

II

Supongamos ahora el caso de *crisis política o social* (*guerra civil, revolución, rebelión*). El principio es el mismo. Los actos realizados por los *funcionarios de hecho*, es decir, por las personas que poseen una investidura irregular, pero *plausible*, son *válidos jurídicamente en cuanto a terceros*.

Veamos algunas aplicaciones de este principio.

PRIMERA APLICACIÓN.—*Los gobernantes de hecho* (1).—En Francia constituye un principio de derecho público, consagrado por numerosos precedentes, que los individuos que por consecuencia de un movimiento revolucionario se apoderan del poder y asumen el gobierno del país, encuentran en el asentimiento general de los ciudadanos y en el ejercicio pacífico y público del cargo la *investidura plausible* necesaria para la validez de sus actos.

Este principio descansa en la necesidad social de asegurar el funcionamiento constante de los servicios públicos, impidiendo a la colectividad caer en la anarquía. A consecuencia de una revolución victoriosa, en que las autoridades regularmente constituidas han huído o desaparecido o en todo caso están incapacitadas para hacer funcionar los servicios públicos más esenciales, la sociedad se encuentra en el siguiente dilema: o caer en la anarquía o establecer un gobierno de hecho. Véase la justificación del valor jurídico de los actos provenientes de los funcionarios de hecho. Pero nótese bien: *los gobernantes de hecho no son usurpadores*. Tienen un título, una investidura, *irregular, pero plausible*: es la aceptación general, impuesta por la necesidad social, para evitar tremendos peligros. La voluntad de la inmensa mayoría de los individuos consiste en impedir la

este caso se impone aplicar a los que así manejaron los fondos públicos la doctrina financiera de la *contabilidad de hecho u oculta*, con todas sus consecuencias (Jéze, *Cours élém. de Sc. des finances*, 1912, pág. 259 y s.). Mas es preciso hacer resaltar que esta teoría concierne a la *responsabilidad cerca de la Administración de los que han manejado fondos públicos*, pero no interesa a los *terceros, que recibieron*. La situación jurídica de estos no está regulada por la regla de la contabilidad oculta, sino en la forma que se expresa en el texto.

(1) R. Gandu, *Essai sur la légitimité des gouvernements dans ses rapports avec les gouvernements de fait*. París, 1914.

anarquía, manteniendo al país, todo lo posible, dentro del orden y de la paz. Tal es el título del gobernante de hecho.

Y esta aceptación general será más fácil y la investidura más plausible cuando los individuos que asumen el gobierno de hecho participaban ya de un modo activo en el gobierno del país. Este es el motivo por el cual siempre que en Francia ha prosperado una revolución introduciendo importantísimas modificaciones en la forma del gobierno, ha sido la Cámara popular la que ha asumido el gobierno de hecho. Dicha Cámara ha creído contar en tan alto grado con el asenso del país que no ha dudado de la regularidad jurídica de su intervención. Y es que el origen electivo de sus miembros contribuía a dar a la investidura del gobierno de hecho un carácter plausible. Podía ocurrir que hubiere transcurrido ya cierto tiempo desde que se celebrasen las elecciones de donde la Cámara surgió y que, como es natural, los electores no hubiesen ni siquiera pensado en la posibilidad de una revolución. Pero al fin y al cabo dichos electores habían expresado ya su confianza, lo que daba carácter plausible a la investidura del nuevo gobierno.

Sea cual fuere el origen de los gobernantes de hecho, la *aceptación general* es siempre el título de investidura *invocado*. Este título, manifiestamente irregular, es, sin embargo, plausible, con tal que *realmente* exista, es decir, que cuente con el asenso general. El drama está dividido siempre en tres actos: 1.º, el *golpe de fuerza*; 2.º, la transformación en *gobierno de hecho* por la aceptación general, y 3.º, la transformación en *gobierno regular*.

Consideremos los dos primeros actos.

Completamente característico y demostrativo a este respecto es la formación del gobierno de la Defensa nacional, a consecuencia de la revolución del 4 de septiembre de 1870.

PRIMER ACTO. *El golpe de fuerza*.—El domingo 4 de septiembre de 1870 a la una de la madrugada, el ministro de la Guerra, conde de Pelikao, puso en conocimiento de las Cámaras la capitulación de Sedan. Julio Favre y un cierto número de diputados republicanos y de la izquierda pidieron inmediatamente a la Asamblea proclamase la caída del Imperio y nombrase «una comisión de gobierno investida de todos los poderes gubernamentales, que se encargase de resistir con todos los medios posibles a la invasión y de expulsar al enemigo del territorio nacional». Por su parte el Gobierno propuso se crease *por ley* «un Consejo de gobierno y de defensa nacional, compuesto de cinco miembros, nombrado por la Asamblea legislativa, Consejo que designaría a los ministros». Finalmente, Thiers, pidió que la Cámara

nombrase una Junta de gobierno y de defensa nacional, en espera de la convocación de una Constituyente.

Todas estas proposiciones eran inconstitucionales, y el título de investidura de estas Comisiones hubiese sido evidentemente irregular. Sin embargo, el Parlamento no dudó un instante siquiera de su poder; en seguida encargó a la comisión correspondiente que examinara las proposiciones y emitiera el dictamen oportuno.

Al reanudarse la sesión la muchedumbre invade la tribuna pública del palacio de Borbón a los gritos de «abajo el Imperio», «viva Francia», «viva la República». Entonces los hombres de orden se esfuerzan en lograr para el gobierno de hecho que se prepare un título de investidura que estiman regular: la investidura por los *elegidos* por el país, por el Parlamento y sólo por él. En este instante, como ha ocurrido en Francia en todas las revoluciones, nadie pensó en el Senado. Y para obtener este título, que todos aparentan creer *regular*, los diputados Crémieux y Gambetta con Scheiner, presidente de la Asamblea, excitan a la multitud a que deje en libertad al Cuerpo legislativo para decidir lo que juzgue oportuno. «Una de las condiciones primarias para la emancipación de un pueblo—decía Gambetta—es el *orden y la legalidad*... ¿Queréis que procedamos con legalidad? Pues si eso deseáis y desea Francia, es necesario que nos dejéis en plena libertad de deliberar y resolver.» Y unos instantes más tarde decía: «Ciudadanos, habéis comprendido que el *orden* es la base de la fuerza...».

Pero la invitación de Gambetta queda interrumpida. La muchedumbre invade la sala, y es en el Ayuntamiento donde se adoptan las resoluciones decisivas: supresión del Imperio, proclamación de la República y constitución del Gobierno de la Defensa nacional compuesto por los diputados por París (Thiers rehusó formar parte de él), y el general Trochu.

Todavía en estos solemnes momentos siéntese la preocupación por dar al nuevo Gobierno un título de investidura *plausible*: el título invocado es la *voluntad del pueblo* y la *aceptación del hecho consumado*. El pueblo—se dice—es el que ha hecho la revolución y es él quien por *aclamación* ha designado el Gobierno provisional (1). En la realidad, el 4 de septiem-

(1) *Próclama al pueblo francés* por el gobierno de la defensa nacional en 4 de septiembre de 1870: «¡Franceses! El pueblo se ha anticipado a la Cámara, que vacilaba. Para salvar a la patria en peligro, ha pedido la República, y ha puesto a sus representantes, no en el poder, sino en el peligro...». *Proclama a los habitantes de París* de 4 de septiembre de 1870:

bre de 1870, *el pueblo* sólo era un puñado de hombres decididos, que por un golpe de fuerza habían proclamado la República y se habían constituido en Gobierno de la Defensa nacional. *Jurídicamente* eran unos verdaderos *usurpadores*.

2.º acto. *Transformación en Gobierno de hecho*.—El título de los hombres de la Defensa nacional existe cuando el pueblo acepta el hecho consumado. Por esta aceptación, la investidura, aunque irregular, llega a ser plausible, y los hombres de la Defensa nacional dejan de ser usurpadores y se convierten en *gobernantes de hecho*.

La aceptación *tácita* fué dada no solamente por el pueblo parisiense, sino por la parte que aun quedaba de la Asamblea legislativa. Muy curiosas, a este respecto, fueron las negociaciones que se siguieron entre el Gobierno de la Defensa nacional y el Parlamento el 4 de septiembre de 1870.

En una primera sesión celebrada en el palacio de la Presidencia, presidida por M. H. Leroux y a la que concurrieron muy escasos representantes, un diputado, que formaba parte del nuevo Gobierno, M. Garnier-Pagés, invitó a la Asamblea a que *reconociese formalmente* al Gobierno provisional instalado en el Ayuntamiento. M. Buffet rechazó con indignación esta investidura y protestó enérgicamente de esta violencia empleada contra la Cámara. La mayoría mostróse menos intransigente. «En vista de que el poder estaba vacante», la Cámara «nombró una Comisión de Gobierno y de Defensa nacional»; posteriormente envió delegados encargados de entenderse con los diputados congregados en el Ayuntamiento. Horas más tarde, la Asamblea legislativa, o para hablar con más exactitud, los pocos diputados que representaban a esta Asamblea, de hecho disuelta, celebraron una segunda sesión. Julio Favre, miembro del Gobierno provisional, pidió al Parlamento aceptase los hechos consumados.

«En este momento—dijo—*existen hechos consumados*: un Gobierno impuesto por circunstancias que no hemos podido prever, Gobierno de que nosotros hemos llegado a ser sus servidores... No podemos ya cambiar lo hecho... *Si queréis darnos vuestra ratificación*, os quedaremos muy reconocidos. Si,

«¡Ciudadanos de París! La República ha sido *proclamada*. Un gobierno ha sido nombrado por aclamación y se compone de... los representantes de París. Al general Trochu se le han conferido *plenos poderes militares* para los fines de la defensa nacional. Dicho general ha asumido la Presidencia del Gobierno...».

por el contrario, la negáis, respetaremos las decisiones de vuestra conciencia, pero conservaremos nuestra libertad de acción. Tal es lo que os debo decir por encargo y en nombre del Gobierno provisional de la República... Cuanto a nosotros, *hombres de orden y de libertad*, hemos creído, al aceptar el Poder, cumplir una misión patriótica.»

Realizado el hecho, Thiers, y con él la mayoría de los diputados que asisten a la sesión, aceptan. Thiers era un hombre político demasiado hábil y experimentado para meterse en aventuras. Pero, con fórmulas más o menos vagas, hallamos evidentemente en este hecho una aceptación de la revolución y de la Constitución del Gobierno de hecho. «Mis colegas, dijo, no me han encomendado la misión de expresaros si conceden o no la ratificación que se nos pide. Vosotros habéis contraído una inmensa responsabilidad. *Nuestro deber estriba en hacer votos calurosos porque vuestros esfuerzos logren éxito en la defensa de París... Nosotros expresamos estos votos impulsados por el amor a nuestra patria...*». Favre no se engañaba. Replicó Thiers dándole gracias por los votos expresados «en pro del éxito de nuestra empresa. Estas palabras patrióticas—agregó—nos lleva a nuestros departamentos, cuyo concurso nos es necesaria para la obra de la defensa nacional».

Pero si el Gobierno provisional se constituyó sin el asenso de la Asamblea legislativa ¿qué llegó a ser de ésta?

Tal es la cuestión que entonces planteó un diputado y que fué objeto de discusión, así que partieron los delegados del Gobierno provisional. En este instante Thiers hizo una declaración aun más explícita en favor del Gobierno que acababa de constituirse. En ella no invitaba a sus colegas a que lo reconociesen, pero sí, al menos, a que no lo combatiesen y que lo dejaran en libertad de acción. «El motivo que me ha impulsado—decía—a no formular preguntas a MM. Favre y Simon ha sido evitar que deje de ser reconocido el Gobierno que acaba de imponer las circunstancias. *Antes de reconocerle sería preciso resolver ciertas cuestiones prácticas y de principios, que no nos conviene tratar actualmente. Combatir hoy día a dicho Gobierno sería realizar una obra antipatriótica. Los hombres que lo forman deben contar con el concurso de todos los ciudadanos para luchar contra el enemigo. Hagamos votos por sus éxitos y no comprometamos su acción por una lucha intestina...* En nuestros departamentos debemos proceder como buenos ciudadanos, que aman a su patria. *Mientras no se nos exija nada que lesione nuestra conciencia y los verdaderos principios sociales, la conducta que debemos seguir es clara. No nos*

disolvemos, pero en presencia de la magnitud de nuestras desgracias no nos conviene ni reconocer ni combatir a los que aquí van a luchar contra el enemigo». Thiers discrepó explícitamente de Buffet y de los que con éste pretendían presentar una proposición de protesta. «Afortunadamente—decía—no seguimos esta vía. Estamos frente al enemigo y, por tanto, no debemos omitir sacrificio alguno para salvar a Francia del peligro que corre. Es necesario callar, hacer votos por el triunfo y encomendar a la historia la misión de juzgarnos... No entremos en la vía de las recriminaciones, que tanto nos dañaría». Y después, con severa entonación, dirigiéndose a los hombres salidos del golpe de Estado del 2 de diciembre de 1851, agregó: «Yo protesto contra la violencia que hemos sufrido hoy y contra todas las violencias de todos los tiempos dirigidas contra nuestras Asambleas; pero no es éste el momento de dar rienda suelta a nuestros resentimientos. ¿Cómo colocarnos en situación de hostilidad, en este instante supremo, contra el Gobierno provisional? En presencia del enemigo que pronto estará frente a París, sólo debemos hacer una cosa: retirarnos con dignidad.» Tales fueron las últimas palabras pronunciadas ante los restos del Parlamento del segundo Imperio.

No es posible hallar una mejor demostración del principio sobre el cual se apoyan los Gobiernos de hecho. Por lo demás, esta demostración sería fácil recomenzarla repasando la historia de los grandes acontecimientos políticos de Francia: caída del primer Imperio, Revolución de 1830, Revolución de 1848. En todos hallaríamos los mismos hechos y en ocasiones hasta las mismas fórmulas (1).

Si los gobernantes provisionales son en virtud de los principios del derecho público francés no usurpadores, sino gobernantes de hecho, es a condición de que gocen de una investidura plausible.

Dicho carácter de gobernantes de hecho es lo que da validez jurídica incontestable a los actos jurídicos en que intervienen. Por eso se consideran jurídicamente válidos las *leyes, reglamentos, nombramientos, destituciones, impuestos, contra-*

(1) Véase, por ejemplo, el art. 23 del Decreto de 1 de mayo de 1848, relativo a la Constitución provisional de la Asamblea nacional: «El Presidente del Gobierno provisional pide la palabra al Presidente de la Asamblea. En su discurso da cuenta de la situación del Estado el 24 de febrero y la situación actual. En nombre del Gobierno resigna en manos de los representantes del pueblo los poderes que el pueblo por aclamación le había conferido».

tos, empréstitos, etc., hechos, establecidos o concluidos por dichos gobernantes.

Particularmente, esta solución se ha solido admitir sin dificultad para los actos realizados en 1870-71 por el Gobierno de la Defensa nacional y por las autoridades (ministros, prefectos, subprefectos y jueces) instituidas por él (1). Estas autoridades carecían de investidura regular, pero gozaban de investidura plausible; sus actos son jurídicamente válidos.

La Asamblea nacional, elegida en febrero de 1871, sometió a una revisión los actos provenientes del Gobierno provisional; pero esta revisión no fué motivada por ninguna duda que hubiera podido suscitarse acerca de la validez jurídica de dichos actos. La Asamblea no hubiera podido hacerlo así sin poner a discusión la regularidad de su propio título, pues no hay que olvidar que ella salió de elecciones dispuestas (2) y reguladas (3) por el Gobierno de la Defensa nacional.

Los propios términos en que se expresan las resoluciones votadas por la Asamblea no dejan lugar a duda alguna en este respecto. Los días 13 y 14 de junio de 1871, la Asamblea nacional decidió que una comisión de treinta miembros examinase los actos provenientes de la delegación de Tours y de Burdeos «desde el triple punto de vista civil, militar y financiero»; no se trataba de discutir la validez jurídica de estos actos, sino únicamente su *oportunidad*, es decir, su valor político.

El 23 de junio de 1871 creóse una comisión encargada de examinar los decretos dictados por el Gobierno de la Defensa nacional, pero no con el objeto de legitimarlos, *retroactivamente*, sino únicamente para «averiguar cuáles son, de dichos decretos, los que tienen un carácter *legislativo* y no están derogados y cuáles tienen carácter *temporal* y deben derogarse por haber cesado las causas que los determinaron» (art. 1.º) y también «señalar a la Asamblea y al Gobierno cuáles de los decretos *legislativos* debían ser *urgentemente derogados* o *modificados*» (art. 2.º). No es esta una obra de convalidación propiamente dicha, sino de fijación. Se parte del principio de que los actos realizados tienen validez jurídica, sólo que no responden

(1) Cas. crim., 8 junio 1871, S. 71, 1, 109; Cas. Reg. 8 abril 1874.

(2) Decreto de 29 de enero de 1871 convocando a elecciones para la constitución de la Asamblea nacional.

(3) El propio decreto contiene reglas sobre la elección por departamento, escrutinio, número de diputados, elegibilidad, incompatibilidad, electorado, etc. Véase también el decreto de 29 de enero de 1871 en lo concerniente a las causas de inelegibilidad electoral.

ya a las nuevas necesidades y procede, por tanto, derogarlos o modificarlos. Tal es la misión que se confió a las Asambleas.

Convenía insistir en esta demostración porque las pasiones políticas—de suyo tan violentas en estas épocas de perturbaciones—suelen obscurecer los principios. El respeto a la imparcialidad se impone para que la regla brille con la claridad deseable. El principio aplicable en 1870-71 no es distinto del que prevaleció en las crisis políticas de fines del siglo XVIII, 1814, 1815, 1830, 1848 y 1851-1852 (1). Los actos jurídicos provenientes de los gobernantes de hecho son válidos, con tal que sus autores sean verdaderamente *gobernantes de hecho* y no *usurpadores*, es decir, con la condición de que la investidura, aunque irregular, llegue a ser *plausible* por consecuencia de la aceptación general y del ejercicio público y pacífico del cargo (2).

Aunque esta regla no suscite duda, es de notar que no ha sido correctamente aplicada por el Tribunal de Casación en una resolución, ya célebre, dictada el 16 de marzo de 1841 (3). Veamos los hechos :

En los comienzos del año 1794 se produjo en Córcega, a excitación de Inglaterra, una insurrección. El 5 de mayo de 1794 un *Consejo general designado por el pueblo para el Gobierno provisional de la isla* dictó una disposición ordenando se comunicase circularmente a los Tribunales, suspendiesen la aplicación de las leyes francesas y especialmente las de 7 de marzo de 1793 y 17 nevoso del año II en las que se disponía que todos los descendientes heredasen por partes iguales a sus ascendientes.

(1) Para algunos de estos precedentes véase Esmein, *Droit const.*, 5.^a ed., p. 521 y s. Sobre el precedente de 1830 véase Barthélemy, *La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires* sous la Monarchie de juillet, en R. D. P., 1909, p. 25 y s.

(2) El profesor Esmein (ob. cit., p. 519), tratando de averiguar la explicación del principio del derecho público francés según el cual por el mero hecho de una revolución triunfante pierde inmediatamente de pleno derecho, su autoridad la Constitución, escribe : «Esto sólo se puede explicar jurídicamente por la presunción de que el pueblo *al aceptar sin resistencia la revolución realizada*, ha manifestado, fuera de todas las formas legales, su voluntad de derogar la Constitución anterior. Este es un derecho revolucionario, pero que refleja exactamente los hechos». Es la misma idea que se expresa en el texto.

(3) Cas. Rec., 16 marzo 1841, *Peraldi*. S. 1841, 1-505, con la nota crítica firmada por G. M. y el dictamen del Consejero Lasagui.

Así las cosas, el 20 de noviembre de 1794, por acto notarial, el señor M constituyó a favor de su hija, con ocasión de matrimonio, una dote de varios inmuebles. Más tarde una resolución del Parlamento anglo-corso, votada el 18 de mayo de 1795, derogó las leyes francesas con efecto retroactivo, a partir del 15 de julio de 1789. Posteriormente volvió Córcega a caer bajo la dominación francesa. En 1837 ciertos herederos del señor M impugnaron la donación realizada el 20 de noviembre de 1794, alegando la *infracción de las leyes de 1793 y del año II*. Los defensores de la parte contraria invocaron en apoyo de su causa la resolución del Consejo general de 5 de mayo de 1794 derogatoria de dichas leyes.

Con este motivo se discutió la validez jurídica del acto legislativo realizado en 1794 por el Gobierno de hecho. El Tribunal de Ajaccio le negó validez y, en consecuencia, declaró nula la donación.

Entablada la apelación, el Tribunal de Bastia confirmó el fallo (1).

Ante el Tribunal de Casación el consejero ponente declaró, como el Tribunal de Bastia, que la resolución del Consejo general de 5 de mayo de 1796 sólo había sido «una medida administrativa provisional, que no tenía ni podía tener los caracteres de un acto legislativo». Refiriéndose luego al valor de los actos, y especialmente de las leyes, «emanados de la dominación de hecho», afirmó que «a menos que existan tratados políticos que dispongan otra cosa, *su validez o nulidad depende de la voluntad de la soberanía legítima restablecida en su trono*, soberanía que se pronuncia en un sentido o en otro según

(1) Bastia, 22 agosto 1839, *Péraldi*: «La resolución del Consejo general del Gobierno de Córcega de 5 de mayo de 1794... sólo ha sido una resolución administrativa provisional que no tiene ni puede tener carácter de acto legislativo, toda vez que la formación de las leyes no entra en las atribuciones de dicho Consejo general. Entonces todavía no existía ningún Gobierno regular establecido, y según se sabe, *constituye un principio de sabiduría, de justicia y de derecho público que la insurrección no confiere el derecho de dictar leyes* y que el hecho de la conquista ni siquiera destruye la legislación existente en tanto la derogación no se hubiese hecho de un modo formal, lo que no ocurrió en Córcega hasta que el acto del Parlamento de 18 de mayo de 1795, así lo dispuso, y, por tanto, posteriormente al contrato matrimonial de los cónyuges P. de 20 de noviembre de 1794, contrato que caía bajo las prescripciones de la ley de 7 de marzo de 1793».

lo que parezca exigir la *salud pública*, que es la suprema ley» (1).

El Tribunal de Casación, en sentencia de 16 de noviembre de 1841, hizo suyo este razonamiento. Decía: «La resolución del Consejo general del Gobierno de Córcega de 5 de mayo de 1794 no ha sido más... que una medida administrativa provisional, que no tenía ni podía tener carácter legislativo, *toda vez que la formación de las leyes no entra en modo alguno en el círculo de las atribuciones de este Consejo general, encargado de la simple administración en una época en que no existía aun en Córcega ningún Gobierno regular.* En efecto, dicha disposición no era realmente otra cosa que la mera aprobación de una simple circular que había de dirigirse a los Tribunales, a fin de derogar las leyes francesas, *derogación que no tuvo realmente lugar sino en virtud del acto emanado del Parlamento anglo-corso el 18 de mayo de 1795...* El acto por el cual M..., padre, donaba a su hija... fué celebrado el 20 de noviembre de 1794 y, por tanto, anteriormente al 18 de mayo de 1795... Por consiguiente, al disponer la resolución impugnada que dicha donación era nula según lo prescrito en las leyes de 7 de marzo de 1793 y 17 nevoso del año II, en vigor en Córcega en tiempo de esta donación, ha aplicado debidamente estas leyes sin violar ninguna otra».

A nuestro juicio, la resolución de 1841 es completamente criticable. En 1794 el Consejo general del Gobierno de Córcega era el Gobierno de hecho de la isla. Poseía el poder legislativo y, por consiguiente, los actos legislativos que de él emanasen debían gozar de validez jurídica. La donación era perfectamente regular. La resolución de 1841 es una resolución aislada. La teoría sustentada por el consejero ponente de que depende del Gobierno ulterior reconocer o no reconocer la validez de los actos provenientes de los gobernantes de hecho, es una teoría anárquica que debe ser vivamente rechazada.

2.^a aplicación. *Actos del registro civil autorizados por funcionarios de hecho.*—El caso más notable es el de los actos del registro civil autorizados en París en 1871 por los que se en-

(1) Los menos versados en derecho público—decía el consejero ponente—saben que en ocasiones la soberanía legítima lo mantiene todo o casi todo, a fin de que el propio remedio no vuelva a abrir las llagas de la República... Otras veces todo o casi todo queda abolido, con el objeto de que la tiranía no sobreviva al tirano... Otras, finalmente, se han respetado los derechos nacidos al amparo de la ocupación hostil, pero indemnizando a los antiguos propietarios injustamente expoliados...»

cargaron de la administración municipal, y después de la Revolución del 4 de septiembre de 1870 en numerosas localidades de Francia, de donde desaparecieron las autoridades municipales legítimas.

1.º *Actos del registro civil autorizados después de la Revolución del 4 de septiembre de 1870 en los municipios de Francia.*—La Asamblea nacional, con el objeto de evitar toda vacilación de los Tribunales tocante a la validez de los actos autorizados por los funcionarios de hecho, ha declarado válidos estos actos con la doble condición: 1.ª, que el que los hubiese autorizado hubiese sido un *funcionario de hecho*, es decir, que estuviese amparado por una *investidura plausible*; 2.ª, que el acto fuese regular en todos los respectos.

En la exposición de motivos del proyecto que llegó a ser la ley de 6 de marzo de 1872, el ministro de Justicia Dufaure exigió, para que hubiese *funcionario de hecho*, que «la persona que hubiera autorizado los actos del registro civil gozase en dicho instante del *ejercicio público* de las funciones municipales, con *cualquier título y bajo cualquier nombre*».

Como vemos, en presencia de las graves circunstancias del momento, el carácter *plausible* de la investidura deriva únicamente del *ejercicio público de la función*, es decir, del *ejercicio pacífico, público, por todos reconocido*, del cargo. Una fórmula aun más clara ha sido empleada por el art. 1.º de la ley de 3 de enero de 1872: «Los actos inscritos en el registro civil desde el 4 de septiembre de 1870 hasta la fecha—dice—no podrán ser anulados por la mera falta de calidad en las personas que los hubiesen autorizado, *con tal que estas personas hubiesen tenido en dicho momento el ejercicio público de las funciones municipales o de las del registro civil; con cualquier título y bajo cualquier nombre*».

En el dictamen que acerca del proyecto que llegó a ser la ley de 6 de enero de 1872 emitió la Comisión de la Asamblea nacional, se declaró expresamente que en ciertas localidades el escribano (del Tribunal civil o del juez de paz) había sido encargado de las funciones del registro civil sin estar investido de cargo municipal, y que por haber tenido el *ejercicio público* de la función del registro civil debía considerársele dotado de investidura plausible. De esta suerte, los actos que los escribanos autorizaron fueron declarados válidos.

2.º *Actos del registro civil autorizados en 1871 por los que se pusieron al frente del municipio de París y de los del departamento del Sena.*—El Gobierno de Thiers propuso a la Asamblea nacional que primeramente declarase estos actos *nulos*,

sin distinción «como provenientes de usurpadores, pero que luego les reconociese validez, a fin de que el estado civil de los interesados no se pudiese poner seriamente en duda».

La Asamblea nacional no accedió (1), sino que de acuerdo con el dictamen de la Comisión estableció distinciones.

La Comisión de la Asamblea nacional declaró primeramente que los actos del registro civil autorizados por los funcionarios del municipio no eran necesariamente nulos. «Ella ha pensado—decía—que aquellos que habían contraído matrimonio con arreglo a la ley ordinaria de esta ceremonia, en la alcaldía y en presencia de quien les parecía ser funcionario público, no podían quedar autorizados en ningún momento a estimarse deligados de la palabra dada» (2). Como vemos, en estas frases se alude directamente a la distinción que debe establecerse entre el usurpador y el funcionario de hecho, entre la investidura *plausible* y la falta de investidura.

De otra parte, la Comisión de la Asamblea nacional ha agregado que los actos autorizados no por usurpadores sino por funcionarios de hecho, sólo eran válidos en el caso que fueren

(1) He aquí un extremo que ha pasado inadvertido para ciertos autores que han visto en la ley de 1871 una declaración de nulidad de los actos autorizados por los funcionarios del Municipio. Hay en esto un error manifiesto. V. la nota siguiente.

(2) Ponencia Wallon, 13 julio 1871, J. O. del 26 julio, pág. 2.194. Wallon invoca la autoridad de una sentencia dictada por el Tribunal de Bastia.

La Comisión, escribe Wallon «ha tenido en cuenta la acertada resolución del Tribunal de Bastia dictada a consecuencia de una revolución que durante varios meses había tenido aislada a varias localidades de la autoridad legal: «teniendo presente que si bien los individuos que se ponen en estado de guerra contra el soberano carecen, hasta el establecimiento de un orden regular, de la facultad de cambiar la legislación existente, constituye un principio de derecho público, de sabia administración, que el soberano legítimo apruebe y mantenga lo que durante la revolución o la usurpación ha podido favorecer—como acontece con los actos del registro civil—los intereses de la sociedad y de la familia, toda vez que importa evitar un trastorno cuyas consecuencias serían más funestas que el mal que se trata de reparar». Por estas razones—concluía Wallon—la Comisión, ajustándose al pensamiento del Gobierno y al objeto de la ley, *suprime la mención de nulidad* y se concreta a decir, suprimiendo tres palabras: «Los actos del registro civil... serán borrados (*bâtonnés*)». Y para que se sepa la causa agrega: «Se hará mención de la presente ley al margen de los actos borrados». Como vemos, *cerca de terceros* los actos se declaran válidos, pero se les borra del registro y se les vuelve a inscribir.

regulares a todo otro respecto. «Todos deben comprender—declaró Wallon, ponente de la ley de 19 de julio de 1871—que la presente ley, al imponer al juez el deber de intervenir en la transcripción de estos actos, no pretende darles, bajo ningún respecto, un valor mayor del que hubiesen tenido en su origen si se hubiesen celebrado ante el funcionario legítimo del registro civil. El proyecto de ley sólo pretende alcanzar una finalidad: privar a estos actos de la nulidad que pudiera resultar de la incompetencia de las personas que los autorizaron, pero dejando a salvo completamente el derecho de hacer valer en justicia cualquiera otra causa que pudiere determinar su nulidad».

§ 2.

De la ratificación de los actos realizados por el usurpador.

Un acto jurídico se realiza por quien no está investido regularmente del cargo ni está dotado de investidura plausible. Este acto es un acto jurídicamente *inexistente*. ¿Podrán las autoridades legítimas y competentes *ratificar* lo que ha sido hecho? ¿Deberá estimarse el acto así ratificado como si hubiese emanado de una autoridad regular? ¿Podrá darse entrada en el terreno del derecho público a las soluciones consagrada en el orden de las relaciones entre particulares? (1).

I.—En *derecho privado*, en las relaciones entre particulares, aquel por cuya cuenta un individuo, sin mandato regular, ha realizado un acto jurídico puede *ratificar* este acto. En este caso suceden las cosas como si hubiese existido mandato previo. Por tanto, el acto surte los mismos efectos jurídicos que si

(1) Existen dos cuestiones análogas, aunque distintas: la de la *ratificación* del acto *inexistente* proveniente del *usurpador* y la de la *confirmación* del acto *nulo* realizado por un funcionario (de derecho o de hecho) *incompetente*. Conviene no confundir. La *confirmación* y la *ratificación* no son la misma cosa. La primera es el acto jurídico por el cual se hacen desaparecer los vicios que afectaban a un acto y que le hacían susceptible de un recurso de nulidad. La segunda, es el acto por el cual aquel por quien un tercero actuó sin gozar de poder para ello, hace el acto *suyo*.

hubiese emanado del propio interesado (Código civil, art. 1.375).

Esta solución se explica y se justifica perfectamente. En *derecho privado*, la mayor parte de los actos jurídicos no es necesario que los realice el propio interesado, sino que puede realizarlos un mandatario. Esto supuesto, conviene estimular a los terceros a obrar por cuenta de sus amigos, sin mandato expreso previo, siempre que esta intervención pueda ser útil. Si después el interesado ratifica lo que ha sido hecho, no hay razón para no aplicar a esta hipótesis todas las reglas del mandato. La ratificación es, en realidad, un mandato *tardío* (*après coup*). Por consecuencia, *siempre que un acto jurídico pueda ser realizado por mandatario, es lógico y prácticamente útil* admitir la ratificación de este acto, surtiendo el efecto de que el acto ratificado se considere en *principio* (1) como si hubiese sido realizado desde el origen en virtud de un *mandato previo*.

Otra muy distinta es la situación en *derecho público*. Aquí el principio fundamental estriba en que los agentes públicos cuidan no de sus asuntos personales, sino de un *servicio público*, de la *cosa pública*. Dichos funcionarios gozan de una determinada competencia en razón de la *confianza personal* que ellos inspiran por sus *cualidades personales*. Por tanto, deben ejercer el cargo por *sí mismo*, no pudiéndolo encomendar a un *mandatario* (2). El ejercicio de la función pública es *esencial-*

(1) Y bajo la reserva del respeto a las situaciones jurídicas nacidas en provecho de terceros.

(2) Duguit (*Tr. Droit const.*, I, p. 488 y s.): « La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en reconocer que la delegación de funciones públicas es una excepción, y que sólo puede existir en el caso en que una disposición legal o administrativa la admita expresamente y con estricta sujeción a lo que en ella se prescriba... El mandante puede designar su mandatario; el funcionario no puede delegar su función, pues el delegado viene impuesto por la ley; el mandato queda siempre revocado por la muerte del mandante; la delegación de competencia subsiste a pesar de la muerte del que delegó; el mandatario está jurídicamente ligado a las instrucciones que le dió el mandante; el funcionario delegado goza de una independencia completa en el ejercicio de los poderes que le pertenecen; el que delega carece de acción contra el delegado para obligarle a rendir cuenta de su gestión, quedando el delegado únicamente sometido al poder disciplinario y jerárquico de aquél... » En el mismo sentido Esmein, *Droit const.*, 5.^a ed. p. 616 y s.; p. 722: « La facultad de delegar parece contraria a los principios del derecho constitucional y público de la Francia moderna. En principio... los funcionarios no tienen el derecho de delegar su competencia, pues ésta emana de la Constitución o de la ley, y no pueden disponer de ella. Más que un derecho es un

mente personal. Tan es así, que para caso de incapacidad la ley organiza reglas especiales: previamente designa *otros funcionarios públicos* que ejercerán la función en lugar del incapacitado, funcionarios que o son investidos de *pleno derecho*, pero a condición de que el caso de incapacidad se dé (*suplencia*) o deben ser expresamente designados por otro funcionario (*delegación*).

Tal es la regla, cuya aplicación se impone, sea cual fuese el objeto del acto, ya se trate de un *reglamento, nombramiento, sentencia, medida disciplinaria, celebración de matrimonio, contrato*, etc. Es evidente que un ministro o un prefecto no podría, fuera de los casos de delegación, encargar a un mandatario, que él designase, a dictar un reglamento, a proceder a un nombramiento, decretar una destitución, etc.; un alcalde no podría tampoco, *fuera del caso de delegación*, confiar a un mandatario de su elección la celebración de un matrimonio. La solución es idéntica cuando se trata de los actos relativos a la gestión de los patrimonios administrativos: venta, arrendamiento, permuta, etc. La enajenación que un mandatario designado por un alcalde realizara, sería inexistente, toda vez que esta función es de la exclusiva competencia de éste, convenientemente autorizado por el Consejo municipal y por el prefecto. La jurisprudencia se ha manifestado muy explícitamente en este sentido (1).

Siendo inaplicable la doctrina del mandato en el derecho público, *no puede admitirse la ratificación en dicha esfera jurídica*. Como ya hemos dicho, la ratificación no es otra cosa que un mandato *a posteriori*, y, por tanto, el acto jurídico realizado por el usurpador no puede ser ratificado por el funcionario legítimo. Este funcionario no hubiera podido dar al individuo que obró como usurpador el *mandato* de realizar el acto y, en consecuencia, no puede hacer, por vía de ratificación, lo que no pudo hacer por vía de mandato.

II.—Sin embargo, no se puede negar enteramente validez

deber del funcionario ejercer su autoridad de conformidad con la Constitución y con las leyes. Por tanto, no puede delegar sus funciones, a menos que una disposición le autorice expresamente a ello. Toda autoridad pública, es en principio, *indelegable*.

(1) Laferrière, *Jur. adm. et. rec. cont.*, II, p. 502: Consejo de Est. 21 febrero 1890, *Mimieux, Rec.*, p. 201: «No pertenece a los ministros la facultad de delegar, *fuera de los casos previstos en la ley*, parte alguna del poder de estatuir de que están investidos».

jurídica a todo acto llamado acto de ratificación. Si con arreglo a las formas y condiciones legales de un acto jurídico declara *ratificar* el funcionario legítimo lo hecho por el usurpador, si esto no es una *ratificación* propiamente dicha, sí es la realización directa de un *acto* jurídico que deberá considerarse en sí mismo, abstracción hecha del acto del usurpador al cual impropriadamente se refiere. Y si se han cumplido todos los requisitos legales no hay razón para negar a esta manifestación de voluntad efectos jurídicos, aunque estos efectos no sean los de una ratificación propiamente dicha. No será el acto del usurpador el que se estimará regularmente realizado por el funcionario legítimo *a partir del día en que el usurpador lo realizó*. La manifestación de voluntad, *impropriadamente llamada ratificación*, surtirá los efectos jurídicos del acto que ella realmente constituya *desde el instante en que lo realizó el funcionario regular*. En otros términos, no se trata de un *acto ratificado*, sino de un acto nuevo, *absolutamente independiente del acto del usurpador*.

Pongamos un ejemplo. Supongamos que un matrimonio ha sido autorizado por un usurpador. *Posteriormente*, el alcalde legítimo autoriza de nuevo el matrimonio observando las formas legales (1) y declara que *este acto tiene por objeto ratificar* el matrimonio autorizado por el usurpador. Esta declaración de ratificación carece de valor. El matrimonio no existe, ni surte sus efectos sino a partir de la celebración autorizada por el funcionario dotado de competencia regular.

III.—¿Podrá el Parlamento por una ley *general e impersonal ratificar* los actos realizados por los usurpadores? De hecho, no vacilaría en responder afirmativamente el Parlamento francés, convencido de su omnipotencia.

Pero a nuestro juicio, no es posible hablar de ratificación propiamente dicha. Lo que el Parlamento puede hacer es disponer de *una manera general e impersonal* que los actos realizados por los usurpadores produzcan *en el porvenir* ciertos efectos jurídicos.

Consideremos el caso de matrimonios autorizados por usurpadores. El Parlamento podría muy correctamente disponer

(1) Tal ocurrió en 1870 en Marsella. Ciertos *usurpadores* habían autorizado siete matrimonios. Después, seis de estos matrimonios se celebraron *de nuevo*. No hubo *ratificación*. Sólo a partir de la nueva celebración pudo hablarse de verdaderos matrimonios, surtiendo todos los efectos jurídicos.

que aquellos individuos a quienes los usurpadores hubiesen declarado unidos por el vínculo matrimonial gocen *en lo futuro* de la situación de casados y los hijos nacidos o por nacer del concepto de hijos legítimos.

Pero sería necesario dejar a salvo los derechos legítimamente nacidos a favor de terceros. Si, por ejemplo, después de autorizado el matrimonio por el usurpador y *antes de dictarse la ley llamada de ratificación*, uno de los pretendidos cónyuges falleciese, el supuesto cónyuge superviviente no podría, ni aun después de dictarse aquella ley, hacer valer contra los herederos naturales los derechos de sucesión que pudieran resultar de su pretendido matrimonio.

Por lo demás, es probable que si se presentase este caso, el Parlamento francés, convencido de su omnipotencia, dispusiese otra cosa. Los Tribunales franceses que también participan de esta convicción, y que carecen del derecho de prescindir de las leyes inconstitucionales, aplicarían la ley, no obstante su incorrección. Es decir, que la cuestión que examinamos carece de interés práctico y, por consiguiente, es innecesario insistir en ella.

§ 3.

Las soluciones de la legislación y de la jurisprudencia francesas en lo que concierne a la responsabilidad penal de los usurpadores y de los funcionarios de hecho.

Es de señalar (1) que el Código penal francés (2) castiga al *usurpador* de funciones y a veces al *funcionario de hecho*. El delito y las penas aparecen expresados en los artículos 197 y 258 de dicho cuerpo legal.

(1) Véanse los comentarios de estas disposiciones del profesor Garçon, *Code pénal annoté*, I, p. 471 y s., p. 609 y s.—Garraud, *Traité de Droit pénal*, IV, núms. 1.243, 1.396 y s.—Chante, Grellet y Pichat, *Fonctionnaires publics*, Rép. Béquet, XVI, p. 570 y s., núms. 164 y s.

(2) Antes de 1810 existió una ley de 15-16 de septiembre de 1792 que tenía el mismo objeto. Esta ley fué muy severa en razón a la frecuencia con que en esta época de perturbación se realizaban usurpaciones de funciones y los registros domiciliarios y pesquisas que efectuaban los usurpadores.

I.—Art. 197: «Todo funcionario público destituido, suspenso o inhabilitado legalmente, que después de haber tenido conocimiento oficial de ello permaneciese al frente de su cargo, o que siendo éste de carácter electivo o temporal lo hubiese ejercido después que le hubiese tocado cesar, será castigado con prisión de seis meses a dos años y multa de 100 a 500 francos. Será asimismo inhabilitado para el ejercicio de todo cargo público por un período de tiempo de cinco a diez años a contar del día en que hubiese sufrido la pena...».

Esta disposición ha sido aplicada por la jurisprudencia (1):

1.º, a un *notario* destituido, que bajo el título de agente de negocios siguió ejerciendo funciones notariales, en condiciones particulares. No solamente dicho notario se mantuvo en el mismo local, sino que por repetidas maniobras hizo creer al público que, como antes, podía seguir autorizando actos notariales (2).

2.º, a *miembros de un Consejo de fábrica*, destituidos, y que, no obstante haber tenido conocimiento oficial de la destitución, continuaron ejerciendo sus funciones (3).

3.º, una antigua sentencia hizo una interesantísima aplicación del art. 197 del Código penal, que seguramente se reiteraría hoy día si el caso se repitiera (4). Cierta Consejo municipal fué disuelto, y el alcalde y los adjuntos quedaron separados de sus cargos. En seguida se hizo la sustitución. Pero uno de los adjuntos destituidos, fundándose en que la disolución era ilegal y que por consecuencia también lo eran las destituciones y sustituciones, se negó a cesar en el cargo y continuó ejerciendo las funciones propias del mismo. El Tribunal de Casación (Sala de lo criminal) declaró procedente la aplicación del artículo 197 del Código penal (5).

(1) Véase particularmente Cas. 30 octubre 1886, *Rogat*, S. 86, 1, 493; y 12 mayo 1894, *Angelini*, D. 98, 1, 548.

(2) Cas. 13 diciembre 1894, *Montello*, S. 96, 1, 249 (V. la nota). Véase también Orléans, 13 de diciembre de 1850, D. 51, 2, 175. Respecto a un procurador véase Cas. crim. 11 abril 1835, *Choy*, S. 35, 1, 246.

(3) Cas. crim., 30 octubre 1886, *Rogat*, S. 86, 1, 493, D. 87, 1, 507.

(4) Pau, 29 diciembre 1841, *Arsac*, Cas., 26 febrero 1842, *Arsac*, S. 1842 1, 962. Véase 12 mayo, *Angelini* D. 98, 1, 548.

(5) Cas. 26 febrero 1842: «La disolución de los Consejos municipales puede ser decretada por el rey. En esta esfera de atribuciones los actos del poder ejecutivo tienen carácter de urgencia...; interesan esencialmente al orden público, imponen la obediencia y sólo pueden ser impugnados por las vías legales... Los funcionarios así destituidos debían

II.—Art. 258: «El que, sin título, ejerciese cargos públicos, civiles o militares, o hubiese realizado actos correspondientes a uno de dichos cargos, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito de falsedad, si lo hubiese.»

Esta disposición ha sido aplicada:

1.º, a un individuo que por una serie de maniobras se había hecho pasar por agente de policía con derecho a proceder a la detención de una persona (1).

2.º, a los que se encargaron del Municipio en 1871, que se inmiscuyeron en la percepción de impuestos (2).

En 1850, un Tribunal aplicó el art. 258 a un funcionario público legítimo que se había excedido de los límites de su competencia (3); prácticamente se trataba de un adjunto que había autorizado un matrimonio en lugar del alcalde, aprovechándose de la ausencia momentánea de éste. Pero esta solución ha sido muy criticada y hoy no es posible hallar un Tribunal que interprete el art. 258 como la sanción de una regla de competencia (4).

III.—Prácticamente, son raramente infligidas las sanciones penales contra los usurpadores o los funcionarios de hecho. Es que, en efecto, no existe delito penal donde falta el elemento *intencional*. Tocante a esta intención, es opinión general que el usurpador debe tener *conciencia* de que se inmiscuye sin título en una función pública, y, por tanto, que debe tener la intención de cometer, *como delito*, el hecho que se le reprocha. Y se afirma que la ausencia del titular regular del cargo y la necesidad de proveer a un servicio público *urgente*, exclu-

cesar en sus cargos y carecían del derecho a controlar las formalidades que debían cumplirse para la designación del nuevo Municipio... J. G., después de haber tenido conocimiento oficial tanto del decreto como de la resolución del prefecto ha continuado al frente del cargo bajo el pretexto de que el decreto de disolución... era nulo. Al declarar que este acto constituye un delito previsto y penado en el artículo 197 del Código penal, la resolución impugnada ha aplicado debidamente dicho artículo y no ha violado ninguna ley». V. 12 de mayo de 1894, *Angelini*, D. 98, 1. 548 (un asunto análogo).

(1) Cas. 14 junio 1861, D. 61, 1, 355.

(2) Tocante a la aplicación del artículo 258 a los *contadores de hecho* véase particularmente Cas. 16 de marzo de 188, *Henriot*, S. 89, 1, 45: D. 88, 1, 393 con el informe del consejero Sallantin.

(3) Tr. de Chateauroux, 19 julio 1850, D. 52, 2, 133; véase la nota crítica.

(4) Garçon, *Code pénal annoté*, I, p. 609. y s.

ye toda inteneión culpable. Por tanto, se estima no deben aplicarse los artículos 197 y 258 del Código penal a los usurpadores y funcionarios de hecho que proceden de buena fé (1).

Este criterio es excesivo, quizá (2); pero en todo caso muestra cómo prácticamente se restringe el campo de aplicación de las sanciones penales.

§ 4.

Las soluciones de la legislación y de la jurisprudencia francesas tocantes a las relaciones entre la Administración y el usurpador de cargo o el funcionario de hecho.

¿En qué medida puede el usurpador o el funcionario de hecho invocar en su beneficio, cerca de la Administración la ocupación irregular del cargo?

¿En qué medida puede la Administración exigir responsabilidad pecuniaria al usurpador o al funcionario de hecho por el ejercicio ilegítimo del cargo?

Tales son las dos importantes cuestiones que vamos ahora a examinar.

De acuerdo con la legislación y la jurisprudencia francesas se pueden formular las tres proposiciones siguientes:

1.^a Por regla general, ni el usurpador de cargo, ni el funcionario de hecho pueden invocar, *en su provecho*, la ocupación irregular del cargo, sea cual fuere la ventaja personal de que se trate.

2.^a Por regla general, en el caso en que un individuo que ha desempeñado indebidamente un cargo, haya enriquecido un patrimonio administrativo puede reclamar una indemnización equivalente al importe del enriquecimiento proporcionado.

3.^a Cuando la usurpación o el desempeño del cargo hubiesen sido acompañados de manejo irregular de fondos públicos pue-

(1) El profesor Garraud (*D. pénal*, IV, núm. 1.249) escribe: «Es necesario tener conciencia de la ilegalidad cometida... La ley castiga, en efecto, una usurpación de poderes, una especie de rebeldía del funcionario destituido o suspendido; ella, pues, exige una *voluntad intencional* de parte del agente».

(2) Garçon, *Code pénal annoté*, I, p. 609 y s.

de la Administración emplear contra el usurpador o el funcionario de hecho el procedimiento de la declaración de *contabilidad de hecho u oculta*.

Insistamos sobre estas tres proposiciones.

I

En principio, ni el *usurpador* de cargo ni el *funcionario de hecho* pueden invocar, *en su beneficio*, la ocupación irregular del cargo para obtener cualquier ventaja personal (retribución, pensión, etc.).

Esta solución no puede ser más lógica. Para obtener una ventaja personal es lógico exista un título legítimo. Además es únicamente el *interés público*, el *interés por la buena marcha de los servicios públicos*, el *del crédito público*, el de la *paz social* la circunstancia que impone la validez de los actos que emanan de los funcionarios de hecho. Finalmente, esta solución ofrece una gran ventaja práctica; la de desalentar a los usurpadores de cargo y a los funcionarios de hecho.

Sin embargo, es oportuno preguntar si este principio debe combinarse con otros dos principios fundamentales del derecho público francés actual, a saber :

1.º Los patrimonios administrativos no deben enriquecerse, sin causa, a expensa ajena.

2.º En el caso en que un individuo es funcionario de hecho únicamente por la *falta* o por el *hecho* de los funcionarios legítimos, el que de buena fé ha desempeñado un cargo debe ser indemnizado por el perjuicio que ha sufrido.

Veamos algunas aplicaciones de estos principios :

PRIMERA APLICACIÓN.—*Pensión de retiro*.—Un funcionario público no puede pedir se le computen, para los efectos de la pensión de retiro, los servicios que prestó mientras desempeñó irregularmente un cargo. Según un dictamen del Consejo de Estado (sección de Hacienda) de 3 de febrero y 21 de junio de 1880, para tener derecho a pensión *es necesario poseer un título regular*. Por consiguiente, el funcionario nombrado irregularmente y cuyo nombramiento se anula después (1) no puede invocar en

(1) En el momento de la liquidación de la pensión debe la Adminis-

su provecho, para el cómputo de sus servicios (1) el tiempo durante el cual fué funcionario de hecho (2).

tración pública considerar regulares los títulos irregulares de investidura que no han sido anulados por las vías de derecho. El C. de Est. ha resuelto que deben computarse para los efectos de la pensión los servicios realizados en virtud de un nombramiento irregular, si éste no ha sido anulado. El liquidador de la pensión debe tener por regulares los títulos de investiduras no anulados. C. de Est., 20 noviembre 1896, *Taval, Rec.*, p. 742: «La resolución por la cual el ministro de Instrucción pública ha desestimado la demanda de pensión de retiro... fúndase únicamente en que los servicios prestados por la recurrente sin el debido título desde 1.º de noviembre de 1870 hasta el 30 de septiembre de 1874 no podían computarse para los efectos de la liquidación de la pensión. La recurrente fué nombrada maestra por resolución prefectoral el 2 de noviembre de 1870, a propuesta del inspector de academias. En virtud de este nombramiento ejerció su cargo durante tres años y once meses. Percibió su retribución de los fondos municipales, retribución que sufrió los descuentos de la ley de... 1853. En atención a estas circunstancias, ha incurrido en error el ministro... al negarse a computar los servicios prestados por la recurrente desde el 1.º de noviembre de 1870 hasta el 30 de septiembre de 1874...».—C. de Est., 2 de abril de 1898, *Lejeune, Rec.*, p. 301: Se trataba de un individuo que fué nombrado maestro antes de cumplir los veinte años. El nombramiento era irregular, pero no fué anulado. En el día de la liquidación de la pensión el ministro negose a computar los servicios desempeñados en virtud de un nombramiento irregular. El C. de Est. contrarió esta pretensión: «Resulta del expediente que el señor L. ha ejercido efectivamente desde 1.º de octubre de 1870 hasta el 31 de marzo de 1871, el cargo de maestro adjunto..., recibiendo por este concepto una retribución sujeta a descuento... De lo que resulta, el derecho de la viuda a reclamar una pensión». Véase C. de Est., 28 mayo 1897, *Vincent, Rec.*, p. 429.

(1) A nuestro juicio, no pueden computarse para los efectos del retiro los servicios prestados por individuos que no figuran en los *cuadros regulares y permanentes de la Administración*. C. de Est., 11 diciembre 1912, *Seignon, Rec.*, p. 1181: «Un individuo fué encargado por un alcalde de la realización de ciertos servicios. Dicho individuo sólo era un *funcionario auxiliar*, que no figuraba en el cuadro regular y permanente de la Administración municipal... «Los servicios prestados con este carácter... no son de los que reconocen derecho a pensión, y por esto muy justamente no se han computado en la liquidación de su pensión de retiro».

2 Consideremos la hipótesis opuesta. El funcionario *irregularmente separado*, que logra quede sin efecto su destitución ¿podrá pedir se le abone el tiempo transcurrido desde su separación hasta su reintegración en el servicio? Este es un problema muy discutido. La única razón que pudiera suscitar duda estriba en los términos del art. 5 de la ley de

SEGUNDA APLICACIÓN.—1.º El *usurpador* de cargo no puede en ningún caso, reclamar la retribución asignada al cargo que detentó. El pagador debería negarse a pagar la orden o libramiento a favor del usurpador, fundándose en la falta de justificación de servicios regularmente prestados. Por lo demás, los reglamentos de contabilidad exigen, en apoyo de las órdenes o libramientos de la primera retribución de los funcionarios públicos la mención del acto de investidura (nombramiento o elección).

2.º El *funcionario de hecho* tiene un título irregular; en virtud de este título y en tanto no haya sido declarada oficialmente la irregularidad y anulada la investidura tiene derecho a exigir la retribución asignada al cargo que ocupa. El ordenador y el pagador no podrían negarse a proceder al libramiento o al pago bajo pretexto de la irregularidad del título.

Pero, supongamos que posteriormente se anule el título: ¿podrá el funcionario de hecho reclamar los haberes devengados, pero no satisfechos? ¿Estará obligado a devolver cuantas cantidades haya percibido durante el período transcurrido entre la investidura irregular y el día en que se anuló el título?

En pro de la afirmativa se puede decir que al individuo no le es posible percibir fondos públicos ni conservarlos en su patrimonio sino en virtud de un *título regular*. El artículo 10, párrafo 1 del reglamento de contabilidad pública de 1862 dispone expresamente que: «No puede hacerse ningún pago sino al verdadero acreedor, previa justificación de sus derechos y en equivalencia de un servicio prestado». El que carece de título

9 de junio de 1853, que dice: «El derecho a la pensión de retiro se adquiere a los sesenta años de edad y treinta años *cumplidos* de servicios». Estas últimas palabras se entienden en el sentido de que los servicios deben ser *efectivos*.—A nuestro parecer el funcionario, *por culpa de la Administración, ha sido puesto en la imposibilidad de prestar servicios efectivos*. Para los efectos de la pensión deben abonarse los servicios. En materia de pensión es necesario aceptar la solución que el C. de Est. admite en materia de *retribución*; el funcionario irregularmente destituido cuya destitución se deja luego sin efecto puede exigir el importe de la retribución correspondiente al tiempo transcurrido desde que se decretó la destitución hasta la reintegración en el cargo. Jurisprudencia reiterada. C. de Est., 8 julio 1910. *Danger, Rec.*, p. 578: «La anulación de la resolución del alcalde separando al señor D del cargo de secretario municipal determina el *derecho a favor del recurrente al pago del sueldo de que fué privado, a partir del día de su separación hasta aquel día en que fué reintegrado...*». C. de Est., 13 diciembre, 1912, *Turgat, Rec.*, p. 1.206.

regular de investidura no es un *verdadero acreedor que justifica sus derechos*.

Antiguas resoluciones del Consejo de Estado parecen establecer el principio de que la retribución asignada a un cargo público no puede ser reclamada cuando el nombramiento para este cargo ha emanado de una autoridad incompetente. Si, pues, un individuo ha ocupado un cargo en virtud de un nombramiento irregular no puede reclamar los haberes devengados y no percibidos (1).

(1) C. de Est., 29 mayo 1822, *de Minuly, Rec.*, 1826, I, p. 512. Tratóbase de un individuo que en 1808 fué nombrado comisario de justicia interino en Santo Domingo por los generales Leclerc y Rochambeau, que estaban investidos de plenos poderes. Dicho nombramiento no fué reconocido por el Gobierno de la metrópoli. Sin embargo, el individuo ejerció pacíficamente el cargo durante varios años y percibió en razón de él algunos emolumentos. Fallecido en 1808, su viuda reclamó atrasos al Tesoro. El ministro denegó la petición invocando una disposición consular del 30 vendimiario del año XI, relativa a los nombramientos coloniales y según la cual: «todo grado, título o sueldo que no hubiese sido dado o reconocido por el Gobierno carece de efectos» (art. 1.º). El ministro hacía observar que esta disposición había sido constantemente aplicada, respecto a todos los funcionarios adscritos al servicio de las colonias, y que esta jurisprudencia había sido mantenida desde la Restauración. En este sentido resolvió el C. de Est.: «Vista la demanda presentada a este cuerpo en nombre de C. S. de M., para la obtención de los haberes... de su marido F. L. de M... ex comisario de justicia interino de Santo Domingo, donde falleció, siendo primer presidente de la Audiencia; vista la disposición del 30 vendimiario, año XI, que en el artículo 1.º expresa... Resultando de la comunicación de nuestro ministro de Marina, que lejos de haber sido reconocido el señor M. como juez interino de Santo Domingo el Gobierno ha desautorizado explícitamente el nombramiento, se desestima...»

En 1824, aplicó nuevamente el C. de Est. (26 agosto 1824, *Froidevaux, Rec.*, p. 541) la disposición mencionada. El señor F. ejerció en la isla de Santo Domingo los cargos de comisario de Guerra y Marina, *en virtud de nombramiento realizado por el prefecto colonial* y el general Ferrand, comandante en jefe. Dichos cargos fueron por él desempeñados desde el año X hasta 1809, es decir, durante todo el tiempo en que se desarrolló la expedición contra la colonia, percibiendo una parte de la retribución. Reclamaba el resto: «Los cargos provisionales desempeñados —decía— le habían sido legalmente conferidos por autoridades competentes, y, por tanto, tenía derecho a percibir la retribución asignada a los cargos por todo el tiempo que los había ocupado». El ministro desestimó la instancia invocando las disposiciones no derogadas del 30 vendimiario, año XI, art. 1.º El ministro reconocía que el recurrente había desempeñado servicios en Santo Domingo y los había estimado para el cálculo de

En opinión de determinados autores (1) esta solución debería aplicarse *sin limitación*.

Aunque no exista, según creemos, jurisprudencia reciente sobre esta cuestión (2), séanos permitido preguntar si en la ac-

la pensión de retiro; pero no los había tenido en cuenta para los efectos de la retribución. El C. de Est. confirmó esta resolución en la parte referente al sueldo.

Se cita otra resolución del C. de Est. de 16 de noviembre de 1832 (*Hermé-Duquesne, Rec.*, p. 628), que en rigor no se refiere totalmente a esta cuestión.

Como se ve, la jurisprudencia del C. de Est. de 1822 y 1824 se basaba enteramente en una disposición especial: la consular del año XI. ¿Entrafía esta disposición la aplicación de un principio general? Esta cuestión no ha sido resuelta por el C. de Est.

(1) En su tratado sobre la *Comptabilité publique*, M. V. Marcé, consejero del Tr. de Cuentas (*Dalloz, Code des lois adm.*, IV, p. 874, número 9.436 y s) parece afirmar que la solución dada por el C. de Est. al comienzo del siglo XIX está todavía en vigor. La disposición del 30 vendimiario, año XI no sería, pues, sino la aplicación de un principio general del derecho público.

(2) Esta cuestión ha sido muy pocas veces planteada explícitamente ante el C. de Est. Cuando lo ha sido no la ha resuelto dicho organismo C. de Est. 20 diciembre 1912, *Gadaud, Rec.*, p. 1.281. Cierta empleado de un matadero municipal a quien se impugnaba la legitimidad del nombramiento, no había percibido el sueldo correspondiente a su cargo. A su fallecimiento reclamaron dicho sueldo sus herederos. El Municipio ofreció un *sueldo reducido*, pero los herederos lo rehusaron fundándose: 1.º en que el nombramiento era regular; 2.º «que aun en el caso en que no lo fuere, como el empleado lo había desempeñado tenía derecho a percibir la remuneración asignada a él»; 3.º que «podría comprenderse que por irregularidad en el nombramiento se negase el Municipio a pagar toda retribución, pero no era en modo alguno concebible que concediese una remuneración arbitrariamente reducida».

La cuestión estaba explícitamente planteada, pero en su resolución no la resolvió el C. de Est. Este organismo limitose a declarar la legitimidad del nombramiento y la obligación del Municipio a abonar la retribución, pero no declara que aunque hubiese sido dicho nombramiento irregular hubiese de ocurrir otro tanto. «Por resolución de... el señor G fué legitimamente nombrado por el alcalde... empleado del matadero con una retribución anual de 800 francos. Sean cuales fueren las dificultades suscitadas a la ciudad respecto de este nombramiento por la autoridad superior, el señor G. ha desempeñado durante tres años y ocho meses dicho cargo, para el cual figuraba en el presupuesto municipal una consignación de 800 francos. En estas circunstancias los recurrentes tienen acción para reclamar la remuneración debida al señor G...» Véanse dos resoluciones del C. de Est. en asuntos análogos, aunque a nuestro parecer

tualidad daría el Consejo de Estado la misma solución *sin limitación*.

Desde el comienzo del siglo XX, en efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha evolucionado mucho en lo concerniente a la responsabilidad de los patrimonios administrativos. El principio de la indemnización viene admitiéndose siempre que la equidad lo exige (1). Por tanto, si hay por parte de los jefes del servicio público o si hay enriquecimiento para un patrimonio administrativo, la equidad exige que se conceda una indemnización a quien ha sido víctima de esta falta o a quien ha procurado este enriquecimiento.

Combinando la nueva jurisprudencia con el principio general que informa las antiguas resoluciones parece darnos la solución del problema el sistema que procede a establecer determinadas distinciones. Es decir, que será necesario averiguar si la irregularidad del título de investidura proviene o no de la falta o hecho del jefe del servicio, si el funcionario de hecho lo era o no de buena fé.

a) Supongamos que la irregularidad no es imputable al *funcionario de hecho*, sino que proviene de una falta cometida por el jefe del servicio. El individuo irregularmente investido, que de buena fé ha ejercido el cargo durante cierto tiempo y que de buena fe también ha percibido la retribución a él asignada, gastándola (2), no estará obligado a restituir las cantidades percibidas el día en que el nombramiento se declare nulo (3).

no idénticos, y que, por tanto, no interesa considerar ahora; C. de Est., 9 junio 1899, *Bergeon, Rec.*, p. 415; C. de Est. 5 julio 1912, *Municipio de Marennés, Rec.*, p. 789.

(1) Teissier, *La resp. de la puissance publique*, núms. 99, 202, 204.

(2) Sin embargo, el C. de Est. no admite fácilmente que la remuneración tenga el carácter de renta o fruto que pueden ser consumidos de buena fe, sin repetición posible por el Estado (art. 549 del C. civil: «el simple poseedor no hace suyo los frutos sino en el caso en que posee de buena fe»). El C. de Est. (24 febrero 1912, *Vignerte, Rec.*, pág. 257) ha resuelto que: «La retribución de los funcionarios no tiene carácter exclusivamente alimenticio. Por tanto, el recurrente no puede invocar el art. 549 del C. civil para que se declare al Estado decaído del derecho a reclamar las cantidades percibidas indebidamente, por estimarse que han sido consumidas de buena fe...» Compárese esta resolución con la de 1.º de julio de 1904 (*Nivaggioni, Rec.*, p. 536, nota siguiente) en la que el C. de Est. parece aceptar la solución contraria.

(3) Un caso muy semejante al que se considera en el texto ha sido resuelto por el C. de Est. en 1.º de julio de 1904 (*Nivaggioni, Rec.*,

Claro es que aun admitiendo el deber del funcionario de hecho de restituir las cantidades indebidamente percibidas, es indudable que la acción de restitución no podría ejercitarse para el reembolso de esas mismas cantidades pagadas más de cinco años antes, pues a esto se opondría la prescripción expresada en el artículo 2.277 del Código civil (1).

pág. 536 y S. 1.904-3-121 con la nota del profesor Hauriou). Tratábase de un suboficial en situación de retiro, portero de plaza fuerte, que había percibido durante quince años tanto la pensión de retiro como la retribución asignada al otro cargo. Pero como según las leyes y reglamentos nadie puede percibir a la vez *derechos pasivos* y *sueldo de activo* por un servicio de carácter permanente, el ministro estimó que habiendo percibido indebidamente su pensión de retiro dicho suboficial debía devolver al Tesoro 13.000 francos, importe de lo que percibió por derechos pasivos. El C. de Est. reconoció que la pensión «no puede acumularse con el sueldo correspondiente al cargo de portero de plaza fuerte». Pero añadió: «Durante más de quince años el reclamante ha percibido derechos pasivos y sueldo, aunque la acumulación estuviese prohibida. Únicamente una *falta de servicio* puede explicar que se haya podido cometer tal error durante tanto tiempo, falta que *compromete la responsabilidad del Estado*. De esta suerte, el ministro carece de acción para reclamar al recurrente una cantidad importante a título de reembolso de numerosos pagos que no servían por su naturaleza a acrecentar su patrimonio» (V. un asunto idéntico planteado, pero no resuelto, ante el C. de Est. en 8 de marzo de 1912, *Schlemmer, Rec.*, p. 354: demanda declarada improcedente por no estar formulada por letrado).

En una Resolución de 24 de febrero de 1912 (*Vignerte Rec.*, p. 257, el C. de Est. distingue, con cierta sutileza a nuestro juicio, entre el error de la Administración y la *falta* de la misma. El error no determina la responsabilidad del Estado. El C. de Est. resolvió en contra de las conclusiones formuladas por el Comisario del gobierno Helbronner (*Rec.*, p. 57, nota 1).

Finalmente el C. de Est., declara procedente la demanda de reembolso de las cantidades *indebidamente percibidas cuando la falta es de la parte que recibe*. Por ejemplo, conteniendo un certificado de existencia para la percepción de una pensión, la declaración inexacta de que la parte interesada no gozaba ningún sueldo «la acumulación de que se ha beneficiado dicha parte más allá del *máximum legal* no puede atribuirse a una falta de servicio público susceptible de determinar la responsabilidad del Estado. Por tanto, el ministro de Hacienda muy fundadamente ha reclamado la restitución de las cantidades que habían sido indebidamente pagadas» (C. de Est., 8 marzo 1911, *Guillebot, Rec.*, p. 266). Esta última solución es muy razonable.

(1) C. de Est. 24 febrero 1912, *Vignerte, Rec.*, p. 258: «El art. 2.277 del C. civil dispone que prescriben a los cinco años los intereses de la cantidad prestada y en general todo lo que se paga por año o por pe-

Ahora bien: ¿podrá el funcionario de hecho reclamar la retribución correspondiente a su cargo cuando aún no la hubiese percibido? La hipótesis, a nuestro parecer, es menos favorable.

En todo caso puede admitirse que el funcionario de hecho de buena fé y a quien no le sea imputable la irregularidad de su título pueda reclamar una *indemnización* por los servicios prestados a la administración (*de in re verso*) (1). Como es natural el crédito contra el Estado estará sometido a la *prescripción quinquenal* (ley de 1831).

b) Si la irregularidad de la investidura es imputable al funcionario de hecho, el único argumento que puede invocar éste para retener la retribución percibida o para reclamar una indemnización es el principio según el cual nadie puede enriquecerse a costa de los demás. El funcionario de hecho, ha desempeñado cargo público, sirviendo a la Administración, que no ha tenido que pagar un funcionario regular. En estas circunstancias si la Administración exigiese la restitución de las cantidades percibidas por el funcionario de hecho o si no se las abonase se enriquecería a expensas de él. De aceptarse este argumento claro es que tendría que aplicarse no sólo al caso del funcionario de hecho de buena fé sino también al del que hubiese procedido de mala fé y aún al del usurpador.

Pero la base sobre que se apoya este razonamiento es suma-

ríos más cortos». Por consecuencia, la reivindicación de las cantidades indebidamente pagadas al señor V por el Estado debe limitarse a la cantidad representativa del total de cinco años de descuentos no efectuados».

(1) El C. de Est. lo ha resuelto así en un caso análogo. C. de Est. 9 junio 1899, *Bergeon, Rec.*, p. 415: «Un antiguo jefe del servicio de consumos de una localidad, cuyo empleo fué suprimido, reclamó a ésta la retribución correspondiente al mes durante el cual, después de la supresión del cargo, había continuado prestando servicios al Municipio, poniendo al corriente las escrituras, etc. El C. de Est. no accedió a las pretensiones del reclamante en lo tocante a la concesión de una retribución, pero sí respecto a una indemnización «En lo concerniente a la pretensión del recurrente a obtener el pago de su retribución durante el mes de enero de 1891: Habiendo sido suprimido el impuesto de consumos a partir de 1.º de enero de 1891, el sueldo del recurrente cesa de correr desde esa fecha; pero de hecho dicho empleado ha tenido que consagrarse durante una parte de dicho mes a poner al corriente las escrituras, a arreglos de cuentas, etc. Serán apreciadas exactamente estas circunstancias fijando en 50 francos (el sueldo era de 125) la remuneración de que le debe hacer merced el Municipio».

mente frágil. Es extraordinariamente difícil determinar exactamente el enriquecimiento procurado a un patrimonio administrativo por la gestión del usurpador o del funcionario de hecho. No hay equivalencia entre el importe de una retribución y el enriquecimiento experimentado por un patrimonio administrativo merced a la actividad del funcionario. De otra parte, puede ocurrir que la Administración tenga que pagar el sueldo del *funcionario regular*, aunque no haya desempeñado el cargo que detentaba el funcionario de hecho, caso que sucede siempre que un funcionario ha sido irregularmente separado y sustituido por otro. Por todas estas razones, a nuestro juicio, la acción de *in rem verso* no puede admitirse ni de parte del usurpador ni de parte del funcionario de hecho (1).

(1) Según el *common law* anglo-americano el funcionario de hecho no puede reclamar sueldo alguno, sino a lo sumo y a título *gracioso* una indemnización. Decisión del *Court of Clarius* de los Estados Unidos, abril 1889, *Romiers v. United States* (referido en Goodnow, *Cases on adm. law* II, p. 169): Tratábase de un funcionario irregularmente nombrado que reclamaba el pago del sueldo asignado a su cargo. El *Court of Clarius* declaró que: «El recurrente no reclama una *indemnización* como guardián de bienes públicos... No hay motivo para obtener una indemnización por este hecho. La retribución señalada por la ley es equivalencia del cumplimiento de los deberes inherentes al cargo no puede servir de medida de indemnización por el cumplimiento de una parte de estos deberes. Muchos de los servicios exigidos a un funcionario son de un orden más elevado que la simple custodia de bienes y su conservación hasta el nombramiento de un sucesor; a veces son delicados y, confidenciales. Indudablemente estos servicios han sido tomados en consideración por el Congreso para el señalamiento de la retribución del cargo, y han contribuido a elevar su cuantía. Una vez expirada la duración oficial del cargo no podían ser ya realizados válidamente por el recurrente. *Este, o debe percibir el sueldo entero o nada absolutamente*, pues no existe ningún elemento de valoración, aun en el caso en que la valoración pudiera admitirse. *Las decisiones judiciales son uniformes*, en el sentido de que quien reclama un sueldo debe probar ser titular legal del cargo, y que un funcionario *de facto* y no de *jure* no puede intentar una acción para obtener el pago de la retribución... Podrá ser cruel que al recurrente se le niegue retribución por el tiempo que desempeñó el cargo más allá de la expiración del plazo legal, pero si así fuere, el remedio tendría que darlo el Congreso»: Véase también la Resolución del Tribunal de apelación de New-York, enero 1877, *Dolan, v. Mayor*, (en Goodnow, *Cases, etc.*, II, p. 171): «Es doctrina establecida en este Estado que el derecho al sueldo de un cargo público nace del título *verdadero* y no del título simplemente aparente; si es irregular el

II

Por regla general en el caso en que la ocupación irregular del cargo hubiese acrecentado el caudal de un patrimonio administrativo el usurpador o el funcionario de hecho podrá reclamar una indemnización *hasta donde alcance el enriquecimiento obtenido* (1).

Puede ocurrir que el usurpador o el funcionario de hecho haya realizado un trabajo, entregado materiales o pagado una deuda *con bienes particulares*. Por ejemplo, en tiempo de guerra puede suceder que los individuos designados irregularmente por los habitantes para los cargos municipales después de la desaparición de las autoridades legítimas, paguen *con sus bienes personales* el importe de requisiciones en dinero impuestas a la localidad por el enemigo.

I. El usurpador o el funcionario de hecho podrá obrar contra la Administración en la medida en que ésta se haya enriquecido por dichos trabajos, suministros o pagos. Esta solución no es una solución especial para el caso en que se trate del usurpador de cargo o del funcionario de hecho, sino que constituye la mera aplicación de una doctrina general según la cual, quien voluntariamente enriquece con sus fondos personales un patrimonio administrativo o particular posee una acción *de in rem verso*, esto es, hasta donde alcance el importe del enriquecimiento proporcionado. No hay razón para que no puedan invocar en su provecho esta doctrina general el usurpador o el funcionario de hecho.

Pero obsérvese bien, que no se trata de decir que una per-

título de quien intenta por una acción obtener los derechos e indemnizaciones asignados por la ley al cargo, y otro individuo prueba estar en posesión del verdadero título, la acción promovida por aquél no puede prosperar. El ejercicio efectivo del cargo no basta para dar derecho a sueldo o indemnización».

(1) Michoud, *De la gestión d'affaires appliquée aux services publics*, en la *Rev. général d'adm.* 1894, II, p. 5 a 22; p. 146 a 164; Marqués de Braga y Lyon, *Comptabilité de fait* (*Rép.* Béguet, VI, passieu y particularmente núms. 14 a 28); Hauriou, una importantísima nota respecto a la res del Tr. de Cas. de 6 junio 1898, S. 95, 1, 185 y *Précis de droit adm.* 1911, p. 469 y s.; Jèze, *Cours élém. de Sc des finances*, 1912, p. 263 y s.

sona pueda espontáneamente anticipar cantidades de dinero que le serán luego reintegradas. *En otros términos, no ha lugar a admitir en derecho público francés la doctrina general de la gestión de negocios.* La idea que sirve de base a esta doctrina no juega en el derecho público. Es de interés social estimular a los particulares a que se ocupen *amigablemente* de los asuntos ajenos cuando los interesados no pueden hacerlo por razón de edad, de enfermedad, de ausencia o de cualquier otro impedimento. Pero, a nuestro parecer, esta idea no juega ningún papel en el régimen administrativo de los Estados modernos (1). El principio fundamental que en este punto rige en un país civilizado como la Francia actual, estriba en que el funcionamiento de los servicios públicos corra a cargo de funcionarios cuidadosamente elegidos y revestidos de toda clase

(1) En sentido contrario Hauriou. Nota en el Sirey, 1895, 1, 185 y *Droit adm.* 1911, p. 471: «La doctrina se ofrece dividida tocante a la cuestión de saber si el principio de la gestión de negocio puede aplicarse en estas diversas hipótesis. La jurisprudencia aparece vacilante... En parte... las vacilaciones provienen de una preocupación que se relaciona con los más graves problemas del derecho público: ¿deben fortificarse con una presunción de infalibilidad el régimen de Estado, el sistema representativo y el de las competencias administrativas legales? ¿No sería peligroso aceptar suplencias para este organismo? A nuestro juicio nunca es peligroso ponerse en la realidad de los hechos, pues el peligro reside precisamente en admitir la ficción a ultranza. Luego, es bien claro que el mecanismo del régimen de Estado no es infalible, y que si es la menos mala de las organizaciones sociales dista mucho de ser la más perfecta. Por consiguiente, aun bajo el régimen de Estado es bueno prever suplencias destinadas a corregir la insuficiencia del mecanismo representativo frente a urgentes necesidades sociales».

Este razonamiento nada prueba en favor de la aplicación de la doctrina de la gestión de negocios a la esfera del derecho público. La teoría de los gobernantes de hecho se basa en las consideraciones formuladas por el profesor Hauriou. Esta doctrina responde completamente a las necesidades sociales, y es necesaria, pero es también suficiente. No hay necesidad de transportar al derecho público un régimen jurídico ideado para resolver una dificultad totalmente distinta. En este sentido Michoud, Marqués de Braga y Lyon (ob. cit. y 1. cit.). Hauriou reconoce, sin embargo, que «podría ser causa de desorganización de la Hacienda pública la generalización de la práctica de la gestión de negocios. Pero hay dos garantías contra esto: 1.ª la competencia de la jurisdicción administrativa para la apreciación de la utilidad de la gestión, y 2.ª la lentitud con que la Administración procede al pago de sus deudas y que basta a desalentar toda gestión imprudente».

de garantías. Únicamente a estos funcionarios, que obran con sujeción a reglas y formalidades, incumbe decir cómo debe funcionar el servicio, qué trabajos se deben ejecutar, qué materiales se necesitan, en una palabra, qué gastos se deben realizar. La apreciación de la *oportunidad* de estos gastos es función de estos agentes.

Socialmente sería deplorable que quienes no fuesen los verdaderos funcionarios públicos pudieran impunemente entrometarse en el régimen administrativo sustituyendo por su apreciación personal la de los funcionarios regulares, eludiendo todas las reglas concernientes al control jerárquico o administrativo y colocando a la Administración regular ante el hecho consumado. Cuando la ley ha permitido esta intervención lo ha declarado así y la ha rodeado de toda clase de precauciones. Pero estos casos son completamente excepcionales y conviene no ampliarlos.

Si, pues, los terceros pretenden sustituir a los funcionarios legítimos e intervienen con sus bienes personales, es de entender que lo hacen *por su cuenta y riesgo*. No les bastará para obtener el reembolso de las cantidades facilitadas por ellos, probar la *utilidad* que hubiesen reportado. Puede acontecer que un gasto *útil* no haya debido efectuarse por estar en juego otros *más urgentes*, y *únicamente* a los funcionarios públicos y a sus jefes en el orden de la jerarquía incumbe declarar si un gasto es útil y cual es su grado de *urgencia*.

Sin embargo, conviene no ir demasiado lejos en este camino y negar, como se ha propuesto, toda acción contra los patrimonios administrativos. Los principios generales aplicables al régimen político deben combinarse con el principio fundamental de equidad según el cual nadie debe enriquecerse a costa de los demás (1). Este principio constituye el fundamento y la medida de la acción *de in rem verso*, acción que ha de limitarse estrictamente *al caso de enriquecimiento* logrado por la Administración y a la cuantía del mismo (2).

No es de temer que la acción *de in rem verso* estimule a los terceros a intervenir. La dificultad que supone tener que pro-

(1) Michoud, *ob. cit.* *Rev. gén. d'adm.* 1894, II, p. 150: «Ante este principio que deriva de ideas absolutas de derecho y de justicia, deben ceder todas las reglas de régimen interior, de contabilidad, de fiscalización del fondo social...»

(2) ¿En qué caso se podrá decir que hay enriquecimiento y cuál es su cuantía? Véanse acerca de este punto las excelentes observaciones del profesor Michoud, *ob. cit.*, *Rev. gén. d'adm.* 1894, II, pp. 153 y s.

bar el enriquecimiento procurado, el hecho de que sólo se pueda reintegrar la cantidad que constituya dicho enriquecimiento, finalmente, el poder la Administración pagar, *a son heure*, las cantidades a que hubiese sido condenado el patrimonio administrativo son circunstancias que mueven a desalentar a los imprudentes e indiscretos.

II. La jurisprudencia del Consejo de Estado y la del Tribunal de Casación admiten la acción *de in rem verso*; pero las resoluciones no hacen constar claramente si el tercero puede obtener el reembolso de todos los pagos por él hechos o sólo hasta cubrir el importe del enriquecimiento procurado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado no se ha pronunciado explícitamente sobre este punto (1).

(1) El profesor Hauriou (*ob. cit.*, p. 472) cita en sentido favorable a la acción de gestión de negocios una resolución del C. de Est. de 25 de mayo de 1906, *Fabrique de St. Michel de Montmercuire, Rec.*, p. 470. La Resolución aparece redactada así: «Resulta del expediente, y especialmente de la opinión unánime de los técnicos, que los trabajos suplementarios que han motivado la reclamación, han sido emprendidos según las instrucciones del arquitecto (que iban más allá de las autorizaciones primitivas) obrando en nombre de la fábrica, y que este establecimiento ha obtenido un beneficio positivo de la realización de dichos trabajos. En estas circunstancias, la fábrica no puede oponer a los empresarios la falta de la debida autorización y negarles el pago de sus trabajos». La resolución admite la posibilidad de reclamar el reembolso de *todos los gastos*. ¿Será preciso ver en esta resolución una decisión de principios? A nuestro parecer, de ninguna manera. El problema no se ha planteado explícitamente ante el C. de Est. entre las dos alternativas formuladas en el texto: la acción de reembolso de todos los gastos o la acción referente al enriquecimiento procurado.

Lo que, por demás, parece probar que el Consejo de Estado carece de un criterio firme sobre el problema son los términos según los cuales se ha expresado el Comisario del Gobierno Teissier en el asunto *Sapor*, resuelto el 7 de mayo de 1909 (*Rec.*, pp. 460 y s.): Un alcalde que sin autorización había efectuado gastos por cuenta del Municipio fué declarado contador de hecho por el Tribunal de Cuentas. El Consejo municipal se negó a reconocer la utilidad y oportunidad de ciertos gastos. En consecuencia el juez de cuentas separó estos gastos de las cuentas, poniéndolos a cargo del alcalde, según jurisprudencia constante. El Comisario del gobierno pedía al C. de Est. confirmase esta solución. Decía: «Como la autoridad presupuestataria se había negado expresamente a aprobar los gastos litigiosos, el Tribunal de Cuentas muy fundadamente negóse a tenerlos en cuenta, declarando, por tanto, a Sapor deudor por su importe del Municipio de Aumales». Pero Teissier agregaba: «Esto no quiere decir en modo alguno que si el señor S. ha efectuado efectiva-

La jurisprudencia del Tribunal de Casación tampoco es más explícita (1).

mente gastos útiles para Aumale deban estos gastos a falta de su aprobación por el Consejo municipal, correr a cargo de él en definitiva. El señor S. podrá ejercitar contra el Municipio la acción que quiera, la que compete al gestor de negocios, o la *in rem verso*, y podrá exigir la condena del Municipio, *quien no debe enriquecerse a sus expensas*. Y dado caso de que el Municipio se negase a cumplir espontáneamente esta condena, podrá ser obligado a pagar por la vía de la inscripción de oficio».

Estas mismas expresiones muestran el estado de incertidumbre en que se encuentran los más eminentes jurisconsultos, del C. de Est. Feisier, que es un jurista notable, habla de la *gestión de negocio* o de la acción *de in rem verso*. De otra parte, invoca el principio, según el cual nadie debe enriquecerse a costa de los demás; pero este principio es base no de la acción de gestión de negocio sino de la acción *de in rem verso*; lo que mueve a la creencia de que es esta última acción la que constituye motivos de sus predilecciones. Nada menos cierto, sin embargo.

(1) Una Resolución del Tribunal de casación de 6 de junio de 1893, *Fabrique de l'église de Maroné* (D. 93, 1, 385 y la nota anónima; S. 1895, 1, 185 y la nota de Hauriou) parece descartar la doctrina de la gestión de negocios. El Tribunal de Rennes, por resolución de 15 de julio de 1899, (D. 93, 1, 386) había admitido la acción de reembolso de unos pagos dirigida contra una fábrica por el cura rector, que había pagado personalmente los gastos de reconstrucción de un templo. El Tribunal de casación casó esta sentencia. Decía: «Según el § 5, art. 21 de la ley de 18 de julio de 1837 y los arts. 12, 92 y 93 del Decreto de 30 de diciembre de 1869 ninguna fábrica puede pedir dinero a préstamo ni hacer gastos de carácter extraordinario sin aprobación de la autoridad superior... Estas disposiciones son de orden público. Es manifiesto que desde 1876 a 1878 el templo de la localidad de Maroné ha sido reconstruido bajo la dirección del cura rector, y que siendo insuficientes los bienes de la fábrica para la realización de dichas obras dicho abate D... recurrió al préstamo en su propio nombre... Fallecido el abate D... sus acreedores sostuvieron que entre su deudor y la fábrica había habido un *cuasi-contrato de gestión de negocios* y que en consecuencia, la fábrica debía responder de las deudas contraídas por el abate *hasta cubrir la cuantía de lo que ella hubiese aprovechado*. La resolución impugnada, de acuerdo con esta pretensión condenó a la fábrica a pagar a la sucesión la cantidad de 11.000 francos. Pero las disposiciones del Decreto de 30 de diciembre de 1869 y de la ley de 18 de julio de 1837, precitados, son imperativas, y no se les puede oponer convención alguna ni eludirse por ninguna combinación. De donde se desprende que pueden invocarse siempre. A la autoridad judicial no incumbe sustituir a la autoridad administrativa en la función de apreciar la conveniencia y utilidad del gasto efectuado. Por tan-

Todo esto obedece a que ninguna de las dos jurisdicciones ha tenido todavía que estatuir francamente sobre el punto de saber cual era la acción que debía admitirse.

III

Cuando la usurpación de cargo o el ejercicio de la función de hecho va acompañado de *manejo irregular de fondos públicos*, la Administración pública puede emplear contra el usurpador o el funcionario de hecho el procedimiento de la declaración de *contabilidad de hecho u oculta*.

Este procedimiento no es especialmente aplicable al usurpador o al funcionario de hecho, sino que se aplica a todos aquellos—aun a funcionarios legítimos— que han manejado irregularmente fondos públicos. Pero como puede ser utilizado contra los usurpadores y los funcionarios de hecho, por eso conviene decir ahora acerca de él algunas palabras (1).

to... la resolución impugnada ha quebrantado las reglas de su competencia y menospreciado el principio de la separación de los poderes».

Esta resolución, declara el profesor Michoud (*ob. cit. Rev. gén. d'adm.* 1894, II, 17), «contiene explícitamente, según creemos, la negación de la doctrina de la gestión de negocios... Pues si se admite que la autoridad administrativa es la única competente para apreciar la conveniencia y utilidad del gasto, la única autoridad que en esto tendrá competencia será la que esté encargada de la gestión de los bienes de la persona moral». Es muy posible que tal sea el sentido de la resolución, pero no es esto seguro. La prueba es que el colector del *Dalloz* estima que la resolución de 1893 «sin negar que haya habido otro juez para estatuir sobre la cuestión de gestión de negocio planteado, ha resuelto que el Tribunal de apelación había menospreciado el principio de la separación de los poderes».

Hauriou en su nota del *Sirey* declara, por el contrario, que «esta resolución es susceptible de causar cierta inquietud en el ánimo de los partidarios del principio de la gestión de negocios en materia administrativa. Esto no quiere decir el Tribunal de casación abandone explícitamente el sistema tan claramente afirmativo que venía siguiendo desde 1870; pero ha eludido resolver en cuanto al fondo, limitándose a estatuir sobre una cuestión de competencia...»

(1) La teoría de la contabilidad de hecho ha sido expuesta con un gran lujo de pormenores y de una manera, en lo posible, completa, por el Marqués de Braga y C. Lyon, *ob. cit. (Rép. de Béquet, VI, VII y*

Para que el procedimiento de la declaración de contabilidad de hecho pueda utilizarse es necesaria la concurrencia de varias circunstancias, que se pueden todas resumir en esta fórmula: *manejo irregular de fondos públicos*. Es necesario que un individuo, que no sea el legítimo pagador, haya hecho salir de las cajas públicas, sin la debida autorización, o haya olvidado de hacer ingresar en ellas fondos públicos, disponiendo de ellos (1). Poco importan sus intenciones; poco importa que haya manejado honradamente estos fondos, empleándolos hasta el último céntimo en gastos de interés público. De todos modos podrá ser declarado pagador de hecho.

Esta declaración de contabilidad oculta, la hace el ministro o el jefe del servicio.

Pero a veces esta declaración no se verificará, pues, en el caso en que la Administración conozca la insolvencia del pagador de hecho; si tiene a su alcance el recurso de la inexistencia o nulidad jurídica de los pagos efectuados y si las partes que recibieron son solventes será este segundo procedimiento como más práctico el que se utilice.

Sea lo que fuere, y suponiendo que la Administración haya recurrido a la declaración de contabilidad de hecho, las consecuencias de esta declaración serán las siguientes:

1.ª El individuo declarado pagador de hecho debe presentar una cuenta de su gestión extrarreglamentaria *acompañada de los documentos justificativos de ingresos y gastos*. La autoridad encargada de aprobar las cuentas regulares—Tribunal de Cuentas para las del Estado, departamento o municipio, consejos de prefectura para las de los pequeños municipios—examinará esta cuenta y los comprobantes de la misma.

La justificación de los *ingresos* será a veces difícil. Si al juez de la cuenta no le satisface la prueba pondrá a cargo del

VIII). Véase una sucinta exposición de esta teoría en Jèze, *Cours élém. de Sc. des finances*, 5.ª edición, 1912, pp. 259 y s.

(1) Art. 25 del Decreto de 31 de mayo de 1862 sobre la contabilidad pública: «Toda persona que sin autorización legal hubiese manejado fondos públicos será considerada por este hecho como contador, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiese incurrido según el art. 258 del Código penal. Las gestiones ocultas quedan sometidas a las mismas jurisdicciones y determinan las mismas responsabilidades que las gestiones patentes. Sin embargo, el juez puede, a falta de participación suficiente y cuando el contador no hubiese incurrido en ninguna infidelidad, suplir, por razón de equidad, la insuficiencia de las justificaciones presentadas».

que la rinde la cantidad que estime haber recibido. El juez de cuenta goza a este respecto de poder discrecional: se mostrará más o menos severo según la solvencia moral del que le rinda cuenta.

En lo que concierne a la justificación de los *gastos* la cosa es aún más difícil. En primer término, el gasto indebidamente efectuado por quien rinde cuenta debe someterse a la *aprobación* de la autoridad presupuestataria para que declare si el gasto ha sido o no hecho en interés público. Dicha autoridad goza de un poder *discrecional* de apreciación; está facultada incluso para negar la aprobación a un gasto absolutamente *útil*. El juez de cuenta debe rechazar todo gasto *no aprobado*. En este caso el gasto se pone a cargo del pagador de hecho, quien queda declarado deudor con todas sus consecuencias jurídicas (intereses de demora, medios coercitivos, hipoteca legal sobre los bienes, etc.). Si la autoridad presupuestataria *aprueba* el gasto, entonces toca al juez examinar si los pagos efectuados se han realizado en debida forma, si están en regla los comprobantes, etcétera. También aquí el juez de cuenta goza de un poder discrecional de apreciación; si faltan los comprobantes podrá, caso que el pagador de hecho no haya obrado con inmoralidad, suplir con consideraciones de equidad la insuficiencia de las justificaciones presentadas. En el caso en que el juez rechace por injustificado un gasto el pagador se constituye en deudor con todas las consecuencias jurídicas de que antes hacíamos mención.

Como vemos, es bien severo y peligroso este procedimiento para el pagador de hecho.

Por lo demás debemos recordar que la constitución en deudor del pagador de hecho no significa enteramente que éste no pueda ejercitar ante los Tribunales competentes una acción *de in rem verso* contra el patrimonio administrativo que se ha enriquecido a sus expensas. Esta acción es posible (1).

F I N

(1) Conclusiones de Teissier en el asunto Sapor, C. de Est., 7 mayo 1909, *Rec.*, p. 466.