

## LIBRO III

### Los individuos adcritos al servicio publico.—La función pública.

---

Los problemas relativos a la función pública pueden agruparse en estas dos grandes categorías :

- 1.ª Teoría general de la función pública.
- 2.ª Estudio particular de los principios generales que rigen la organización y la competencia de los agentes públicos más importantes, separación entre las autoridades administrativas y judiciales, independencia de la Administración cerca de los Tribunales de todo orden, separación entre las autoridades civiles y militares, entre los ordenadores, administradores y contables, etc.

#### PARTE PRIMERA

##### TEORÍA GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El servicio público, *sensu lato*, tiene por objeto la satisfacción de las necesidades generales tales como las siente la so-

---

sometido, en sus relaciones con los particulares, a las *reglas del derecho civil*, y desde el punto de vista de las faltas que pueda cometer, su responsabilidad la determinarán los Tribunales de la jurisdicción ordinaria. La explotación de un teatro constituye una empresa privada. Las subvenciones que el Estado le concede... no pueden producir el efecto de modificar su carácter y transformarle en un servicio público. De este modo, la acción... no se dirige contra el Estado potencia pública, en razón de la mala gestión de un servicio público que le está encomendado, sino contra el Estado propietario... Dicho edificio (*Opera Cómica*) formaba parte del dominio privado del Estado, quien lo poseía a título de propietario... Por tanto, es procedente la competencia de los Tribunales ordinarios.

ciudad en un país y en una época determinada. Toca a los gobernantes determinar cuáles son las necesidades que habrán de ser satisfechas por el procedimiento del servicio público y cómo funcionará éste. Los agentes colaboran en esta función. Los gobernantes y los agentes sólo proceden en atención al servicio público.

Los gobernantes son los electores, diputados, senadores y quizá el Presidente de la República. (1).

Los agentes, los funcionarios son los prefectos, subprefectos, alcaldes, consejeros generales, consejeros municipales, jueces, oficiales del ejército, soldados, agentes de policía, profesores, ingenieros, etc., etc.

Distínguense los goberantes de los agentes por la mayor fuerza social y política que aquéllos poseen. En Francia, actualmente, la mayor autoridad pertenece a la masa de los electores y a los diputados y senadores. Su voluntad es omnipotente. Su voluntad concordante es decisiva.

Por lo demás, varían las fuerzas respectivas de que goza cada categoría de gobernante.

Posee la mayor fuerza la masa de los electores. Esto ocurre en derecho (*principio de la soberanía nacional*) y en la práctica. La debilidad del Cuerpo electoral proviene de la falta de organización de los electores, de la imprecisión de su voluntad y de los largos intervalos que separan las ocasiones en que estas voluntades se manifiestan.

Después de los electores son los diputados, por su más

---

(1) ¿Es hoy día un gobernante el Presidente de la República? Tal ha sido, ciertamente, el propósito de los autores de las leyes constitucionales de 1875, que han construido la Presidencia de la República según el modelo *monárquico*. Pero la experiencia recogida desde 1875 muestra que en Francia no puede considerarse al Presidente como un verdadero gobernante. En la práctica, sólo goza el Presidente de poderes muy limitados. Tan escasa es su influencia personal, que algunos se preguntan si no procede poner en armonía las leyes con los hechos y suprimir la Presidencia. De hecho—dicen—, el Presidente no es un gobernante; es el primero de los *funcionarios*, el más elevado, pero sólo un funcionario.—No ha lugar a desenvolver esta idea. Duguit (*Tr. de Droit constt.*, 1911, I, p. 406) dice: «Según la Constitución de 1875, el Presidente de la República es jefe del Estado, que personifica el Gobierno; está investido del Poder ejecutivo; no es un mero agente del Parlamento, sino que, como éste, es un órgano de representación. Pero, de hecho, bajo la acción de causas que se estudiarán más adelante, el *Presidente de la República tiende a no ser más que un simple agente del Parlamento y del Gobierno; a no ser, ya un órgano de representación, sino únicamente una autoridad administrativa.*»

íntimo contacto con la masa electoral, los que gozan de mayor autoridad. Tras de ellos están los senadores.

*Políticamente hablando*, los gobernantes no pertenecen a las mismas clases sociales. De entre los que forman parte de la masa electoral parece que deben ser los *pobres*, los *proletarios* los que posean la fuerza mayor en razón a su número considerable, que también puede aprovecharlo la institución del sufragio universal. Pero muchos proletarios sufren la acción de las clases burguesas, y, por tanto, en Francia son estas clases las que proporcionan la gran mayoría de los diputados, y la casi unanimidad de los senadores. Esta realidad permite decir que en el momento actual *políticamente y de hecho*, el poder público pertenece a la clase burguesa. Es evidente que si los electores proletarios, por su organización y educación política, lograsen un día sustraerse a la influencia de la burguesía, el Poder pasaría a sus manos, como en los comienzos del siglo XIX pasó a las manos de la burguesía. Pero este no es un asunto jurídico sino político.

Caracterízanse los *agentes* por su *dependencia* de los *gobernantes*. Son éstos los que *discrecionalmente* les asignan su competencia, determinan su *status*, señalan los medios jurídicos o los recursos económicos con los cuales cumplirán su misión, fijan los poderes de que podrán usar sobre las personas o bienes de los individuos (servicios personales, expropiación, impuestos, tasas, etc.).

Pero la dependencia de los agentes cerca de los gobernantes es de diversos grados. En Francia es el prefecto el tipo de funcionario absolutamente dependiente de los gobernantes. Los jueces, los profesores, los agentes descentralizados (consejeros generales, municipales, etc.) son agentes sometidos a una dependencia menor.

Por lo demás, la clasificación de los individuos adscritos al servicio público en gobernantes y agentes parece tener ante todo un valor *político*, pues desde el punto de vista de la *técnica jurídica* es bien débil la diferencia que los separa.

Gobernantes y agentes carecen de *poderes propios*; sólo gozan de *competencia*, que no es arbitraria sino que se halla establecida en la ley. Sus manifestaciones de voluntad únicamente tienen efecto jurídico cuando implican el ejercicio de un poder legal. Y estos efectos jurídicos son los que están determinados en las leyes o los queridos por los individuos adscritos al servicio público dentro de los límites señalados en las leyes.

La diferencia principal existente entre gobernantes y agen-

tes estriba : 1.º En que ordinariamente los primeros señalan por sí mismos, discrecionalmente, el círculo de su propia competencia (1). 2.º En que no están sometidos a un control tan severo como los agentes. Constituye en Francia principio fundamental en esta materia el que las autoridades parlamentarias viven sustraídas en sus funciones al control de toda clase de Tribunales.

El Derecho administrativo, por oposición al Derecho constitucional (2) se ocupa particularmente de los agentes o funcionarios públicos. El Derecho constitucional trata de los gobernantes. Pero los problemas a resolver son exactamente los mismos y los principios jurídicos idénticos.

Nosotros sólo trataremos de los *agentes*.

Y procede estudiar estas cinco cuestiones :

- 1.ª Clasificación de los agentes.
- 2.ª Reclutamiento de los mismos (ingreso en el servicio).
- 3.ª Separación del cargo (salida del servicio).
- 4.ª Derechos y deberes de los agentes.
- 5.ª Control a que están sometidos.

---

(1) Evidentemente, los gobernantes están influenciados por las ideas de justicia que predominan en un país en un momento determinado. Pero, repetimos, ésta es una cuestión de orden político, y no de técnica jurídica. Sin embargo, existen—aunque en número reducido—algunos grandes principios de derecho público que, a pesar de no estar escritos, dominan la conducta de los gobernantes, por constituir la expresión jurídica de fuerzas superiores a las voluntades individuales. Por ejemplo, el principio según el cual las reglas del Derecho, las instituciones políticas, administrativas o sociales pueden ser modificadas o suprimidas en todo momento no está inscrito hoy día en la Constitución, y, sin embargo, se impone *jurídicamente* a los gobernantes. La cláusula que determinase que una ley no pudiera derogarse o modificarse hasta pasado cierto tiempo sería *jurídicamente* nula, pues quebrantaría el principio según el cual la *soberanía es inalienable*. Otro tanto debe decirse del principio de la *intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales* y el de la *imposibilidad* de las afecciones perpetuas.

(2) Esta separación entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo es completamente artificiosa y no responde a la realidad política y social; pero es tradicional en Francia, al menos en la doctrina y en la enseñanza de las Universidades francesas. A nuestro parecer, dicha separación sólo ha producido dificultades, una de las cuales—y, por cierto, de la mayor gravedad—ha sido desatender toda la parte de *técnica jurídica* en lo que se ha acostumbrado a llamar «derecho constitucional». Hasta una época reciente, las obras de derecho constitucional han tratado, sobre todo, de los problemas de *arte político*.

## CAPITULO PRIMERO

### Los agentes del servicio público.

#### SECCION PRIMERA

##### LAS DIFERENTES CATEGORÍAS DE INDIVIDUOS EMPLEADOS EN EL SERVICIO PÚBLICO

En Francia, como en todos los países civilizados, una multitud de individuos realizan *prestaciones personales* para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos. Pero todos estos individuos no son agentes del servicio público. Procéde distinguir :

- 1.º Los *agentes del servicio público*, propiamente dichos.
- 2.º Los *auxiliares*.
- 3.º Los *requisados*.

I. Caracterizanse todos estos individuos en que realizan prestaciones personales para hacer funcionar los servicios públicos. Pero no todos gozan de la misma situación jurídica. Así, los prefectos, subprefectos, profesores de Universidad, etcétera, son evidentemente *agentes del servicio público propiamente dicho*. El individuo accidentalmente empleado para reforzar el personal de la Alcaldía encargado de las operaciones del censo, el individuo empleado momentáneamente en la limpieza de las calles en caso de nevada extraordinaria, son, de modo evidente también, *auxiliares*. El individuo que en virtud de una orden de *requisición* de la autoridad militar o sanitaria presta un servicio personal para suplir la insuficiencia de los medios ordinarios está en una situación jurídica que no es ni la del servicio público propiamente dicho, ni la del servicio auxiliar.

Es menester, por consiguiente, señalar cuáles son los caracteres distintivos de estas tres clases de agentes.

II. La materia es muy difícil. Hasta el momento actual el legislador no la ha reglamentado en su conjunto. Sólo existen disposiciones sueltas. La doctrina francesa es, sobre este punto, muy incierta. Los autores no marchan de acuer-

do. Es necesario, por consiguiente, recurrir a la jurisprudencia, si bien haciendo la salvedad de que es dudoso que haya logrado llegar hasta el día a conclusiones definitivas en esta materia. Todavía constituye un nuevo motivo de dificultad el que la terminología corriente en este problema es muy imprecisa, como acontece siempre que carece de la suficiente estabilidad el fondo de las cosas. No consideran todos como sinónimas las palabras funcionarios, empleados, agentes, ni pueden decir los que emplean estos términos con sentidos diferentes lo que de un modo exacto quieren designar con ellos.

Por nuestra parte, prescindiremos completamente de esta terminología defectuosa y tomaremos como sinónimas las palabras *funcionarios, empleados y agentes*; tendencia que sigue abiertamente en la actualidad el Parlamento (1).

III. El número de funcionarios en Francia es considerable, siendo imposible determinarlo de una manera precisa. En efecto, hay agentes que apenas hacen sino pasar por el servicio público: jurados del orden criminal, jurados de expropiación, miembros de un organismo electoral, escrutadores, etcétera. De otra parte, para la redacción de las estadísticas no se está de acuerdo sobre el punto de saber si los soldados, obreros de arsenales, de fábricas de tabacos, de cerillas o empleados de ferrocarriles son o no funcionarios.

Para terminar; hay muchos que no incluyen en el concepto de funcionarios públicos los consejeros generales, con-

---

(1) Dice el proyecto de ley sobre funcionarios de 25 de mayo de 1909, artículo 1.º: «Se consideran funcionarios, para los efectos de la presente ley, todos los que en *calidad de delegados de la autoridad pública, de empleados, de agentes o de subagentes* poseen en un servicio público del Estado un empleo permanente...» Véase también el proyecto de la Comisión de la Cámara de los Diputados (18 junio de 1909): «Se consideran funcionarios, para los efectos de esta ley, todos aquellos que en *calidad de delegados de la autoridad pública, de empleados, de agentes o de subagentes* forman parte de los cuadros permanentes...» Véanse estos textos en la R. D. P. 1909, págs. 350 y 603. Véase, finalmente, el último proyecto de la Comisión de la Cámara de los Diputados de 12 de julio de 1911 (ponencia de Maginot, anexo núm. 1214): «Artículo 1.º Se consideran funcionarios, para los efectos de la presente ley, todos los que en *calidad de delegados de la autoridad pública, de empleados, de agentes o de subagentes* ocupan en un servicio público civil regido por el Estado un cargo permanente...» Véase sobre este punto A. Lefas, *L'Etat et les fonctionnaires*, 1913, págs. 8 y ss.

sejeros de distritos, consejeros municipales, miembros de comisiones administrativas, etc.

A nuestro juicio, todos estos individuos son agentes del servicio público. Pero se ve cuán difícil es hacer la enumeración exacta de ellos.

A título de indicación véase una estadística dada por el Gobierno en el proyecto de presupuesto para 1913: «En 1.º de enero de 1912 el número de funcionarios y agentes retribuidos que figuran en el presupuesto del Estado, de los departamentos y de los municipios (1) es el siguiente:

1.º Funcionarios y agentes retribuidos en todo o en parte por el <i>Estado</i> .....	665.023
2.º Funcionarios y agentes retribuidos en todo o en parte por los departamentos o municipios, colonias y establecimientos públicos.....	330.226
	<hr/>
TOTAL.....	995.249

En esta cifra no están incluidos los diputados, senadores, ni el Presidente de la República, pero sí lo están los oficiales y asimilados, suboficiales, cabos o soldados *reenganchados* o *comisionados*.

La ley de Hacienda de 23 de abril de 1905 ha impuesto a los distintos ministerios el deber de presentar en 1.º de enero de cada año un estado de los cargos de todas clases, retribuidos en todo o en parte por el presupuesto del Estado, así como el número de funcionarios correspondiente a cada uno de ellos. El artículo 152 de la ley de Hacienda de 8 de abril de 1910 ha dispuesto, además, que cada cinco años, a lo más tardar el 1.º de octubre, se publique por el servicio de la estadística general de Francia, un estado que presente para todos los funcionarios, agentes, subagentes, empleados y obreros del Estado retribuidos por meses, así como para el personal oficial los sueldos o indemnizaciones fijas de todas clases, con excepción de las indemnizaciones que tengan el carácter de reembolso de gastos. La primera publicación tuvo lugar en septiembre de 1911 (2) y señala las mejoras de sueldos o emolumentos con-

(1) El cuadro para 1909 está reproducido *in extenso* en la R. D. P., 1909, págs. 786 y 787. Se pueden encontrar estadísticas más detalladas en A. Lefas, *ob. cit.*, págs. 25 y ss.

(2) *Journal Officiel* de 30 de septiembre y 11 de octubre de 1911.

cedidos desde 1901, así como también el importe y escala de las retribuciones en vigor en 1.º de enero de 1871. Cada estadística subsiguiente indicará asimismo las mejoras realizadas en el último quinquenio, así como las fechas de las disposiciones que se dictasen a este efecto.

Estas indicaciones son evidentementepreciadísimas, pero no es lícito ocultar que no contienen el número completo de los agentes, pues no todos los agentes reciben retribución pecuniaria, y de otra parte, figuran en estas estadísticas los auxiliares no funcionarios (1).

## SECCION II

### LOS AUXILIARES

I. Los auxiliares son los individuos que prestan *temporalmente, excepcionalmente, por ocasión*, su actividad personal para asegurar el funcionamiento de un servicio público.

Un elemento esencial de la situación de los auxiliares es, pues, el carácter *temporal, excepcional, transitorio, ocasional* de su prestación. Como dicen ciertas resoluciones estos auxiliares no forman parte de los *cuadros permanentes* (2).

---

(1) Véase sobre este punto F. Faure, en la *Revue politique et parlementaire*, mayo 1910, págs. 320 y ss.; Rolland, en la R. D. P. 1910, páginas 331 y ss.; A. Lefas, *L'Etat et les fonctionnaires*, págs. 25 a 52. Véase la comunicación de M. Lucien March sobre la estadística de los funcionarios a la Société de Statistiques, de París (sesión de 17 de diciembre de 1913, *J. Officiel*, 24 diciembre de 1913, págs. 11 y ss.).

(2) Tribunal de Conflictos, 17 de mayo de 1873, *Michallard*: «Los individuos comprometidos especial y temporalmente por un municipio para realizar trabajos extraordinarios relativos al censo de la población no están en el servicio público, sino en una mera situación contractual.» Consejo de Estado, 9 de diciembre de 1899, *Lébert (Recueil des arrêts du Conseil d'Etat)*, pág. 785: «Los guarda-puertos... del Sena no pertenecen al *cuadro permanente* de una Administración pública...» C. de Est., 24 marzo 1905, *Vauthron (Rec.)*, pág. 308: «El señor V estaba empleado como *mero jornalero* en la Administración central de las Colonias...; a este título, no formaba parte de los *cuadros permanentes* del personal de esta Administración; por tanto, no ejercía ninguno de los cargos señalados en la ley de 1853...» C. de Est., 15 febrero 1907, *Mauillé (Rec.)*, pág. 160: «La resolu-

Este carácter temporal, meramente accidental, está puesto de relieve en los proyectos de ley presentados recientemente para regular el estatuto de los funcionarios (1).

---

ción del prefecto del Sena..., que nombra al señor M director de la Escuela Boulle, determina expresamente que dicho señor desempeña sus funciones a título provisional, y que la retribución anual de 6.000 francos que se le reconoce no está sujeta a los descuentos legales. Estas enunciaciones restrictivas ponen de manifiesto la voluntad de la autoridad del prefecto de no conferir este cargo al señor M más que a *título provisional*. De esta suerte, el recurrente no ha podido pretender, antes de su titularización, que se le considere formando parte del *cuadro permanente* de una Administración pública...» C. de Est., 10 marzo de 1908, *Hélligon* (Rec., pág. 268) : «Si el Reglamento de Administración de 26 de noviembre de 1897, que regula la organización de la Administración central del Ministerio de Instrucción pública y Bellas Artes, no hace mención especial de la biblioteca y del cargo de bibliotecario, dicho servicio, *por su carácter permanente*, no debe por menos de considerarse, a falta de disposición especial de este decreto, como servicio general de la Administración central y, por consiguiente, atendido por un *funcionario que forma parte de los cuadros regulares de esta Administración...*»

(1) Proyecto de ley de 25 de mayo de 1909, artículo 1.º : «Se consideran funcionarios, para los efectos de la presente ley, todos los que... posean en un servicio público del Estado un cargo *permanente...*» Y la exposición de motivos desarrolla así esta idea : «El proyecto comienza por la definición de los funcionarios sometidos a sus disposiciones. Dicha definición está formulada con la amplitud necesaria para que queden en ella empleados todos los titulares de cargos públicos, y sólo excluye de sus prescripciones a los *agentes o empleados auxiliares* que, *temporalmente* adscritos a un servicio público y susceptibles de ser separados de él así que expire el plazo fijado o así que hubiesen cumplido la misión que se les hubiese asignado, no pueden evidentemente reclamar un estatuto.» El proyecto presentado el 18 de junio de 1909 por la Comisión de la Cámara de los Diputados, que dictaminó sobre el proyecto del Gobierno, pone bien de relieve la distinción entre el servicio público y los servicios auxiliares : «Artículo 1.º Se consideran funcionarios, para los efectos de la presente ley, todos los que... forman parte de los *cuadros permanentes* organizados para asegurar el funcionamiento de un servicio público civil regido por el Estado.» El dictamen de la Comisión pone también de manifiesto la importancia del término *permanente* para distinguir los agentes del servicio público de los *auxiliares*. Véase también la opinión del diputado Maginot (12 julio 1911, anexo núm. 1.214) y el texto del proyecto de la Comisión, arriba citado. C. de Est., 11 diciembre de 1912, *Seignon* (Rec., pág. 1181) : «No existía, en este momento, para la localidad más que un *agente auxiliar*, no perteneciente al *cuadro regular y permanente* de la Administración municipal.»

En definitiva, el servicio auxiliar presenta este carácter esencial: es temporal, accidental, excepcional.

Pero ¿cuál es el criterio a cuyo tenor podrá saberse en un caso determinado si se está en presencia de un auxiliar o de un funcionario propiamente dicho? Dicho criterio no es otro que el de la intención de las partes y, en particular, la intención de las agentes administrativos, intención que se deducirá a veces de los propios términos del convenio celebrado con el auxiliar (1), y cuando en dicho convenio no se hubiere dicho nada será el juez quien en presencia de las circunstancias de hecho la averigüe (2).

II. El régimen jurídico que se aplica a los auxiliares es el del arrendamiento de servicio del Derecho privado.

---

(1) Consejo de Estado, 15 febrero 1907, *Moullé* (Rec., pág. 160): asunto citado arriba.

(2) Consejo de Estado, 1.º junio 1909, *Moreau* (Rec., pág. 383): «Por su acuerdo, el Consejo municipal se ha limitado a votar una indemnización anual de 600 francos a la matrona que se instalase en la localidad. Si, por consecuencia de este acuerdo, la señora M se instaló en ... y percibió desde ... hasta ... la subvención concedida, no resulta de estos hechos que ella poseyese durante este tiempo un empleo municipal.» Tr. de Conf., 16 noviembre 1901, *Moreau* (Rec., pág. 810): «En las condiciones en que la señora M ha ejercido en la localidad ... la profesión de matrona no puede considerarse como si hubiese ocupado un cargo municipal.» Véase también Consejo de Estado, 8 febrero 1889, *Colombat* (Rec., pág. 173): «El señor C, profesor de una cátedra suprimida por el ministro del Interior, sostuvo que la creación de la cátedra de Ortofonía, en 1886 (en el Instituto Nacional de Sordomudos), era resultado de un contrato bilateral celebrado entre el Estado y el recurrente, quien no había consentido la divulgación del método de su invención sino con la condición de que el Gobierno crease para él una cátedra en un establecimiento nacional. Por consiguiente, el ministro no podía suprimir la cátedra. El ministro del Interior afirmaba, por el contrario, que «sólo en virtud de una concesión puramente graciosa de la Administración, y no por un contrato sinalagmático, había sido autorizado el recurrente para desempeñar una cátedra gratuita de Ortofonía en el Colegio de Sordomudos de París; que el recurrente era un funcionario asalariado, dependiente del ministro del Interior, y que al suprimir la cátedra, el ministro había hecho uso de un derecho legítimo». El Consejo de Estado, en resolución de 8 de febrero de 1889, expresó que en este caso existe empleo público, y no arrendamiento de servicios: «Según el artículo 1.º del Reglamento de 21 de febrero de 1841, los establecimientos generales de beneficencia ... están administrados bajo la dirección del ministro del Interior. Por una resolución ..., el ministro del Interior, obrando en virtud de las facultades de que goza por la disposición precitada, ha creado una cátedra de Ortofonía ... y ha de-

A veces las disposiciones que regulan un servicio público tienen buen cuidado en declarar que el régimen jurídico de los funcionarios propiamente dichos no es aplicable a los auxiliares (1). Pero a falta de esta disposición dicha solución no puede ponerse en duda.

Las principales consecuencias que se desprenden de esta idea general son las siguientes :

1.ª Los auxiliares prestan su actividad en virtud de un *contrato de arrendamiento de servicios*.

2.ª Estos auxiliares poseen los derechos y obligaciones que se desprenden de un contrato de semejante naturaleza. Como todo empleado particular, la condición jurídica del auxiliar comprende dos series de situaciones jurídicas : 1.ª Situaciones jurídicas *individuales* (determinadas por acuerdo expreso o tácito de las partes). 2.ª Situaciones jurídicas *generales y legales*. Tales son las que determinan las leyes y reglamentos, particularmente la duración del trabajo, descanso semanal, accidentes del trabajo, inembargabilidad de los sueldos y salarios, prohibición del pago del salario en especies, prohibición a los empresarios de vender directa o indirectamente a sus obreros y empleados géneros y mercancías, sea cual fuere su naturaleza, etc.

Importa distinguir bien estas dos clases de situaciones jurídicas. Las primeras no pueden modificarse por voluntad *unilateral* de una de las partes, sino por mutuo acuerdo. Por el contrario, las situaciones jurídicas de la segunda categoría pueden ser modificadas en todo momento por la voluntad unilateral de la autoridad pública competente para organizarlas.

Todo esto es aplicable tanto a los empleados y obreros de la industria privada cuanto a los auxiliares de la Administración.

3.ª La *sanción* que acompaña a los derechos y deberes de los auxiliares no es otra que la *sanción ordinaria* de los derechos y obligaciones que resultan del contrato de arrendamiento de

---

signado al señor C. profesor titular de la misma... La resolución ministerial ... por la cual se ha reconocido al recurrente derecho al retiro por consecuencia de la supresión del cargo ha sido dictada por el ministro del Interior en los límites de su competencia.»

(1) Consejo de Estado, 22 de mayo de 1908, *Ville de Toulouse (Recueil*, página 560) : «Según el art. 10 del Reglamento de la Caja de Retiros de la Alcaldía de Tolosa, los servicios prestados en calidad de *supernumerario, auxiliar, temporero o interino*, no se abonan en ningún caso (para una pensión de retiro)...

servicios de Derecho privado, a saber: *acción judicial* encaminada a que se reconozca la existencia del crédito o de la obligación y a condenar al deudor a que realice su prestación e indemnice los daños y perjuicios que del incumplimiento se derivan.

4.<sup>a</sup> Las cuestiones que se susciten respecto al contrato de arrendamiento de servicios entre la Administración y los auxiliares son de la *competencia de los Tribunales ordinarios* y no de los Tribunales administrativos (1).

5.<sup>a</sup> Los auxiliares *cesan* en su cargo en los mismos casos y condiciones que un obrero o empleado de la industria privada. Por tanto, si el contrato de arrendamiento de servicios ha determinado el momento en el cual el auxiliar debe cesar en el servicio, así se hará, aplicándose el art. 1780 del Código civil en el caso en que el tiempo no se hubiese señalado en el contrato. Dicho artículo dispone que «...El contrato de arrendamiento de servicios celebrado sin fijación de plazo, puede cesar siempre por la voluntad de una de las partes contratantes. Sin embargo, la rescisión del contrato por voluntad unilateral puede dar lugar a una indemnización, para cuya determinación debe tenerse en cuenta los usos, la naturaleza de los servicios de que se trate, el tiempo transcurrido, los descuentos que se hubiesen celebrado en vista de una pensión de retiro y, en general, todas las circunstancias que puedan justificar la existencia y determinar la extensión del perjuicio ocasionado...» (2)

De otra parte, en caso de cesación brusca del trabajo, sin observancia de los plazos en uso hay, *en principio*, falta, salvo motivos graves. Cuando existe cesación *brusca y colectiva* del trabajo (*huelga*) por los auxiliares, sin previo aviso ni observancia de plazo alguno procede aplicar las reglas consagradas para el caso de huelga de los obreros y empleados de la industria privada. Dicho de otra manera: la huelga no constituye un *delito penal*; pero puede constituir una *falta* si no hay aviso previo ni se observan los plazos acostumbrados. La existencia de esta falta justifica no solamente la indemnización sino aun la rescisión del contrato de arrendamiento de servicios (3).

---

(1). Tribunal de Conflictos, 17 mayo de 1878, *Michallard*.

(2) Acerca de la interpretación que los Tribunales dan a este texto, véase Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 4.<sup>a</sup> ed., 1912, páginas 985 y ss. En particular, el ejercicio abusivo del derecho de despedir constituye una falta que justifica una indemnización a favor del perjudicado.

(3) La jurisprudencia del Tribunal de Casación ha sido perfectamente

## SECCIÓN III

### LOS REQUISADOS

La situación del requisado distínguese bien difícilmente de la del funcionario.

I. Al requisado se le exige una *prestación determinada*, y por vía coercitiva queda colocado en una *situación jurídica individual*. De una parte, las leyes determinan las autoridades competentes para ordenar requisiciones, formas y casos de éstas; prestaciones que pueden exigirse; tiempo que durarán e indemnización que habrá de satisfacerse por ellas. Todo esto constituye el régimen del poder legal de requisición. De otra parte,

---

resumida por el comisario del Gobierno, Tardieu, en sus conclusiones en el asunto Winkel, resuelto el 7 de agosto de 1909 por el Consejo de Estado (*Rec.*, pág. 1800): «Interesa al Consejo conocer... la jurisprudencia del Tribunal de Casación concerniente a los efectos jurídicos de la huelga sobre el contrato de trabajo. Esta jurisprudencia se ha afirmado en cuatro sentencias: Sala de lo civil, 18 marzo de 1902, *Loichot*; 4 de marzo de 1904, *Cazy*; 13 de noviembre de 1906, *Christofle*; 15 de mayo de 1907, *Valentin Roussel*. Esta jurisprudencia puede resumirse así: a) El obrero, que se declara en huelga, sean cuales fueren los motivos que le inspiren, rompe voluntariamente el contrato que le ligaba a su patrono; b) Si este contrato estipulaba para el obrero el deber de avisar previamente la huelga a su patrono; su declaración brusca de huelga le expone al deber de indemnizar a éste; c) El patrono, por la cesación en el trabajo del obrero, queda desligado de todas las obligaciones que le imponía el contrato; d) Puede, en consecuencia, ajustar otros trabajadores; e) Terminada la huelga, es libre de no admitir a algunos de los huelguistas, sin que éstos tengan derecho a estimar este acto como un despido (?) sin previo aviso que pueda facultarles para reclamar una indemnización; f) Finalmente, en el caso en que el patrono admita a todos los obreros huelguistas—aun en las mismas condiciones anteriores—, trátase de un nuevo contrato que se celebra entre el obrero y el patrono.» Esta jurisprudencia ha sido muy vivamente criticada: Wahl, notas relativas a las res. de Cas. de 29 de enero de 1897, S. 1898-1-17; 18 de marzo de 1902, S. 1903-1-465; 4 de mayo de 1904, S. 1906-1-497, y 15 de mayo de 1907, S. 1908-1-408; Planiol (notas relativas a las res. de Cas. de 4 de mayo de 1904, Dalloz, 1904-1-189; 13 noviembre de 1906, Dalloz, 1907-1-372; *Eléments du Droit civil*, II, núm. 1845 bis). Ambroise Colin, nota relativa a la res. de Cas. 15 de mayo de 1907, Dalloz, 1907-1-369; Pic, *Législation industrielle*, 4.ª edición, 1912, págs. 221 y ss., núms. 318 y ss.

la manifestación *unilateral* de voluntad de los agentes competentes, *crea* para el individuo requisionado—sin que pueda eximirse de ella—la obligación individual de proporcionar la prestación exigida.

La situación del requisionado es análoga, desde el punto de vista jurídico, a la del deudor de impuesto. En este caso también una manifestación unilateral de voluntad crea para el contribuyente una obligación individual. La diferencia estriba en que en la requisición la prestación no es, como en el impuesto, una cantidad de dinero, sino que es o puede ser una *actividad personal*.

Así, pues, el requisionado se distingue claramente del agente propiamente dicho en que el *objeto de la prestación exigida está perfectamente determinado*. Lo que produce las siguientes importantes consecuencias :

a) El servicio del requisionado es esencialmente accidental, ocasional, temporal.

b) Además, no son de estimar las condiciones personales del individuo, tales como su nacionalidad, moralidad, inteligencia, edad, sexo, etc.

II. Pero no debe decirse que en el carácter *obligatorio* de la requisición estriba la diferencia esencial entre el empleo y la requisición. El elemento coercitivo puede entrar también en el empleo : servicio militar, jurados, etc. La verdad está en que mientras la coerción entra *siempre* en la requisición, sólo excepcionalmente aparece en el servicio público propiamente dicho.

Este elemento coercitivo determina las siguientes consecuencias :

a) La extensión de los poderes de los agentes públicos tocantes a la requisición está determinada y sólo puede estarlo por la ley propiamente dicha, es decir, por el Parlamento ; pues, en efecto, constituye en Francia un principio evidente desde la Revolución de 1789 que únicamente el Parlamento tiene competencia para señalar las cargas públicas que afecten a la libertad personal, a la propiedad individual, a la libertad del comercio, de la industria, etc.

b) La sanción que a la requisición acompaña no es la acción judicial tendente a declarar la existencia de la obligación individual y a condenar a su cumplimiento o, caso negativo, a la indemnización correspondiente, sino que estriba *siempre* en una gran pena que será infligida por el juez, y frecuentemente se autoriza a los agentes públicos para que empleen la fuerza contra el requisionado con el objeto de lograr de él el cumpli-

miento de la prestación necesaria para el funcionamiento del servicio público.

III. Veamos ahora algunos ejemplos de requisiciones tomados de la legislación. Según la ley de 3 de julio de 1877 sobre requisiciones militares «en caso de movilización parcial o total del ejército o de concentración de tropas incumbe al ministro de la Guerra señalar el tiempo en que ha de comenzar en todo o parte del territorio francés la obligación de proporcionar las prestaciones necesarias para suplir la insuficiencia de los medios ordinarios de aprovisionamiento del ejército» (art. 1.º). «Son exigibles por vía de requisición las prestaciones necesarias al ejército y que comprenden *particularmente*... : 8.º los guías, mensajeros, conductores, así como los obreros para todos los trabajos que reclaman los diferentes servicios del ejército. 9.º Asistencia de enfermos y heridos en los casos particulares...»

En principio, todo individuo, sin distinción de nacionalidad, edad, sexo, etc., puede ser requisionado.

Como es natural, dadas las circunstancias políticas y sociales en que se desarrolla la requisición, las normas jurídicas que acompañan a su realización no son las reglas ordinarias que rigen las situaciones jurídicas individuales: «En caso de negativa, si ésta proviene de la mala voluntad de los habitantes, se empleará la fuerza para lograr la prestación. Además, los habitantes que no obedezcan a las órdenes de la requisición, sufrirán una *multa*... En tiempo de paz, quienquiera que abandone el servicio para el cual fué *especialmente* requerido, tendrá que abonar una *multa*... En tiempo de guerra..., comparecerá ante un Consejo de guerra, y podrá ser condenado a la pena de *prisión*.» (Ley 1877, art. 21.)

Asimismo, en materia de policía sanitaria, la ley de 3 de marzo de 1822 (arts. 12 y 13) y el decreto de 4 de enero de 1896 (art. 111) reglamentan el derecho de los agentes sanitarios «de requerir, para el servicio que les está confiado, el concurso, no solamente de la fuerza pública, sino aun, en caso de urgencia..., de *todo ciudadano*». Esta requisición personal puede exigirse de todo individuo, sin distinción de nacionalidad, edad ni sexo, y está sancionada, no por una acción judicial, sino por sanciones penales: *prisión y multa*.

Otro ejemplo de requisición nos parece ser el testimonio judicial, o, de una manera más general, el *deber* de atestiguar. El testigo—entendiendo por él quien según la ley está *obligado* a responder al requerimiento que se le ha hecho de decir toda la verdad y nada más que la verdad—está en situación de re-

quisicionado para los efectos del servicio público de justicia. En este caso hallamos los tres elementos esenciales: primero, prestación determinada; segundo, coerción; tercero, servicio público. Es únicamente la ley quien determina la extensión del derecho de los agentes públicos de exigir la prestación. La requisición recae sobre todos los individuos, sin distinción de nacionalidad, de sexo, etc. La sanción de la obligación puede ser el *empleo de la fuerza* (1); sin contar la *multa*. Como se ve, el régimen jurídico de la requisición de atestiguar es, a grandes líneas, el mismo que el de las requisiciones militares de actividad personal y el de requisiciones para el servicio sanitario, y difiere considerablemente del régimen jurídico al cual están sometidos los jurados, que son verdaderos agentes del servicio público.

## SECCION IV.

### AGENTES DEL SERVICIO PÚBLICO PROPIAMENTE DICHOS

La mayor parte de los individuos cuya actividad personal asegura el funcionamiento en los servicios públicos, son *agentes del servicio público* propiamente dichos.

I. *¿Cómo se les reconocerá este carácter?*

1.—Un primer elemento esencial que permite este reconocimiento es el carácter *permanente, normal, ordinario*, del *empleo*, de la *función* conferida al individuo. Este carácter lo pone de pleno relieve la jurisprudencia del Consejo de Estado (2),

---

(1) Para el servicio de la justicia penal, el art. 80 del Código de Instrucción criminal determina que «toda persona citada para ser oída en calidad de testigo está obligada a comparecer...; si no, podrá ser obligada por el juez de instrucción, quien, a este efecto, previa audiencia del Ministerio fiscal, y sin otra formalidad, ni plazo, ni apelación, impondrá una *multa* que no excederá de 100 francos, y podrá ordenar que la persona citada comparezca a deponer en calidad de testigo». En cuanto al servicio de la *justicia civil*, los artículos 263 y siguientes del Código de Enjuiciamiento civil autorizan también el empleo de la fuerza, sin contar la multa: «Si los testigos se mostraran recalcitrantes, serán condenados... a una multa de 100 francos, y el juez comisario podrá dictar contra ellos una orden de comparecencia.»

(2) V. las resoluciones del C. de Est., 1899, *Lébert*; 1905, *Vauthrou*; 1907, *Moulié*; 1908, *Héligon*, citadas. Consejo de Estado, 31 julio 1912,

y también a este mismo carácter de permanencia se atienen los recientes proyectos del Gobierno y de la Cámara de los Diputados (1909-1911) relativos al estatuto de los funcionarios.

Lo permanente debe ser el cargo, y no el agente en él. De ordinario, el agente adscrito a un *empleo permanente* es permanente también. Pero esto no es indispensable. Por ejemplo, el jurado, en el orden penal o en el de expropiación (1) y el soldado están adscritos de una *manera temporal*, más o menos corta, pero de un *modo normal*, no *excepcional* ni *ocasional*, a un *empleo público permanente*. Estos son agentes del servicio público.

Consideremos todavía el individuo *no agregado*, encargado por un año de una cátedra de enseñanza superior en una Facultad de Derecho. El *empleo*, la cátedra, es permanente, aunque el individuo sólo se encargue de ella por un año. Ciertamente que este individuo es un agente del servicio público, pues el cargo que desempeña es permanente y él lo ocupa *normalmente*, no de un modo *ocasional* (2).

2.—Un segundo elemento esencial consiste en que la acti-

---

*Constant (Rec., pág. 908)*: «El señor C no formaba parte de los cuadros fijos y permanentes de una Administración pública». C. de Est., 14 noviembre 1913, Petit: «Las funciones de veterinario revisten un carácter público.»

(1) En sentido contrario, Duguit (*Traité de Droit constitutionnel*, 1911, I, págs. 430-431). Dice este autor: «No son funcionarios los miembros del Jurado en el orden criminal o del Jurado de expropiación, ni aun durante el ejercicio de su función. Seguramente colaboran en un servicio público. Según la expresión del art. 224 del Código penal, «desempeñan una función pública», pero no son funcionarios porque no colaboran en el servicio público de una manera permanente, y no forman parte de los cuadros permanentes del servicio público.» Sin embargo, el profesor Duguit estima que los soldados son funcionarios públicos. ¿Hará una excepción para los *reservistas*, que hacen ejercicios en períodos de veintiuno, diez y siete o nueve días? Si no fuese así, ¿cómo conciliar esta solución con la que él da para los jurados? Bien es verdad que los *reservistas* forman parte de los cuadros permanentes del servicio.

(2) ¿*Quid* del individuo que no pertenece ya a la Administración y que se encarga de una embajada *extraordinaria*, de una misión diplomática *determinada*, que, una vez cumplida, desaparece? La cuestión es muy delicada. ¿Es permanente el *empleo*? De hecho, la cuestión es puramente teórica: que sepamos, ninguna dificultad se ha suscitado en casos de este género.

vidad personal del agente esté consagrada al funcionamiento de un *servicio público propiamente dicho*. No son agentes públicos propiamente dichos los individuos adscritos a un servicio de la Administración, pero que no es un servicio público.

Consideremos, verbigracia, una casa que pertenezca a la Administración y que no está afecta a un servicio público, sino que está arrendada a un particular. El conserje de esta casa, los empleados en el servicio de calefacción, de ascensor, etcétera, no son agentes públicos, aunque gocen de una situación estable. Su situación es idéntica a la de los individuos de estos mismos empleos que sirven en un edificio particular. El régimen jurídico que se les aplica es el del contrato de arrendamiento de servicios del derecho común.

3.—Es indiferente el género de prestaciones que proporcionen los individuos. Son agentes del servicio público propiamente dichos, no solamente los individuos que realizan actos jurídicos, sino también los que realizan actos materiales; no solamente los que se dan a trabajos que implican una aplicación de la inteligencia, sino también los que no aportan más que la fuerza de sus brazos. Los ministros, los prefectos, los alcaldes, los jueces, los profesores... son evidentemente agentes públicos, pero también lo son los celadores, agentes de Correos, Telégrafos y Teléfonos, mozos de oficinas públicas, redactores... Los oficiales del Ejército y los gendarmes son también agentes públicos propiamente dichos.

Sin ninguna vacilación consagra esta doctrina la jurisprudencia del Consejo de Estado (1).

---

(1) Consejo de Estado, 9 junio 1899, *Bergeon* (Rec., pág. 416): «El señor B (administrador del impuesto de Consumos), que no justifica la existencia de ningún contrato especial entre él y la localidad de Agde, carece de acción para prevalerse de la resolución del prefecto que le ha nombrado administrador de Consumos y sostener que tenía derecho a conservar este cargo durante un determinado tiempo...»

Consejo de Estado, 11 diciembre 1908, *Villenave* (Rec., pág. 767): «En ningún momento ha existido un contrato entre la localidad y el recurrente con ocasión del servicio a cuyo frente fué colocado (ingeniero jefe del servicio de Obras municipales)».

Tribunal de Conflictos, 22 abril 1910, *Bausillon* (Rec., pág. 322): «El servicio de la represión de fraudes es un servicio público... Dada su colaboración en la aplicación de la ley de 1.º de agosto de 1905 (*sobre la represión de los fraudes*), los directores de estos laboratorios (*del Estado, de los departamentos o de los municipios, agregados por resolución ministerial*)

Maş en la actualidad la rechazan algunos autores (1)—aunque cada día sean éstos menos—que estiman que la *naturaleza de los actos* realizados por un individuo puede influir en el régimen jurídico al cual este individuo está sometido. Pero esto es desconocer la naturaleza del servicio público. Decir que la satisfacción de necesidades de interés social está erigida en servicio público significa que se han elaborado ciertas reglas especiales para que esta satisfacción se verifique en las mejores condiciones posibles: rapidez, seguridad, continuidad, exactitud, etc. Una de estas reglas especiales consiste en que los individuos encargados de satisfacer estas necesidades estén sometidos a un régimen jurídico especial *que puede ser modificado en todo instante*. ¿Por qué razón la circunstancia de que estos agentes realicen o no actos jurídicos, sean unilaterales o contractuales, ha de oponerse a que se establezca para ellos un régimen jurídico encaminado al mejor funcionamiento del servicio público? (2).

A nuestro juicio, los *soldados* son agentes públicos propia-

---

y los químicos que trabajan en ellos, bajo su control, son exclusivamente los agentes de la Administración...

(1) Hubo un momento en Francia en que, bajo la influencia de la gran autoridad del profesor Berthélemy, se quiso reservar el carácter de funcionarios públicos, propiamente dichos, únicamente a los individuos que realizasen *actos jurídicos*, y aun actos jurídicos de los llamados de potencia pública. «Hay—decía Berthélemy (*Droit adm.*, 7.<sup>a</sup> ed., 1913, pág. 47)—funciones que implican la participación en la potestad de mando. Estas funciones se confieren en condiciones legales... y carecen de base contractual... Existen otras que, creando un vínculo entre las personas morales administrativas y las que trabajan por su cuenta, dan origen a verdaderos arrendamientos de servicios, contratos de puro Derecho civil. ¿Cómo distinguir estas diversas categorías de funciones? La distinción que nos parece resultar de la misma naturaleza de las funciones públicas es completamente diferente... Los administradores realizan dos clases de actos: de autoridad y de gestión. Puesto que los actos de gestión se realizan en nombre y por cuenta del Estado—persona moral—, la función que estriba en realizarlos puede considerarse como un arrendamiento de servicios entre el Estado-persona y el funcionario. La misión de realizar actos de autoridad puede conferirse a alguno por elección o por nombramiento, que aunque requiere la aceptación del funcionario, no es por ello menos un acto de autoridad, y no un acto contractual. Funciones de autoridad, funciones de gestión; véase la distinción, gracias a la cual se define con gran sencillez la naturaleza de las funciones públicas.»

(2) El profesor Berthélemy declara (pág. 48, nota 1) que «encargar a un ingeniero, mediante una retribución anual, que dirija la construcción

mente dichos. Este concepto no se discute respecto a los *reen-ganchados y asalariados (commissionnés)*, pero nos parece también cierto en cuanto a los soldados llamados al servicio por la ley. En efecto, trátase aquí de individuos empleados *normalmente* en un servicio público, figurando en los cuadros del mismo. Podría objetarse que los soldados no colaboran en un servicio público y que son llamados a filas, no para hacer funcionar un servicio público, sino para instruirse. El Ejército, se ha dicho, no es más que una *escuela para la guerra* (1). Desarrollando esta idea, procedería decir que los soldados, como los alumnos de los liceos o escuelas nacionales—no pueden considerarse agentes públicos.

Esta manera de razonar nos parece inadmisibile. Sería preciso decir que, en *tiempo de guerra*, los soldados llegan a ser

---

y la explotación de una vía férrea; encargar a un profesor que, mediante un sueldo anual, enseñe Retórica a los adolescentes, son actos incontrovertiblemente contractuales, cuando emanan de una Compañía de ferrocarriles o del director de un colegio libre... Son contratos de arrendamiento de servicios... ¿Cómo van a cambiar estos actos de naturaleza jurídica y convertirse en actos unilaterales, tan sólo porque emanen de una Administración pública a nombre del Estado? Véase la respuesta: «Porque los gobernantes estiman que el régimen jurídico del arrendamiento de servicios no es el régimen a que deben someterse los funcionarios para que sean bien atendidos los intereses públicos. Evidentemente, nada impediría que este régimen fuese el del contrato de arrendamiento de servicios; pero los gobernantes han estimado que dicho régimen carece de la flexibilidad necesaria para adaptar rápidamente la organización del servicio a las exigencias sociales. El régimen jurídico del arrendamiento de servicios ha sido descartado, por consiguiente, como se descarta el régimen de la propiedad privada para ciertas cosas afectas a un servicio público (dominio público). En ambos casos, el cambio de régimen se verifica para satisfacer mejor los intereses generales. El profesor Berthélemy casi es el único adicto a su opinión. Véase sobre este punto Esmein, *Droit const.* 1909, p. 699 y ss. Duguit, *Tr. de Droit const.*, 1911, I, p. 429 y ss. Véase también nuestra nota en la R. D. P. 1911, p. 78, sobre la distinción entre la enseñanza oficial y la enseñanza particular: «El servicio público de la enseñanza funciona en las condiciones *exclusivamente determinadas* por las leyes y reglamentos. El padre de familia carece de derecho para señalar estas condiciones. El personal docente hará funcionar el servicio público sólo en las condiciones determinadas en las leyes y reglamentos.»

(1) Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, ed. francesa, IV, p. 11 «El ejército constituye la gran escuela de la nación para la guerra.» Laband (*Archiv. für öfl. Recht.* III p. 519): «El servicio militar obligatorio en tiempo de paz no es más que una instrucción obligatoria». C. de Est. 10 febrero 1912, *Invert. Rec.*, p. 217.

agentes públicos, porque en estos momentos ya no se puede hablar de instrucción, en vista de la guerra. De otra parte, el razonamiento que precede desconoce la misión del Ejército. *Este no es solamente una escuela.* La Constitución del 3 de septiembre de 1791 ha definido la misión del Ejército en términos que siguen siendo exactos: «La fuerza pública se instituye para defender al Estado contra los enemigos exteriores y para asegurar dentro el mantenimiento del orden y el cumplimiento de las leyes» (1). «Ella se compone del Ejército de tierra y del de mar, de la tropa especialmente destinada al servicio del interior...» (2).

Se ha dicho también que los soldados eran *requisitionados* (3). Esto es, ciertamente, un error. El carácter esencial de la requisición es el de ser una *prestación perfectamente determinada*, mientras que el soldado pone en el servicio público toda su actividad personal.

Podemos, pues, concluir manifestando que todos los militares del Ejército de tierra—oficiales, suboficiales, cabos y soldados—y los marinos de cualquier grado—oficiales, oficiales-marinos, marineros—son agentes públicos propiamente dichos (4). Los oficiales y soldados de la reserva son agentes públicos mientras están en filas.

4.—Es indiferente la forma cómo se lleve a cabo el reclutamiento de estos funcionarios: nombramiento o elección. El alcalde no dejó de ser un agente público el día en que se declaró su cargo electivo. Tampoco ofrece duda el carácter de agentes que tienen los jueces de los Tribunales de comercio o de los

---

(1) C. 1791 tít. IV. art. 1.º

(2) C. 1791 tít. IV, art. 2.º

(3) Hauriou, *Droit adm.* 1911, p. 606: «Estas sanciones penales ponen de relieve el carácter de *requisición* que tiene el servicio militar». Este autor confunde los conceptos *requisición* y *coerción (contrainte)*.

(4) En este sentido Duguit, *Traité de droit const.* 1911, vol. 1, p. 431: «Todos los militares, aun los simples soldados, son funcionarios. Evidentemente lo son los oficiales y los suboficiales. ¿Por qué no lo han de ser los simples soldados? Estos participan de una manera permanente y normal en el funcionamiento de un servicio público. Se ha dicho: el servicio militar es un *impuesto* y no una función. Pero, en realidad, lo que puede decirse es que es una función obligatoria, pero es función...». El profesor Duguit alude a una doctrina según la cual el servicio militar es un impuesto. Los que defienden este punto de vista parecen ignorar los más elementales principios de la ciencia financiera.

Tribunales industriales, aunque estos agentes sean también electivos. Los consejeros municipales y generales no cambiaron de situación el día en que sus cargos se declararon electivos. Son agentes ahora, como lo eran antes de 1891-1893.

5.—Poco importa que el servicio sea *voluntario* u *obligatorio*. De ordinario, los agentes públicos entran *voluntariamente* en el servicio, pero a veces el servicio es obligatorio: *jurados* (1), soldados. Tal circunstancia no ejerce ninguna influencia sobre la *naturaleza jurídica* de la situación: voluntarios u obligados, todos son agentes públicos.

6.—Es indiferente también que el servicio público sea *remunerado* o *gratuito*. Los miembros de los Tribunales de comercio no perciben retribución, ni la perciben los alcaldes, y, sin embargo, son agentes públicos.

En resumen, son agentes públicos propiamente dichos los individuos investidos de un *empleo permanente, normal*, mediante el cual se satisface un *servicio público* (2).

Interesa considerar separadamente los agentes públicos propiamente dichos, porque viven sometidos a un *régimen jurídico especial*, que no es el del *contrato de arrendamiento de servicios*.

---

(1) En sentido contrario Duguit : *Tratté de droit const.* 1911, I, p. 430-431.

(2) V. Duguit : *Droit const.* 1907, p. 416 : «Son funcionarios los agentes jerarquizados o disciplinados (queremos decir sometidos a una jerarquía o disciplina especial) que colaboran de una manera permanente y normal en el funcionamiento de un servicio público (de donde deriva precisamente su nombre de funcionario). Otra definición idéntica a la precedente : Los funcionarios propiamente dicho son todos los agentes que colaboran de una manera permanente y normal en el cumplimiento de una misión considerada en un momento dado como obligatoria para el Estado. Por tanto, lo que hace que una cierta función a cumplir pueda servir de base a un servicio público es precisamente que se considere en cierto instante como obligatoria para el Estado.»