

I.-COMENTARIOS MONOGRAFICOS

EL NOMBRAMIENTO Y LA TOMA DE POSESION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Por ENRIQUE SERRANO GUIRADO
Profesor adjunto en la Universidad de Madrid.

SUMARIO: 1. El acto de nombramiento. —2. Naturaleza jurídica del acto de nombramiento: A) Introducción. B) La doctrina: a) Evolución. b) Clasificación. c) La doctrina española. d) Conclusiones. C) El derecho y la jurisprudencia.—3. Toma de posesión: a) Finalidad. b) Plazos posesorios. c) Condiciones. d) Efectos. e) Efectos de la falta de toma de posesión.

1.—EL ACTO DE NOMBRAMIENTO

La eficacia jurídica de las propuestas formuladas legalmente por los Tribunales y organismos examinadores produce dos efectos inmediatos: la proclamación del derecho del vencedor en la oposición o en el concurso, y el deber de la Administración de acordar y expedir el nombramiento a favor del mismo. El nombramiento ha de acordarlo la Administración competente y por el órgano de la misma a quien le esté atribuida la competencia.

El acto de nombramiento puede ser considerado como un acto especial. Es, dice JÈZE (1), una manifestación de voluntad que tiene por finalidad y efecto jurídico investir a una persona de una función pública. El particular, por el acto de nombramiento, adquiere el *status* legal del funcionario.

El órgano competente de la Administración, una vez comprobada la legalidad de la propuesta y de que en el candidato concurren las condiciones legales de capacidad, se encuentra en el deber de otorgar el nombramiento que autoriza la investidura y el desempeño de la función.

¿Es posible admitir en la Administración facultades para condicionar por otro motivo al acto de nombramiento? El interés público puede exigir la supresión o la reducción de las plazas? ¿Constituye ello fundamento bastante para restar eficacia a la propuesta de nombramiento? En la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, el nombramiento

(1) *Principios generales del Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1947, pág. 59.

se califica como una formalidad que llena la Administración (2), y en una ocasión en que fué planteado el problema a que nos referimos, declaró que una vez ultimadas las oposiciones y elevada al Ministerio la correspondiente propuesta, la Administración está obligada a realizar los nombramientos, sin que sea admisible alegar que el acuerdo de suspensión afecta a la organización de un servicio y sólo en relación a los aspirantes aprobados por la ampliación de plazas oportunamente autorizada, porque la Administración no puede volver sobre sus actos declaratorios de derechos en favor de terceros (*Sentencia* de 21 de enero de 1936; vid. también la de 7 de marzo de 1934).

El nombramiento realizado regularmente extingue la relación de los demás concursantes u opositores con la Administración. Así, la *Sentencia* de 24 de junio de 1949 dice que la resolución del concurso con arreglo a las normas que lo regulan, otorgando la vacante al concurrente ante de mejor derecho, extingue todo derecho de los demás concursantes, aunque, por contingencias posteriores, viniera aquélla a quedar vacante. Por ello, la renuncia al cargo por parte del aspirante seleccionado no rehabilita derecho alguno en los demás (*Sentencias* de 12 de febrero de 1948 y 5 de julio de 1920) (3), salvo cuando la Administración los clasifica como idóneos para ocupar la vacante en caso de renuncia del designado, porque con su declaración ha creado en favor de tercero un derecho administrativo que no puede desconocer (*Sentencia* de 19 de enero de 1935).

De otra parte, se puede distinguir *nombramiento efectivo*, que es la norma general, y *nombramiento de prueba*, en cuyo caso, si el funcionario está sometido al régimen legal aplicable a los de su categoría, no adquiere la consagración de su situación hasta que, transcurrido el período de prueba, la Administración ratifica o confirma su nombramiento. Este período, de distinta duración, tiene por finalidad acreditar prácticamente que se reúnen las condiciones de idoneidad profesional exigidas para el empleo concedido (4). A la Administración se le

(2) Vid. nuestro trabajo *Los actos del procedimiento de selección de funcionarios*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 8, mayo-agosto 1952, págs. 103-715 (en especial, las págs. 163 y ss.).

(3) Aun en el supuesto de que el nombramiento se deje sin efecto porque el funcionario nombrado no renunció al empleo que anteriormente desempeñaba. El concurso fué resuelto legalmente y, por tanto, surtió sus efectos. La renuncia sólo supone que la plaza queda nuevamente vacante, para su provisión en nuevo concurso. Así lo ha declarado el *Acuerdo* de 18 de febrero (Orden de 7 de abril y «B. O. del E.» de 18 de abril de 1949). También si la plaza viene a quedar vacante por otros motivos, después de resuelto definitivamente el concurso (vid. *Sentencia* de 24 de junio de 1949).

(4) En el Cuerpo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, durante tres meses y como preparación para posesionarse de los destinos que les corresponden, los opositores aprobados realizarán prácticas dirigidas, en los Centros que designe la Dirección General de Archivos y Bibliotecas. Terminadas las prácticas, los profesores elevarán un informe a los Directores de Sección, y a su vista, se expedirán por éstos los certifi-

reserva la potestad de resolver la relación si dichas condiciones no se acreditan. Los haberes del funcionario en esta situación de prueba son los correspondientes a su categoría y consisten en una gratificación mensual independiente de aquélla (5).

Entre otras situaciones especiales, se puede señalar la de aquellos empleos que exigen una previa declaración de aptitud, acreditada generalmente mediante el sistema de oposición, que, de ser ratificada, una vez cursados los estudios en la academia o escuela correspondiente, da lugar al nombramiento definitivo.

2.—NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO DE NOMBRAMIENTO

A) INTRODUCCIÓN.

El estudio de la naturaleza jurídica del acto de nombramiento puede reconducirse al de la situación del funcionario respecto de la Administración.

Este problema, al decir del profesor JORDANA DE POZAS (6), constituye «una de las controversias más apasionadas e interesantes por sus repercusiones prácticas entre las mantenidas dentro del campo del Derecho administrativo».

La diversidad de doctrinas y la oposición de criterios en la calificación de la naturaleza jurídica de la relación entre el funcionario y el Estado son más aparentes que reales. La falta de perspectiva histórica en el enjuiciamiento de doctrinas y criterios; el distinto tratamiento jurídico de las personas, funcionarios y no funcionarios, que colaboran con la Administración en el cumplimiento de sus fines; la actividad administrativa desarrollada con medios y procedimientos de Derecho privado, y motivaciones de carácter político-social, han influido de manera a veces decisiva en la formulación de las doctrinas y en la consagración legal de criterios. Un examen que tuviera en cuenta estos facto-

cados de prácticas, que son indispensables para optar a plazas de destino, y para tomar parte en concursos de traslados (Reglamento de 23 de febrero de 1943, artículos 17 y 18). Los Jueces comarcales son designados por oposición, y los aprobados deben asistir a un cursillo de capacitación, a la terminación del cual se otorgará a los aprobados en él el título correspondiente (Ley de 19 de julio de 1944, base 3.^ª). Los alumnos de la Escuela Diplomática que aprueben el curso serán nombrados terceros secretarios en las vacantes que existan, por el orden de la propuesta que formule el Rector con el Claustro de Profesores (Decreto de 1 de febrero de 1945, artículo 8.^º).

(5) Durante el período de prácticas en la Escuela Judicial, los aspirantes percibirán la gratificación que reglamentariamente se determine (Ley de 26 de mayo de 1944, artículo 4). Los alumnos de la Escuela Diplomática percibirán una beca mensual mientras asistan a ella (Decreto de 1 de febrero de 1945, artículo 7.^º).

(6) *Derecho administrativo*, Madrid, 1924, pág. 100.

res y circunstancias revelaría la realidad de una progresiva tendencia hacia la uniformidad de tratamiento de los funcionarios administrativos y una extensión del régimen de estatuto, que ha servido también de base y modelo para estructurar el orden del régimen laboral.

En efecto, la importancia del problema relativo a la naturaleza jurídica de la relación entre el funcionario y el Estado se manifiesta de forma cada vez más sensible, conforme se organiza y desarrolla un sistema de burocracia profesional, permanente y retribuida, que sustituye al antiguo sistema de funcionarios honoríficos, de carácter generalmente representativo.

A los mismos resultados han contribuido: la extensión igualmente progresiva de la actividad administrativa, con la consiguiente multiplicación de los servicios públicos y aumento del número de funcionarios; la diferenciación de clases y tratamiento de los distintos servidores del Estado; los sistemas de selección del personal de la Administración, y la trascendencia que la adopción en uno u otro régimen jurídico para los funcionarios habría de tener en la realidad político-social.

La misma sistemática que se sigue en la exposición de las doctrinas es casi siempre reveladora de la evolución a que nos referimos.

B) LA DOCTRINA.

a) *Evolución.*

En la evolución y desarrollo de las doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la relación que existe entre el funcionario y la Administración, ha de señalarse la influencia de factores de distinto carácter, que, en cierto sentido, han determinado las calificaciones adoptadas. El signo distintivo de cada uno de los tipos de Estados conocidos históricamente ha condicionado en mucho la resolución del problema. Además, en otras épocas, el ámbito limitado de los servicios administrativos, el carácter honorífico del ejercicio de funciones públicas y la situación de los propios sujetos encargados de las mismas, restaba importancia a la cuestión. Fácil resultaba aplicar a los casos de servidores del Poder público, cuya situación podía equipararse en cierto sentido a la de los que prestaban su actividad por cuenta y orden de otro sujeto particular, el régimen de Derecho privado.

Las teorías de Derecho privado son por ello las más antiguas. Según la primitiva concepción feudal, el acto constitutivo de la relación de empleo como un contrato de Derecho privado pertenecía, dice ZANOBINI (7), al grupo de los traslativos de derechos reales, en cuanto dirigido a transferir la cuasi propiedad del empleo.

(7) Así, U. BALDI PAPINI, *Il rapporto d'impiego pubblico*, Padua, 1942.

Conforme se desarrollaba el carácter personal en la relación y aparecían las doctrinas que consideraban el contrato como un *arrendamiento de obra*, mediante el cual una de las partes, aquí el funcionario, se obliga a realizar una cosa con respecto al otro sujeto; como contrato de *mandato*, en el cual el funcionario actúa como mandatario del Estado (8); teoría de la relación mixta de *arrendamiento y mandato*; teoría del contrato innominado, de *ut facias* en lo que se refiere al Estado, y *facio ut des* por lo que respecta al funcionario, principalmente (9).

Entre las de Derecho público, merecen destacarse: la llamada *teoría política y orgánica unilateral*, la más opuesta a la de Derecho privado, formulada por GÖNNER en 1808, y según la cual el consentimiento del particular no tiene otro fundamento que el poder del Estado y la obligación de aquél de someterse a la voluntad estatal. El poder coactivo otorgaba validez y eficacia al acto de nombramiento; la utilidad general, el interés público, justificaban el derecho del Estado y el deber del ciudadano. Es una manifestación típica de los poderes y fines del Estado policía de los siglos XVII y XVIII. Esta teoría, aparte su contradicción con los actuales ordenamientos que regulan la situación de los funcionarios pugna con la realidad jurídica de todos los Estados civilizados (10).

Para resolver las insuficiencias de las doctrinas señaladas, las predominantes en la actualidad consideran que el carácter exclusivamente público del acto de nombramiento no resta eficacia a la voluntad del particular, que ha de considerarse como elemento positivo de la creación de la relación jurídica; el acto de consentimiento es imprescindible para la eficacia del nombramiento.

Las teorías que se orientan en esta dirección son las contractuales de Derecho público y la francesa, de la situación legal o reglamentaria.

En las contractuales se fundamenta en la realidad de un acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular. Sin embargo, las diferencias suceden cuando se trata de calificar el valor jurídico, la eficacia

(8) Vid. artículo 1.709 del Código civil. Destaca ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, 1946, pág. 20, que ni una ni otra figura podrían tener aplicación general; el mandato se podía adoptar, si bien de modo impropio, a los empleados investidos de competencia externa, pero era inadecuada para los empleos puramente internos o de exclusiva actividad material; el arrendamiento, por el contrario, mientras se aplicaba a éstos, era inadecuado en relación con los empleados de más elevada categoría, y particularmente los funcionarios. Y añade: «Cualquier concepción privativista debía ser superada y eliminada, cuando comenzó a reconocerse el carácter público de muchas relaciones jurídicas, en el pasado sometidas al Derecho común.»

(9) Vid. BALDO PAPINI, ob. cit., pág. 38.

(10) JORDANA DE POZAS, ob. cit., pág. 101. Vid. también ZANOBINI, ob. cit., pág. 21; BALDO PAPINI, ob. cit., pág. 39; G. JELLINEK, *Sistema dei Diritti pubblici subbjetivi*, Roma, 1912, pág. 194.

del acto del particular. Algunos, como FORTI (11), para juzgar la fusión de dos voluntades de rango diferente, dicen que el acto de nombramiento ha de considerarse como un acto diverso del contrato, pero que lo contiene y se dirige a ejecutarlo; otros, como JELLINEK (12), distinguen el acto constitutivo de la relación de naturaleza contractual, y la relación que, una vez creada, se somete al régimen objetivo de la ley que le sea de aplicación; y quienes, considerando que el acto del particular representa un consentimiento al de la Administración, califican los dos actos como elementos constitutivos de un único negocio jurídico, que, al resultar del acuerdo de dos voluntades, tiene carácter contractual (13).

Por último, la doctrina francesa, en general, sostiene que la situación del funcionario es legal o reglamentaria.

En opinión de HAURIOU (14), el reclutamiento de los funcionarios civiles se realiza sobre la base de una requisición consentida; de una parte, los funcionarios se incorporan a la institución administrativa; de otra, se apropian en cierta medida sus funciones; por ello, su estatuto es legal o reglamentario, y se constituye por dos elementos esenciales: la pertenencia a los cuadros de la Administración, y la posesión de un empleo público.

La justificación es clara. En principio, la situación del funcionario no es contractual.

Según HAURIOU, un régimen contractual de los funcionarios implicaría una vinculación exclusivamente jurídica, cuando en realidad, y por la incorporación a la institución administrativa, existen también vínculos morales. La tesis contractual, aplicada a la situación del funcionario, dice, es tan falsa como la del contrato social para la situación del individuo en el Estado; el funcionario es miembro de la institución administrativa, como el ciudadano de la estatal o política. Y no puede ser admitida la tesis contractual porque no concurren los elementos propios de esta figura. Así, cuanto a la forma, el contrato es un consentimiento con determinación del objeto, mientras que en la relación del funcionario con la Administración no se da la determinación de objeto, ni se fija pliego de condiciones, y falta el cambio de consentimiento; el nombramiento es una decisión ejecutoria unilateral de la autoridad, y el consentimiento no es tal, sino una adhesión a una requisición. Lo mismo cabe decir respecto de los elementos de fondo, aunque se pretendiera

(11) Cit. por BALDO PAPINI, pág. 41.

(12) Ob. cit., págs. 197 y ss.

(13) Así, BORSI, *La contrattualità del rapporto di pubblico impiego*. «Rev. di Dir. Pubbl.», 1926. ORLANDO, *Principi di Diritto amministrativo*, págs. 94 y ss.

(14) *Précis de Droit administratif et de Droit public*, París, 1921, 10.^a ed., Págs. 573 y ss. También, M. WALLINE, *Manuel Elementaire de Droit administratif*, 4.^a ed., París, 1946, págs. 282 y ss. L. ROLLAND, *Précis de Droit administratif*, 9.^a ed., París, 1947, páginas 71 y ss.

como justificación alegar que si no existe contrato formal, sí hay tácito, porque la situación del funcionario sólo está reglada por leyes y reglamentos; las obligaciones y derechos tienen su título en la ley, no en el contrato. Los funcionarios y la Administración forman como una unidad en la institución administrativa.

La situación legal o reglamentaria del funcionario da lugar al principio que BONNARD (15) señala diciendo que los poderes y deberes del funcionario son fijados por las leyes o reglamentados; la situación reglamentaria es la regla; la legal, la excepción. De ello se derivan una serie de consecuencias: *a*) La situación es uniforme para cada una de las categorías de funcionarios; *b*) Los funcionarios no pueden pedir la modificación de su situación sino en la medida que todo ciudadano puede pedir la modificación de las leyes y reglamentos; y *c*) La situación puede ser modificada en todo momento sin el consentimiento de los funcionarios interesados por la autoridad legislativa o reglamentaria.

Una posición intermedia es la de BERTHELEMY (16), al distinguir situaciones contractuales y legales o reglamentarias, según se trate de funcionarios de gestión o de funcionarios de autoridad.

b) Clasificación.

Las doctrinas pueden analizarse según correspondan a tesis de Derecho privado o a tesis de Derecho público (17); y también por el punto de vista predominante, subjetivo u objetivo (18).

(15) *Précis de Droit administratif*, París, 1940, 3.ª ed., págs. 446 y ss. Una cuestión muy interesante es la de si el Estatuto debe ser legal o reglamentario. Los peligros que se tratan de evitar mediante el régimen objetivo no se consiguen con el Reglamento por las siguientes razones: 1) La autoridad que sanciona el Reglamento es la misma que lo ha de aplicar a los casos particulares. 2) El Reglamento no es demasiado estable; es fácil su modificación. 3) Sobre la base del Reglamento se llegaría a una gran diversidad de estatutos. Por el sistema legal se obtiene por resultado: 1) La autoridad que lo acuerda está fuera de la vía jerárquica. 2) Las modificaciones ofrecen más garantías. Sin embargo, el estatuto legal presenta también algunas dificultades, como la de que el Parlamento no puede votar tantas leyes como sean las especiales categorías de funcionarios. De aquí que la aspiración ecuatorial sea la de un estatuto legal que establezca los principios, y reglamentario en cuanto los desarrolle por normas especiales de aplicación. Vid. págs. 431 y ss. Un resumen de las cuestiones que presenta este problema y de las materias propias de la Ley y del Reglamento, en R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, v. e. de J. L. DERETRE, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1948, págs. 616 y ss. (Nota).

(16) *Traité Elementaire de Droit administratif*, 11.ª ed., París, 1926, págs. 56 y ss.

(17) Así, U. BALDI PAPINI.

(18) Es la adoptada por JORDANA DE POZAS, ob. cit., págs. 100 y ss., que exponemos más adelante.

En un reciente trabajo de SERRA PIÑAR (19) se examinan las distintas teorías, clasificándolas en los siguientes grupos:

1) *Teoría unilateral*.—En la relación jurídica prima, esencialmente, el interés de la Administración; la función se impone por la preexistencia de un deber que obliga al particular a servir al Estado.

2) *Teoría contractual*.—El contrato puede ser de Derecho privado o de Derecho público. Las doctrinas que sostienen el carácter contractual de Derecho común son las influenciadas por el Derecho civil y responden a una etapa histórica, en la que el problema apenas presentaba interés alguno, pues la dificultad sólo aparecía en lo relativo a la clase de contrato. Las doctrinas que consideran el contrato como de Derecho público tienen en cuenta la exigencia del servicio público y la voluntad del particular para incorporarse a la gestión administrativa, así como los derechos que adquiere por virtud del desempeño de la función.

3) *Teoría mixta*.—Se establece en consideración al carácter del funcionario. Si es funcionario-autoridad, queda unido al Estado por una relación de naturaleza legal o reglamentaria; si es funcionario de gestión, el vínculo que se establece es contractual.

4) *Teoría legal o reglamentaria*.—A tenor de sus principios, la situación del funcionario descansa en un orden jurídico de acuerdo con el carácter de la función. El carácter objetivo de la situación determina los derechos y deberes del funcionario, que se fijan unilateralmente por el Poder público, por vía general e impersonal. La doctrina goza de general aceptación y ha influido en los ordenamientos legales.

Las doctrinas sobre el régimen jurídico de los funcionarios se clasifican por GARCÍA LABELLA en los grupos siguientes (20):

1) *Doctrinas de Derecho privado*.—*a)* Precario (BÖHMER); *b)* Arrendamiento de servicios (MICELI); *c)* Mandato (MEUCCI); *d)* Contrato innominado (WESEPAL), y *e)* Donación *submodo*.

2) *Doctrinas de transición*.—*a)* Contrato *sui generis* (BECKE, MEIS-TERLIN); *b)* Concesión-contrato (MANTELLINI, GIORGI), y *c)* Las doctrinas que distinguen según la condición del funcionario (BERTHELEMY, NEZARD).

3) *Doctrinas de Derecho público*.—*a)* Teoría unilateral fundada en el deber cívico (SEUFERT, GÖNNER); *b)* Contrato de Derecho público (NAMMERER, CARBONI, FERRARIS), y *c)* Doctrina *estatutaria* (DUGUIT, HAURIJOU, JEZE, RENARD, JORDANA).

Finalmente, la clasificación del profesor JORDANA DE POZAS. En primer término, y con referencia a MAYER, señala la evolución operada en la calificación de la relación jurídica que une al funcionario con el Estado, distinguiéndose tres épocas: *a)* De confusión entre el Derecho civil

(19) *Naturaleza de la relación jurídica que une al funcionario con la Administración*. En «Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN», Madrid, 1952.

(20) *Derecho político y Administrativo*, Madrid, 1935.

y el Derecho público: *b)* Del Estado policía; y *c)* Del Estado constitucional.

Las doctrinas se clasifican en dos grupos. En uno se comprenden «las que adoptan el punto de vista subjetivo, teniendo de común que suponen necesariamente que el Estado o la entidad de que se trate tiene personalidad y actúa con tal carácter, y que el funcionario conserva, también íntegramente, su personalidad respecto de aquél, y estiman que el funcionario y el Estado mantienen una relación jurídica. Por el contrario, el carácter común a las doctrinas que forman el segundo grupo es el de adoptar el punto de vista principalmente objetivo, sosteniendo que, tenga o no personalidad el Estado, dicha personalidad jurídica no interviene aquí para nada, puesto que no hay relación entre el Estado y el funcionario, siendo la de éste una situación meramente objetiva, en la cual existen derechos y deberes que nacen de la ley y pueden ser cambiados por ésta».

1) *Doctrinas que adoptan el punto de vista subjetivo.*—a) *Tesis contractual civil.* Se mantiene por las más antiguas. El funcionario y la Administración están unidos por un contrato de Derecho civil: mandato; arrendamiento de servicios; contrato innominado; contrato *sui generis*. b) *Tesis contractual de Derecho público.* Se sostiene por LABAND, SEYDEL, FERRARIS. La persona administrativa establece las condiciones del pacto y se obliga, por su parte, a determinadas prestaciones, y de otra, la persona física que manifiesta su voluntad aceptándola, dando su consentimiento y comprometiéndose a realizar por su parte otras prestaciones. Si el acto de nombramiento es unilateral, intrínsecamente contiene un pacto con prestaciones recíprocas, es decir, bilateral.

2) *Doctrinas que adoptan principalmente el punto de vista objetivo.* a) *Teoría orgánica unilateral.* Los funcionarios son simplemente órganos del Estado y, aun considerados como titulares de los empleos, no tienen otros derechos que los de cumplir con su deber. b) *Teoría estatutaria.* La situación jurídica de los funcionarios es un estado o estatuto legal o reglamentario, por cuanto no surge de un contrato, sino directamente de la ley, aplicada a persona determinada mediante el acto administrativo de nombramiento. Los derechos y deberes derivan de la ley o del reglamento que regulan la carrera a que pertenece el funcionario.

c) *Las teorías sobre la naturaleza pública de la relación.*

Las doctrinas privatistas carecen en la actualidad de predicamento para explicar la relación jurídica entre el funcionario y la Administración. Es preciso, pues, acudir a las doctrinas que sostienen la naturaleza jurídico-pública de la relación. En las clasificaciones anteriores quedaron

reseñadas las más fundamentales, pero conviene hacer nueva referencia que explique la evolución. Así, pueden señalarse:

1) *La teoría de la función como deber social del ciudadano.*—Es la sostenida por GÖNNER, como ya dijimos, con una tesis opuesta a las doctrinas que defienden el carácter contractual privado de la relación. El consentimiento del particular no tiene otro fundamento que el propio poder del Estado; el particular tiene el deber de someterse a la voluntad estatal, desempeñando la función que se le impone. La doctrina se explica en las siguientes frases de ROUSSEAU, en el *Contrato Social*: «Todas las cláusulas del contrato social se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos en favor de la comunidad», y aquella otra que dice: «Todos los servicios que un ciudadano puede prestar al Estado se los debe tan pronto se los pida el soberano (21).

2) *La teoría de la concesión sobre el dominio público.*—Esta sostiene que el acto que verifica, como el que anula la concesión, es esencialmente un acto de potencia pública. El acto puede tener por fundamento una especie de relación jurídica de vasallaje, que pone como ejemplo LABAND. Sin embargo, HERMICHIE (22), a quien en líneas generales seguimos en esta clasificación, dice que hoy es inadmisibles una tal concesión de un derecho sobre la función pública.

3) *La teoría de la colación de empleo.*—En esta teoría se distingue el nombramiento, que es un acto contractual, y la colación de empleo, que es acto de autoridad. Así, LABAND, para quien el acto de nombramiento no es válido más que mediante el consentimiento del interesado, y en virtud del contrato establecido el funcionario ingresa en el servicio del Estado; pero la determinación de la función que ha de servir, y que constituye la colación de empleo, es un acto de autoridad.

4) *Teoría de la Lex Specialis.*—Se sostuvo por LARNAUDE, entre otros, quien comparaba la situación del funcionario a la del matrimonio, la adopción, etc., que no son contratos, ni pueden asimilarse a un régimen legal unilateral. Se critica la propia denominación que se da a la teoría en cuanto al nombramiento no es una ley especial.

5) *Teoría legal o reglamentaria.*—Se puede afirmar que es un desarrollo de la anterior, en cuanto la situación del funcionario se determine objetivamente, aplicándosele en virtud de la investidura, como sucede con el régimen del matrimonio o de la adopción, al verificarse los actos de investidura o adquisición de los *status* respectivos.

Por ello, decía DUGUIT que las condiciones de organización de los servicios públicos se hallan reguladas impersonalmente por la ley o los reglamentos; en una palabra, por el Derecho objetivo.

(21) Libro I. cap. VI y libro II. cap. IV.

(22) *El Estado y sus agentes.* Trad. de F. LOMBARDA, Ed. España Moderna, pág. 207.

c) *La doctrina española.*

En la doctrina española cabe señalar distintas posiciones sobre la naturaleza jurídica de la relación del funcionario con la Administración, pero todas ellas se comprenden en el grupo de doctrinas de Derecho público.

Así, ROYO-VILLANOVA (23) destaca el aspecto contractual por el consentimiento voluntario del particular al llamamiento de la Administración, sin que ello convierta en contractual y privada una relación de Derecho público, puesto que la utilidad particular del empleado tiene su razón de ser, su fin y su causa en la utilidad general; en ella encuentra su límite, su regulación, y a ella, en definitiva, se subordina».

Para FERNÁNDEZ DE VELASCO (24) la relación es bilateral: la Administración exige del funcionario que interprete con su voluntad, y según la ley, la competencia de un órgano, y, además, reconoce en el funcionario derecho a ciertas compensaciones. Una doble relación pública en cuanto ofrecen este carácter los sujetos en que se trava: el titular, por una parte, recibe, una investidura de funcionario, su competencia, del órgano; y por otra, de la Administración, la compensación.

El profesor ALVAREZ GENDÍN (25), después de analizar las tesis de otros autores, dice que «lo que hay, por un lado, es una reglamentación, y por otro, un consentimiento—no una sumisión—a un acto administrativo del funcionario, que acudió a un concurso, a una oposición de plazas vacantes, consentimiento a las normas de carácter general, dictadas o que se dicten en lo sucesivo, en mejora del servicio; y sin merma de los derechos económicos del funcionario, que tiene, en virtud del contrato aun nacido de una norma, aun teniendo su origen en una disposición de carácter general, pues la Administración pública está obligada a respetarlos so pena de sustituir un derecho económico por otro de esta índole; indemnización de un capital por daños y perjuicios».

GARCÍA OVIEDO (26) dice «... dibújense en el Derecho público actual figuras jurídicas que sólo espíritus aferrados a la tradición pueden entroncar con instituciones de otros tiempos. Esto ocurre con la concesión, y esto ocurre igualmente con la relación de empleo. En la concepción clásica del contrato, las partes aparecen situadas en el mismo plano; pueden discutir en pie de igualdad; una vez estipuladas las condiciones, no pueden sufrir éstas alteraciones, sino de común acuerdo, y las responsabilidades que su incumplimiento origina suelen ser estrictamente civiles.

(23) *Elementos de Derecho administrativo*, 21.ª ed., Valladolid, 1948, pág. 250.

(24) *Resumen de Derecho administrativo y de Ciencia de la Administración*, 2.ª ed., Barcelona, 1930, t. I, pág. 383.

(25) *Manual de Derecho administrativo*, Zaragoza, 1941, pág. 254.

(26) *Derecho administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1948, pág. 285.

En el desenvolvimiento de esta norma contractual no se exige, por lo demás, esa especial adhesión y lealtad, obediencia y disciplina que caracteriza la relación de empleo. Y, todo lo contrario, a estas notas y circunstancias se da en la relación que liga al funcionario con el Estado. Por lo demás, la índole de la función pública parece rechazar la idea de contrato. Entraña, en verdad, la realización de servicios, de prestaciones, que no pugnan con la idea contractual, pero implican también la atribución de poderes de competencias soberanas que están fuera del comercio humano.»

Con algunas limitaciones en relación a las garantías que la situación reglamentaria concede y limita a los funcionarios, admite la tesis del estatuto legal el maestro GASCÓN Y MARÍN (27), y JORDANA DE POZAS (28) expresamente la acepta, al decir: «En realidad, la situación jurídica de los funcionarios es un estado o estatuto legal o reglamentario, por cuanto no surge de un contrato, sino directamente de la ley, aplicada a personas determinadas mediante el acto administrativo de nombramiento. No quiere ello decir que los funcionarios carezcan de derechos, sino que estos derechos surgen de la ley o del reglamento que regula su carrera, y no de ningún contrato especialmente otorgado entre el Estado y cada uno de ellos. Esas leyes y reglamentos, añade, pueden ser alterados, y nadie discute que el derecho de la Administración a reorganizar los servicios se ejerce sin sujeción a previo asenso de los empleados cuya situación favorezca o perjudica. Cuando pueden hacer uso de un recurso o acción es en virtud de su expreso establecimiento por el derecho objetivo. Y no por aplicación de los preceptos para la eficacia de las obligaciones contractuales».

d) Conclusiones.

De todo ello se deduce que el acto de nombramiento es un acto administrativo unilateral, perfecto, emanado de la autoridad, para aplicar a un individuo determinado un estatuto legal o reglamentario; la aceptación por el destinatario le otorga sólo eficacia. El acto del particular obra aquí como presupuesto de eficacia del acto de nombramiento perfecto por la sola voluntad administrativa (29).

(27) *Tratado de Derecho administrativo*, 8.ª ed., Madrid, 1943, t. I, pág. 296. «Sepárame de los que así definen la relación entre el empleado y la Administración, en no admitir que en todo momento pueda ésta, pueda el poder del Estado cambiar a su antojo, o según las conveniencias públicas, la situación de los empleados, sin tener en cuenta los derechos subjetivos que a los mismos se habían reconocido anteriormente por disposiciones legales.»

(28) *Ob. cit.*, pág. 103.

(29) Vid. los artículos de F. GARRIDO FALLA, *Actos del administrado*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», ed. Sei, Barcelona, 1951, y *El negocio jurídico del particular en*

Por ello, dice BALDI (30) que con el acto de nombramiento nace la relación perfecta, condicionada en su eficacia a la aceptación; la declaración pública se concreta en un acto negocial sometido a una condición resolutoria de carácter potestativo; la particular no tiene otro fin que radicar la eficacia del nombramiento.

La misma tesis, desde el punto de vista de la doctrina francesa sobre los actos administrativos, desarrolla JEZE (31). El acto de nombramiento es un *acto-condición*: la manifestación de voluntad tiene por efecto *crear* una situación jurídica *general* creada y organizada por una ley o un reglamento (32). El nombramiento es acto *unilateral* que produce la investidura desde el instante mismo de su *publicación o notificación* oficial; aun cuando la función no sea obligatoria, no es necesaria la voluntad del individuo nombrado para producir la investidura: el nombramiento no es un «contrato», ni un acuerdo de voluntades tipo «unión», ni siquiera un acuerdo de voluntades del tipo «acto colectivo». Las reglas sobre nombramientos son normas generales o impersonales, leyes o reglamentos. La función pública es una *situación jurídica general, unipersonal y objetiva*, creada y organizada por las *leyes y reglamentos*, modificable en cualquier momento, y *únicamente*, por dichos medios legales.

El nombramiento, dice BONNARD (33), es un acto-condición desde el punto de vista material, y un acto unilateral afectado de una condición resolutoria, desde el punto de vista formal.

C) EL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA.

Veamos ahora qué naturaleza se deduce del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. La realidad es expresiva de que la relación nace por un acto unilateral de la Administración, por cuyo acto se otorga una investidura prevista en la ley o reglamento. Este acto es por sí perfecto; la aceptación expresa o tácita le otorga sólo eficacia. Sin embargo, se puede aducir que la relación tiene un cierto carácter contractual en cuanto los derechos del funcionario comienzan a partir de la toma de posesión, por la cual se acepta el nombramiento.

A este propósito, dice JEZE (34) que una cosa es la eficacia jurídica del

el Derecho administrativo, REV. DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 1, Madrid, 1950, páginas 117 y ss. G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel Diritto amministrativo*, Roma, 1931.

(30) Ob. cit., págs. 45 y 48.

(31) Ob. cit., pág. 59.

(32) Ob. cit., págs. 26 y ss. Y en el tomo primero de la última edición, págs. 13 y ss., su doctrina sobre las situaciones jurídicas y su régimen legal.

(33) Ob. cit., pág. 453.

(34) Ob. cit., v. II-2, págs. 33-34. Y, como dice ZANOBINI, ob. cit., pág. 24, los que sostienen el carácter contractual de la relación prescinden de la construcción formal

acto de nombramiento, y otra distinta la de carácter financiero o económico. Es lógico que no se tenga derecho al sueldo si no se prestan los servicios. La misma solución cabe aplicar a tenor de nuestro derecho y de las declaraciones jurisprudenciales.

El acto de nombramiento, por otra parte, aplica a un individuo determinado el régimen establecido en una ley o en un reglamento. El acto no crea *ab initio* una clase distinta de situación jurídica-administrativa; coloca a un individuo en un *status* objetivo.

En cuanto a si se trata de una situación legal o reglamentaria, nuestro ordenamiento responde, en principio, a los criterios doctrinales predominantes. Los funcionarios de la Administración civil están regidos por una Ley de Bases y un Reglamento de ejecución de la misma; y los de los Cuerpos especiales tienen, en general, un régimen idéntico, reconociéndosele el valor de régimen legal supletorio a la Ley de Bases de 22 de julio de 1918.

La doctrina de la jurisprudencia no es ciertamente muy explícita sobre el problema, ni numerosas sus declaraciones.

La *Sentencia* de 7 de junio de 1936, aparte de referirse más bien al contenido de la relación, se hace eco de las doctrinas desarrolladas sobre la naturaleza jurídica de la misma. Así, dice «que sin necesidad de dar beligerancia en este juicio a la teoría de los derechos adquiridos, muy imprecisa es la esfera del Derecho privado patrimonial, e inadecuada y exótica en los dominios del Derecho público, cuyas normas nunca dan lugar a verdaderos y propios «derechos adquiridos», es indudable que el moderno Derecho administrativo ampara la situación de los funcionarios públicos frente al Estado y entidades menores; y sea cualquiera la naturaleza que se atribuya a la relación que une el funcionario con la Administración, ya se acepte la teoría contractualista en cualquiera de sus modalidades, pues se ha discutido si se trata de un contrato de arrendamiento de servicio o de mandato, o de un contrato innominado de la especie de *ut facies*, o de un contrato *sui géneris*, o de un contrato de Derecho público, o ya, por el contrario, se siga la teoría estatutaria, que atribuye a dicha relación un origen puramente legal, reglamentario y objetivo, siempre resulta destacado el sentido bilateral que reviste la mencionada relación de prestación de servicios, al descomponerse y traducirse en derechos y obligaciones para ambas partes, derivadas del contrato o determinados por la ley, sin que tenga hoy adeptos la antigua y falsa teoría de la unilateralidad de la relación, no sólo en cuanto a su origen, sino también en cuanto al contenido, que creía que el Estado acusa

del acto constitutivo, y que se dejan llevar por el contenido bilateral, que indudablemente la relación presenta, pero que se ha observado justamente en relación a los funcionarios honorarios que la hipótesis del contrato no ha sido jamás propuesta, aunque el acto de nombramiento sea jurídicamente idéntico al de los empleados, y sometido también a la aceptación del interesado.

en ella todos los derechos, incumbiendo al funcionario sólo los deberes». (Vid. también la *Sentencia* de 11 de abril de 1946, en la que, si realmente se habla de contrato, no se hace referencia a criterios generales.)

En la *Sentencia* de 23 de marzo de 1934 se dice que en las relaciones entre los funcionarios públicos y la Administración, a la cual sirven, caben dos sistemas: el de estatutos y el de contrato, siendo el primero el que rige para los funcionarios en general y regía para los del Ayuntamiento de..., y de un modo absoluto hasta el acuerdo de reorganización de los servicios... Y en la misma *Sentencia* se declara también que el régimen de estatuto, por razones de justicia y de interés público, ha ido evolucionando a través de la legislación, en el sentido de que, sin mermar las inalienables facultades de la Administración, se garantice la situación de los funcionarios, prescindiendo de un concepto de unilateralidad que pugna con el principio fundamental de correlación entre derechos y deberes: y que estos principios han pasado de la esfera especulativa al Derecho positivo, y por ello, estimado como susceptible de propiedad el empleo público o, por lo menos, mirando el disfrute de éste una vez obtenido como un derecho vivo que si no ha llegado en las normas generales de Administración pública a la declaración expresa de que constituye una propiedad, como declara la Ley constitutiva del Ejército, está reconocida en la Base cuarta de la Ley de 22 de julio de 1918, al determinar las normas sobre la excedencia forzosa.

La *Sentencia* de 21 de mayo de 1952 (Sala 5.ª) declara que la doctrina científica va abandonando el criterio de que tenga naturaleza jurídica de contrato la relación que liga a la Administración central o local con los empleados que cumplan las funciones administrativas, a los que, no por contrato, sino por un orden preestablecido legal o reglamentariamente, se atribuye un complejo de derechos y deberes que el mismo orden legal protege, por lo que no puede confundirse la situación de quien se vincula por un contrato de prestación de servicios a una empresa con la de quien, por virtud de la competente designación, libremente aceptada, desempeña funciones de índole administrativa, sea cualquiera su importancia. La naturaleza de la función es, pues, la que determina la de la relación jurídica entre el funcionario y la Administración, cuyo principio adquiere progresiva aplicación al extenderse y calificarse como administrativas las actividades y funciones de las Administraciones públicas.

En la de 3 de abril de 1936 se sostiene que las normas del Derecho público, en cuanto a los funcionarios atañe, tienden a asegurar el respeto de la permanencia en sus cargos, bien estén sometidos a régimen contractual con la Administración, bien a régimen de estatutos, con lo cual siguen los principios del Derecho social, amparador del trabajo, y en ese sentido la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y el Reglamento para su aplicación de 7 de septiembre del mismo año, prevén el caso de excedencia forzosa por reforma de plantilla, de tal suerte que es manifiesto

ta la voluntad del legislador de armonizar el derecho, y aun el deber, que tiene el Poder público de reformar órganos y funciones y aun suprimir unos y otros, sin menoscabo del funcionario.

El derecho de los funcionarios está definido por el conjunto de preceptos vigentes. (Vid *Sentencia* de 12 de junio de 1942.)

Y en el *Acuerdo* de agravios (Orden de 29 de marzo de 1950 y «B. O. del E.» de 7 de mayo siguiente), se declara que «es doctrina administrativa reiterada la de que el derecho al empleo de los funcionarios públicos no se adquiere simplemente por el nombramiento, sino que debe ser perfeccionado por la toma de posesión del cargo en propiedad, para que se estime plenamente consolidado a todos los efectos».

Por último, en relación a las facultades de la Administración y sus límites para la reorganización de los servicios, con sus consecuencias en la situación legal de los funcionarios, la jurisprudencia ha reconocido su naturaleza discrecional, y como límite el respeto a los derechos adquiridos, bien de un modo directo o por medio indirecto de sustitución económica o de conversión de los empleos de que sean titulares. (Vid. *Sentencias* de 4 y 26 de junio y 7 de julio de 1949, 25 de febrero y 26 de noviembre de 1948, 4 de junio de 1947, 8 de junio y 21 de noviembre de 1946, 6 de marzo de 1944, 12 de abril de 1943, 2 de junio de 1942, 25 de septiembre de 1940, 12 de marzo, 3 de abril, 27 de mayo y 24 de junio de 1936, 28 de junio de 1932, 9 de enero de 1928, 28 de noviembre de 1921 y 3 de julio de 1916, entre otras. En Agravios, Ordenes de 31 de enero de 1950 y 12 de marzo de 1947.)

3.—TOMA DE POSESION

a) *Finalidad.*

El nombramiento se expresa por su publicación en los periódicos oficiales y por la expedición del título correspondiente a favor del candidato que reúne las condiciones legales. Mediante el título se notifica al particular su investidura de funcionario público. En el Estado actual, el desempeño de funciones públicas profesionalmente tiene un carácter voluntario. Si el nombramiento constituye un acto administrativo perfecto, requiere, como condición de eficacia, la aceptación del particular y destinatario del mismo. Por ello, la indebida toma de posesión (falta de título administrativo) no produce efecto. (Vid. *Sentencia* de 1 de marzo de 1949.)

La aceptación puede ser expresa o tácita, y por regla general se manifiesta mediante el acto de toma de posesión; el nombramiento se estima perfeccionado y consolidado a todos los efectos mediante la toma de posesión. (Agravios, *Acuerdo* de Orden de 29 de marzo de 1950 y «B. O. del E.» de 7 de mayo siguiente; *Acuerdo* de 31 de marzo de 1950, Orden de 21 de septiembre y «B. O. del E.» de 2 de octubre.

Este criterio es el aceptado por el artículo 6.º y sus concordantes, del Reglamento de 7 de septiembre de 1918, y en la doctrina del Tribunal Supremo. (Vid. *Sentencias* de 9 de abril, 28 de junio, 30 de septiembre de 1910.)

La toma de posesión implica la aceptación del particular que ha sido colocado en la situación o *status* del funcionario; es, por otra parte, efecto inmediato del acto de nombramiento, y con éste forma la pretensión esencial del vencedor en la oposición o en el concurso. Así, dice FERNÁNDEZ DE VELASCO (35) que el nombramiento *no gracioso* produce el derecho a la toma de posesión.

El título de nombramiento generalmente consigna el empleo o cargo que se confiere, la categoría administrativa que otorga a su titular, sueldo que se le asigna, período hábil para la toma de posesión, condiciones legales del interesado, autoridad ante la que ha de realizarse, y la referencia expresa o genérica de las disposiciones constitutivas del régimen aplicable al funcionario.

El nombramiento se hace público por su inserción en los periódicos oficiales y por notificación al interesado mediante la entrega del respectivo título o de comunicación sustitutiva.

h) *Plazos posesorios.*

El Reglamento de 7 de septiembre de 1918 señala los diversos plazos posesorios, de acuerdo con los criterios doctrinales.

Es principio general que el plazo para tomar posesión, tratándose de ingreso en el servicio, o de ascenso o traslado que implique cambio de residencia, será de treinta días, a contar de la fecha de nombramiento (artículo 18).

La computación del plazo posesorio ha de hacerse a partir de la fecha en que se comunica el nombramiento al interesado, porque en perjuicio de éste no puede repercutir cualquier retraso en la comunicación, imputable a los organismos encargados de hacerla. (*Sentencia* de 22 de octubre de 1948.) El plazo no puede computarse desde la fecha de nombramiento cuando dicho término está subordinado al de la fecha en que se expide la Real cédula, ni tampoco a la de este documento cuando no se conoce por el interesado. (*Sentencia* de 15 de junio de 1921, referente a la toma de posesión de beneficios eclesiásticos.)

La toma de posesión se ha de verificar en plazo distinto en los siguientes casos:

- a') Los de nombramientos en que se consigne un plazo más breve;
- b') Los de destino en las Islas Canarias, y los de traslados desde este archipiélago o desde la Zona del Protectorado en Marruecos a la Península.

(35) *Resumen* . . . cit., pág. 377.

la, casos en los cuales el plazo se entenderá ampliado por quince días; y c') Los de nombramientos para cargos que exijan prestación de fianzas, en los que el término posesorio será de cuarenta y cinco días (36).

Los referidos plazos sólo podrán prorrogarse por causa justificada, y mediante Orden, en la que se consigne aquélla expresamente (artículo 18) (37). La concesión de prórrogas, a tenor de este precepto, depende de la potestad discrecional de la Administración. (*Sentencia* de 15 de abril de 1924.)

¿La concesión de prórrogas por enfermedad o fuerza mayor depende igualmente de la potestad discrecional de la Administración? En caso de que su concesión sea obligatoria, ¿el límite máximo es el de dos meses, que se deduce del artículo 20 del Reglamento? ¿Su aplicación puede quedar circunscrita a los funcionarios en activo si se tiene en cuenta la disposición última del artículo 22? En este precepto se dice que, tratándose de ingreso en el servicio, los funcionarios se presentarán a ejercer sus cargos dentro de los términos posesorios, o de las prórrogas que les fueran concedidas; no se establece límite de duración de las mismas. En cualquier caso, y teniendo en cuenta los beneficios que se conceden durante las prórrogas, el régimen a que está sometida la toma de posesión es demasiado exigente, máxime cuando se puede distinguir el derecho al cargo y los derechos económicos, que sólo son exigibles por servicios prestados, según doctrina clásica de nuestra jurisprudencia.

Sin embargo, la *Sentencia* de 15 de junio de 1921 dice que, producida en tiempo la solicitud, justificada por enfermedad, de la prórroga del término posesorio, y debida por ello a causas insuperables e independientes de la voluntad del solicitante, tal petición lleva aparejada la interrupción de ese término, porque lo imposible no es susceptible de obligación, y de esta índole no es conducente la consecuencia que se deduce de la Real orden reclamada, que el vencimiento de ese término, al ser desestimada la súplica de su prórroga, es fatal y lleva inherente la renuncia del destino o la declaración de cesantía.

(36) Para los Sargentos en activo servicio que obtuvieran destinos civiles, el plazo se contará desde la fecha en que se les entreguen los pasaportes por las respectivas Capitanías Generales, y para los Sargentos licenciados, desde el día de la inserción del nombramiento en el «B. O. del Estado» (artículo 18). Los funcionarios ascendidos o trasladados de una oficina a otra, sin cambio de residencia, tomarán posesión de su nuevo cargo el siguiente día al en que cesen en el destino que desempeñaron al ser nombrados, salvo el caso de disfrute de licencia, en el que el plazo posesorio será de los días que restan de ella. Si el nuevo destino fuera de los que exigen fianza, el término posesorio será de cuarenta y cinco días (artículo 21). Los Secretarios de la Administración de Justicia tomarán posesión dentro de los treinta días siguientes al de la publicación del nombramiento en el «B. O. del E.»; en Canarias, a los cuarenta y cinco (Decreto de 26 de diciembre de 1947, artículo 15). En Notarías se da posesión a los quince días de entrega del título, en sesión pública (Reglamento de 2 de junio de 1944, artículo 35), por ejemplo, en relación con los Cuerpos especiales.

(37) Según el Real-Decreto de 26 de marzo de 1925.

c) *Condiciones.*

El acto de toma de posesión puede asimilarse a la *traditio* del Derecho romano o a la *investidura* del Derecho feudal (38). A partir de la toma de posesión, el particular se convierte en verdadero titular de un empleo público y puede ejercer, con todos sus efectos, las funciones propias del mismo.

En los títulos administrativos que se expidan para toda clase de nombramientos, dice el artículo 23 del Reglamento de 1918, se comprenderá el mandato, para que, sin necesidad de los decretos de «cúmplase» y «dese posesión», ni de ninguna otra diligencia, los funcionarios se posesionen de sus cargos ante el Jefe del repetido Centro o dependencia.

La posesión se hará constar por certificación extendida al dorso o a continuación del referido título. Este será registrado, archivándose una copia del mismo, que oportunamente se adicionará con las de las diligencias que produzca las vicisitudes ulteriores en el mismo Centro o dependencia.

Para dar posesión se exigirá al nombrado la presentación de los documentos que justifiquen su capacidad legal para el cargo, si no constasen ya en el expediente en que se hubiera acordado el nombramiento; igualmente los relativos al cumplimiento del servicio militar (39), siendo mayor de veintiún años y menor de cuarenta y tres (40), y a los deberes electorales (41).

También ha de acreditarse la constitución de la fianza cuando sea condición previa para la toma de posesión del cargo (42).

La Ley de Contabilidad y Administración del Estado de 1 de julio de 1911 (artículo 3.º) dispone que las fianzas se constituirán en metálico

(38) Vid. ZANOBINI, ob. cit., pág. 45.

(39) Artículo 26 de la Ley de 28 de agosto de 1878, y R. O. de 26 de septiembre siguiente. Artículo 3.º del Decreto de 6 de abril de 1943.

(40) Vid. Decreto de 6 de abril de 1943.

(41) Artículo 85 de la Ley electoral de 1907; Decreto de 8 de mayo de 1947, artículo 3.º, Orden de 20 de junio del mismo año. Decreto de 30 de septiembre de 1948.

(42) Regla segunda de la R. O. de 27 de marzo de 1878. Así han de constituir fianza los Administradores Habilitados de Enseñanza Primaria (Estatuto, artículos 168, 173 y 175); los Habilitados de Clases Pasivas (Reglamento de 7 de noviembre de 1944, artículo 59); los Registradores de la Propiedad (Reglamento Hipotecario, artículos 520 y 525); personal del Servicio Nacional del Trigo (Órdenes de 20 de marzo y 25 de octubre de 1945); Administradores de Hospitales de Incurables (Reglamento de 10 de noviembre de 1945); las Diputaciones provinciales, por la recaudación de impuestos del Estado (Orden de 4 de febrero de 1943); los Depositarios de Administración Local (Ley Municipal, artículo 195, Ley de 23 de noviembre de 1940, etc.); y, en general, cuantos manejan Fondos públicos.

o en efectos públicos. Por otras normas se permite constituir las mediante la oportuna garantía sobre fincas rústicas y urbanas (43).

La toma de posesión de determinados cargos exige la prestación de juramento (44), que puede sustituirse por el requerido, prometiendo por su honor (45).

d) *Efectos.*

a') *Consolidación del acto de nombramiento.*

El primer efecto de la toma de posesión es la consolidación del acto de nombramiento, al que otorga eficacia.

b') *Derechos a los haberes reglamentarios.*

Los funcionarios percibirán el sueldo que les está asignado desde el día en que tomen posesión de su destino, excepto cuando hayan obtenido éste por ascenso en turno por antigüedad, caso en el cual devengarán el nuevo sueldo desde el día siguiente al en que se hubiese producido la vacante respectiva (artículo 18, Reglamento de 1918). A tenor del artículo 35 del Real Decreto de 18 de junio de 1852, el derecho a percibir los sueldos de un destino se adquiere con la toma de posesión y no es procedente abonar sueldos por servicios no prestados. Esta doctrina se sostiene con toda rigidez por el Tribunal Supremo, cualesquiera que sean las circunstancias, salvo expresa disposición en contrario. (Vid. *Sentencias* de 26 de mayo de 1892, 7 y 15 de abril de 1904, 26 de mayo y 30 de octubre de 1935, 9 de febrero de 1926, 15 de febrero y 20 de abril de 1936, 14 de junio de 1943, 27 de marzo de 1945, 25 de febrero de 1946, 12 de abril y 22 de diciembre de 1949 y 25 de marzo de 1935. En *Agravios*, Ordenes de 7 de abril y 21 de septiembre de 1946, 21 de noviembre de 1947 y 22 de septiembre de 1949.)

c') *Escalafonamiento.*

En cuanto al escalafonamiento de los funcionarios en relación con la toma de posesión, la doctrina jurisprudencial es la siguiente:

1) La regla general aplicable en la formación de los escalafones es la de que se realice con arreglo a la antigüedad de los que en ellos hayan de ser comprendidos, y que la antigüedad se cuenta por las fechas de

(43) Ley de Presupuestos de 11 de julio de 1877, artículo 72, y R. O. de 27 de marzo de 1878, regla segunda.

(44) El Decreto de 16 de febrero de 1938 establece la fórmula de juramento y condiciones para prestarla, de los funcionarios pertenecientes a la Administración de Justicia. Los aspirantes del Cuerpo de Registradores de la Propiedad prestarán juramento de fidelidad al Régimen, ante el Director General o autoridad en quien se le delegue, levantándose acta de la solemnidad (Reglamento Hipotecario, artículo 515); los Maestros prestarán juramento de fiel servicio (Ley de 17 de julio de 1945, artículos 57 y 65); los Catedráticos de Universidad (Ley de 29 de julio de 1943); etc.

(45) Ley de 24 de noviembre de 1910.

las respectivas posesiones. (*Sentencias* de 21 de abril de 1921, R. D. S. de 19 de septiembre de 1881, *Sentencia* de 13 de abril de 1948, cuando el escalafón se ha de integrar por funcionarios de igual procedencia—maestros—, y *Sentencia* de 21 de enero de 1949; Agravios, *Acuerdo* de 31 de marzo de 1950, Orden de 21 de septiembre y «B. O. del E.» de 2 de octubre.

II) El puesto en el escalafón ha de discernirse o señalarse con arreglo a la fecha de promoción y número que dentro de ella se obtuviera (*Sentencias* de 18 de marzo de 1936 y 13 de abril de 1948; en Agravios, Orden de 12 de noviembre de 1948); pues el criterio de que el lugar de situación en las escalas ha de regirse por las fechas de nombramientos y posesión, es contrario a derecho y desconoce los adquiridos por la fecha de promoción y el número que dentro de ella se obtuvo (*Sentencia* de 18 de marzo de 1936).

El Real Decreto de 11 de agosto de 1918, artículo 2.º, dispone que los Catedráticos o Profesores de los Centros de Enseñanza dependientes del Ministerio de Educación Nacional figurarán en el escalafón respectivo desde la fecha de su nombramiento, y los que procedan de las mismas oposiciones serán colocados por el orden de propuesta del Tribunal calificador (46).

Y el artículo 46 del Reglamento general de funcionarios dispone que a los excedentes forzosos que durante el tiempo de su excedencia obtuvieran ascenso de escalafón por antigüedad se les considerará posesionados del nuevo cargo en la fecha del ascenso. Como también el artículo 18 otorga el derecho al sueldo correspondiente al ascendido por antigüedad, desde la fecha en que se hubiere producido la vacante.

La doctrina que otorga eficacia jurídica a la fecha de nombramiento condicionada por la de promoción y el orden adquirido en la misma, es la verdadera y más consecuente con los principios del régimen estatutario. En efecto, el nombramiento constituye el cumplimiento de una obligación de la Administración por acatamiento a la propuesta de los Tribunales examinadores; es un acto administrativo que aplica a un sujeto determinado el *status* previsto en el estatuto legal o reglamentario; la naturaleza jurídica de la relación del funcionario con la Administración no es contractual; la aceptación del nombramiento no es un acto de consentimiento y de creación de un contrato, a partir de cuyo momento produciría los efectos propios de tal vínculo jurídico, sino que es una manifestación de voluntad que nada añade a la perfección del acto de nombramiento, al que sólo le otorga eficacia, y, por tanto, una vez formulada, el acto se consolida desde el mismo momento de su emisión. Esto, además, es exigencia del derecho adquirido en la oposición o concurso; de la preferencia reconocida por el mérito y la capacidad.

(46) V. la Orden de Agravios de 12 de noviembre de 1949, interpretando y aplicando acertadamente la disposición a que nos referimos.

d') *Confirmación de los derechos de la carrera.*

Así lo declaran, con relación al derecho de ascenso y a la mejora de haber, las *Sentencias* de 18 de febrero de 1931 y 18 de junio de 1926, respectivamente.

e') *La preferencia entre cargos incompatibles.*

Tal efecto se atribuye por la doctrina que proclama el *Acuerdo* de 29 de febrero de 1952 (Orden de 28 de abril, «B. O. del E.» del 12 de mayo).

f') *Cómputo de servicio a efectos de clases pasivas.*

La toma de posesión determina también efectos en relación con el régimen de Clases pasivas, en cuanto a la computación de servicios prestados y en los supuestos de concurrencia transitoria de distintos sistemas (47).

e) *Efectos de la falta de toma de posesión.*

Según el artículo 22 del Reglamento de 7 de septiembre de 1918, cuando, tratándose de ingreso en el servicio, los funcionarios no se presenten a ejercer su cargo dentro de los términos posesorios o de las prórogas que les fueron concedidas, se entenderá que renuncian a su destino (vid. también Orden de 11 de noviembre de 1930).

En los demás casos, los funcionarios que no tomen posesión de su nuevo destino en los plazos marcados serán declarados cesantes (vid. sobre esta situación artículos 30, 49, 62 y 66 del mismo Reglamento).

La jurisprudencia es terminante. En la *Sentencia* de 22 de octubre de 1946 se declara que, sin plantearse el problema de la aplicación de la Real Orden de 7 de enero de 1925, no estorba recordar, al menos como precedente administrativo, que su regla tercera entronizó la posibilidad de declarar cesante fulminantemente, sin necesidad de expediente alguno, a los funcionarios que no se hicieran cargo de sus empleos en los plazos fijados, declarando además que incurría en abandono de destino quien no se reintegrara a su puesto después de utilizado un permiso o licencia. Y en la de 15 de febrero de 1947, que no se justifica la falta de toma de posesión por la circunstancia de que fuera impugnado el nombramiento, pues mientras éste no fuera suspendido por quien para ello tuviere competencia, conservaba, a tenor del artículo 5.º del Reglamento de 2 de agosto de 1930, la condición de nombramiento válido y eficaz por tratarse de un acuerdo ejecutivo cuya inmediata y primordial consecuencia era *la toma de posesión por el designado, formalidad inexcusable siempre en todo funcionario que haya de consolidar y hacer efectivo el derecho originado por la credencial a su favor.*

Los supuestos a que se refiere el texto legal tienen por fundamento

(47) Vid., por ejemplo, el artículo 4.º del Estatuto de Clases Pasivas.

la voluntad del particular interesado; constituyen manifestaciones tácitas de voluntad, por las que se renuncia al empleo concedido, sin que requieran la aceptación de la Autoridad competente, porque se opera por mandato de la norma. Cuando la renuncia no se opera a través de la falta de toma de posesión, es sólo un acto unilateral que sólo puede producir sus efectos a partir de la aceptación (vid. *Sentencias* de 25 y 30 de enero de 1936, 20 de noviembre de 1939, 28 de abril y 19 de noviembre de 1950, y 15 de febrero de 1947). En la terminología anteriormente expuesta, forma en el grupo de actos del particular presupuesto de la validez y eficacia de un acto administrativo.

Por último, interesa destacar la doctrina sobre los efectos de la falta de toma de posesión, que no tiene por causa la voluntad del individuo interesado, sino de la autoridad que ha de dar la posesión en el cargo.

En primer lugar, se declara que no caduca el plazo posesorio en estos casos (*Sentencia* de 25 de febrero de 1946; en *Agravios*, Orden de 17 de mayo de 1947, «B. O. del E.» de 16 de junio).

Por otra parte, se aplica también el principio de que no procede reconocer haberes por servicios no prestados (*Sentencias* de 25 de junio de 1946 y 16 de enero de 1935). El particular sólo dispone, para conseguir la reparación de su derecho lesionado, la de exigir a las Autoridades o funcionarios culpables la responsabilidad en que hubieren incurrido. Solución, por cierto, no muy eficaz al fin de reparación (48). Este es caso bien expresivo de responsabilidad por falta del servicio, aunque su causa sea una culpa del funcionario competente para dar posesión. Nuestro sistema general continúa sobre los criterios tradicionales.

Se pueden aplicar aquí las *elocuentes* consideraciones de la jurisprudencia de *Agravios*, sobre un caso que a los efectos presenta marcada analogía. En Acuerdo de 27 de mayo de 1949 (Orden de 22 de septiembre, «B. O. del E.» de 2 de junio siguiente) se dice «que la resolución de un recurso de *Agravios* no tiene nunca más efectos jurídicos y económicos que los declarados en ella, y en el *Acuerdo* del Consejo de Ministros de 24 de octubre de 1947, cuya aclaración se pide, no se hace indicación alguna de la que pueda deducirse que los recurrentes que resultaron nombrados Catedráticos a consecuencia del recurso, tengan derecho a reclamar los sueldos que hubieran devengado caso de que desde el primer momento se hubieran provisto las diez plazas convocadas, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que, según el artículo 18 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 a los Cuerpos Generales de la Administración civil del Estado, *el derecho al sueldo nace de la toma de posesión, y que, si bien es cierto que el retraso en la toma*

(48) Vid. la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento de 23 de septiembre siguiente y artículo 1.092 y siguientes del Código civil. El artículo 408, 2, de la Ley vigente de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, constituye una verdadera innovación en nuestro sistema y una auténtica garantía para los funcionarios.

de posesión de los solicitantes, con respecto a los otros cuatro compañeros que resultaron nombrados previamente, en virtud de la misma oposición, fué motivado por un error producido por el Tribunal al determinar el número de vacantes a cubrir, error imputable a la Administración, no es menos cierto que una reiterada jurisprudencia contenciosa, recogida también por la jurisprudencia de Agravios, ha venido sentando el principio de que no son abonables los servicios no prestados, sin perjuicio de que los interesados pueden exigir, si lo estiman oportuno y en el procedimiento establecido al efecto, la responsabilidad civil a quien hubiere lugar, conforme a la Ley de 5 de abril de 1904 (49).

(49) El diferente tratamiento de que gozan los funcionarios de las Administraciones locales, las efectivas garantías de que disponen, se evidencia con la simple lectura del artículo 408 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, en cuyo párrafo segundo se establece: «Asimismo se abonará a quienes obtengan resolución firme declaratoria de su derecho a (un cargo, ascenso o categoría superior, la cantidad correspondiente al tiempo transcurrido desde la fecha en que debió tomarse el acuerdo hasta la toma de posesión.»