanentes de la administración, no aparezca una situación jurídica individual, no solo general e impersonal.

Muchos son, ciertamente, los tratadistas que siguen esta doctrina; ya se ha hecho referencia a ello. Con todo, autores contemporáneos hay, que consideran esta doctrina como insuficiente para explicar convenientemente la efectiva y real constitución de la relación de empleo, en cuanto que desconoce o prescinde de la voluntad individual. «Considerar, escribe Petrozziello, el nombramiento en su sustancia y forma como un acto emanado unilateralmente de la administración y reducir la voluntad individual a un mero supuesto condicional, no es jurídicamente satisfactorio y contrasta con la realidad».

Se añade, que en el fondo de esta doctrina se encuentran reminiscencias del poder coercitivo de la administración, y recuerda la llamada teoría política ya expuesta. Dada la natural evolución de los regímenes políticos, y dentro de un Estado que voluntariamente se somete a unas normas, Estado de derecho, creo no es desacertado la admisión de la tesis contractualista, siendo por el contrario temeraria la tesis del acto unilateral.

*La doctrina contractual de Derecho público.*—A lo largo de este trabajo, queda patente bien a las claras, cual es la posición, el punto de vista de los seguidores de esta tendencia.

Parten del concepto de contrato público, «una de las cuestiones más debatidas en la moderna doctrina», al decir del Prof. Alvarez Gendín (Pág. 17, «Los contratos públicos»). Según lo que entendamos por contrato público, así será la postura que adoptemos respecto a la relación de empleo, ya que admitidas las premisas, no es menos lógico aceptar las conclusiones.

Sin tratar de profundizar en las cuestiones que nos llevaría





muy lejos, aludiremos esquemáticamente a ella, para mejor comprensión de la doctrina contractualista.

Muchas son las definiciones que se han dado; el Prof. Bielsa, entiende por contrato, «la convención que el Estado obrando como sujeto de derecho público realiza con otro sujeto. En él deben concurrir como garantías esenciales: a) uno de los sujetos es la administración pública obrando como tal; b) el objeto del contrato es una prestación de utilidad».

El Prof. Ferraris, escribe (1): «Aparece el contrato de derecho público siempre que una persona administrativa obrando como tal en razón de la personalidad privada o pública que le pertenece, ejercita un acto de imperio determinado o decreta unilateralmente la norma en cuya virtud, para satisfacer una necesidad general, una persona física o moral debiera hacer una prestación de cosas o servicios quedando comprometida a ello y dando su consentimiento a cambio de prestaciones o ventajas dispensadas por la Administración».

Admiten también este contrato Laband, Borsi, Yorodzu Oda, Laferrière, Stengel, Cino Vitta, etc., cuyas citas omitimos para no alargar este estudio, remitiéndonos a los trabajos que con carácter monográfico se han escrito sobre la materia.

De otro lado, niegan el carácter contractual del «Contrato público», autores como, Otto Mayer quien afirma: El contrato de derecho público no es un verdadero contrato. En éste se presupone la igualdad jurídica de las partes que no se dá en el de Derecho público; el contrato de Derecho público se aproxima a la requisición». (En «Theorie des franzosisches Verwaltungsrecht, páginas 291-93); el mismo Duguit, citado por el Prof. Jèze como hemos referido; entre nosotros el Prof. Royo Villanova que se le hace perder su carácter privado, etc.

Es un intento de sistematizar las posiciones personales de los distintos tratadistas podemos afirmar:

---

(1) Diritto Amministrativo, t. I. pág. 252. 1922.

Hay un primer grupo, que considera idéntico el contrato administrativo y el contrato de Derecho civil; es decir, esencialmente el contrato era una figura única, dándose diferencias secundarias entre los contratos administrativos y los civiles. Esta posición hoy insostenible, fué propia de los autores de principios de siglo. Un segundo grupo que, dadas las especiales circunstancias del sujeto, el interés general, etc., aunque con la misma naturaleza jurídica supone al contrato administrativo público como un caso especial del contrato civil.

Y finalmente, los autores que consideran al contrato administrativo como una figura jurídica de Derecho público, plenamente desligada del Derecho privado, con características propias.

De todo lo dicho acerca del contrato público, bien puede deducirse que de la solución que demos a este problema, dependerá la concepción de la naturaleza jurídica de la relación del funcionario con el Estado.

Así por ejemplo el ya citado Prof. Bielsa, refiriéndose a la posición de los tratadistas franceses escribe:

«Contra esta opinión —la contractualista de Derecho público— se ha arguido que solo hay una situación reglamentaria y no contractual, opinión que prevalece en Francia y a cuya cabeza figura Berthelemy.»

«El argumento me parece simplista y falso; él se funda principalmente en que el Estado fija unilateralmente las condiciones del empleo o función, impone las relativas obligaciones y las modifica a su voluntad; el empleado o funcionario por su parte—agrega—, las acepta sin discusión. Bien, pero esto ocurre en numerosos contratos y especialmente en los llamados de adhesión; v. gr. los de transportes que efectúan las empresas o concesionarios de servicios públicos».

«Pero vamos a la esfera del Estado y aprovechemos como ejemplo el contrato de obras públicas. En él el Estado también fija unilateralmente, en el pliego de condiciones, las obligaciones de contratista. Este por su parte, se presenta en virtud de la licita-

ción, a un concurso sustancialmente igual a la concurrencia de los postulantes al empleo público. Y ya en la ejecución del contrato de la obra pública (en marcha) el estado puede también modificar unilateralmente las obligaciones relativas a la naturaleza de la prestación de la obra (de acuerdo con la extensión dada por la ley) como puede el órgano administrativo modificar circunstancialmente las obligaciones del funcionario durante el desempeño de su cargo (son situaciones en el fondo idénticas) (Algunas ideas directrices sobre el estudio de nuestro derecho administrativo, pág. 14).

Establece como vemos un parangón entre el contrato de obras públicas y la relación de empleo que considera como vimos «un contrato de Derecho público», similar al de obras públicas.

Otro de los autores que sostienen esta tesis contractual de Derecho público, es el Prof. Álvarez Gendín, quien en su trabajo «Los contratos públicos» (Pág. 165 y sigts.), expone una idea general de la doctrina del contrato público aplicable al empleo público permanente, calificando a esta relación de un «contrato de locación de servicios», denominación de sabor tradicional romano.

Estima que en el contrato de locación de servicios, hay por un lado una reglamentación y por otro un consentimiento del funcionario que acudió a un concurso o a una oposición, nunca una sumisión a un acto administrativo (pág. 166).

En lo contractual añade, no solo hay bilateralidad de obligaciones sino consentimiento mutuo, caracteres ambos específicos de todo contrato, público o privado.

Muestra su disconformidad con algunas opiniones expuestas por tratadistas, así por ejemplo el Prof. Fernández de Velasco, según el cual las normas jurídicas que originan la situación del funcionario pueden estimarse de carácter reglamentario y en tal sentido contractuales de Derecho administrativo, a lo que añade el Sr. A. Gendín, que si son contractuales no pueden ser reglamentarias, pues todo contrato, como hemos visto, implica consentimiento. Así mismo, al argumento que presenta el Prof. García Oviedo (Hacia la emancipación del Derecho administrativo, pág. 183), según el

cual la modificación de circunstancias por vía unilateral destruye la naturaleza contractual de esta relación de empleo, responde el citado autor (Sr. A. Gendín, pág. 168) que «si se admiten alteraciones de condiciones relativas al funcionamiento del servicio, no pueden en cambio admitirse en las relaciones económicas reglamentadas *a priori* y aceptadas que fueron por el funcionario».

En otro lugar (La concesión y el contrato de Derecho público, pág. 426 y sigts.), y refiriéndose precisamente a esta modificación unilateral de condiciones, en relación con el trabajo del Sr. Fernández de Velasco: *Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual*, escribe:

«Este punto de vista de los autores modernos procede de ver en los contratos como una relación jurídica que crea derechos subjetivos invulnerables, siendo susceptibles de modificación las condiciones estipuladas en la concesión por voluntad unilateral de la administración». (pág. 426, nota).

En definitiva, este autor llega a la siguiente conclusión: «El funcionario adquirió por contrato la propiedad del cargo que podrá reglamentarse libremente por la entidad administrativa», y califica a este contrato como decimos de «locación de servicios»; esta denominación nos recuerda aquellas cuatro figuras contractuales del derecho romano: el contrato de venta, la *locatio*, el mandato y la sociedad. La *locatio rei* y la *locatio conductio operum*, ésta última, equivalente a la prestación de servicios. (Derecho romano, Arias Ramos, pág. 373 y sigts.)

De todo lo dicho se infiere, que la posición de los autores de éste tercer grupo, en lo que a la relación de empleo se refiere, supone la aceptación sin ningún género de dudas del contrato de locación o prestación de servicios, como figura jurídica de Derecho público. En este contrato, encontramos un aspecto reglamentario o legal y otro contractual; admitir solamente el primero, negando el segundo, nos llevaría a una visión unilateral del problema que estudiamos.

Esta posición que me parece la más convincente a la vista del

proceso seguido en la designación del funcionario y aceptación del nombramiento por el mismo, por encuadrar perfectamente dentro de esa institución jurídica que denominamos contrato público, y lleva consigo por una parte el reconocimiento del aspecto reglamentario de la relación de empleo con un carácter más acusado si cabe que en otros contratos públicos y por otra la afirmación del carácter contractual, constituyendo en definitiva un contrato que podemos calificar de *prestación de servicios*.

Han sido, como en tantas otras cosas, los autores germanos los que quizás más profundamente hayan construido esta doctrina. El Prof. Rhem, en el trabajo que publica en los *Annalen des deutschen Reichs* (1884, pág. 679 y sigts.) intitulado *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschen Staatsrecht* (La naturaleza jurídica del servicio público según el derecho público alemán) cita a los autores Schmitthenner, Mohl, Seydel, Stengel, E. Loning, Gareis y Gaupp. (1).

Por lo visto, es fácil constatar que esta tendencia doctrinal, considera frente a la tesis del acto unilateral condicionado que la relación de empleo se crea mediante un proceso bilateral, sinalagmático.

Observemos con detalle una afirmación que hace el Prof. Petrozziello, al referirse a la teoría contractual. El punto de partida, dice, está en que la noción de contrato es una forma jurídica general, la cual no es propia y exclusiva del derecho privado. Añade, que en la relación de empleo, se encuentran los mismos elementos constitutivos del contrato civil, a saber: Libre consentimiento de las partes; capacidad para contratar y finalmente, objeto de comercio o hecho lícito.

En las anteriores líneas, resalta un hecho: la identificación de los elementos constitutivos del contrato civil con los elementos del contrato público; lo cual, en realidad no es exacto, como se ha

---

(1) El Prof. Petrozziello, nos remite para una más reciente indicación bibliográfica a la obra de W. Jellinek, ya citada, pág. 344.

puesto de manifiesto. Podrá haber en la noción de contrato una forma jurídica general común tanto para los contratos de derecho público como los de derecho privado, pero lo que es notorio, es la autonomía del contrato de Derecho público, con características especiales, contrato de derecho público, que como creo haber dicho, pudiera incluso no denominarse contrato para evitar confusionismos y aludir a «relación de Derecho público» sencillamente.

En la relación de empleo, hay en definitiva no una subordinación de voluntades, sinó una coordinación de las mismas.

La doctrina italiana, al igual que la francesa, no se han mostrado excesivamente propensas a acoger esta figura jurídica. Recordemos los nombres de Forti (1), Ferraris (2) y Borsi (3).

Para poner punto final a la teoría contractualista, recogemos las cuatro fundamentales objeciones opuestas a esta doctrina; dificultades que no entrañan la invalidez de la misma, pues todas ellas tienen réplica (4).

Consiste la primera en que no puede haber acuerdo de voluntad y por consiguiente contrato, cuando la voluntad de la Administración pública actúa en un plano superior.

A esto, puede contestarse, que si bien en ocasiones la voluntad de este público se presenta en un plano de superioridad, en el caso de la relación de empleo, esta superioridad no es tan absoluta que anule el carácter contractual; por otra parte, esta superioridad de la Administración en la contratación pública es característica motivada por el fin público que se persigue.

Otra dificultad se funda en que las condiciones de empleo se determinan unilateralmente por las leyes y reglamentos, sin dejar

---

(1) Forti: *Nozione giuridica delle concessioni amministrative*, C. III, en *Giur. ital.* 1900, IV, pág. 392 y sigts.

(2) Ferraris: *Dir. Amm.* I, pág. 252.

(3) Borsi: *Il rapporto d'impiego nella Società delle Nazioni*, en *Riv. di Dir. intern.* 1923, pág. 261-293; especialmente en los números 3, 4, 5, 6 y 16. También en *La contrattualità del rapporto d'impiego pubblico...*, pág. 8 y sigts.

(4) Cino Vitta, en *Nuevo Digesto Italiano*, pág. 795.

margen alguno a la voluntad individual. Esto mismo, se contesta, ocurre en el Derecho privado, en el cual encontramos contratos cuyo contenido es fijado por una de las partes, quedando a la otra, la facultad de aceptarlo o rechazarlo.

También se dice, y es la tercera objeción que el contrato de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil debe tener por objeto una cosa que está dentro del comercio, lo que no se da en la relación de empleo, puesto que la función pública está fuera del comercio. Si así sucede en el Derecho civil, con el objeto de los contratos, al pasar al Derecho público, la contratación no se rige por las normas de aquél, no siendo necesaria esta condición.

Finalmente, es posiblemente la más grave objeción, se dice que no solo el contenido de la relación es fijado unilateralmente por la administración pública, sino que a través de toda la vida jurídica de la relación tiene un influjo decisivo la voluntad del ente público, pudiendo variar igualmente unilateralmente este contenido.

Esta objeción, añade el Prof. Cino Vitta, no queda sin contestación, ya que algunos juristas han puesto de manifiesto que en ciertas relaciones de Derecho privado de índole contractual, existe también una cierta superioridad de una de las partes.

Es precisamente esta objeción, la que ha motivado la formulación de la teoría del acto bilateral, con la que se trata de salvar las dificultades que presentan las teorías ya enunciadas del acto unilateral y la contractual de Derecho público.

*Teoría del acto bilateral.*—Supone, la creación de una nueva figura jurídica, el acto bilateral. Con ella, se mantiene por una parte la eficacia de la voluntad individual en la relación de empleo; y al mismo tiempo, no se desconoce la indudable superioridad de la administración, pues, la declaración de voluntad de la misma lleva consigo las características de todo acto administrativo.

Esta doctrina, que tiene el mérito indudable de la originalidad, y que trata de resolver el problema que planteamos mediante una solución ecléctica, intermedia, tiene el defecto «de introducir para

la resolución de nuestra cuestión, una tercera figura de actos entre los contratos y los actos unilaterales que es desconocida en otros campos jurídicos y que por eso se adapta mal para una inserción en la teoría general del derecho», escribe el Prof. Cino Vitta.

Con todo, bien está en tenerla en cuenta, ya que esta construcción, pudiera en ocasiones adaptarse perfectamente a una determinada realidad de la vida jurídica.

*Conclusiones.*— Para terminar estas cuartillas escritas sin más pretensión, no se si lograda, de fijar sucintamente la posición del problema, recogiendo todas las teorías que se han formulado, y que puedan, quizás, servir (D.m), de base para un más razonado estudio, quiero sentar unas observaciones que estimamos muy necesarias para la mejor inteligencia de la cuestión, que presenta como se ha visto un indudable interés doctrinal y no pequeñas dificultades para su solución.

En principio ha de tenerse muy en cuenta, que dada la complejidad de la vida administrativa, un esquema único en ocasiones sería insuficiente para la completa y satisfactoria solución del problema.

De otra parte, estas teorías hoy predominantes, no son tan absolutas que se excluyan de manera que constituyan categorías netamente distintas y diferenciadas.

En este sentido, el tantas veces citado, Prof. Patroziello, intenta establecer a modo de solución ecléctica, tres supuestos en los cuales según la mayor o menor intervención de la voluntad del Estado individuo en la relación de empleo, darían lugar a una de las tres teorías.

Pese a todo, estimamos mas convincente la teoría contractual de Derecho público, lo cual creemos se irá abriendo paso en la doctrina y recogiéndose en la legislación positiva, como observamos se ha hecho en Francia e Italia en donde se señalan supuestos de



carácter contractual de Derecho público en determinadas relaciones de empleo.

Por último como entendemos es cosa absurda toda radical oposición entre la teoría y la práctica, la doctrina y la jurisprudencia, ya que el Derecho es un arte para la vida, arte de lo bueno y de lo justo, esperamos (D.m.) completar este trabajo con una segunda parte donde se estudie con detalle los principios en que se inspira la legislación Patria y la doctrina sentada por nuestra Jurisprudencia.

Oviedo, 19 de marzo de 1948, festividad de San José.

# NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION ENTRE EL FUNCIONARIO PUBLICO Y EL ESTADO

SINTESIS DE LA EVOLUCION DOCTRINAL DEL PROBLEMA (1)

DOCTRINAS HISTORICAS	En el campo del Derecho Privado.	{	Doctrinas civilísticas	{	La relación de empleo como un derecho real (Criterio dominante en el D.º feudal).	{	Precario. Donación del Príncipe. Sucesión hereditaria. Posesión. Propiedad, etc,
			Doctrina unilateral.		La relación de empleo como una obligación personal.		Un mandato. Una locación de obras y servicios.
	Posición-intermedia.	{	Doctrina mixta.	{	Ve en la relación de empleo una dualidad de elementos: de Derecho Público y de Derecho Privado.	{	Acto unilateral + contrato de Derecho Público.
TENDENCIAS DOMINANTES	{	Todas en el campo del Derecho Público.	{	Teoría del acto unilateral condicionado, (Tratadistas franceses e italianos).	{	Especial posición de Nézard y Berthelemg.	
				Teoría del contrato de Derecho Público.		Teoría del acto bilateral (W. Jelinek y M. Petrozziello).	

(1) A manera de resumen recogemos todo lo expuesto, siguiendo fundamentalmente al hacer esta clasificación al Prof. Petrozziello, en la ob. cit

## TEXTO PROMULGADO DE LA CONSTITUCION ITALIANA

(CONTINUACION)

Art. 17. Los ciudadanos tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas.

Para las reuniones, incluso en lugar abierto al público, no se requiere aviso previo.

De las reuniones an lugar público se dará previa notificación a la autoridad, que únicamente podrá prohibirlas por motivos fundamentales de seguridad o de salud público.

Art. 18. Los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente sin autorización para fines que no se prohíben al individuo por la ley penal.

Se prohíben las asociaciones secretas y aquellas que persiguen, aunque indirectamente, fines políticos mediante organizaciones de carácter militar.

Art. 19. Todos tienen derecho de profesar la propia fe religiosa en cualquier forma, individual o colectivamente, de propagarla y de ejercer el culto en privado o en público, con tal que no se trate de ritos contrarios a las buenas costumbres.

Art. 20. El carácter eclesiástico y el fin religioso o de culto de una asociación o institución no puede ser causa de especial limitación legislativa, ni de especiales gravámenes fiscales por su constitución, capacidad jurídica y toda forma de actividad.

Art. 21. Todos tienen derecho a manifestar libremente el propio pensamiento por medio de la palabra, la escritura y todo otro medio de difusión.

La prensa no puede ser sometida a autorización o censura.

No obstante, se puede proceder a embargo por mandamiento de la autoridad judicial para los casos de delito que la ley de prensa expresamente lo autorice o en el caso de transgresión de las normas que la propia ley prescribe para señalar a los responsables.

En tales casos, cuando sea de absoluta urgencia y no sea posible la pronta intervención de la autoridad judicial, el embargo de la prensa periódica podrá ser llevado a cabo por los agentes de la Policía judicial, que deben inmediatamente, antes de pasadas veinticuatro horas, denunciar el caso a la autoridad judicial. Si ésta no lo confirma en las veinticuatro horas siguientes, se entiende revocado el embargo y privado de todo efecto.

La ley puede establecer, con normas de carácter general, que se rinden cuentas de los medios de financiación de la prensa periódica.

Quedan prohibidas las publicaciones de prensa, los espectáculos y toda otra manifestación contraria a las buenas costumbres. La ley establece disposiciones adecuadas a prevenir y a reprimir las violaciones.

Art. 22. Nadie puede ser privado por motivos políticos de la capacidad jurídica, de la ciudadanía, ni del nombre.

Art. 23. Ninguna prestación personal o patrimonial podrá ser impuesta si no se basa en la ley.

Art. 24. Todos pueden actuar en juicio para la tutela de los propios derechos y los intereses legítimos.

La defensa es derecho inviolable en cualquier estado y grado del procedimiento.

Con instituciones adecuadas se aseguran a los pobres los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción.

La ley determina las condiciones y las formas para la reparación de los errores judiciales.

Art. 25. A nadie se le podrá obligar a desistir del juicio natural señalado por la ley.

Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de ser cometido el hecho.

Nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley.

Art. 26. La extradición del ciudadano podrá ser permitida siempre que haya sido expresamente prevista por las convenciones internacionales.

En ningún caso podrá ser admitida por delitos políticos.

Art. 27. La responsabilidad penal es personal.

El acusado no se considera culpable sino por condena firme.

Las penas no podrán consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado.

No se admite la pena de muerte sino en los casos previstos por las leyes militares de guerra.

Art. 28. Los funcionarios y los dependientes del Estado, y de las entidades públicas son directamente responsables a tenor de las leyes penales, civiles y administrativas, de los hechos cometidos en violación de los derechos. En tales casos la responsabilidad civil se hace extensiva al Estado, y a las entidades públicas.

#### *Tit. II.—Relaciones éticosociales*

Art. 29. La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio.

El matrimonio queda regulado por la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, y con las limitaciones establecidas por la ley para la garantía de la unidad familiar.

Art. 30. Es derecho de los progenitores mantener, instruir y educar a los hijos aunque hayan nacido fuera del matrimonio.

En caso de incapacidad de los padres, la ley cuida de que se les exima de sus obligaciones.

La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio, toda clase de tutela jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

La ley dicta las normas y las limitaciones para la investigación de la paternidad.

Art. 31. La República coadyuva con medidas económicas y otras disposiciones a la constitución de la familia y al cumplimiento de los fines inherentes, con especial consideración a las familias numerosas.

Protege la maternidad, la infancia, la juventud, favoreciendo las instituciones necesarias a tal fin.

Art. 32. La República tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad y garantiza curas gratuitas a los indigentes.

Nadie podrá ser obligado a seguir un determinado tratamiento sanitario sino por disposiciones de la ley. La ley no puede en ningún caso violar las limitaciones impuestas por el respeto a la persona humana.

Art. 33. Las artes y las ciencias son libres, y también es libre la enseñanza.

La República dicta las normas generales para la instrucción e instituye escuelas estatales para todos los órdenes y grados.

Entidades y particulares tienen el derecho de crear escuelas e instituciones de educación, sin gravámenes por parte del Estado.

La ley, al fijar los derechos y las obligaciones de las escuelas no estatales que solicitan la paridad, ha de asegurar a las mismas plena libertad y a sus alumnos un tratamiento escolar idéntico al de los alumnos de las escuelas estatales.

Se requiere un examen de estado para el acceso a los distintos órdenes y grados de la escuela o para la terminación de los mismos y para la habilitación de ejercicio profesional.

Las instituciones de cultura superior, universidad y academias tienen el derecho de darse sus estatutos autónomos, dentro de los límites establecidos por las leyes del Estado.

Art. 34. La escuela está abierta a todos. La instrucción primaria, repartida en ocho años, es obligatoria y gratuita.

Los capaces y los que tengan méritos, aunque carezcan de medios, tienen derecho a ascender a los grados superiores de la enseñanza.

La República hace efectivo este derecho con becas de estudio, subsidios a las familias y otras medidas, que serán adjudicadas por concurso.

### *Tit. III.—Relaciones económicas*

Art. 35. La República tutela el trabajo en todas sus formas y aplicaciones. Cuida la formación y elevación profesional de los trabajadores.

Fomenta y favorece los acuerdos y las organizaciones internacionales, tendentes a afirmar y regular los derechos del trabajo.

Reconoce la libertad de emigración, salvo las prescripciones establecidas por la ley en interés general, y tutela al trabajador italiano en el extranjero.

Art. 36. El trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y a la calidad de su trabajo y en todo caso suficiente para asegurar a él y a su familia una existencia libre y digna.

La ley establece la duración de la jornada máxima de trabajo.

El trabajador tiene derecho al descanso semanal y a las vacaciones anuales retribuidas, a las que no puede renunciar.

Art. 37. Las obreras tienen los mismos derechos y, en igualdad de trabajo, las mismas retribuciones señaladas por el trabajador. Las condiciones de trabajo habrán de permitir el cumplimiento de su esencial función familiar y asegurar a la madre y al niño una especial y adecuada protección.

La ley establece el límite máximo de edad para el trabajo retribuido.

La República tutela el trabajo de los menores con normas especiales y les garantiza en igualdad de trabajo, el derecho a igual retribución.

Art. 38. Todo ciudadano incapaz para el trabajo y carente de los medios necesarios para subsistir tiene derecho a ser mantenido y a la asistencia social.

Los trabajadores tienen derecho a que se provean y aseguren medios adecuados a sus exigencias de vida en caso de desgracia, enfermedad, invalidez, vejez y paro involuntario.

Los incapaces y los menores tienen derecho a la educación y a la formación profesional.

A los fines previstos en este artículo concurren órganos e instituciones idóneas o integradas en el Estado.

La asistencia privada es libre.

Art. 39. La organización sindical es libre.

A los sindicatos no puede serles impuesta otra obligación sino su inscripción en las oficinas centrales o locales, a tenor de la ley.

Requisito indispensable para la inscripción es que los reglamentos de los sindicatos instituyan un orden interno de fundamentos democráticos.

Los sindicatos inscritos gozan de personalidad jurídica. Pueden, representados unitariamente en proporción a sus afiliados, estipular contratos colectivos de trabajo con validez obligatoria para todos los pertenecientes a las categorías a que haga referencia el contrato.

Art. 40. El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan.

Art. 41. La iniciativa económica privada es libre.

No puede desarrollarse en divergencia con la utilidad social, o de manera que menoscabe la seguridad, libertad y dignidad humanas.

La Ley determina las normas y fiscalizaciones oportunas para que la actividad económica pública y privada pueda ser dirigida y coordinada a los fines sociales.

Art. 42. La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a las entidades o a los particulares.

La ley reconoce y garantiza la propiedad privada, y determina los modos de adquirir y de disfrutar y las limitaciones al fin de asegurar su función social y hacerla accesible a todos.

La propiedad privada puede ser en los casos previstos por la ley, y previa indemnización, causa de expropiación por motivos de interés general.

La ley establece las normas y las limitaciones de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre la herencia.

Art. 43. Para fines de utilidad general la ley puede en principio establecer reservas o transferir, mediante expropiación y previa indemnización, al Estado, a las entidades públicas, o a la comunidad de trabajadores, o usuarios determinadas empresas en relación con los servicios públicos esenciales o fuentes de energía, o situaciones de monopolio que tengan carácter de primordial interés general.

Art. 44. A fin de conseguir el racional disfrute del suelo y de establecer relaciones sociales de equidad, la ley impone deberes y vínculos a la propiedad rústica privada; fija límites a su extensión según las regiones y las zonas agrarias; fomenta e impone la mejora de la tierra, la transformación del latifundio y la reconstitución de la unidad productiva; ayuda a la pequeña y media propiedad.

La ley prevé disposiciones a favor de las zonas montañosas.

Art. 45. La República reconoce la función social de la cooperación con carácter de mutualidad y sin fines de especulación privada. La ley la fomenta y favorece su incremento con los medios más adecuados y le asegura su carácter y finalidad con la oportuna fiscalización.

La ley cuida de la tutela y desarrollo del artesanado.

Art. 46. A los fines de la elevación económica y social del trabajo y en armonía con las exigencias de la producción, la República reconoce el derecho de los trabajadores a colaborar, dentro de los modos y límites establecidos por la ley, en las gestiones de las empresas.

Art. 47. La República alienta y tutela el ahorro en todas sus manifestaciones; organiza, coordina y fiscaliza el ejercicio del crédito.

Favorece el acceso del ahorro popular a la propiedad del domicilio, a la propiedad directa de los cultivos y a la inversión directa o indirecta en acciones de los grandes complejos productivos del país.

#### *Tit. IV.—Relaciones políticas*

Art. 48. Son electores, todos los ciudadanos, hombres y mujeres, que hayan alcanzado la mayoría de edad.

El voto es personal e igual, libre y secreto. Su ejercicio es un deber cívico.

El derecho de voto no puede ser limitado sino por incapacidad civil y en virtud de sentencia firme o en los casos de indignidad moral señalados por la ley.

Art. 49. Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse libremente en



partidos para contribuir con método democrático a determinar la política nacional.

Art. 50. Todos los ciudadanos pueden elevar peticiones a las Cámaras en solicitud de disposiciones legislativas o exponer necesidades generales.

*(Continuará).*

S. A. G.

## REVISTA DE REVISTAS

JORDANA DE POZAS; LUIS.—**«Las tendencias actuales del Régimen local en Europa»**.—Revista de Estudios Políticos.—Vols. XXI-XXII, págs. 15-82.

Las características de el presente trabajo hacen, ciertamente, muy difícil toda recensión. Tan apretadamente expone el profesor Jordana de Pozas no ya solo las características de derecho positivo de cada régimen local sino incluso sus propias consideraciones críticas que nos veríamos obligados a reproducirlo casi íntegramente. Esta consideración, indudablemente meritoria, nos limita a recoger una especie de índice de este estudio encaminado exclusivamente a llamar la atención sobre su interés.

Tras un esquemático análisis sobre las principales causas de la evolución del régimen local en Europa: fuerza centralizadora de las Monarquías, Revolución inglesa del XVII, Revolución francesa, y las dos guerras mundiales, recoge el autor, las modificaciones sufridas en la ordenación local de Inglaterra, Irlanda, Italia, Alemania, U. R. S. S., Francia y España.

Aun dentro del interés general y común queremos subrayar especialmente, por lo que tienen de originales o al menos de diferentes a lo comunmente afirmado, las indicaciones sobre el nacimiento del sistema local inglés—de tan alardeado tradicionalismo—en los últimos tiempos del siglo XIX o su carcatre centralizado en la práctica por el régimen de Haciendas locales; la semejanza con nuestros Corregidores del sistema de «gerencia» en Irlanda; y las peculiaridades del sistema soviético.

La parte última del trabajo es en la que aun alcanza mayor interés. A modo de conclusiones examina el autor las tendencias comunes actuales que concreta en las siguientes: mayor amplitud de las circunscripciones locales, plena potestad del Estado para la reforma local, variedad orgánica de Administraciones locales, nacionalización de servicios y mínimum nacional, selfgovernment orgánico y funcional, permeabilidad de las esferas de competencia y profesionalismo de los cargos públicos.

Naturalmente muchas de las afirmaciones contenidas en estas páginas—y este es otro mérito—pertenecen al campo de lo discutible. Tal las consignadas alrededor del supuesto excepcional de nuestra Patria sobre el carácter natural del municipio, consolidado en «el innecesario y equivoca aserto» de la base 1.<sup>a</sup> de la ley de 17 de Julio de 1945 al concebir al municipio como entidad natural. Pero este y otros muchos aspectos escapan del carácter de esta nota y solo sirven para mover más al lector a acercarse directamente al trabajo que comentamos.

A. F. S.



## CRONICA UNIVERSITARIA

Año 1948

La vida activísima de esta Universidad, aparte de sus funciones propias de la enseñanza, y en los aspectos científico, literario, religioso y artístico no fué menor en el pasado año de 1948, que en los anteriores, cuyas crónicas aparecieron en esta misma Revista oportunamente.

### CURSOS DE CONFERENCIAS Y LECCIONES

Celebráronse como siempre los cursos de Invierno y Primavera y de Verano con pleno éxito y extraordinaria concurrencia.

En el curso de Invierno y Primavera fué inaugurado el día 26 de Enero y clausurado el día 21 de Mayo, con una Conferencia del Magnífico y Excmo. Sr. Rector sobre «*Proyecciones del Derecho público en el Derecho privado*».

Solo tomaron parte catedráticos y profesores de la Universidad, y en él se estudiaron múltiples aspectos de la vida religiosa, filosófica, jurídica, científica e histórica, como «*Nietzsche persona y Doctrina*», «*Soluciones del existencialismo a los grandes problemas filosóficos*» y «*La situación religiosa en China*», «*Perfiles del Derecho romano arcaico*», «*La prescripción o posesión inmemorial*», «*Aspectos de la decisión en el proceso penal*», «*El Imperio universal en Dante*», «*Organización del Trabajo medieval*», «*Aspectos del plan Marshall*» y «*Centenario de la Revolución de 1848*» así cómo otras dedicadas a varios centenarios de Rojas Zorrilla y Tirso de Molina y nuevo sentido del paisaje en los literatos de principio de siglo.

Al mismo tiempo hubo otros dos breves cursillos, uno de Formación religiosa y otro de Formación política, desde el 11 de diciembre hasta el 4 de marzo, a cargo de los profesores de las respectivas enseñanzas en las Facultades sobre temas propios de tales disciplinas.

#### CURSO DE VERANO

El curso de verano, que revistió la importancia y esplendor de los anteriores fué abierto como de costumbre el día 26 de agosto con Misa del Espíritu Santo y sesión solemne en la que leyó la lección inaugural D. Luis Morales Oliver, Director de la Biblioteca Nacional.

Además de profesores de Oviedo fueron invitados los Sres. Cabrera, Torres Quevedo, Hernández Pacheco, Mateu Llopis, Palacios Morini, De la Peña, Meléndez, Indurain, Barinaga, Martín Andreu, Sanz, Pertierra, Valdueza, Pintado, Araujo Costa y el Excmo. Sr. D. José M.<sup>a</sup> F. Ladreda.

Se dedicó atención especial a los centenarios de Balmes, P. Suárez, Rojas Zorrilla y Tirso de Molina.

Fué muy interesante y notable, la sesión celebrada en Avilés, con motivo de celebrarse el Centenario de la Marina de Castilla y la conquista de Sevilla, recorriendo la villa solemne comitiva en la que figuraban reliquias del Rey Santo, la espada portada por el Excmo. Sr. Ministro de Obras Públicas Sr. Fernández Ladreda y también reliquias de Nuestra Santa Catedral.

Hubo una sesión solemne en la que hicieron uso de la palabra el Magnífico señor Rector D. Sabino A. Gendín y el Director del Museo Naval de Madrid capitán de Navío Sr. Guillén, presidiendo el Almirante Sr. Abarzuza, que declaró abierta la exposición del mar.

Con motivo de esta conmemoración se trasladaron a la villa avilesina, con el Magnífico y Excmo. Sr. Rector, el Vicerrector, los Catedráticos y Profesores, así como los alumnos del curso de verano.

Además de la visita a Avilés, Arnao y San Juan de Nieva, también se realizaron las excursiones de costumbre a Gijón, Salas, Somiedo, San Román de Candamo, San Esteban de Pravia, Mieres, Trubia, La Felguera y CovaLonga.

Los conciertos estuvieron a cargo de la orquesta Sinfónica Provincial.

Coincidiendo con este curso, dió otro desde el 17 de agosto al 23 de septiembre el profesor D. Siro Arribas, sobre Microanálisis.

También hubo una semana Financiera y otra Médica en las que tomaron parte eminentes profesores invitados de otros centros y Universidades.

No nos extendemos porque este curso ha de ser objeto de un resumen especial en otro lugar.

## CURSO DE LA ESCUELA SOCIAL

Terminaremos esta sección refiriéndonos al curso de conferencias organizado en la Universidad por la Escuela Social desde el 21 de enero al 21 de abril. Intervinieron los profesores de la Escuela Sres. Fernández Sordo y Fernández Martínez, D. Torcuato F. Miranda, el Magnífico y Excmo. Rector D. Sabino Alvarez Gendín y D. Valentín Silva, Director de la Escuela Social, y los catedráticos y profesores forasteros de tanta fama como D. Santiago Montero, D. Marcelo Catalá, D. José Pérez Serrano, D. Víctor Fernández, Subdirector General del Trabajo; D. Valentín Andrés, D. Eugenio D'Ors, D. León Martín Granizo, don Juan del Rosal y D. Luis López Lacambra.

Finalmente hubo otro interesante curso de conferencias, organizado por el S. E. U. en el que tomaron parte con brillante actuación, alumnos de las distintas Facultades. A petición de un grupo de estudiantes, dió varias lecciones en la Universidad el M. I. Sr. Penitenciario D. Antonio Lombardía, sobre la encíclica «Casta Connubis».

## SOLEMNIDADES RELIGIOSAS

Se cumplieron todas las comprendidas en el protocolo de la Universidad, destacando los solemnes oficios del Jueves y Viernes Santos, a los que concurrió el Claustro en pleno con las insignias oficiales de gala presidido por el Magnífico Sr. Rector. Fueron invitadas todas las autoridades provinciales y locales, así como el Excmo. Sr. Ministro de Obras Públicas, que ocupó la presidencia en la capilla y en las procesiones por las galerías del Claustro bajo, momento el más solemne y brillante de las festividades.

La parte musical, como otros años, estuvo a cargo de la capilla de la Catedral y de un coro de jóvenes seminaristas.

También asistió para dar escolta al Santísimo y hacer guardia ante el Monumento, un piquete de la Milicia universitaria.



El día de Santo Tomás hubo también función de gran gala, asistiendo el Claustro y directores de los centros presididos por el Magnífico Sr. Rector.

Ofició Su Ilustrísima el Sr. Obispo que distribuyó la Sagrada Comunión y pronunció emocionante plática.

Después del desayuno en el aula Seminario, los concurrentes se dirigieron a la inauguración del colegio Mayor Valdés Salas, haciendo los honores su director, D. Torcuato F. Miranda Hevia.

La velada en el Paraninfo muy concurrida y brillante.

## MISA DEL SR. BERNAL

La fiesta de la Patrona Santa Catalina revistió el esplendor de costumbre.

Este año ofreció la novedad de haber oficiado por primera vez en la capilla, el nuevo presbítero D. José Bernal Montero Catedrático de Derecho Canónico, asistido de diácono por D. Nemesio M. Antuña y de subdiácono por D. Francisco Escobar. Concurrió numerosísimo público y al final hubo besamanos, recibiendo muchas felicitaciones el Sr. Bernal, que estaba emocionado.

Luego, en la velada, tomó parte el M. I. Sr. Arcediano D. Benjamín Ortiz y un representante del S. E. U., haciendo el resumen el Magnífico Sr. Rector, que distribuyó además las becas de Alejandro Salazar, concedidas por el S. E. U.

De la parte musical se encargó el famoso pianista Sr. Nuevo que ejecutó un programa selecto, con obras de Dobussy y otros.

La Junta de Gobierno y profesores, con sus señoras, fueron obsequiados con un almuerzo por la Directora del Colegio Mayor de Santa Catalina.



La Facultad de Derecho solemnizó la fiesta de su Patrono San Raimundo de Peñafort con una misa solemne a la que concurrió la Junta de Gobierno y profesores de la Facultad. La plática estuvo a cargo del profesor M. I. Sr. D. Benjamín Ortiz.

La Facultad de Ciencias celebró la fiesta de San Alberto Magno, con misa en la capilla y velada en la que hicieron uso de la palabra un alumno, el catedrático señor Espurz, haciendo el resumen el Decano M. I. Sr. D. Lucas R. Pire, dirigiendo unas palabras al final el Magnífico Sr. Rector.

Los invitados fueron obsequiados por la Facultad con una merienda en el Colegio de Santa Catalina.

También la Facultad de Veterinaria celebró con solemnidad el día de su Patrono San Francisco de Asís.



Como otros años en la capilla se hizo la imposición de la ceniza el miércoles, comienzo de la Cuaresma y se conmemoró a los fieles difuntos el 2 de noviembre, con misa y responso ante la estatua del Fundador y ante el monumento a los universitarios muertos.

El 9 de febrero hubo honras fúnebres por el estudiante caído, depositándose coronas y cantándose respuestas ante el monumento.

Hubo misa en el aniversario de la muerte de José Antonio (q. e. p. d.) y también por los parientes de los Sres. Universitarios, como los hermanos de D. Antonio Floriano (D. Joaquín y D. García); por D. Luis Estrada Acebal, hermano

de D. Guillermo; por el antiguo y querido conserje D. Anselmo Gómez Musiel, cuyo entierro salió de la capilla; por Conchita Siñeriz, hija del subalerno; por don Francisco Beceña, como otros años, y por el que fué Rector del Seminario, cuya muerte fué muy sentida y la Universidad quiso asociarse a la pena del más alto centro de enseñanza eclesiástica con este sentido acto al que concurrieron profesores de la Universidad y del Seminario.

#### SOLEMNIDADES ACADEMICAS

Tan solemne como de costumbre fué la apertura del curso, presidida por el Magnífico Sr. Rector con asistencia del Claustro en pleno, directores de centros, las Autoridades de la provincia y de Oviedo y comisiones de todas las corporaciones y entidades científicas, religiosas y profesionales.

Leyó un discurso un representante del S. E. U. y la lección inaugural estuvo a cargo del lltmo. Sr. D. Antonio Floriano Cumbreño, Vicedecano de Letras.

El Magnífico Sr. Rector cerró el acto haciendo el resumen de la labor del año pasado y exponiendo el programa de lo que se habría preparado para el curso que empezaba.

Se leyeron las memorias de costumbre y los nombres de los alumnos premiados.

Asistió distinguido y numeroso público.

#### DISCURSO DEL SR. OBISPO

El 5 de noviembre se celebró, también en el Paraninfo, la apertura del curso de la Escuela Social, con solemnidad extraordinaria.

Presidió el Magnífico Sr. Rector. Leyó la memoria el Secretario D. Fernando Valdés Hevia, pronunciando un excelente discurso el Excmo. y Rvdmo. Sr. Obispo D. Benjamín de Arriba y Castro, sobre «La Iglesia y la cuestión social». Fué escuchado con creciente interés por los Catedráticos, Profesores, alumnos y público que llenaban el local.

Terminó haciendo uso de la palabra el Catedrático D. Valentín Silva Melero, Director de la Escuela, con un buen discurso.



El día 22 de julio se celebró la promesa de los nuevos licenciados, oficiando en la misa el profesor de Letras D. Benedicto Nieto, asistiendo las autoridades académicas y los alumnos que terminaron la carrera a los que impusieron las togas y mucetas los Sres. Decano de Derecho y Ciencias y Vicedecano de Letras.



Leyó la ofrenda el alumno de Derecho Sr. García Morales y después de hacer la promesa, pronunció un discurso breve el Magnífico Sr. Rector.

También el 15 de junio, como en otras ocasiones se cantó un «Te-Deum» como final de curso, oficiando el M. I. Sr. D. Francisco Aguirre, que hizo algunas consideraciones a los estudiantes.

#### HOMENAJE A LA ARGENTINA

Con motivo de la visita a la Universidad del notario argentino, de origen asturiano, D. Carlos Emérito González Marsili, el Colegio Notarial de Asturias, organizó un acto en su honor, al que se asoció la Universidad aprovechando la ocasión para unirse a las solemnidades celebradas en España con motivo de la firma del protocolo Franco-Perón.

El acto tuvo lugar en el Paraninfo, lleno de personalidades y de público numeroso, haciendo la presentación el notario Sr. Azpitarte y pronunciando una conferencia sobre las relaciones hispano-argentinas, el Sr. Emérito González Marsili, muy aplaudido

El notario Argentino fué obsequiado por la Universidad con una comida en el Colegio Mayor de Santa Catalina.

#### ACTOS DE I. D. E. A.

La Universidad centro de todas las actividades culturales de Asturias, abrió sus puertas al Instituto de Estudios Asturianos que celebró aquí sus mayores solemnidades, especialmente la recepción de los tres miembros de número D. José F. Buelta, que leyó su discurso sobre las excavaciones del Oviedo primitivo; don Fausto Vigil, que discute sobre el Alférez del concejo de Siero, y del ex Director General de Minas, D. Eugenio Cueto Ruidiáz, que estudió la formación geológica de algunas zonas asturianas.

Los actos resultaron muy solemnes.

#### OTRAS REUNIONES

La Asociación de Antiguos alumnos y amigos de la Universidad celebró varias sesiones, siendo la de más interés, la Asamblea General del 9 de enero, en la que se renovaron varios cargos y se tomaron importantes acuerdos relacionados con el taller de Encuadernación que tantos beneficios reporta a nuestras bibliotecas.



La fiesta del libro se celebró como otros años con misa que presidió el excelentísimo señor Gobernador.

El acto principal fué en el Seminario, donde se inauguró la biblioteca, celebrándose una velada en la que tomo parte el Sr. Decano de Filosofía y Letras.

## VISITAS

Además de los profesores que vinieron a esta ciudad con motivo de las diferentes causas, fueron muchas las distinguidas personas que visitaron la Universidad, como el Sr. Ros de Olano, Marqués de Guadel Jelú, Presidente del Instituto Nacional de Previsión; el Catedrático de Coimbra Dr. D. Torcuato Moreira; el famoso profesor D. Bernardino Landete, que dió una conferencia en el curso de los médicos, los alumnos de la Facultad de Veterinaria de Zaragoza, en viaje de estudios y otros varios.

## EXPOSICIONES

Consideramos la más importante, la que realizó en nuestra Biblioteca con motivo del Día Bíblico en noviembre del pasado año. Figuraban en la Exposición los magníficos ejemplares que posee la Universidad, desde la Biblia de Amberse de Arias Montano y la del Duque de Alba, hasta la Biblia en Caló y el Evangelio en bable. Fué muy visitada y la recorrió detenidamente el Excmo. Sr. Obispo.

Hubo varias exposiciones de pinturas, empezando en enero con la interesantísima del artista austriaco que firma «Antonio». Después expusieron artísticos trabajos de acuarela y óleo, paisajes, flores y figura las señoritas Revenga, Carbajal y Granda. En noviembre hizo igualmente notable exposición un artista francés.

## MARCHA SENTIDA

Terminada su misión docente en esta Universidad, donde desempeñó varios años la cátedra de Lengua y Literatura alemanas, regresó a su país el ilustrado y querido profesor Dr. Franz Damhorst. Su marcha fué sentidísima como se demuestró en la despedida verdaderamente emocionante. Acudieron a la estación cientos de personas que testimoniaron su firme amistad al Sr. Damhorst así como a su esposa y a sus dos niños ovetenses, que recibieron muchos regalos. Tenemos noticias frecuentes del profesor y esperamos volver a verlo en la Universidad invitado al Curso de Verano.

## CONCIERTOS

Entre los muchos conciertos que hubo el pasado año, destacó el del Maestro Rodrigo, con la colaboración de la cantante señorita Carmen Pérez Durias, tan conocida en todos los centros artísticos de España. Asistió mucho público y fué un verdadero éxito.

También dió un concierto la Tuna de la Facultad de Veterinaria, a su paso para otros lugares de la provincia.



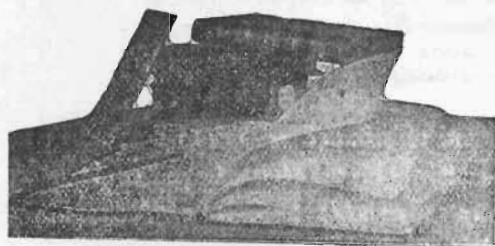
SOCIEDAD METALURGICA  
"DURO-FELGUERA"

==== (COMPANÍA ANONIMA) ====

CAPITAL SOCIAL: 125.000.000 DE PESETAS

CARBONES gruesos y menudos de todas clases y especiales para gas de alumbrado --: COK metalúrgico y para usos domésticos --: Subproductos de la destilación de carbones: ALQUITRAN DESHIDRATADO, BENZOLES, SULFATO AMONICO, BREA, CREOSOTA y ACEITES pesadas LINGOTE al cok --: HIERROS Y ACEROS laminados --: ACERO moldeado --: VIGUERIA, CHAPAS Y PLANOS ANCHOS --: CHAPAS especiales para calderas --: CARRILES para minas y ferrocarriles de vía ancha y estrecha TUBERIA fundida verticalmente para conducciones de agua gas y electricidad, desde 40 hasta 1.250 mm. de diámetro y para todas las presiones --: CHAPAS PERFORADAS VIGAS ARMADAS --: ARMADURAS METALICAS DIQUE SECO para la reparación de buques y gradas para la construcción, en Gijón.

Domicilio Social: MADRID --: Barquillo. 1 --: Apartado 529  
Oficinas Centrales: LA FELGUERA (Asturias) " 1



LIBRERIA

"CIPRIANO MARTINEZ"

(Sucesora: Enedina F. Ojanguren)

Plaza de Riego, 1

OVIEDO



FABRICA DE  
**MIERES**  
SOCIEDAD ANÓNIMA

MIERES - (ASTURIAS) - Apartado 20  
Tel.º 5 - MIERES - Teleg. "Fabricaciones" Mieres

**CARBONES** - Gruesos, menudos  
y finos, para todas las aplicaciones

**COK** - Metalúrgico y para uso doméstico.

**SUBPRODUCTOS** - Sulfato  
amónico Alquitrón Brea Creosotas,  
Naftalina, Antraceno, Benzoles y Tolúol.

**SIDERURGIA** - Lingotes de fundición  
y de afinación Acero Siemens-Martin Palan-  
quilla Laminados Vigas, Ue, Angulares, Tees,  
Redondos, Cuadrados, etc. Carriles de mina.

**METALURGIA** - Construcciones  
metálicas: armaduras, columnas, postes  
y todo clase de estructuras Forja y  
Estampación Tornillería, Piezas de  
hierro fundido Acero moldeado

**PROYECTOS Y PRESUPUESTOS**



# ACADEMIA ALLER

**MOREDA (Asturias)**

PREPARACION. TECNICOS INDUSTRIALES, BACHILLER,  
COMERCIO, TAQUIGRAFIA, CAPATACES Y VIGILANTES  
DE MINAS, ETC.

*Toda la correspondencia relacionada con donativos,  
anuncios, suscripciones, etc., debe ser diri-  
gida al Secretariado de Publica-  
ciones de la Universidad  
de Oviedo*

Número suelto . . . . . 25,00 pesetas

ACADEMIA ALIER



*Fué impresa esta Revista en los  
Talleres de la Imprenta «La Cruz»,  
sita en la calle de San Vicente, de  
la Ciudad de Oviedo, en el mes  
de abril de 1949.*