

CAPITULO III

ENSAYO DE UNA TEORÍA GENERAL RELATIVA A LOS FUNCIONARIOS DE HECHO (1).

A veces un individuo que no está regularmente investido de un cargo público ejerce durante cierto tiempo los atributos del mismo y realiza actos susceptibles de engendrar consecuencias jurídicas. Por ejemplo, un individuo, que no reúne las condiciones legales, es nombrado o elegido para un cargo. Ya en posesión de éste realiza ciertos actos; pero después se anula el nombramiento o la elección. Otro ejemplo: transcurrido el plazo señalado en la ley, dimitido, separado o suspenso en su empleo un funcionario, sigue en posesión de él y continúa realizando actos jurídicos.

La hipótesis puede presentarse en circunstancias excepcionales. A consecuencia de una revolución o de una crisis política o social (guerra civil, desórdenes, etc.) desaparecen las autoridades públicas regularmente constituidas, y los revolucionarios o las autoridades públicas superiores designan, fuera de las reglas legales, a ciertos individuos para que se encarguen de los servicios públicos esenciales y realicen los actos jurídicos necesarios.

En todos los casos de esta naturaleza se está en presencia de funcionarios *de hecho*, por oposición a los funcionarios de *derecho*.

¿Qué suerte correrán los actos jurídicos dimanantes de los individuos que no estaban adscritos regularmente al servicio público el día en que los actos se realizaron? ¿Cuál es la situación jurídica de estos individuos?

He aquí un problema extremadamente difícil y cuya solución *general* no la da, en el derecho público francés, la ley.

En cuanto a la jurisprudencia no se ha definido bien toda-

(1) F. J. Goodnow, *Les principes du Droit administratif des Etats-Unis*, ed. fr., 1907, págs. 286 y s.; *Cases on American administrative Law*, 1906, II, págs. 141 a 183; Léon Ledoux, *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, en la *Rev. Gén. d'Adm.*, 1912, II, 397 y ss.; III, págs. 22 y ss.

vía. Son escasas las resoluciones referentes a esta materia. De aquí que se imponga :

- 1.º Exponer los *principios generales*.
- 2.º Considerar las principales *aplicaciones* que en la práctica se han hecho, ya en cuanto al *valor de los actos* realizados, ya en cuanto a la *responsabilidad* de los que obraron.

SECCION I

Ofrécense algunas ideas generales para la solución del problema, que interesa conciliar para obtener resultados satisfactorios.

I

Ideas generales relativas al problema.

Una primera serie de consideraciones parece abonar la *inexistencia* de los actos jurídicos realizados por los individuos de que tratamos.

1.º En derecho público francés no tiene un acto validez jurídica más que si emana de individuos *regularmente investidos de la función organizada por las leyes y reglamentos*. Un acto jurídico supone un *poder legal*; si no hay poder legal no puede haber acto jurídico. El individuo que no está regularmente investido de la función carece de poder legal.

2.º En derecho público francés, las nulidades son de *orden público*, y no necesitan ser expresamente pronunciadas por la ley para que puedan estimarse como sanción de las irregularidades. La teoría del recurso por abuso de poder descansa sobre esta idea.

3.º Desde el punto de vista *pólitico* conviene declarar desprovisto de toda existencia jurídica el acto realizado por un in-

dividuo no investido regularmente de la función. En un Estado civilizado y ordenado lo que da a los agentes públicos la autoridad y el prestigio necesarios a la buena marcha de los servicios públicos es la circunstancia de obrar *en virtud de la ley y conforme a sus prescripciones*. Reconocer un valor cualquiera a lo que fuera de la ley se hace es abrir las puertas a la violencia, a la revolución y a la anarquía. Poco importa la pureza de las intenciones. El orden sólo descansa en el respecto a la ley.

El Gobierno de M. Thiers, se atuvo a esta primera serie de consideraciones en la Asamblea Nacional reunida en 1871. En dicha Asamblea fué presentada una serie de leyes que se proponían «convalidar retroactivamente» los actos concernientes al estado civil autorizados desde el 4 de septiembre de 1870 por funcionarios incompetentes: «Las irregularidades más graves y que sólo el legislador puede convalidar—decía el ministro de Justicia Dufaure—, son las que resultan de la incompetencia de las personas a cuyo cuidado han estado los registros civiles y han hecho constar durante un período de tiempo más o menos largo los nacimientos, defunciones, matrimonios y reconocimientos de hijos naturales... Los Tribunales no pueden excusarse de pronunciar la nulidad de los matrimonios que se hubiesen celebrado ante un funcionario incompetente» (1).

En lo concerniente a los actos del registro civil autorizados desde el 18 de marzo de 1871 en París y en los restantes municipios del departamento del Sena por los agentes instituidos por la Comisaría, el Gobierno de Thiers apelaba a los mismos argumentos: «Al presentar este proyecto de ley—decía—no ha pretendido el Gobierno reconocer a los individuos que *no tienen carácter público*, la facultad de imprimir para siempre, a la vida civil de los ciudadanos el sello de una *autoridad de que carecían*». «El Gobierno pretende se declaren nulos los actos que emanen de individuos incompetentes» (2).

Este razonamiento es, por su lógica, seductor, pero peca de absoluto. Convence en tanto que se trata de un *usurpador de funciones* (3) verbigracia, de un individuo que sin ningún ca-

(1) Exposición de motivos del proyecto de ley de 11 de diciembre de 1871, relativo a la reorganización de los actos del estado civil en los departamentos. (*Journal Officiel*, 19 diciembre, pág. 5882.)

(2) Ponencia de M. Wallou de 13 de julio de 1871, sobre el proyecto de ley de 28 de junio de 1871 (*Journal Officiel* del 28 de julio, pág. 2194). Véase la exposición de motivos del proyecto del Gobierno en el *Journal Officiel* del 19 de julio de 1871, pág. 2087.

(3) El profesor Goodnow (*Cases on administrative law*, II, pág. 141)

rácter público, por mera iniciativa propia declarase unidos por el vínculo matrimonial a un hombre y una mujer. Los actos del usurpador son jurídicamente *inexistentes*, sean cuales fueren los motivos que los inspiraron.

Pero, a nuestro juicio, sería abusivo generalizar esta solución y aplicarla a todos los casos en que una persona realiza ciertos actos sin la necesaria competencia. Para apreciar el valor jurídico de los actos realizados por los funcionarios no investidos regularmente es necesario tener en cuenta el título de investidura. Este título, aunque de un modo irregular, *existe*, y *puede tener algún valor*.

Siempre es conveniente evitar el abuso en el empleo de los razonamientos puramente lógicos, rigurosamente deducidos de máximas jurídicas del orden corriente, pues aunque las máximas y las soluciones puramente lógicas son muy seductoras por su sencillez, su rigor y su precisión matemática, los razonamientos exclusivamente deductivos y lógicos suelen ser muy peligrosos. El jurista no está llamado a resolver problemas de matemática pura, sino problemas sociales esencialmente complejos, y debe procurar conciliar los diversos intereses en juego y lograr la conservación de la paz social. Ordinariamente el razonamiento lógico y matemático lleva a la aplicación a un problema complicado de una fórmula escrita para una hipótesis mucho más sencilla y en ocasiones completamente diferente.

El razonamiento puramente lógico es el enemigo de las conciliaciones, de las transacciones indispensables al mantenimiento de la paz social y, por tanto, al buen funcionamiento de los servicios públicos. Cuando la aplicación lógica de una máxima jurídica determina consecuencias socialmente malas es de ordinario la prueba de que la máxima ha sido torpemente invocada.

cita una sentencia del Tribunal Supremo del Estado de La Carolina del Norte, de febrero de 1891, en la cual el jefe de Justicia Merrimon declara: «Cuando, *sin ninguna apariencia de autoridad*, asume un individuo un cargo, actuando como funcionario, si el público conoce el hecho o razonablemente está informado de que dicho individuo es un *usurpador*, los actos por éste realizados son absolutamente nulos a todos respectos. La mera circunstancia de que, *abstracción hecha de la usurpación*, sus actos oficiales, por decirlo así, eran leales y honrados no puede conferirles ni validez ni eficacia... Muy justamente se puede acusar de negligencia culpable, de acto nocivo para él y para los demás, a todo ciudadano que reconoce, tolera o da alientos a un usurpador... En este caso, ni la justicia, ni la necesidad, ni el interés público exigen que dichos actos tengan validez alguna. Estas circunstancias, así como el carácter y la finalidad de todo Gobierno, imponen claramente la solución contraria.»

Conviene siempre repetir que el derecho no es un juego del espíritu, un ejercicio de lógica para teóricos de gabinete. Trátase ante todo de hallar soluciones prácticas, conciliando de una manera a la vez elegante y posible los intereses en juego. El valor de una solución jurídica depende de la medida en que contribuya al reinado de la paz social. Una teoría jurídica debe ser valorada, ante todo, por sus resultados sociales.

Tales consideraciones nos mueve a poner seguidamente de relieve una segunda serie de ideas generales que tienden a que se consideren como válidos, respecto a terceros interesados, los actos jurídicos dimanantes de individuos no investidos regularmente del cargo.

II

Los actos jurídicos que se ofrecen exteriormente como emanaciones de funciones regulares deben producir *cerca de terceros*, los efectos jurídicos propios de los actos procedentes de funcionarios verdaderamente regulares.

1.º *El interés legítimo de terceros* estriba en que estos actos jurídicos se consideren definitivamente válidos *cerca de ellos*, aunque procedan de personas no investidas regularmente del cargo, pero con la condición de que los terceros hayan podido *razonablemente* creer y *de buena fe* hayan creído que el autor del acto gozaba de legítima competencia. Prácticamente no se puede exigir al público que trata con un agente público que aparenta serlo legítimo que exija de él la justificación de la perfecta regularidad de su investidura (1).

(1) En el Derecho público anglo-americano, constituye esto un principio indiscutido del *common law*. El profesor Goodnow escribe (*Les principes du Droit administratif des Etats-Unis*, ed. fr., pág. 287): «De una manera general, es cierto que las relaciones funcionales sólo pueden desarrollarse según las formas establecidas en la ley, y que los actos de las personas que sin derecho se inmiscuyen en la función son absolutamente nulos, así respecto a las personas públicas como a los terceros (*States. Taylor*, 108 N. C., 196); pero existe otro principio general del *common law*, inspirado en motivo de utilidad pública, según el cual los individuos que, no siendo jurídicamente funcionarios, han obrado con apariencia de legalidad; es decir, los individuos que han sido declarados

Esta idea, de tan buen sentido, se aplica en derecho francés en una hipótesis análoga: la de la inobservancia de ciertos requisitos necesarios para el ejercicio regular de una competencia legal; por ejemplo, los gastos comprometidos por los ministros más allá de lo que el presupuesto autoriza. La ley declara en este caso responsable al ministro, pero admite, *sin discusión*, que los contratos celebrados por los ministros sin la existencia de crédito o más allá del concedido son jurídicamente válidos (1).

elegidos o nombrados, o que han ocupado de buena fe cargos más allá de la duración fijada por la ley, o que han ejercido la función largo tiempo con el asentimiento del público, se consideran, *en muchos casos*, como funcionarios, mereciendo sus actos—en todo asunto en que no son partes—la misma autoridad y el mismo crédito que si los hubiesen realizado los funcionarios *de jure*. Estos individuos son llamados «funcionarios de hecho». (*States. Carroll*, 38 Comm., 449.)

(1) Marqués de Braga y C. Lyon, *Comptabilité de fait*, núm. 250 (*Rép. Béquet*, t. VII, pág. 162): «Siempre que los terceros que han tratado con los gestores de los servicios públicos no hayan tenido prácticamente ninguna posibilidad de informarse de los límites de la competencia que la ley asigne a éstos, quedan válidamente comprometidos los servicios públicos, aunque sus administradores hubiesen obrado traspasando dichos límites. Cualquiera otra solución distinta a la enunciada podría comprometer gravemente el funcionamiento de los servicios públicos. No es posible aceptar el principio de que el servicio público no responde cuando exceden sus gastos del crédito reconocido, pues esto equivaldría a suprimir, en cuanto a ellos, toda posibilidad de contratar y a aportar un obstáculo insuperable a la rapidez de ejecución, que es uno de los elementos necesarios de su funcionamiento. Las dudas que pudieran perpetuamente suscitarse respecto a la facultad que para contratar gozasen sus administradores, únicamente podrían resolverse comunicando a los contratantes el conjunto de las obligaciones ya contraídas por aquéllos, procedimiento que... sería evidentemente tan opuesto a la naturaleza de los casos como a las más elementales conveniencias.»

Michoud, *De la gestión d'affaires appliquée aux services publics* (*Revue Gén. d'Adm.*, 1894, II, pág. 12): «El presupuesto del Estado concede a los administradores una libertad mucho más amplia que el presupuesto municipal; de lo que resulta que, ordinariamente, el tercero que haya tratado con un representante del Estado *no tendrá medio de averiguar si habrá sido rebasada la consignación, y considerará obligado al Estado cerca de él... por la propia acción del contrato.*»

Hauriou, *Droit adm.*, 7.^a ed., pág. 904, nota 1: «Los contratos celebrados por los ministros más allá del crédito establecido, es decir, sin autorización del presupuesto, no son nulos por ese hecho, sino que obligan al Estado y constituyen la prueba de que ciertas deudas nacen fuera de presupuesto.»

Esta idea lleva, en la cuestión que nos ocupa, a reconocer como válidos, *respecto a terceros de buena fe*, los actos emanantes de personas no investidas regularmente de una función, pero que tienen toda la apariencia de verdaderos agentes públicos.

2.º El *interés público* bien entendido se concilia con el interés de los terceros. Aquel exige que los servicios públicos funcionen normalmente, *sin interrupción*: la *continuidad* del funcionamiento de los servicios públicos constituye una necesidad social de primer orden. Numerosas reglas jurídicas descansan sobre este principio fundamental del régimen político y administrativo de los Estados actuales. Este principio impone la *prohibición de la huelga* a los empleados y obreros adscritos a los servicios públicos, veda las *dimisiones unilaterales* de los funcionarios y obliga a éstos a permanecer al frente de sus cargos, cuando hayan de dejarlos, hasta que tomen posesión sus sucesores. Sobre él descansa también el régimen jurídico de la *ocupación militar en tiempo de guerra*, legitimando los actos jurídicos realizados por las autoridades enemigas en el territorio ocupado.

Este principio pone, además, de relieve, las grandes trabas que en *época normal* sufriría la marcha regular y continua de los servicios públicos si se exigiese al público en todo instante que reclamase a las personas que a sus ojos se ofrecen como funcionarios públicos la justificación de su carácter. Veamos lo que ocurre en una gran ciudad a propósito de la celebración de un matrimonio. Dos personas pretenden contraer matrimonio y van a la Alcaldía para hacer declaraciones o presentar los documentos exigidos por la ley. Para estos efectos se las entienden con un empleado, a quien de ordinario no conocen, quien recoge los documentos, recibe las declaraciones y les señala el

Jèze, *Cours élémentaire de Science des finances*, 1912, págs. 216 y ss., y toda la sección titulada *Les actes juridiques engageant les finances de l'Etat au delà des crédits budgétaires ou sans crédits ont pour sanction non pas la nullité juridique de l'acte, mais la responsabilité juridique personnelle du ministre*: «Los terceros no tienen a su alcance un medio realmente práctico de saber exactamente el crédito de que dispone el ministro. Sería injusto, por tanto, exponerles a que se declaren nulos los actos realizados por el ministro en estas circunstancias. Si así fuese, padecería, por lo demás, el crédito público, pues los abastecedores y contratistas tendrían que aumentar exorbitantemente los precios, a título de seguro contra el riesgo posible de nulidad.»

día en que el matrimonio habrá de celebrarse. Llegado este día preséntanse los contrayentes con sus amigos en una sala de la Alcaldía y tras una espera más o menos prolongada, aparece un individuo, luciendo una banda tricolor, que les es absolutamente desconocido y de quien no saben si es el Alcalde o el adjunto. Los contrayentes suponen que todo se desliza regularmente en el acto, porque todo ocurre en la Alcaldía, pública y ordenadamente, y no tienen motivos para dudar. ¿Cómo es posible exigir a los contrayentes que interpelen al individuo que ante ellos se presenta a título de oficial del registro civil, reclamándole la justificación de su carácter?

Pasemos en revista los diferentes servicios públicos y veremos que las cosas ocurren siempre así. El que litiga no conoce al juez, ni el administrado a quien administra. No podría marchar ningún servicio público si los terceros tuviesen que comprobar en cada instante, a su riesgo y ventura, la regularidad del título de quien ante ellos se presenta, con el asenso general, investido del carácter de funcionario público. No habría tampoco servicio público posible *si antes de obedecer a la autoridad* (1) pudiesen los ciudadanos exigir otra cosa que las apariencias de la legitimidad.

En circunstancias graves — guerra civil, desórdenes, epidemias, calamidades públicas, etc. —, cuando las autoridades regulares han desaparecido dejando desamparados los servicios públicos esenciales, ¿no deberán estimarse jurídicamente válidos los actos jurídicos realizados por quienes dotados de una investidura irregular asumen *de buena fe*, en aras al interés social, la gestión de dichos servicios? ¿No se trata, acaso, de salvaguardar el interés público? Si prevaleciese la solución contraria y a estos individuos se les considerase como verdaderos *usurpadores* y a sus actos se les negase validez jurídica, se interrumpiría bruscamente, por un período más o menos largo, el funcionamiento del servicio público, lo que en el orden de la policía, del estado civil (matrimonios, nacimientos, defunciones), de del Estado civil (matrimonios, nacimientos, defunciones), de la justicia penal o civil, de los servicios penitenciarios y de otros más, ocasionaría verdaderas perturbaciones y desastres.

Sin embargo, no vayamos a creer que puede reconocerse

(1) Para no complicar un problema de suyo difícil, dejamos a un lado la cuestión relativa a la resistencia a las órdenes de la autoridad; cuestión, sin embargo, que se relaciona muy íntimamente con la teoría de los funcionarios de hecho.

validez jurídica a todos los actos provenientes de personas que no investidas regularmente participan en la gestión de los servicios públicos.

En *época normal*, en que existen o pueden existir funcionarios regulares, conviene ser severo y no reconocer validez, respecto a terceros, a los actos que emanen de individuos irregularmente investidos y que no aparezcan ser los verdaderos funcionarios. El individuo que ocupe el cargo debe ser considerado por el público y por las demás autoridades como el funcionario regular.

En *época de crisis política o social* — revolución, guerra civil, etc. — las exigencias deben ser menores. Para que esta inmiscuición sea legítima y se estimen válidos los actos, es necesario todavía que las circunstancias sean muy graves, es decir, que las autoridades hayan desaparecido, que se imponga la intervención de los particulares, que el particular que haya de desempeñar el cargo no traspase el límite de la competencia del antiguo funcionario... Al particular no es lícito, en nombre de la salud pública, realizar actos que no hubieran podido hacer las autoridades legítimas desaparecidas.

De este modo, los Tribunales, antes de reconocer la validez de los actos jurídicos, deberán entregarse a un minucioso examen de la naturaleza de los mismos y de las circunstancias en que vieron la luz. Se explica que para poner dique o cortar todos los litigios el Parlamento, una vez restablecido el orden, por una ley especial determine a qué clase de actos deberá reconocerse validez. Pero observemos, que una ley de esta naturaleza tendrá por objeto no legalizar de golpe las cosas ilegales (1), sino simplificar la tarea del juez, estableciendo la

(1) Los antiguos publicistas (Grocio, Pufendorff, Barbeyrac) estimaban que *podían* tener fuerza obligatoria los actos de soberanía realizados por el Gobierno de hecho, «porque es muy probable—decían—que el soberano legítimo (pueblo, rey o Senado) *prefería que se obedezcan provisionalmente* las órdenes del usurpador a ver al Estado sumergido en un caos, producto del aniquilamiento de las leyes y de la supresión de los Tribunales» (Grocio), o «porque el Estado no puede subsistir sin Gobierno» (Barbeyrac). Sin embargo, estos autores estimaban que, una vez restablecido el orden, el Gobierno legítimo podía declarar *retroactivamente* inexistentes los actos realizados, según lo que él juzgara legítimo (Grocio, *Le droit de la guerre et de la paix*, libro I, cap. IV, art. XV; libro II, cap. XIV, art. 14, trad. Pradier-Fodéré, I, pág. 390; II, pág. 286). Esta reserva nos parece totalmente inadmisibles. Véase abajo Cas. Reg. 16 marzo 1841, *Peraldi*, S. 41. I. 806. Véase Digesto, lib. I, tít. XIV, § (Ulpiano) :

presunción de que los actos realizados eran necesarios para el funcionamiento de los servicios públicos esenciales, y que las circunstancias de hecho justificaban la intervención de personas dotadas de investidura irregular.

I I I

Las observaciones que anteceden nos permiten señalar con mayor precisión las distintas situaciones que en la práctica se ofrecen, y oponer al *funcionario de derecho* el *funcionario de hecho* y el *usurpador de cargo*.

El *funcionario de derecho* es el que ocupa el empleo y realiza el acto convenientemente investido para ello. Dicho funcionario invoca una investidura legítima (nombramiento, elección), y en el momento en que ha obrado continuaba siendo dicho título válido y eficaz.

El *funcionario de hecho* es el que en *ciertas circunstancias, también de hecho*, ocupa el cargo y realiza el acto, dotado de una investidura *irregular*. Dicho funcionario invoca una investidura (nombramiento, elección); pero esta investidura es irregular, ya que lo haya sido *desde el origen* (nombramiento, elección, delegación), ya porque haya *prescrito* (destitución, suspensión, dimisión aceptada, disolución, expiración del plazo; etc.).

El *usurpador de cargo* es aquel que lo ocupa y realiza el acto *sin ninguna clase de investidura, ni irregular ni prescrita*.

La característica del funcionario de hecho estriba en la existencia de *una investidura*, circunstancia que le da apariencia de funcionario regular y le distingue del usurpador. Pero como

«Barbarius Philippus, cum servus fugitivus esset, Romæ, præturam petiit et prætor designatus est: sed nihil ei servitutem obstetisse, ait Pomponius, quasi prætor non fuerit. At quin verum est, prætura eum iunctum, et tames videamus si servus, quamdiu latuit in dignitate prætoria, functus sit: quid dicemus? Quæ edixit, quæ decrevit, nullius fore momenti? *an fore propter utilitatem eorum, quid apud eum egerunt vel lege, vel quo alic jure? Et verum puto nihil eorum reprobant.* Hoc enim humanus est: cum etiam potu't populus romanus servo decernere hanc potestatem: sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. Quod ins multo magis in imperatore observandum est.»

dicha investidura es *irregular*, por eso dicho funcionario se distingue del funcionario legítimo y se parece al usurpador.

1.º Insistamos todavía en la diferencia que separa al *funcionario de hecho* del funcionario regular, pero *incompetente*.

Existe incompetencia cuando un funcionario público *regularmente investido* del cargo realiza un acto fuera de los casos determinados en la ley, o sin atenerse a las formalidades prescritas en ella, o desviándose del fin asignado a la función por la ley, o cuando equivocadamente realiza un acto de la competencia de otra autoridad. *Muy frecuentemente* (1) en todos estos casos, el acto es jurídicamente anulable *porque los terceros podían conocer la irregularidad cometida*. A nadie está permitido ignorar la ley; basta para el tercero relacionar el acto realizado por el agente con la regla de derecho que debe conocer...

Pero la situación varía completamente cuando se trata de comprobar la regularidad de la investidura de un individuo, cuya competencia no puede ser reconocida por los terceros; cuando se trata de hacer constar la existencia de circunstancias de hecho y de derecho cuya comprobación no es materialmente posible para el público.

Esto supuesto, es claro que si al acto proveniente de una persona *no investida regularmente* puede reconocerse validez jurídica, es con la condición de que dicho acto haya sido realizado por el funcionario de hecho *según las formas y requisitos legales y dentro de los límites de la competencia reconocida a los agentes legítimos*. En otros términos, el acto sólo tendrá validez jurídica en el caso en que de haberse realizado por el agente regular la hubiese tenido también. El único vicio que afecta a los funcionarios de hecho es la *carencia de investidura regular*.

2.º ¿Cómo distinguir el funcionario de hecho del *usurpador de cargo*?

El problema es mucho más difícil. Se impone averiguar en qué casos existe verdadera investidura, o investidura irregular, y en qué otros la irregularidad de la investidura es tal que realmente no existe investidura. Supongamos que un alcalde encarga a un hijo suyo le sustituya en el acto de celebración de matrimonios. Esta investidura es de tal suerte irregular, que los que autorizasen matrimonios en estas circunstancias serían verdaderos *usurpadores* y no *funcionarios de hecho*.

(1) Pero no siempre

¿Cuándo se podrá decir que la irregularidad de la investidura hace de un individuo no un funcionario de hecho, sino un usurpador?

Para resolver esta cuestión es necesario invocar los motivos de utilidad pública que han dado nacimiento a la teoría de los funcionarios de hecho. Se trata en este caso de garantizar al público interesado en los actos derivantes del funcionario de hecho el *mantenimiento de los mismos a su respecto*, como si hubiesen sido realizados por un funcionario regular. Trátase de asegurar el funcionamiento normal y continuo de los servicios públicos.

Esto supuesto, no puede decirse que sea legítimo el interés de los terceros ni que merezca ser atendido, sino en tanto el público haya creído o podido razonablemente creer en el carácter regular de la investidura de la persona que ejercía el cargo. Para decirlo con una fórmula sencilla: es necesario *que la investidura sea plausible (plausible)*. El funcionario de hecho es, pues, el individuo que ha ejercido una función en virtud de una *investidura plausible*. Este individuo será un *usurpador* cuando falta totalmente la investidura o cuando ésta no es plausible.

Por lo demás, el carácter *plausible* o *no plausible* de la investidura es una cuestión de hecho. Para averiguarlo deberá el juez tener en cuenta las circunstancias políticas o sociales en que el individuo ocupó el cargo, el tiempo que lo poseyó; deberá indagar, si el ejercicio de la función ha sido público, pacífico, normal (en los locales oficiales, con el uso de registros, de sellos oficiales, etc.), si los habitantes consideraron al ocupante como funcionario regular, si las demás autoridades trataron con él, etc.

Son, pues, estas circunstancias y no la *naturaleza* de la irregularidad de la investidura lo que interesa en el problema que consideramos:

a) Puede consistir *únicamente* la irregularidad en el hecho de que aquél o aquellos *que poseían la facultad legítima* de otorgar la investidura la hayan dado irregularmente (incapacidad, ineligibilidad de la persona designada, inobservancia de las formas legales, etc.). El francés varón, mayor de veinticinco años, elegido alcalde por el Consejo municipal, aunque no fuere elegible por razón de condena, sería un funcionario de hecho. Por el contrario, si la elección recayese en una mujer o en un niño de diez años, la investidura no sería plausible, y entonces habría *usurpación de funciones*.

b) Puede consistir también la irregularidad en el hecho de

que la investidura emane de personas que carecen de competencia legal para conferir el cargo. En época normal sería un verdadero usurpador quien ocupase el cargo de alcalde en virtud de un nombramiento hecho por el prefecto o por los habitantes del municipio. Pero en tiempo de guerra civil o de revolución, *en que han desaparecido las autoridades regulares*, la persona nombrada por el Gobierno o elegida por los habitantes (1) para alcalde, aceptada por los habitantes y tratada como tal por las autoridades, goza de una investidura plausible, aun cuando según la ley el alcalde deba ser designado por el Consejo municipal. En este último caso no hay *usurpación* de funciones; el individuo que acepta es un *funcionario de hecho* y goza de un título plausible.

c) Otra irregularidad puede consistir en que una persona ocupe un cargo que ha sido creado irregularmente y que después se suprime, por este motivo. El individuo que ocupa un cargo creado por un simple decreto, cuando era necesario un reglamento de administración pública, o por un decreto cuando lo que precisaba era una ley (2) no es un usurpador. Es un funcionario de hecho; su investidura es plausible. Supongamos ahora que en época normal dispone un Consejo general que las funciones de policía en el departamento las asuma un funcio-

(1) Esto ocurrió en 1870-71 en muchos municipios franceses. En la exposición de motivos del proyecto que llegó a ser ley de 6 de enero de 1872, el ministro de Justicia Dufaure escribía: «Después de la revolución del 4 de septiembre, los alcaldes y adjuntos de un gran número de municipios fueron obligados a dejar sus cargos. Estos cargos fueron ocupados después, ya por miembros de los antiguos Consejos municipales, ya por los presidentes de los Comités que se habían formado para sustituir a los Consejos municipales. En otras localidades se reunieron los habitantes para nombrar alcalde y adjuntos con carácter provisional. Los prefectos y sub-prefectos del nuevo Gobierno han designado por sí mismos alcaldes antes de que hubiesen sido expresamente autorizados para ello por el decreto de 24 de noviembre de 1870. Sería imposible saber exactamente el número de municipios en los cuales se han autorizado actos del Registro civil por personas que no tenían título para ello o cuyo título podía discutirse. Este número es muy considerable...»

(2) En el *common law* anglo-americano hallamos la regla siguiente: «Si la ley de la legislatura que crea un cargo y que prescribe que un funcionario lo ejerza debe tener fuerza de tal hasta que los Tribunales la declaren inconstitucional, sería absurdo decir que un funcionario así designado no tenía apariencias de poseer título regular (*color of authority*).» (*Supreme Court of Errors del Connecticut, 1871. States, Carroll, cit. en Goodnow, Cases on Adm. Law, II, p. 148.*)

nario que no sea el prefecto. El que en estas circunstancias ocupase el cargo no gozaría de una investidura plausible. Sería un usurpador (1)

En suma, siempre que el individuo que haya ocupado el cargo tenga una investidura, procede atenerse al carácter plausible o no plausible de la misma. Hay *funcionario de hecho* en el primer caso, y *usurpador de cargo* en el segundo (2).

(1) En el caso de cargo creado irregularmente por una *autoridad pública que goza del poder general de organizar los servicios públicos*, no es pertinente distinguir, a nuestro juicio, entre la ilegalidad flagrante y la ilegalidad dudosa. En ambos casos, la investidura es plausible y, por consecuencia, no existe usurpación de funciones. Todo lo que se debe exigir—pues esto es sólo lo que razonablemente se puede pedir al gran público que conozca—es que la creación del cargo haya emanado de una autoridad que goce de la competencia *general* de crear cargos públicos. Cumplida esta condición, falta la usurpación de funciones. En efecto, hasta el día en que se anuló debe ser tenido por regular el acto creador del cargo. Las personas que componen el gran público no son juristas capaces de resolver, a su riesgo y ventura, la cuestión—por demás muy difícil aun para los juristas—de averiguar si existe o no ilegalidad en la creación del cargo.

(2) Son altamente interesantes las soluciones admitidas por el *common law* anglo-americano. El profesor Goodnow cita (*Cases on administrative law*, II, págs. 144 y ss.) una resolución del *Supreme Court of Errors* del Estado de Connecticut, dictada en 1871 (*States, Carroll*), en la cual el jefe de Justicia Butler se expresa en los siguientes términos: «El *funcionario de facto* es aquella persona cuyos actos, aunque no emanen de un funcionario legal, se consideran por la ley, en virtud de razones de orden público y de justicia, válidos, cuando el cargo ha sido ejercido: 1.º Sin un nombramiento o elección regular, pero en tales circunstancias de publicidad (*reputation*) o de asentimiento que mueven al pueblo, sin más averiguación, a someterse a su acción o a provocarla, en la creencia de que está en presencia del funcionario con quien le interesa tratar.—2.º Con la apariencia de un nombramiento o de una elección conocidos y válidos, pero sin llenar algún requisito o condición legal previa (juramento, caución, etc.).—3.º Con la apariencia de un nombramiento o de una elección conocidos y válidos, pero nulos, en razón a que el funcionario no era elegible, o que era incompetente el órgano que le designó, o que se ha incurrido en alguna irregularidad en el ejercicio de dicha competencia, tales como la inelegibilidad, incompetencia o irregularidades desconocidas del público.—4.º Con la apariencia de una elección o de un nombramiento realizados en cumplimiento de una ley inconstitucional, antes de haber sido declarada así.» Butler, en la misma resolución, expresa que el *common law* inglés puede resumirse así: «Si encontráis un hombre ejerciendo las funciones de un cargo en condiciones de continuidad, de publicidad o de cualquiera otra de tal naturaleza que autoricen razonablemente a creer que dicho individuo es realmente el funcionario que pretende ser, podéis per-

Pero es necesario aún insistir en este extremo. La investidura plausible puede, a veces, consistir únicamente en el hecho de que una persona que carece de título formal que le invista de la función, ejerza ésta pacífica y públicamente, en los locales oficiales, sirviéndose de los registros y de los sellos oficiales y por todos estimada como si gozase de competencia legal para realizar ciertos actos (1). Por ejemplo, cierto individuo queda encargado, por el titular del cargo, de reemplazarle en los casos de ausencia, de expedir tales o cuales documentos con la estampilla del funcionario legítimo y utilizando los sellos oficiales. De hecho, prolóngase esta situación durante cierto tiempo, sin protesta del público y con el beneplácito o tolerancia de las autoridades superiores. En estas circunstancias es natural que el público se en creer que el sustituto posee título regular para el ejercicio del cargo. En este caso existe, pues, investidura plausible y funcionario de hecho.

La observación es fundamental y permite establecer que el *usurpador* de cargo puede transformarse en *funcionario de hecho* siempre que por ciertas circunstancias de carácter práctico llegue a ser *plausible* su investidura. Tal ocurriría en el caso en que hubiese posesión pacífica y prolongada del cargo y aceptación general por parte de los conciudadanos o de las demás autoridades. Rara saber si esta transformación realmente se verifica deberá tener el juez en cuenta una multitud de circunstancias que es imposible *a priori* limitativamente enumerar, pero

fectamente obedecerle y utilizar sus servicios sin preocuparse de examinar el título de su cargo; la ley estimará válidos los actos que de él procedan, en cuanto os conciernan, y en esta medida le considerará funcionario *de facto*. Si a este individuo le adornan las apariencias de un nombramiento o de una elección, aun cuando en realidad no fuese un funcionario regular, ya por razón de la incompetencia de la autoridad que le designó, ya por irregularidad en el ejercicio de aquélla, ya porque existía un funcionario legítimo, ya porque el individuo designado no era elegible o no reunía las condiciones marcadas en la ley, o había transcurrido el plazo señalado para el ejercicio del cargo, vuestro caso será protegido por la apariencia; pero esta clase de apariencia no es esencial para obtener la protección, pues no tenéis el deber de entregaros a una investigación para saber si existe.»

(1) En el *common law* inglés, lord Ellenborough declaraba, en 1805 (*Rex v. Bedford Level*): «Un funcionario de hecho es quien *pasa* por funcionario (*one who has a reputation of being an officer*), quien pretende serlo y que, sin embargo, desde el punto de vista jurídico, no es funcionario regular.»

que deben todas ellas determinar la convicción de que la investidura del ocupante ha llegado a ser plausible.

Puede también ocurrir que un funcionario *de facto* se transforme en un funcionario *de derecho*. Tal sucede cuando por alguna circunstancia se convalida la irregularidad de la investidura: por ejemplo, supongamos que haya expirado el plazo para impugnar el acto irregular de investidura y hacerlo anular. Generalizando, se puede decir que *siempre* que se convalide la irregularidad de la investidura el funcionario de hecho se transforma en funcionario de derecho.

Otro caso. Existe *usurpador* y no funcionario *de facto* cuando una persona sigue ocupando un cargo con título primitivamente regular, pero ya *prescrito*, prescripción conocida o razonablemente debida conocer por el público. Por ejemplo, se elige un consejo municipal por el plazo de cuatro años señalado por la ley municipal de 5 de abril de 1884 (art. 41) (1). Transcurrido el plazo legal, prescribe la investidura del Consejo municipal, y deja de ser plausible. Si el Consejo pretendiese continuar en funciones, incurriría en verdadera *usurpación*.

La usurpación sería todavía más evidente si expirado el plazo marcado para el desempeño del cargo hubiese sido designado un nuevo titular y hubiese entrado en posesión de aquél. Por ejemplo, un alcalde designado por el Consejo municipal y cuyo mandato termina, debe continuar en funciones hasta que instale a su sucesor, o en caso de renovación total del Consejo hasta la instalación del nuevo (ley 6 de abril de 1884, art. 81) (2). El alcalde que a partir de la instalación de su sucesor o del nuevo Consejo continuase desempeñando sus funciones en virtud de un título ya prescrito sería no un funcionario de hecho, sino un usurpador. Su investidura no es plausible.

Para que la investidura sea plausible es indispensable que el cargo se ocupe *pública y pacíficamente*. Si el cargo está ya pacíficamente ocupado por otro individuo que es, o pasa por ser,

(1) Art. 41: «Los Consejos municipales se designan por cuatro años. Serán renovados totalmente el primer domingo de mayo, en toda Francia, aun cuando hubiesen sido elegidos en el intervalo.»

(2) Art. 81: «Los alcaldes y adjuntos se nombran por la misma duración que el Consejo municipal. Continuarán en el ejercicio de sus cargos, salvo lo dispuesto en los artículos 80, 86 y 87 de la presente ley, hasta que tomen posesión sus sucesores. Sin embargo, en caso de renovación total, serán ejercidos los cargos de alcaldes y adjuntos, a partir de la instalación del nuevo Consejo hasta la elección de alcalde, por los consejeros municipales...»

el funcionario regular, el público está necesariamente advertido de que es dudosa la regularidad de la investidura invocada por el nuevo ocupante contra la situación pacífica existente. El que *sin título regular* asume una función ya pacíficamente ocupada es un *usurpador*. De un modo más general puede establecerse que es un *usurpador* quien *sin título regular* se inmiscuye en una función para la cual existe un titular *regular* que la ejerce *efectivamente* o un funcionario de hecho que la desempeña *pública y pacíficamente* (1).

En resumen, para que exista *funcionario de hecho* es indispensable una investidura *plausible*. Esta condición es necesaria y suficiente.

IV

El interés legítimo de los terceros de buena fé y la buena marcha de los servicios públicos exigen la validez, *cerca de terceros*, de los actos realizados por los funcionarios de hecho. Claro es, por lo demás, que la irregularidad de la investidura de quien desempeñó el cargo debe tener una sanción, proporcionada al grado del peligro social corrido.

1.º Desde el punto de vista penal sólo puede hablarse de responsabilidad en el caso en que por el individuo hubiese habido verdadera intención de ejercer irregularmente el cargo.

En caso de *usurpación* manifiéstase de *ordinario*, muy claramente esta intención. La usurpación es socialmente muy peligrosa: constituye un germen de anarquía. En consecuencia, la ley penal debe penar y reprimir la usurpación de cargo, la inmiscuición en las funciones de carácter público, considerándola verdadero delito.

Menos peligroso socialmente es el ejercicio del cargo por el individuo irregularmente investido. De otra parte, aquí el ele-

(1) En el *common law* americano existe la regla siguiente: «Si el funcionario de *jure* está en posesión del cargo; si el funcionario de *jure* es también el funcionario de *facto*, entonces, para este cargo, ninguna otra persona puede ser funcionario de *facto*. Dos personas no pueden ser a un tiempo funcionarios de *hecho* para el mismo cargo.» (Decisión del Tribunal Supremo del Estado de Kansas, julio 1871, *James Mc. Cahon, The Commissioners of Leadenworth*, citada en Goodnow, *Cases on administrative law*, II, pág. 157.)

mento intencional sólo existe excepcionalmente. El funcionario de hecho no debe ser castigado criminalmente, sino en el caso en que en época normal haya ejercido el cargo no pudiendo razonablemente ignorar que su investidura, o era irregular o había prescrito. En este caso, y no obstante que el ejercicio del cargo hubiese sido pacífico, público y generalmente aceptado, impónese la corrección penal, pues desde el punto de vista social es necesario prevenir en todo lo que sea posible que personas no autorizadas legalmente puedan desempeñar los cargos públicos.

En época de crisis política o social (guerra civil, revolución, etcétera), sería contrario al interés público bien entendido amenazar penalmente a los ciudadanos valerosos y desinteresados que de buena fé y en virtud de la investidura otorgada por sus conciudadanos o por las autoridades superiores consienten en desempeñar funciones esenciales abandonadas por las autoridades regulares.

2.º ¿Podrá el usurpador o el funcionario de hecho reclamar una *indemnización pecuniaria* por razón del ejercicio del cargo? ¿Podrá exigir la *retribución* asignada al cargo, *por el tiempo en que lo desempeñare*? En el caso en que hubiese obtenido después una convalidación en la investidura ¿tendrá derecho a exigir que para el cómputo de los servicios oficiales (retiros, ascensos, etc.), se tenga en cuenta el tiempo durante el cual ejerció el cargo sin investidura o en virtud de una investidura irregular?

Una respuesta negativa debe acompañar a estas preguntas. El interés de terceros no está aquí en juego, ni tampoco lo está el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos. Es un hecho la irregularidad de la investidura, y esta circunstancia no debe conferir ni al usurpador ni al funcionario de hecho el poder de invocar *en propia ventaja* el título irregular de investidura (1).

A lo sumo, el usurpador o el funcionario de hecho podrá reclamar una indemnización igual a la ganancia que obtuvo,

(1) Tal es la solución que prevalece en el *common law* anglo-americano: «Si los actos de un funcionario *de facto* son válidos en la medida que interesan a los derechos del público, sin embargo, cuando obra para su propia cuenta como funcionario público, no le basta ser simplemente funcionario *de facto*, sino que necesita ser funcionario *de jure*. Como funcionario de hecho, no puede reclamar nada para sí.» (*People ex rel. Sullivan v. Weber*.) (Tribunal Supremo del Estado de Illinois, junio 1878, *The people ex rel Winstaleg v. Weber*, decisión del juez Dickey, cit. en Goodnow, *Cases on adm. law*, II, pág. 167.)

por su gestión, el patrimonio administrativo. Para ello invocaría no su investidura irregular, sino el principio de equidad, según el cual, *nadie debe enriquecerse a expensas de los demás* (1).

V

Resumiendo, se pueden formular los principios siguientes :

1.º Los actos jurídicos realizados por los *usupadores* son jurídicamente *inexistentes* (2).

2.º En época normal, son jurídicamente válidos *cerca de terceros* los actos jurídicos realizados por los *funcionarios de hecho*, es decir por individuos no investidos regularmente, pero que aparentaban ser funcionarios regulares, y así los consideraba la opinión pública.

3.º En tiempo de crisis política o social, guerra civil, revolución, desórdenes, cuando las autoridades regulares han desaparecido, son jurídicamente válidos los actos realizados de buena fé, pacífica y públicamente, por individuos sin título re-

(1) V. Grocio, *Le droit de la guerre et de la paix* (lib. II, cap. XIV, artículo 14. Pradier-Fodéré; II, pág. 236) : «Los pueblos o los reyes legítimos no están ligados por los contratos celebrados por los que usaron, sin título, de la soberanía. Sólo estarán, sin embargo, obligados (los pueblos y reyes legítimos) por lo que les haya producido un beneficio, es decir, en la proporción en que se hayan enriquecido.»

(2) Laferrrière, *Jur. adm. et rec. const.*, 2.ª ed., II, pág. 497 : «Existe usurpación de funciones en el caso en que una resolución provenga de una persona desprovista de autoridad, ya porque esté fuera de la jerarquía administrativa, ya porque las funciones que ejerce no le confieren facultad de estatuir, ya, finalmente, porque haya cesado por destitución, por expiración de plazo o por cualquier otra circunstancia, de ejercer los poderes que le pertenecían... El acto proveniente de una persona desprovista de autoridad no es sólo jurídicamente anulable, sino inexistente. Las medidas de ejecución a que pudieren dar lugar pueden, en ciertos casos, determinar la responsabilidad penal de su autor. Es inútil utilizar el recurso por abuso de poder para lograr la anulación de semejante acto ; basta hacer constar su inexistencia legal ante toda autoridad o jurisdicción llamada a conocer de él.» Página 505 : «El poder público no puede imponerse a los ciudadanos sino en tanto es ejercido por su verdadero depositario. Tal es el principio...» Pueden aceptarse las ideas de Laferrrière, con la condición de no aplicarlas al funcionario *de hecho*, sino exclusivamente al *usurpador*.

gular, que fueron designados por los habitantes o por las autoridades superiores, con tal que estos actos sean indispensables para asegurar la *continuidad* del funcionamiento de los servicios públicos *esenciales* y entren en la *competencia legal* de las autoridades públicas desaparecidas (1).

4.º Sea cual fuere la *sanción penal* señalada por la ley a la usurpación de cargo o al ejercicio de una función por un individuo no investido regularmente, el ejercicio del cargo no puede ser invocado *a su provecho* por el usurpador ni por el funcionario de hecho. A lo sumo, podrá reclamar al patrimonio administrativo una indemnización equivalente al enriquecimiento que le han proporcionado sus servicios.

SECCION II

Principales soluciones aportadas por la ley y la jurisprudencia francesas.

La ley y la jurisprudencia han hecho múltiples aplicaciones de los principios arriba expuestos.

§ 1

Valor jurídico de los actos realizados por el usurpador de cargo y por el funcionario de hecho.

Es necesario cuidadosamente distinguir dos clases de hipótesis :

- 1.ª Actos realizados por los *usurpadores*.
- 2.ª Actos realizados por los *funcionarios de facto*.

(1) Dejamos a un lado el régimen jurídico de la *ocupación militar enemiga en tiempo de guerra* y los *derechos de las autoridades extranjeras sobre el territorio ocupado*. El principio general es el mismo; pero su esfera de aplicación, en razón a las especiales circunstancias del caso, es mucho más amplia; en particular, no se puede resolver del mismo modo la cuestión de saber si las autoridades extranjeras obran, al ejercer los derechos establecidos, según la ley nacional o según la ley territorial.

PRIMERA

Valor jurídico de los actos provenientes de un usurpador.

La inexistencia jurídica de estos actos no es discutible ni discutida, háyanse realizados en época normal o en tiempo de crisis política o social.

I

En época normal se puede invocar en favor de esta solución un argumento *a fortiori* de la resolución del Consejo de Estado tocante a la validez jurídica del acto realizado por un agente que carece de la *facultad de estatuir*.

El Consejo de Estado, en 1890, ha declarado *inexistente* la decisión de un jefe de gabinete del ministro denegando una pensión (1). Según dicho organismo «dicha decisión *no constituye una resolución* susceptible de ser impugnada en la vía contenciosa». Y para marcar bien la *inexistencia* del acto ha agregado el Consejo de Estado que «dadas estas circunstancias debe ser declarado el recurso *improcedente*» (2).

Como es natural, los casos de usurpación de funciones—fuera de los tiempos de crisis políticas y sociales—son muy raros. En época normal la hipótesis más corriente es la de la recaudación de dinero de carácter *público* llevada a cabo por personas que no sean los funcionarios legítimos. El pago de una cantidad de esta naturaleza al usurpador no libera al deudor. El funcio-

(1) Todo usurpador que ha recibido dinero con destino a la Administración puede ser declarado contable de hecho. Pero no puede decir que todo contable de hecho es un usurpador. La noción del contable de hecho es mucho más amplia: abarca, no solamente los usurpadores, sino los *funcionarios de hecho*, y aun los funcionarios regulares *incompetentes*.

(2) Consejo de Estado, 25 febrero 1890, *Mimieux Rec.*, pág. 201.

nario regular podría exigirle la suma, como si nada hubiese entregado (1).

Una observación fundamental debe hacerse. Supongamos que el *usurpador* haya cobrado una cantidad debida a un patrimonio administrativo. Dicho individuo no ha podido dar un recibo liberatorio. Pero pueden suceder dos cosas:

1.^a Que el dinero irregularmente percibido haya ingresado en una *caja pública*. En esta hipótesis es indudable que al deudor no podría exigírsele nuevamente el pago de la cantidad, pues de otro modo la administración percibiría dos veces el dinero y se enriquecería a expensas del deudor (2).

2.^a Puede ocurrir que el deudor sea insolvente y que el usurpador no lo sea. En este caso la Administración en vez de intentar la acción para el pago contra el deudor insolvente, obrará contra el usurpador en virtud de la regla especial del derecho fiscal francés llamada *regla de la contabilidad de hecho* (*théorie de la comptabilité de fait*). El Tribunal de cuentas puede declarar siempre al usurpador contable de hecho (3), y a consecuencia de esta declaración puede la Administración pública gozar de muy amplios poderes y de muy sólidas garantías para el cobro de los créditos públicos percibidos por el usurpador.

Este último procedimiento no significa en modo alguno que se considere válido el pago hecho al usurpador y que el deudor quede liberado. Frente al mismo crédito tiene la Administración dos deudores: el deudor y el usurpador. Puede elegir el que le plazca, y, como es natural, elegirá siempre al que sea solvente (4).

(1) Véanse, en el mismo sentido, las conclusiones del comisario del Gobierno Romieu en el asunto *Mogambury*, Consejo de Estado, 2 de diciembre de 1892, *Rec.*, pág. 836.

(2) Esta hipótesis será estudiada más adelante, cuando tratemos de la cobranza de créditos públicos, en época normal, por los funcionarios de hecho.

(3) En Derecho privado, el Código civil prevé una hipótesis análoga, en el art. 1239, § 2: «El pago hecho a quien no tenía poder del acreedor para recibirlo sólo es válido *en tanto aprovecha a éste.*»

(4) Puede darse otra explicación. Se dice que la Administración, al obrar de este modo, *ratifica el acto* del usurpador, y que entonces ha lugar a aplicar el artículo 1239, § 2, del Código civil, que dice: «Es válido el pago hecho a persona no autorizada a recibirlo por el acreedor... *si éste lo ratifica.*» Esta explicación nos parece inaceptable. La existencia de una teoría de la ratificación en Derecho público es muy discutible. Además, el artículo 1239 considera las relaciones entre particulares, pero no el caso de

II

En tiempo de crisis política o social—guerra civil, revolución, desórdenes—los casos de usurpación de cargos son más frecuentes.

1.º Tal aconteció, por ejemplo, a consecuencia de la revolución del 4 de septiembre de 1870. De muchas localidades desaparecieron las autoridades. Las funciones de *oficial del registro civil* fueron ejercidas por personas irregularmente investidas. Planteóse entonces la cuestión relativa a la validez de los actos provenientes de ellas. ¿No procedía declararlos inexistentes? Un caso muy curioso se dió en Marsella, en que durante la insurrección del 31 de octubre y 1.º de noviembre de 1870 autorizaron siete matrimonios *dos individuos, que se hacían pasar por miembros del municipio* (1). ¿Eran válidos estos matrimonios? La Asamblea nacional al votar la ley de 6 de enero de 1872 decidió hacer depender la solución únicamente de la cuestión de saber si los individuos que habían autorizado dichos actos eran o no *usurpadores*, es decir, si *gozaban o no de una investidura plausible*. «Una sola condición se exige para la validez de los actos—declaraba el ministro de Justicia Dufaure—: que la persona que los haya autorizado haya *gozado en dicho momento del público ejercicio de las funciones municipales, bajo cualquier título y con el nombre que fuese* (2).

cobro de crédito público, que se rige por reglas especiales. En sentido contrario, el marqués de Braga y C. Lyon (*Comptabilité de fait*, VII, páginas 77-78, núm. 202): «En principio—dicen—, no sólo puede admitirse una ratificación semejante, *sino aun no mostrarse riguroso tocante a las formas y prueba de esta ratificación*... Pueden admitirse ratificaciones implícitas... Es posible, todavía, ir más lejos e, invirtiendo los términos, admitir que lo que ha de manifestarse no es la ratificación sino la carencia de ella, de tal suerte que, a falta de una acción intentada por el servicio público, el juez de las Cuentas... puede, si la cuestión de validez no ha sido ya resuelta, fundarse en el silencio de los representantes del servicio para declarar liberada a la persona que pagó.» Este razonamiento nos parece absolutamente inadmisibile.

(1) El caso fué señalado por el ministro de Justicia Dufaure en la exposición de motivos del proyecto de 11 de diciembre de 1871, que llegó a ser la ley de 6 de enero de 1872 (*J. O.*, 29 diciembre de 1871, pág. 5332).

(2) Tocante a los siete matrimonios celebrados en Marsella, Dufaure declaró en la Asamblea Nacional que seis de ellos se habían celebrado de

2.º Otra hipótesis dió lugar también a dificultades; la del pago de ciertos créditos públicos a los que se pusieron al frente del municipio de París en 1871. Los que pagaron sostuvieron que la insurrección del 18 de marzo de 1871 había instituido funcionarios de hecho, y que, por tanto, eran liberatorios según el Derecho público, los pagos efectuados a dichos agentes. La investidura es plausible, se decía: La prueba está en que los encargados del municipio se pusieron al frente de los registros de la Administración fiscal. Por su parte, sostuvo la Administración regular que dichos pagos debían conceptuarse jurídicamente inexistentes, por haber sido hechos a verdaderos *usurpadores*. Los funcionarios del municipio, decía la Administración, carecen de *investidura plausible*. El municipio no tenía un *Gobierno de hecho*; eran *rebeldes* los que habían *usurpado* las funciones públicas.

Llamado el Tribunal de Casación a decir su última palabra respecto a este asunto, puso de relieve el carácter *no plausible de la investidura*. Para ello se atuvo a las siguientes circunstancias: a) existían *autoridades regulares*; el Gobierno residía en Versalles; b) el público fué advertido que los que se apoderaron del municipio eran unos verdaderos usurpadores, que no podían dar válidamente recibo liberatorio a los deudores. Los contribuyentes que pagaron, no podían ignorar el verdadero carácter de los encargados del municipio, y en consecuencia la circunstancia de que se hubieren hecho cargo de los registros fiscales no fué bastante para dar a dichos agentes una investidura plausible (1). Todo esto es exacto.

nuevo. Cuanto al séptimo, las partes se negaron a presentarse por segunda vez ante el funcionario del Registro civil. «No creemos—agregaba—que, en vista de este caso excepcional, deba dictarse una disposición especial.» «Los Tribunales apreciarán si esta hipótesis puede comprenderse en los términos generales de la solución legislativa que proponemos.»

(1) Cas. Reg., 27 noviembre de 1872, *Crédit Foncier*, S. 1873. 1. 259, dictamen de Dumon: «En lo que concierne al primer argumento, según el cual, habiendo constituido un poder de hecho la insurrección del 18 de marzo de 1871, debían declararse válidos los pagos realizados a los detentadores de dicho poder... En el terreno jurídico, el Gobierno legal que triunfa de una revolución es únicamente el que posee el derecho de reconocer o anular, según las exigencias del bien público, los actos de los insurrectos. La Asamblea Nacional, único poder legal, ha proclamado públicamente que el atentado del 18 de marzo era una revolución declarada contra la soberanía nacional, de la cual era ella fiel depositaria. Los contribuyentes fueron advertidos por el Gobierno que los que se habían puesto al frente del municipio no podían válidamente dar recibo que fuere sus-

El Tribunal de Casación pudo muy bien agregar que no existía contradicción alguna entre declarar válidos los actos del registro civil autorizados por los que se apoderaron del municipio, y nulos los pagos de impuestos efectuados a aquellos mismos. En el primer caso se trata de actos que no pueden demorarse, de servicios públicos que no pueden ni un instante ser desatendidos. Cuando se trata de la percepción de impuestos, por el contrario, estos actos no tienen *para el contribuyente* ningún carácter de urgencia; el deudor no sufre perjuicio alguno con que se retrase el pago de su deuda.

En la hipótesis que estamos examinando conviene por demás, volver sobre la doble observación formulada más arriba.

1.º La Administración pública no podrá reclamar nada al deudor en el caso en que por cualquier motivo hubiese pasado a las Cajas regulares el dinero entregado al usurpador.

2.º La Administración puede proceder, a su elección, ya contra el deudor, en virtud del crédito no extinguido, ya contra el usurpador en virtud de la teoría de la contabilidad de hecho. En 1871, el Gobierno se abstuvo de esta segunda vía, convencido de la insolvencia notoria de los agentes (1).

ceptible de producir algún efecto y de liberarles cerca del Estado legítimo. Una vez sofocada la insurrección, el Gobierno ha considerado nulos los actos que emanaron de aquellos agentes, y los individuos que especialmente se dedicaron a la percepción de impuestos fueron castigados de conformidad con el artículo 258 del Código penal... El título del Estado para la percepción del impuesto está en la ley, y la mera detentación de los registros por quienes se hicieron cargo del municipio no implica, en modo alguno, la posesión del crédito. De otro lado, la sentencia impugnada declara *que la demandante sabía perfectamente que aquellos individuos no tenían título ni autoridad para percibir impuestos, y, por tanto, no puede aquélla invocar un pago hecho de buena fe*. La violencia de que pudo ser ella objeto, y a la que pudo ceder, podrá autorizarle a reclamar indemnización de los autores de la violencia, pero no puede surtir el efecto de suplir la buena fe exigida a quien paga para que se le dé por válido el pago.»

Véase una resolución idéntica del Tribunal de Casación de 27 de noviembre de 1872, *Compañía de Ferrocarriles de París-Orléans*, S. 1873. 1. 262.

(1) Otras aplicaciones: 1.º Condecoración concedida por Carlos X el 1.º de agosto de 1830. Cas. crim., 25 agosto 1832, *St.-Germain*; 2.º Contratos celebrados por el Municipio en 1871, C. de Est., 14 febrero 1873, *Cibille*, *Rec.*, pág. 169; 30 enero de 1874, *Rec.*, pág. 100; 6 febrero 1874, *Rec.*, página 100; 25 mayo 1877, *Rec.*, pág. 500.

SEGUNDA SERIE DE HIPÓTESIS

Validez jurídica de los actos realizados por los funcionarios de hecho.

La ley y la jurisprudencia se han inspirado en el principio según el cual, ya en *tiempo normal*, ya en *período de crisis política o social*—guerra civil, revolución, desórdenes, etc.—, los actos jurídicos realizados por personas no investidas regularmente de un cargo son jurídicamente válidos *en cuanto a terceros* cuando su autor se ofrece con todas las apariencias de un agente regular, competente para realizar el acto, y está asistido en esta creencia por la opinión corriente.

I

Veamos lo que ocurre en *época normal*.

Las aplicaciones que el principio recibe son numerosas, pero sólo estudiaremos algunas de ellas.

PRIMERA APLICACIÓN.—*Agentes electivos cuya elección es impugnada y luego anulada.*—La ley de 15-27 de marzo de 1791 concerniente al régimen de los órganos administrativos (art. 9 *in fine* de la sección segunda), dispone que «el ejercicio provisional incumbirá a aquellos a quienes se haya impugnado la elección». Las leyes posteriormente dictadas han deducido de este principio general las siguientes consecuencias:

1.^a La ley de 5 de abril de 1884, art. 40, § 7, acepta explícitamente esta solución para los *consejeros municipales*. «Los consejeros municipales proclamados—dice—continuarán en su cargo hasta que se resuelva definitivamente sobre las reclamaciones formuladas contra la elección» (1). De este texto se desprende que los actos jurídicos realizados, *pendente causa*, por

(1) La ley de 21 de marzo de 1831 aceptaba implícitamente la misma solución (art. 52, *in fine*), y aunque la ley de 1855 no reguló expresamente esta cuestión, ya había sido admitido sin dificultad aquel criterio (Morgand, *La loi municipale*, I, núm. 267).

consejeros municipales cuya elección se impugna y luego se declara nula son válidos (1). Sin duda que al anular la elección el Tribunal implícitamente declara que el individuo no gozó de una investidura regular en el cargo. Pero el *interés legítimo de los terceros* y la necesidad del funcionamiento *ininterrumpido* de los servicios públicos exigen la *validez jurídica respecto a aquéllos* de los actos realizados en esta situación por personas que gozaban de investidura *plausible*.

2.^a La ley de 1884 únicamente considera el caso de los consejeros municipales. Pero como sólo pretende hacer una aplicación de un principio general, es necesario aceptar idéntica solución para todos los agentes públicos de carácter *electivo* (*miembros de Asambleas electivas*, cuya elección, previa impugnación, se anula; *consejeros generales*, aunque la ley de 10 de agosto de 1871 no habla de ellos...). Los actos jurídicos provenientes de estas personas, efectuados antes de que la elección se anule son jurídicamente válidos (2). Para prescindir de este principio haría falta un *precepto especial*.

(1) Morgand, ob. cit. I, p. 267: «La jurisprudencia del C. de Est. ha sacado de dicho texto la consecuencia de que los actos en que participó el consejero, cuya elección es impugnada, son válidos aun en el caso en que su elección se anule posteriormente o que su voto en el Consejo constituía precisamente el voto que formó la mayoría, o aunque la mayoría de los miembros del Consejo municipal vean también invalidados sus poderes». Ante el C. de Est. presentóse una vez un caso curioso en el que debía aplicarse el principio (C. de Est. 30 de Enero de 1885, *El d'Héronville, Rec.*, p. 129. Un Consejo municipal que sólo debía constar de diez miembros tenía doce. La constitución era pues, irregular. Si las elecciones debían de anularse, había que dar, sin embargo, validez a los actos procedentes de él. El C. de Est. no lo resolvió así expresamente, pero las razones invocadas por el Comisario del Gobierno valen para nuestra hipótesis. Decía: «La irregularidad en la composición del Consejo municipal se encuentra cubierta por la falta de protesta en el tiempo oportuno. Disponer otra cosa haría imposible la vida del Municipio durante cuatro años; equivaldría a privar de todo valor a los acuerdos que hubiere adoptado en todo ese tiempo el Consejo municipal».

(2) La ley de 5 de abril de 1884, art. 40, § 7 da una segunda solución—muy discutible por cierto—para el caso en que se recurra contra el fallo que anula la elección: «Los Consejeros municipales proclamados—dice—permanecerán al frente de su cargo hasta que se resuelva *definitivamente* sobre la reclamación». Es decir, que, no obstante la anulación el consejero municipal seguirá en funciones hasta que resuelva el C. de Est. La regla es de muy difícil justificación, y el propio de C. de Est. la interpreta en muy estricto sentido. C. de Est. 9 febrero 1912, *Gonod, Rec.*, p. 178: «Los

3.^a Esta solución debe ampliarse a los *alcaldes y adjuntos*, cuya elección se anule. Los actos jurídicos realizados por ellos hasta el día de la anulación son válidos. Así lo determina expresamente la ley municipal de 1884, que se remite al artículo 40 (1).

4.^a El principio y la excepción hallanse consignados en los *reglamentos del Senado* y de la *Cámara de los diputados* para los senadores y diputados cuya elección fuese impugnada. Bastará recordar las disposiciones que consideran estas hipótesis.

a) *Reglamento del Senado*, art. 9, *in fine*: «Pueden tomar parte en las deliberaciones y acuerdos del Senado los senadores a cuyos poderes no se les hubiese todavía dado validez». Art. 10: «Queda en suspenso el derecho de tomar parte en los acuerdos del Senado a todo miembro cuya admisión haya sido aplazada. Todo senador a quien se impugne la elección no puede ni en la Comisión ni en las sesiones del Senado tomar parte en la votación relativa a la validez de esta elección».

b) *Reglamento de la Cámara de los diputados*, art. 6: «Los diputados cuyos poderes no hubieran sido convalidados pueden tomar parte en las deliberaciones y en los acuerdos de la Cámara. Sin embargo, queda suspendido el derecho a votar en todo diputado cuya admisión hubiese sido aplazada por resolución de la Cámara. Los diputados no admitidos no pueden votar sobre su admisión ni en las Comisiones ni en la Asamblea general. No pueden presentar ninguna proposición de ley».

SEGUNDA APLICACIÓN.—*Agentes públicos sustitutos de los*

consejeros municipales cesan en el cargo desde que el C. de Est. resuelva, sin esperar la notificación de su decisión al ministro y al alcalde. De otra parte, es conveniente no extender la regla del § 7 a otras hipótesis distintas de las previstas en la ley de 1884. La ley de 22 de junio de 1883 (referente a los Consejos generales y de distrito) distinguía: la apelación *entablada por el consejero* era suspensiva: no lo era si la interponía el prefecto (art. 54).

(1) La solución admitida por el art. 40, § 7 de la ley de 1884 respecto a los consejeros municipales debe extenderse a los alcaldes y adjuntos, y no por razón de analogía sino por virtud de la referencia *formal* al art. 40. Por consiguiente, en el caso en que se apelare ante el C. de Est. contra una decisión del Consejo de prefectura anulando la elección del alcalde o del adjunto, la apelación surtiría efecto suspensivo: el individuo a quien se anulase su elección de alcalde o adjunto por el Consejo de prefectura no sería inmediatamente desprovisto de su calidad de alcalde, y los actos jurídicos por él realizados después de esta época serían válidos, aunque posteriormente declararse también nula la elección el C. de Est.

agentes irregularmente suspendidos o separados.—Los actos jurídicos que realiza un agente público, supliendo o reemplazando a un agente *irregularmente* suspendido o separado, *después del momento en que ha llegado a ser ejecutorio* (notificación) *el acto de suspensión o de destitución* ¿serán válidos en el caso en que cualquiera de estos dos últimos actos quede posteriormente sin efecto? ¿Serán válidos, verbigracia, los actos realizados por la delegación especial posteriormente a la disolución *irregular* de un Consejo municipal, si el decreto de disolución se anula después? ¿Lo serán, en la misma hipótesis, los actos provenientes de un nuevo alcalde sustituto de otro *irregularmente* destituido?

La lógica parece imponer una solución negativa. Debe considerarse como no acaecido un acto de disolución, de suspensión o de separación cuando se anula. El agente suspendido o separado no ha dejado nunca de ser un agente regular. Los actos por él realizados después del acto de suspensión o de separación emanan de un agente dotado de poderes regulares. Son, pues, válidos. De otra parte, no puede hablarse de un agente legítimamente investido del cargo mientras al titular no se le haya privado legítimamente de él. Por consiguiente, la anulación del acto de suspensión, de separación o de disolución produce el resultado de anular retroactivamente la investidura del agente sustituto y, en consecuencia, hacer irregular el ejercicio del cargo por éste.

Pero este razonamiento lleno de lógica lo está también de graves inconvenientes prácticos. Menosprecia el interés legítimo de los terceros que obraron de buena fé y compromete el funcionamiento de los servicios públicos. El agente suspendido o separado del cargo, aun de modo *irregular*, debe ser sustituido por otro agente, que lo ejerza *provisionalmente*. Si no fuese así sería imposible el funcionamiento del servicio público. Será preciso esperar meses o quizá años para que se resuelva en definitiva sobre la decisión que separó o suspendió al funcionario. ¿Cómo reconocer un valor jurídico meramente condicional a los actos que realizaron los sustitutos para asegurar el funcionamiento de dichos servicios? A nuestro juicio lo procedente es aplicar al sustituto lo que dispone el art. 84 de la ley de 5 de abril de 1884 respecto a los que suplen al alcalde en caso de suspensión o de separación, a saber: «En caso de ausencia, suspensión, separación o de cualquier otro impedimento sustituye al alcalde provisionalmente en la plenitud de sus funciones un adjunto...». El texto, como vemos, asimila los actos de suspensión y separación a los de ausencia o impedimento. Los ac-

tos del sustituto se considerarán válidos aun en el caso en que posteriormente se anule la separación irregular. Su investidura hasta el día de la anulación fué *plausible*.

De esto se desprende, a la inversa, que a partir de la notificación (1) de una suspensión o destitución, aun irregular, el alcalde queda provisionalmente en estado de incapacidad sus actos son nulos jurídicamente por provenir de un agente *legalmente incapacitado*.

Esta solución no es muy lógica, y no deja de ofrecer inconvenientes prácticos, toda vez que reconoce efectos a una destitución nula. Sin embargo, nos parece indispensable para asegurar el funcionamiento regular e ininterrumpido de los servicios públicos. A los ojos de todos la investidura del alcalde suspendido o destituido no es ya plausible.

A nuestro juicio debe aplicarse a todos los casos análogos la solución que da la ley de 1884 (art. 84) para el caso de suspensión o separación del alcalde (consejo municipal irregularmente disuelto y reemplazado por una delegación especial (art. 44, ley 1884), consejo general disuelto y sustituido por una comisión departamental (ley 10 agosto 1871, art. 35) etc.).

TERCERA APLICACIÓN.—*Actos realizados por agentes públicos en virtud de una «delegación» irregular* (2). Las leyes y reglamentos organizan la *suplencia y delegación* para el caso en que el titular de un cargo se incapacita provisionalmente para ejercerlo.

Existe suplencia cuando en caso de impedimento del titular ejerce, *de pleno derecho*, su cargo otro agente público. Por ejemplo, caso de que se incapacita el alcalde ejercerá su cargo

(1) Los actos son jurídicamente nulos a partir de la *notificación* y no del acto de suspensión o de separación. Así lo resolvió en 1838 el Tribunal de Orleans a propósito de la destitución de un guarda rural. Los actos procedentes de este funcionario *después* de la destitución pero *antes* de la notificación de la misma deben estimarse válidos. El Tribunal invocó dos argumentos: uno—que no tiene valor—constituye una aplicación de la teoría del mandato civil: el funcionario no es más que un mandatario, al que se le debe aplicar los arts. 2006 y 2008 del Código civil. El segundo argumento es excelente y digno de ser puesto de relieve. Decía el Tribunal: «El sistema contrario tendría por resultado paralizar la acción de la justicia, *desorganizar la administración*, comprometer en fin, el estado y la fortuna de los ciudadanos. No es posible declarar nulos los actos provenientes de un funcionario destituido ignorante de su destitución». (Orleans, 6 agosto 1838, Dalloz, *Repertoire*, V. *Forfaiture*, p. 49, nota 1).

(2) *Laferrère, *Jur. adm. et rec. cont.*, 2.^a edic., II, p. 500 y Chante-Grellet et Pichat. *Fonctionnaires publics*, en *Rép. Becuet*, XVI, p. 569, núm. 163.

un adjunto por el orden de designación (ley 5 abril de 1884, art. 84).

Hay *delegación* cuando para el caso de incapacidad del titular o para ayuda de éste prescribe la ley que un determinado agente público *designa* a otro con la misión de ejercer provisoriamente, en todo o en parte, el cargo del agente impedido o recargado. Por ejemplo: en el caso en que se inutilice el alcalde, *si también están impedidos* los adjuntos, el consejo municipal designa un consejero que accidentalmente asuma en toda su plenitud las funciones de alcalde (art. 84, ley 1884); el alcalde puede delegar parte de sus funciones en uno o varios adjuntos (art. 82, ley 1884).

Diferéncianse la *suplencia* y la *delegación* en que el suplente está investido del cargo *desde antes de presentarse el caso de impedimento*. Pero su *competencia es condicional*, pues sólo puede ejercerla cuando se ha realizado la condición de hecho: el impedimento. En la *delegación*, por el contrario, la *investidura resulta del acto de delegación*, que en realidad no es otra cosa que un *nombramiento*.

Esto supuesto, supongamos ahora que un agente público haya ejercido el cargo por suplencia o por delegación sin llenar los requisitos legales ¿cuál será el valor de los actos jurídicos realizados por él? Por ejemplo, el adjunto realiza funciones propias del alcalde sin estar éste impedido, o un consejero municipal ocupa el cargo de alcalde en virtud de una *delegación* del consejo municipal, sin que los adjuntos estuviesen imposibilitados para ejercer aquel cargo. ¿Podrán los interesados pedir la nulidad de los actos realizados por el suplente o por el delegado, invocando la irregularidad de la suplencia o de la delegación?

Es ésta una cuestión muy difícil. A nuestro juicio, para resolverla con acierto es necesario: 1.º, distinguir cuidadosamente entre la *suplencia* y la *delegación*, y 2.º, tener en cuenta la *naturaleza de los actos realizados*.

1.º El suplente que obra fuera de los casos de impedimento es un funcionario regularmente investido, que ejerce su competencia legal fuera de los casos previstos por la ley. No es un *funcionario de hecho*, sino un funcionario incompetente que abusa de sus poderes y al que hay que aplicarle la teoría del exceso de poder.

En el caso de *delegación* irregular la situación es la de un *nombramiento irregular*, y no hay razón para no aplicar en este caso la teoría de la *función de hecho*: los actos realizados en virtud de una delegación irregular serán *jurídicamente válidos*

respecto a terceros cuando la delegación, aunque irregular, constituya una investidura *plausible*.

La distinción no es sutil, y guarda armonía con los hechos. En el caso de *suplencia* irregular existe un agente regular que quiere y que puede hacer funcionar el servicio público: los terceros *deben* entenderse con él. Cuando se trata de *delegación* el funcionario regular, de una parte, no quiere más continuar al frente del servicio público; ha hecho una delegación, que estima regular, y los terceros deben entenderse con el delegado. De otra, existen condiciones de la irregularidad de la delegación, cuya comprobación no puede exigirse razonablemente de terceros.

2.º Es necesario considerar la *naturaleza de los actos realizados*. La teoría de los funcionarios de hecho ha sido ideada en *favor de los terceros* que procedieron *de buena fé*. Cuando se trata de un acto *contra* un tercero (pena, corrección disciplinaria, etc.), o que impone *deberes* al público (reglamento), o se trata de un *contrato* o de un acto relacionado con una operación contractual, debe aplicarse la regla lógica de que el *acto es nulo*. La administración no puede prevalerse de una regla especial que no ha sido dictada para ella (1), y los contratantes están obligados a comprobar minuciosamente la capacidad de los cocontratantes.

El análisis que precede no lo hacen todos, pues un número considerable de autores sólo admite una solución estrictamente lógica para ambas hipótesis.

Lógicamente, se dice, «la estricta observancia de las prescripciones legales es una condición necesaria para transferir la competencia». Si, pues, «un funcionario inferior ha ejercido por delegación un cargo de que no podía estar legalmente investido, la decisión dictada por él de buena fe debe anularse, por razón de incompetencia» (2). En efecto, «la competencia sólo puede imponerse a los ciudadanos cuando se ejerce por el verdadero depositario. Tal es el principio. Excepcionalmente, la ley permite a una persona por razón de suplencia o de delegación ejercer en lugar de otra un poder que personalmente

(1) Por lo demás, ella podrá *frecuentemente* invocar *breves plazos de prescripción: dos meses*.

(2) Laferrière, ob. cit., II, p. 505: «Nos parece difícil—añade—no responder afirmativamente, *por rigurosa que pueda parecer esta solución en ciertos casos*».

no posee ; pero aun en este caso es preciso que se cumplan exactamente todos los requisitos marcados en la ley» (1).

«Parecía difícil, se agrega, ampliar respecto a las resoluciones dictadas por un delegado irregular la solución que ciertas veces se ha admitido para las decisiones tomadas de buena fé por un funcionario o un magistrado irregularmente nombrado. El adagio *communis error facit jus* no debe invocarse sino con mucha reserva en materia de delegaciones viciosas... En lo que toca a los actos administrativos provenientes de un delegado irregularmente designado... la nulidad de la delegación ilegal... es de derecho y lleva consigo la de los actos realizados por el delegado... Decir que una irregularidad en la delegación—sobre todo cuando nace de la incapacidad legal del que la recibe—no produce el efecto de privar al delegado de la capacidad necesaria para reemplazar al titular equivaldría a formular una proposición inexacta en derecho administrativo, pues no se trata en este caso de privar de una facultad a un agente que la posee, sino de conferírsela a quien no la posee» (2).

En *tesis general* esta solución es exacta y debe aplicarse a todos los actos dirigidos *contra* terceros o que impongan *deberes* al público (correcciones disciplinarias, penas, etc.), así como a los *contratos* o actos relacionados con una *operación contractual* (acuerdo que autoriza, acto que aprueba un contrato) (3). Pero, a nuestro parecer, sería de una lógica demasiado rigurosa prescindir en este punto de la doctrina de los funcionarios de hecho y del principio fundamental del respeto debido a los intereses legítimos de los terceros que obraron de buena fé y de la garantía de continuidad del funcionamiento de los servicios públicos. El principio lógico debe desvanecerse siempre que su aplicación comprometa la marcha regular de un servicio público. Cada uno de los principios en juego, ha de aplicarse, por consiguiente, según los casos, dependiendo todo esto de su respectiva repercusión en el funcionamiento continuo de un servicio público. Examinándose atentamente *todas las circunstancias de hecho* podemos deducir que en *ciertos casos de delegación irregular* debe, *a veces* prescindirse del principio lógico.

(1) Lafèrrière, ob. cit., II, p. 506-506.

(2) Lafèrrière, ob. cit., II, p. 506-507.

(3) Argumento C. de Est., 28 abril 1882, villa de Cannes, *Rec.*, p. 457. Tratábase de un contrato aprobado por el Secretario general que no había recibido delegación del prefecto. La aprobación es nula por provenir *de un agente regular, pero incompetente*. Idéntica solución se aplicaría en el caso de *delegación irregular*.

y es cuando se trata de un acto no contractual que beneficia a terceros y cuando razonablemente no se puede reprochar a éstos no haber averiguado si se cumplieron todas las condiciones necesarias para que hubiese delegación regular; entonces es necesario determinar la preferencia de los principios de la salvaguardia de los intereses de los terceros que procedieron de buena fé y de la necesidad de asegurar la continuidad del funcionamiento del servicio público.

El caso más notable en este respecto que puede ofrecerse a la atención es el asunto conocido por el de los matrimonios de Montrouge en 1883.

Un consejero municipal en quien el alcalde de Montrouge había delegado *irregularmente* las funciones de oficial del Registro civil, *pues no se atuvo al orden de lista*, autorizó un cierto número de matrimonios. El Tribunal del Sena, por tres sentencias de 23 de febrero de 1883 (1), declaró, a instancia del ministerio público; la nulidad de tres de los matrimonios celebrados. Pero, por sentencia de 7 de agosto de 1883 el Tribunal de Casación (Sala de lo civil) de acuerdo con las conclusiones de su procurador general, declaró válidos dichos matrimonios en atención a que «efectivamente el poder de delegar está sometido a ciertas reglas y que la voluntad del legislador es que el alcalde siga el orden que resulta de la combinación del artículo 14 de la ley de 18 de julio de 1837 con las leyes de 23 de marzo de 1831 y 5 de mayo de 1855; pero *ni la ley de 18 de julio de 1837, ni ninguna otra disposición legal ha sancionado con la nulidad estas prescripciones y, como es sabido, las nulidades no se presumen*. De lo que resulta, que la irregularidad en la delegación no debe surtir el efecto de privar al miembro de la municipalidad, designado por el alcalde para reemplazarle, de la capacidad necesaria para desempeñar las funciones de oficial del registro civil, y que, por tanto, no debe llevar aneja la nulidad de los actos autorizados por él con dicho carácter».

Tales sentencias han suscitado vivas polémicas. Un gran número de autores se han pronunciado por la nulidad de estos matrimonios (2). Bajo el aspecto de la lógica jurídica tienen ra-

(1) Dalloz, 1883. 2. 49; 1884. 1. 5.

(2) V. Ducroq, *Etudes de Droit public*, p. 364 y ss. En el mismo sentido Lafèrrière, ob. cit., II, p. 506. Este autor declara su propósito de no discutir la tesis del Tribunal de Casación desde el punto de vista de la validez de los actos del registro civil, pero demuestra fácilmente que el razonamiento de dicho Tribunal reposa sobre errores jurídicos.

zón dichos autores; pero *dada la naturaleza del acto y de la irregularidad*, la nulidad de estos matrimonios quebrantaría los grandes principios del respeto debido a los legítimos intereses de terceros y de la continuidad del funcionamiento de los servicios públicos. Cuando el alcalde de Montrouge delegó en un consejero municipal las funciones de oficial del registro civil, manifestó su voluntad de no autorizar por sí mismo ningún matrimonio. Los terceros sabían, y debían saber, que el alcalde podía delegar sus funciones en un consejero municipal, pero ¿podíase *razonablemente* exigir de ellos que averiguasen si el consejero delegado era realmente el que debía serlo según el orden de la lista? No lo creemos. La investidura del consejero era *plausible*. En estas condiciones, declarar nulos los matrimonios autorizados por dicho consejero equivaldría a declarar que el servicio público del registro civil no podía funcionar regularmente y de una manera continua mientras no se anulase el acto de delegación, y que los terceros eran los responsables de una situación que no crearon, de irregularidades de que muy difícilmente podían hacerse cargo y que no podían impedir.

El Tribunal de Casación declaró a nuestro parecer con razón la validez de dichos matrimonios; si bien carecen de valor los motivos en que inspiró su resolución. En derecho público francés, aunque otra cosa piense el Tribunal de Casación, no es necesario que las nulidades sean formalmente declaradas por la ley. Los matrimonios debían ser declarados válidos: 1.º, porque se trataba de actos que *aprovechaban* a terceros, y 2.º, porque los terceros podían bien estar en la creencia de que la delegación hecha en un consejero municipal era regular, y no estaban razonablemente obligados a comprobar si se había cumplido con la condición exigida para que la delegación fuese regular (orden de lista). Los matrimonios autorizados por un alcalde irregularmente elegido y cuya elección después se anula, son válidos. El caso es idéntico: *una delegación es un nombramiento*; el agente irregularmente delegado es un agente de nombramiento irregular.

Pero veamos ahora otra hipótesis de delegación irregular en la cual podíase reprochar a terceros no haber conocido la irregularidad. Supongamos que la delegación ha recaído en un funcionario distinto del designado por la ley; por ejemplo: el alcalde delega sus funciones de funcionario del registro civil en el secretario del Ayuntamiento. En este caso debían saber los terceros que en ninguna *circunstancia* puede

autorizar matrimonios dicho funcionario. El matrimonio sería nulo (1).

4. *aplicación. Cobranza de los créditos públicos* (2). Lógicamente, no deben ser válidas las recaudaciones efectuadas por una persona que no sea el funcionario regularmente competente para ello (3). Pero todavía en este caso debe admitirse, respecto a terceros, la validez de los pagos efectuados a individuos dotados de investidura irregular, pero *plausible*.

En efecto, los reglamentos de contabilidad y la jurisprudencia coinciden en declarar *liberatorios* los pagos efectuados

(1) En el asunto Delorme, resuelto el 29 de noviembre de 1912 (*Rec.*, página 1.112), ha decidido muy acertadamente, a nuestro juicio, el C. de Est. que «el Decreto de 8 de junio de 1903 que determina las reglas según las cuales en caso de ausencia o incapacidad puede ser sustituido el Gobernador general de Argelia, sólo ha conferido al Secretario general, con exclusión de todo otro funcionario, la aptitud para sustituirlo. Por consiguiente, la autorización otorgada a un consejero de Gobierno para firmar la decisión aquí considerada, no es regular y está afectada de vicio de nulidad». Esta solución es correcta y debería aplicarse a todos los actos, aun a aquellos que aprovechan a terceros. En efecto, en el asunto citado en esta nota podía exigirse razonablemente a terceros el conocimiento del Decreto de 1903; ellos debían conocer la irregularidad de la «delegación». V. también C. de Est. 21 febrero de 1890, *Mimieux*, *Rec.*, p. 201.

(2) Marqués de Braga y C. Lyon, *Comptabilité de fait* en el *Répertoire du Droit administratif de Béquet*, t. VII, p. 75 y ss., números 200 ss. Véanse sobre todo las páginas 78 y s., y los números 204 y ss.

(3) En una nota de la primera presidencia del Tribunal de Cuentas (núm. 49, 24 diciembre de 1879) el principio lógico se consagra en los más absolutos términos. Dícese en dicha nota: «Las leyes y reglamentos relativos a la contabilidad de los municipios y de los establecimientos públicos, sólo reconocen a los recaudadores legalmente instituidos el derecho a cobrar y a entregar recibos, y según el art. 1.239 del C. civil, el pago para ser válido debe hacerse al acreedor, a su mandatario o a una persona autorizada judicial o legalmente para ello. De donde se desprende que cuando los deudores entreguen las cantidades debidas a los que no sean legítimos recaudadores municipales o de establecimientos públicos, no quedan válidamente liberados, y, por tanto, pueden ser demandados al pago por los recaudadores legítimos». Esta fórmula es completamente censurable. De una parte, se apoya en el art. 1.239 del C. civil, siendo así que sólo es aquí pertinente la aplicación de los principios del derecho público. De otra, está concebida en términos demasiado absolutos y muéstrase en contradicción con los reglamentos de contabilidad, con la jurisprudencia y con la práctica administrativa, como veremos más adelante.

en estas circunstancias siempre que los deudores hayan podido *razonablemente* creer en la capacidad legal de dichos recaudadores (1).

Muy numerosos y variados son los casos en los cuales los reglamentos de contabilidad o la jurisprudencia declaran liberatorios estos pagos. Y es que la solución contraria, a saber, la aplicación estricta del principio lógico, pondría múltiples trabas al funcionamiento del servicio público de recaudación del importe de los créditos públicos. La recaudación *rápida* de estos fondos es un servicio *esencial*, del cual depende la buena marcha de todos los demás servicios públicos. El dinero es el nervio de la guerra y de la paz. Los funcionarios públicos deben tener sin dilación, a su alcance, el dinero necesario al funcionamiento de los servicios públicos. Es preciso, pues, evitar que con cualquier pretexto puedan los deudores eludir el pago de sus deudas. El espíritu de la legislación fiscal francesa es hacer todo lo más rápida posible la función recaudatoria; de aquí que se rehusen a los deudores del Tesoro todos los medios dilatorios (2). Por tanto, es conforme con esta tendencia (3) considerar jurídicamente válidos los pagos efectuados *razonablemente, de buena fe*, a persona que no sea el recaudador legítimo. Y es exigible no solamente la buena fe

(1) Marqués de Braga y C. Lyon, ob. cit., VII, p. 88, núm. 205: «En principio, no es exigible a los deudores que averiguen el carácter del presunto funcionario, que en posesión de los títulos y registros habituales ejerce públicamente, el cargo en el lugar donde se halla la caja, o aun de quien sigue en el ejercicio del cargo, no obstante haber sido privado de él, verbigracia, por destitución o suspensión. Incumbe a la Administración—si ésta pretende oponer eficazmente a las partes que pagan la falta de carácter del recaudador—rodear la cesaciones de servicio, como la designación misma, de una solemnidad, o, al menos, de una publicidad suficientes».

(2) V. sobre este punto Jèze. *Cours élé. de Sc des finances et de lég. fin française*, 5.ª ed., 1912, p. 272 y ss., p. 829 y ss.

(3) Las soluciones expresadas en el texto justifican al amparo de la teoría general de la función de hecho y del concepto del servicio público. Ordinariamente se invoca el texto y el espíritu del artículo 1240 del Código civil, que dice así: «El pago hecho de buena fé a quien está en posesión del crédito es válido aunque el poseedor legítimo haya sido suplantado.» Marqués de Braga y C. Lyon, ob. cit., pág. 78 y s. núm. 204. No obstante la analogía de situaciones es necesario, a nuestro juicio, no invocar este texto, cuya fórmula es a la vez demasiado amplia y demasiado estrecha, y que manifiestamente se ha escrito para una hipótesis completamente distinta. Lo que interesa considerar principalmente no es la posesión

del que paga, es decir, su ignorancia respecto al verdadero carácter del recaudador, sino aun su creencia *razonable* en considerar al recaudador con verdadera capacidad legal para el cobro. Sólo así será su investidura *plausible*.

Las principales consecuencias de carácter práctico que se desprenden de este principio son las siguientes :

1.ª Es jurídicamente *válido y liberatorio* el pago hecho por un deudor del Tesoro público a un funcionario *irregularmente* nombrado, pero que ejerce *públicamente* sus funciones en los *locales oficiales* y con *títulos y registros oficiales*. La anulación posterior del nombramiento no repercute jurídicamente en la situación de las *partes que efectuaron el pago*.

2.ª Idéntica solución debe aplicarse en el caso de cobranza efectuada en las mismas condiciones de publicidad y de buena fe, *posteriormente a su destitución*, por un recaudador. Por ejemplo, es liberatorio el pago de contribuciones indirectas efectuado a antiguo *recaudador ambulante, cuya caja y libros carecen de asiento oficial*, si la administración ha olvidado retirar la patente de que deben ser siempre portadores los recaudadores ambulantes (1).

3.ª La *Instrucción general del Ministerio de Hacienda* de 20 de junio de 1859 ha aceptado implícitamente la misma doctrina en el caso de *suspensión* del recaudador. Esta Instrucción rodea de la mayor publicidad la suspensión (2). Los habitantes quedan prevenidos de que no será válido el pago que

del crédito, sino la *buena fe* del que paga y la creencia *razonable* en que estaba de que el que recibió el pago era recaudador legítimo. Como ya hemos dicho conviene mostrarse muy prudente en la aplicación a los problemas del derecho público de las disposiciones del Código civil.

(1) Marqués de Braga y C. Lyon, ob. cit. pág. 88, núm. 205.

(2) Instrucción de 1859, art. 1310 : «Si las irregularidades descubiertas llevasen aneja la suspensión del que las hubiese cometido, el recaudador de Hacienda puede retirarle inmediatamente los valores que tuviese en depósito, así como los registros y piezas concernientes a los diversos servicios reunidos en sus manos. Dicho recaudador nombrará entonces un gerente interino, poniéndolo en conocimiento del prefecto o del sub-prefecto, según las reglas expresadas en el párrafo siguiente...» (art. 1330). Una copia del acta en donde conste la medida adoptada quedará en poder del contador suspendido en sus funciones. Otra quedará en manos del recaudador particular... Independientemente de estas disposiciones el recaudador, bajo su responsabilidad, debe el mismo día en que tenga conocimiento de la irregularidad notificar aquella medida a todos los alcaldes de la circunscripción y requerirles informen sin pérdida de momento a los habitantes de los municipios de que el recaudador ha sido suspendido de su

hicieren a recaudadores suspensos. Pero es muy razonable y está admitido que, en el caso en que faltare esta publicidad, debe considerarse jurídicamente válido el pago efectuado de buena fe (1).

4.^a La jurisprudencia consagra una solución aún más notable. Son liberatorios los pagos hechos de buena fe a un individuo *de quien la parte que paga sabe perfectamente que no es el recaudador legítimo*, con tal que haya podido *razonablemente* creer que dicho individuo había sido autorizado por el recaudador legítimo para cobrar por cuenta del Tesoro. Por ejemplo, es jurídicamente válido y liberatorio el pago *normalmente* (2) efectuado a un empleado del recaudador regular. Esta solución es consecuencia de la idea fundamental según la cual interesa facilitar el rápido funcionamiento del servicio público de recaudación de los fondos públicos. Según se sabe, de ordinario, sobre todo en las grandes ciudades, es materialmente imposible que el recaudador regular pueda realizar en persona todas las funciones que las leyes y reglamentos ponen a su cuidado. En este caso, ha sido preciso reconocer la validez de los pagos al Tesoro hechos no solamente a empleados del recaudador que tengan carácter de funcionario, sino aun los que no son más que meros agentes personales designados y retribuidos por él y aunque no hayan sido ni siquiera confirmados por la Administración superior (3).

cargo y que deben abstenerse de pagarle nada, bajo pena de tener que pagar dos veces. El recaudador de Hacienda debe ponerse a cubierto en el cumplimiento de este deber por recibo de los alcaldes».

(1) Marqués de Braga y C. Lyón, ob. cit., pág. 88, núm. 205: «Incumbe a la administración—*si ésta pretende oponer eficazmente a las partes que pagaren la falta de carácter del recaudador*—rodear las cesaciones, así como la designación para los servicios, de una solemnidad, o, al menos, de una publicidad suficiente. Desde que la Administración descubre la irregularidad cometida por un recaudador debe retirarle los documentos y registros de que podría servirse para continuar la recaudación, y poner en conocimiento de todos el cambio de situación de su mandatario... *A falta de estas precauciones y formalidades no podrían los servicios públicos negar a los pagos el carácter liberatorio».*

(2) Es preciso que el pago tenga lugar en circunstancias *normales*; por ejemplo, en el sitio de instalación oficial de la Caja, contra recibo sacado del registro, etc. Los Tribunales apreciarán estas circunstancias y determinarán cuando han sido *normales*. Por eso, a nuestro juicio, ha resuelto muy acertadamente el Consejo de Estado (25 julio 1876, *Ducatel, Rec.*, pág. 701) negar validez al pago efectuado por un deudor en circunstancias de hecho *anormales*.

(3) En este sentido manifiéstase el marqués de Braga y C. Lyón

Para justificar debidamente esta solución, invocan algunas la idea de mandato (1).

Esta justificación es, a nuestro parecer, inadmisibile. En derecho público francés los funcionarios públicos no gozan del derecho de delegar las atribuciones propias de su cargo en mandatarios libremente designados por ellos. *No es aplicable a esta hipótesis la teoría del mandato civil.* La ley es la que regula los casos de *suplencia* y de *delegación*. Por tanto, la teoría de los funcionarios de hecho es la que puede justificar las soluciones arriba mencionadas. El Código civil es totalmente inaplicable aquí.

La sección de Hacienda del Consejo de Estado en dos dictámenes de 8 de octubre de 1816 y 4 de mayo de 1822, aceptados por el ministro de Hacienda (2), ha declarado válido y liberatorio el pago efectuado por un contribuyente a la mujer del recaudador. Evidentemente, en este caso sabía el contribuyente que no hacía el pago al verdadero recaudador. Si esto no obstante se declara liberatorio el pago, es porque en este caso existe la presunción de que los fondos van a la caja pública y que así lo ha podido creer razonablemente el contribuyente.

ob. cit., pág. 85, núm. 205). Dicen: La validez de los pagos hechos por los particulares en las Cajas públicas a empleados y subalternos de los cajeros legítimos está en *todos los casos* sometida a idéntico criterio expansivo que el que preside a la liberación. Y esta liberación acompaña, no solamente a los pagos efectuados, a los *encargados funcionarios públicos* que obran en virtud de una verdadera autorización legal y a los que actúan como *mandatario particular* de los cajeros, sino aún a los pagos hechos a personas que a los ojos de los deudores ofrecen apariencias de poderlos recibir. La parte que paga no puede, en efecto, verse obligada a indagar la calidad de las personas que instaladas en las verdaderas oficinas, en posesión de los resguardos y libros y empleando las fórmulas habituales ofrecen todas las apariencias de ser legítimos cajeros».

(1) El Marqués de Braga y C. Lyon justifican esta solución por la idea del *mandato*: «Este carácter liberatorio de los pagos—dicen—resulta... no de la detentación, considerada en sí misma, de los títulos y registros de recaudación, sino de la *presunción del mandato para recibir* que la situación expresada hace nacer en provecho de las personas que en las oficinas oficiales desempeñan—al menos con apariencia externa—las funciones de empleados y de cajeros».

(2) En sus observaciones sobre el asunto resuelto por el Consejo de Estado el 21 de julio de 1876 (*Ducatel, Rec.*, pág. 701). el ministro de Hacienda, hace referencia a estos dos dictámenes que declara haber sido seguidos por sus predecesores y que él sigue también.

Pero siempre que los pagos se hagan a personas que no sean los verdaderos recaudadores, es necesario, para que sean liberatorios, que se hayan efectuados en circunstancias *normales*, demostrativas no solamente de la buena fe de la parte que pagó sino de que ésta podía *razonablemente creer que los fondos* irían realmente a parar a las cajas públicas. Si, pues, el pago se ha efectuado en circunstancias que *no son las normales* no es liberatorio. Tal fué lo que decidió el Consejo de Estado en 1876 a propósito de un pago hecho, *en circunstancias anormales*, al padre del apoderado de un recaudador (1).

Y tal ha sido también la solución consagrada en 1888 por el Tribunal de Conflictos a propósito de un pago hecho, en circunstancias *anormales*, a la mujer de un recaudador (2).

(1) Consejo de Estado, 21 julio 1876, *Ducatel, Rec.*, pág. 701. Véanse los hechos: El señor V entregó la cantidad de 300 francos debida por él por contribuciones directas, no al recaudador, ni al señor G, *de quien conocía su cualidad de apoderado de aquél*, sino al señor G, padre de éste, analfabeto, que entregó dicha suma a su hijo. Este pago no se inscribió en el registro correspondiente, ni determinó la entrega de recibo alguno. G hijo, distrajo los fondos. Durante el proceso criminal seguido ante la Audiencia el señor G hijo, reconoció que los 300 francos le habían sido entregados por su padre. En atención a estas circunstancias, estimando el recaudador que el pago efectuado era nulo, jurídicamente, y por tanto, no liberatorio, reclamó del contribuyente el pago de la cantidad de 300 francos. Formulada la oposición por el contribuyente, el consejo de prefectura declaró liberatorio el primitivo pago: «La entrega de esta cantidad (300 francos), expresaba la resolución, hecha al apoderado del recaudador en concepto de pago de contribuciones equivale a la entrega realizada al propio recaudador. Una vez efectuado el pago, el apoderado debió entregar recibo y tomar razón marginal del pago, lo que no hizo. El recaudador no puede invocar para cubrir la distracción de los fondos públicos realizada por su agente la inobservancia de las reglas de la contabilidad pública. *En estas circunstancias debe estimarse válido el pago realizado por el señor V...*». Contra esta resolución apeló al recaudador y de conformidad con las observaciones formuladas por el ministro de Hacienda resolvió el Consejo de Estado (21 julio 1876) que: «El señor V, para pedir la anulación del apremio administrativo dirigido contra él *hase fundado en que él había entregado la cantidad de 300 francos, importe de las contribuciones que debía, al señor G padre, para que entregase esta cantidad con indicación de su destino al señor G hijo, apoderado del señor D recaudador, y además, en que estos hechos comprobábanlo el testimonio de los señores G padre e hijo. Pero el señor V no ha probado por la exhibición del resguardo reglamentario ni por cualquier otro medio el pago que invoca, pago que no ha sido inscrito en los registros correspondientes. En estas circunstancias procede dejar sin efecto la resolución del Consejo de la Prefectura...*».

(2) Tr. de Conf. 15 de diciembre 1888, *Moreau, Rec.*, pág. 986 (y la

Por el contrario son criticables, a nuestro parecer, ciertas resoluciones de los Tribunales ordinarios declarando válido y liberatorio, sin señalar las circunstancias de hechos, el pago del precio de concesión en un cementerio municipal efectuado a un Secretario del Ayuntamiento (1), por la única razón de que el pago se hizo de *buena fé* y que el secretario del Consejo municipal es «un empleado que se ofrecía ante todos como un mandatario del municipio» (2).

nota). Véanse los hechos. El señor M se presentó en las oficinas de recaudación para pagar su contribución. Encontrándose el recaudador ausente entregó a la mujer de éste 116 francos, importe del impuesto. El señor M no recibió de dicha mujer resguardo alguno; pero al día siguiente el recaudador le entregó una nota *no firmada, pero fechada y con el timbre correspondiente*, en donde se hacía constar el pago. De hecho, la cantidad entregada por el señor M no fué ingresada en la caja pública. Posteriormente el recaudador reclamó con apremio la cantidad de 116 francos, y para evitar el embargo, el señor M efectuó el pago pero bajo reserva; más en seguida entabló acción ante el juez de paz, quien condenó al recaudador a restituir. Entablada la apelación, el Tribunal civil se pronunció en el mismo sentido. Alzado el prefecto, el Tribunal de conflictos resolvió que: «Si M presentó una nota sin firma, con el timbre correspondiente y fechada... reconoció expresamente que este documento no tenía carácter liberatorio y no podía hacerle saldar su deuda respecto al Tesoro, toda vez que *posteriormente* al abonarle al recaudador la cantidad reclamada exigió, y se hizo entregar un recibo en forma».

Se ha pretendido hallar una contradicción entre la resolución del Consejo de Estado de 1876 (*Ducatel*) y la del Tribunal de conflictos de 1888 (*Moreau*, Marqués de Braga y C. Lyon, ob. cit. pags. 87 y 88, núm. 205). A nuestro juicio, no es así. Sin duda, la solución dada por el Tribunal de conflictos hubiera sido distinta si el pago se hubiese efectuado en circunstancias *normales*, particularmente si la mujer del recaudador hubiese entregado a M un recibo en forma ó si el recaudador se lo hubiese enviado al día siguiente.

(1) Tribunal civil de Pontoise, 12 abril 1883, *Enghien-les-Bains* (Rép. Béquet t. 7, pág. 89, nota 1): «Los concesionarios han procedido en sus pagos de buena fé y el municipio debe ser responsable cerca de ellos por las faltas de un empleado, *que se presentaba a los ojos de todos como el mandatario del propio municipio...*». La Audiencia de París en 29 de junio de 1886 confirmó esta sentencia inspirándose en idéntica razón.

(2) En contra de esto, muy razonablemente ha resuelto el Tribunal civil de Mayenne en 20 de enero de 1873 que en caso de empréstito municipal legítimamente autorizado, es irregular el pago hecho al alcalde de las cantidades suscritas, e impide a los interesados gozar de la cualidad de acreedores del municipio. No se trata aquí de funcionario de hecho, sino de funcionario público *incompetente*. «Si los alcaldes gozan... del derecho de ordenar los pagos municipales, ninguna disposición les confiere el derecho a inmiscuirse en la percepción de los recursos municipales y de

QUINTA APLICACIÓN.—*Deudas contraídas por personas que no estaban en posesión regular del cargo.*—Para apreciar la validez de los *actos jurídicos creadores de deuda* procede aplicar pura y simplemente los principios generales arriba expresados. En otros términos, el acto jurídico es válido *en cuanto a terceros* siempre que haya emanado de un individuo no investido regularmente del cargo (funcionario irregularmente nombrado o elegido, destituido, suspendido, etc.), pero ofreciéndose con todas las apariencias de un funcionario legítimo, de tal suerte que no se puede reprochar a los terceros no haber conocido el carácter irregular del agente con quien trataron.

Esta solución es absolutamente necesaria para el buen funcionamiento de los servicios públicos y la recomiendan las exigencias del crédito público. Ningún contratista serio se avendría a tratar con los funcionarios públicos si se viesen expuestos a que se les pudiese oponer una irregularidad de investidura que razonablemente no podían conocer. Aceptar la solución contraria equivaldría o bien a retraer a los contratistas serios y honrados o bien a incitarles a elevar los precios a fin de quedar a cubierto contra el riesgo de una posible nulidad. En ambos casos quedaría comprometido el buen funcionamiento de los servicios públicos.

Análoga solución se admite en un caso si no idéntico, semejante: cuando el funcionario regular ha realizado el acto, pero traspasando los límites de su competencia, por ejemplo, sin las autorizaciones legales. El abuso de poder no constituye una causa de nulidad jurídica del acto, sino en tanto los terceros estaban razonablemente en circunstancias de conocerlo y comprobarlo. Por ejemplo: un ministro ha dispuesto gastos sin crédito o más allá del concedido. Se acepta que la sanción de esta irregularidad no puede ser la nulidad de la deuda, aunque sea innegable que el ministro ha traspasado los límites de su com-

pedir resguardos. Los art. 62 y 65 de la ley de 18 de julio de 1837 conceden esta función ya al recaudador municipal, ya, en su defecto, al cobrador, cuya responsabilidad y solvencia han sido garantidas de un modo formal por las leyes de hacienda y por los reglamentos de aplicación. M, al hacer entrega de 1.000 francos al alcalde... ha efectuado un pago a persona no autorizada para ello. Por tanto, y a tenor de los artículos 1239 y 1241 del Código civil, dicho pago no puede obligar al municipio, a menos que el demandante pruebe que la cantidad que entregó ha sido utilizada en provecho del municipio o en las obras legalmente autorizadas. Estas últimas palabras plantean otra cuestión: la de saber si la parte que pagó no tiene contra el municipio otra acción que la acción del contrato. Véase más abajo.

petencia legal. En efecto, en esta hipótesis no es posible razonablemente exigir de los terceros que se cercioren antes de tratar con el ministro o con su delegado, de la existencia de los créditos correspondientes o de no haberse hecho uso de cantidad superior a la presupuesta (1).

Por el contrario, el acto jurídico creador de deuda es jurídicamente nulo, y esta nulidad se opone a terceros, si éstos pudieran razonablemente conocer la falta de título del individuo con el cual trataron. Supongamos que un abastecedor celebra un contrato, para un servicio departamental o comunal, para una persona que no es el prefecto o el alcalde o el delegado oficial. La inexistencia del contrato es manifiesta y se opone a terceros, pues razonablemente hay derecho a exigir a éstos que sepan que solamente el prefecto, el alcalde o su representante oficial son los funcionarios competentes para celebrar contratos para los servicios públicos departamentales o municipales respectivamente (2).

Supongamos todavía que ciertos miembros de un Consejo municipal emiten un empréstito por cuenta del municipio, sin que el consejo municipal y las autoridades competentes lo hayan acordado o aprobado. El acto es jurídicamente inexistente, y la inexistencia se opone a los prestamistas. No se trata en esta hipótesis de funcionario de hecho ni de funcionario incompetente, sino de una verdadera usurpación de funciones. Los prestamistas estaban en el deber de saber que aquellos con quienes trataron carecían de título para concertar un empréstito en nombre del municipio (3).

La solución no es idéntica en el caso en que se trate de un funcionario *regular*, pero que ha incurrido en *abuso de poder*.

Por ejemplo, un alcalde celebra un contrato municipal sin haber obtenido la autorización del consejo municipal o la aprobación del prefecto, en los casos en que la ley exige esta autorización o aprobación. Aquí hay *nulidad*, pero no *inexistencia jurídica*. Hay vicio de *incompetencia*, pero no *usurpación de*

(1) Jèze, *Cours élémentaire de Sc. des finances*, 5.^a ed., 12, p. 216 y s...

(2) Otra distinta es la cuestión relativa a saber si el abastecedor tendrá en el caso de acto inexistente jurídicamente una acción contra el patrimonio administrativo departamental o municipal. Lo único cierto es que esta acción no es la *acción del contrato*.

(3) El Tribunal de conflictos dió esta resolución el 9 de diciembre de 1882 (*Fabrique de Saint-Louis de Roaune, Rec.*, pág. 1017), a propósito de un empréstito concertado por cuenta de una fábrica, por varios miembros del Consejo de administración de la misma.

funciones. Mas en ambos casos los terceros van a ser afectados por la irregularidad, toda vez que en caso de incompetencia, antes de tratar, pudieron y debieron los contratistas exigir del alcalde la justificación de su proceder. Este deber no puede molestar a los contratistas serios, y la nulidad es la garantía misma de que el servicio público funcionará en buenas condiciones (1).

6.^a *aplicación.* Pagos efectuados por cuenta de un patrimonio administrativo, por una persona que no está en posesión regular del cargo.

Dos hipótesis deben preverse: 1.^a, pago efectuado por dicha persona según el procedimiento del pago administrativo, es decir, según autorización regular, sobre un crédito regularmente reconocido y con fondos públicos; 2.^o, pago realizado sin la observancia de estas condiciones.

Primer caso. Pago efectuado, en virtud de orden o mandato, con fondos públicos, por un individuo que carece de investidura regular. Este pago produce, en principio, todos los efectos del pago efectuado en virtud de orden o mandato, por el funcionario legítimo. Quien recibe debe estimar jurídicamente recibido lo que se le debía. En efecto, dicho individuo ha podido razonablemente creer que quien le pagó en circunstancias normales, con fondos públicos, podía legalmente hacerlo. Deben aplicarse en esta hipótesis las resoluciones y razonamientos que más arriba se expresaron para el caso de cobro. Por tanto, en principio, carece de derecho el funcionario regular para reclamar de la parte que recibió la restitución de la cantidad percibida por ella. Tal ocurrirá en el caso de un pago efectuado en virtud de una orden por un cajero irregularmente nombrado, o en situación de dimisionario, retirado, destituido o suspenso.

Sin embargo, procede establecer una excepción para el caso en que los terceros debieran razonablemente saber que el pago se había realizado por quien no podía hacerlo. Por ejemplo, en el caso de suspensión, si la administración puso en

(1) Si se decidiese la validez jurídica (salvo la responsabilidad del alcalde) del contrato celebrado por un alcalde sin el acuerdo del Consejo municipal se pondría prácticamente en manos de aquél la facultad de obligar al municipio a la ejecución de obras cuyo importe excediere de sus recursos. La cuestión de saber si los terceros y el propio alcalde tienen alguna acción contra el patrimonio municipal es completamente diferente. En todo caso no será esta acción la del contrato.

conocimiento del público esta medida y, no obstante ello, la parte recibió la cantidad debida del agente suspenso, podrá aquélla reclamar el dinero entregado.

Ordinariamente, la cuestión no se planteará en el terreno de los hechos. Prácticamente, la administración pública no tiene interés en que reingresen en sus cajas los fondos que de ellas salieron en virtud de una orden regular, pues si tal cosa ocurriese tendrían a poco que volver a salir por orden o mandato transmitido al funcionario legítimo. Pero si, como caso extraordinario, este interés práctico se manifestase, no sería discutible el derecho de la Administración de exigir la restitución de la cantidad entregada. La buena regla estriba en que los fondos públicos no puedan salir de sus cajas sino mediante la observancia de todas las formalidades prescriptas por las leyes y reglamentos. Así lo exige el buen funcionamiento de los servicios públicos.

Segundo caso. Pago efectuado sin orden o mandato con fondos públicos (1).

El pago efectuado en estas condiciones no es válido, sea quien fuere el que lo hubiera hecho. Los fondos han salido irregularmente de la caja pública, y la Administración puede, por tanto, exigir la restitución de los mismos. La parte que recibió no puede alegar haber recibido lo que se le debía y haber procedido de buena fe, pues a nadie es lícito ignorar que el pago de las deudas administrativas se ha de hacer previa orden o mandato. Para que un acreedor reciba regularmente un pago no basta que esté en posesión de un título legítimo (sentencia judicial, verbigracia); la buena marcha de los servicios públicos reclama que el crédito esté liquidado *administrativamente* y que se pague previa apertura de un crédito, con el páguese y tras examen por un contador (2). Los terceros no pueden alegar razonadamente estar en la creencia de que los fondos públicos podían salir válidamente de sus cajas sin la observancia de este procedimiento.

La solución debe ser idéntica, sea cual fuere el autor del pago

(1) Trataríase de otro problema si el pago se hubiese realizado con *fondos privados*. En este caso sería necesario averiguar: 1.º, si el acreedor estaba obligado a recibir el pago de otro modo que no fuese por orden o mandato sobre una caja pública; 2.º, en el caso de que hubiese aceptado el pago de un simple particular, con fondos privados, qué relaciones existen entre la Administración y la parte que paga. Estos problemas no conciernen a los *funcionarios de hecho*.

(2) Jèze, *Cours él. de Sc. des fin.* 1912, pág. 206 y ss.

(*usurpador, funcionario de hecho, contador legítimo*). Sin embargo, en el caso de *usurpación de funciones* se puede reprochar a la parte que recibió, no solamente haber recibido sin orden o mandato, sino de manos de un individuo no autorizado regularmente para ello. El pago efectuado en esta hipótesis es jurídicamente *inexistente*, y así será el régimen que se le aplicará.

Este es el caso del *libramiento ficticio* frecuente en las Administraciones locales, particularmente en la municipal. Al amparo de un mandato, regular en apariencia, apoyado en justificaciones falsamente establecidas (de memorias que se aplican a gastos simultáneos, recibos simulados, certificaciones o declaraciones falsas), un individuo, un alcalde, por ejemplo, hace salir de las cajas públicas una determinada cantidad (1), con lo que en seguida paga, por sí solo o con sus cómplices, gastos de interés público, pero sin atenerse al procedimiento regular establecido para dichos pagos. De hecho, raramente han estado inspiradas estas prácticas por un fin inmoral. Ordinariamente quien hace un libramiento ficticio únicamente pretende prescindir de autorizaciones que juzga inútiles o de esquivar formalidades que estima arbitrarias y vejatorias. Pero es necesario reprimir enérgicamente estas prácticas (2). Las partes que reciben, por el mero hecho de que no hay orden de pago sobre una caja confiada al contador legítimo, quedan *necesariamente* advertidas de la existencia de irregularidades graves.

La sanción de la irregularidad debe ser enérgica. Así lo exigen de consuno la lógica y las conveniencias del servicio público. Es necesario explícitamente afirmar que los fondos así percibidos son *fondos públicos* y que la persona que en estas condiciones las recibió en pago de materiales entregados o de trabajos efectuados no ha podido hacerlos suyo y debe, por tanto, restituirlos al Tesoro (3).

(1) Tal es la definición dada por el procurador general del Tribunal de Cuentas, Petiljean, en un discurso pronunciado en la sesión solemne de 3 de noviembre de 1877. Véase también el discurso del procurador general Audibert de 3 de noviembre de 1881. Estos discursos están reproducidos *in extenso* en la obra del Marqués de Braga y C. Lyon *Comptabilité de fait*, VII, pág. 100 y s., núm. 219, nota 4.

(2) Discurso de M. Petitjean, ob. cit. I. cit.

(3) No consideramos la cuestión relativa a las *relaciones entre la administración y el autor del libramiento ficticio*, que constituye el problema de la responsabilidad general y civil de éste último y de sus cómplices. En