

la misma. En este caso se trata de una situación jurídica *individual, creada* por el contrato de compraventa. La compraventa es, desde este punto de vista, no un *acto-condición*, sino un acto creador de situación jurídica individual, un *contrato* propiamente dicho.

Se puede hacer el mismo razonamiento para cada uno de los efectos jurídicos perseguidos por el vendedor y por el comprador, y, de esta suerte, según la naturaleza de cada uno de estos efectos, así se podrá decir que la compraventa es un *contrato* propiamente dicho o un *acto-condición*.

La compraventa no es el único acto jurídico complejo. Análogas observaciones se pueden hacer a propósito del préstamo, del arrendamiento de servicios o del arrendamiento de obras, etc., etc.

CAPITULO IV

LOS ACTOS MATERIALES

La vida jurídica no determina sino actos jurídicos, esto es, manifestaciones de voluntad; pero hay también actos materiales. El cartero que distribuye la correspondencia; el peón caminero que purga de obstáculos la carretera; el barrendero que limpia las calles; el oficial que enseña a los soldados la instrucción militar; el profesor universitario que explica un curso ante los alumnos, etc., realizan actos materiales. No existe en estos actos manifestación de voluntad dispuesta a producir un efecto jurídico.

Pero ¿los actos materiales interesan al Derecho?

1. De ordinario no interesan nada. Cuando el profesor explica su lección, limpia el barrendero la calle o el cartero distribuye las cartas, tales actos no producen efecto *jurídico* alguno.

2. Pero puede ocurrir que el acto material haya sido realizado en tales condiciones que origine un resultado jurídico. Por ejemplo, el barrendero en el ejercicio de su trabajo ha podido dañar a un transeunte; el cartero ha equivocado el destino de una carta; el profesor durante la conferencia ha injuriado a un oyente... Veáanse actos materiales que han de producir

consecuencias jurídicas: la víctima va a poder reclamar una indemnización.

Existen hechos *involuntarios* que producen consecuencias jurídicas: el nacimiento, la muerte. En Derecho privado, el nacimiento origina efectos jurídicos importantes: el nacido, o aun el simple concebido, goza de un *status* legal. La muerte produce también numerosos efectos jurídicos: por la muerte del propietario, el heredero *ab intestato* se encuentra en relación a los bienes del difunto investido de una situación jurídica general, la de propietario.

Finalmente, como es sabido, el *término* y la *condición* son o pueden ser *actos materiales* que retardan la realización de una situación jurídica o a los cuales se subordinan el nacimiento, la aplicación o la desaparición de una situación jurídica.

Lo necesario es determinar de una manera precisa cuál sea el efecto jurídico que produce el acto material.

3. Una aclaración es preciso hacer. *Desde el punto de vista de la técnica jurídica, un acto material no es nunca más que la condición de aplicabilidad a un individuo de un «status» legal, o la condición para el ejercicio de un poder legal. Pero jamás un acto material crea una situación jurídica cualquiera. La situación jurídica general solamente puede ser creada por una manifestación de voluntad llamada ley o reglamento. La situación jurídica individual no puede ser creada más que por una manifestación unilateral o bilateral de voluntad. En otros términos, es necesario siempre la existencia de un acto jurídico.*

Pongamos algunos ejemplos. Consideremos, en primer lugar, un acto material que ocasione a alguno un daño (golpe, injuria, accidente, etc.). A primera vista parece—y ciertos juristas lo dicen así—que la víctima adquiere por consecuencia de este acto derecho a una indemnización. De esta manera el acto sería *creador* de una situación jurídica *individual*. Esta es la idea que parece haber inspirado el art. 1382 del Código civil, que dice así: «Todo acto humano que causa un daño a otro, *obliga* al causante a repararlo.» Este texto parece afirmar que la *obligación* de reparar, es decir, la situación jurídica *individual* de pagar una indemnización, va *originada* por el acto material que ha producido el daño.

Pero en realidad, desde el punto de vista de la técnica jurídica pasan las cosas de otra manera. Supongamos que X ha realizado un acto que ha ocasionado un daño a Y. La víctima, Y, tiene el *poder* de reclamar a X una indemnización. Este poder es un poder *legal* creado y organizado, en Derecho privado francés, por el art. 1382 del Código civil. El acto nocivo es la

condición establecida por dicho artículo para el ejercicio regular de este poder legal. El derecho a la indemnización, la situación jurídica individual de reclamar una indemnización de 10.000 francos, por ejemplo, es *creada* por la manifestación de voluntad de la víctima Y, que ejerce el poder legal organizado por el artículo 1382. Y veamos la prueba de esto: si la víctima no ejercita este poder legal o no hace uso de él en las condiciones determinadas en la ley, *ningún crédito nacerá en su beneficio*. En tanto que la víctima no reclame la indemnización *no hay crédito*. No se puede decir que hay en este caso un crédito que no se reclama, *sino que no hay tal crédito*. El crédito se *origina* por la manifestación de voluntad de la víctima y no por el acto dañoso. Este es simplemente la condición para el ejercicio regular de un poder organizado por la ley.

Consideremos un hecho delictivo, previsto y castigado en la ley penal (robo, abuso de confianza, asesinato, etc.). También en estos casos debe admitirse que el acto delictivo es la condición para que se ejercita regularmente el poder *legal* del juez de aplicar a un individuo un *status legal* (trabajos forzados, prisión, etcétera), o *crear* a cargo del delincuente la situación jurídica *individual* de deudor de una multa. No se puede decir que el acto delictivo coloque *de pleno derecho* al delincuente en esta situación jurídica general o individual. *Solamente el acto jurídico realizado por el juez es capaz de producir este efecto jurídico*.

CAPITULO V

ENSAYO DE UNA TEORÍA GENERAL RELATIVA A LA SANCIÓN DE LAS IRREGULARIDADES QUE VICIAN LOS ACTOS JURÍDICOS

Los particulares en el ejercicio de sus poderes legales así como los agentes públicos de todos los órdenes en el ejercicio de sus funciones pueden realizar actos *irregulares*. ¿Cuál será la sanción de estas *irregularidades*?

¿*Qué influencia* ejerce una irregularidad en la eficacia jurídica del acto realizado? ¿*Motiva* la *responsabilidad* personal de su autor? ¿Quién puede prevalerse de la irregularidad? ¿*Bajo qué forma y durante cuánto tiempo* podrá invocarse? ¿Es susceptible de convalidarse la irregularidad? Caso afirmativo, ¿por qué medios?

Hé aquí los múltiples problemas comprendidos en una teo-

ría general sobre la sanción de las irregularidades que vician los actos jurídicos.

La construcción de esta teoría es sumamente difícil. Hasta ahora sólo los civilistas la habían considerado en su conjunto (1), y no obstante el valor de sus intentos no se puede afirmar que los resultados hayan sido completamente satisfactorios.

Es necesario partir de la observación de los hechos, esto es, de las circunstancias de la vida social cotidiana, del derecho positivo y de la jurisprudencia. Sólo el estudio comparativo de estos elementos permitirá inducir la teoría general en vigor y formular su crítica, mostrando sus lagunas y señalando también su orientación.

En la observación de los hechos es menester tener cuidado con la terminología, pues las expresiones que se suelen emplear en la práctica y hasta en la doctrina son muy imprecisas y defectuosas. Empléanse indistintamente, sin valorar su verdadero sentido, los vocablos *nullidad*, *inexistencia*, *carencia de acción para oponerse (inopposabilité)*, *resolución*, *rescisión*, etc., sin que estos términos tengan una significación completamente técnica. Esto origina un mar de confusiones.

Se trata de averiguar qué consecuencias produce la *irregularidad* de un acto jurídico. El punto de partida es, pues, el acto irregular, dejando a un lado todo lo que no constituye la sanción de la irregularidad (efectos de la condición resolutoria, de la inejecución de la obligación, etc.)

I

Conviene, en primer término, poner de relieve los intereses en juego. Una buena teoría de las nulidades debe conciliar el *interés general*, el *interés de los patrimonios individuales o administrativos* afectados por los actos jurídicos y el *interés de terceros*.

(1) Entre los trabajos más recientes, v. el notable libro de Mr. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*. París, 1909 (págs. 941 a 947, particularmente la bibliografía del asunto). En Derecho administrativo francés, v. el estudio, corto, pero substancioso, de Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en Droit administratif*. París, 1912 (pág. 180). V. también Moreau, *Les caractères de la nullité de plein droit edictée par les articles 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884*. R. D. P., 1912, págs. 231 y ss.

1.º Consideremos lo que exige el *interés general*. La ley organiza en interés público, en atención a un cierto orden social, poderes generales, y determina las condiciones de ejercicio de estos poderes. Es de utilidad social que se observen las reglas generales dictadas para lograr un fin social, que las restricciones legales se respeten. De otro modo el fin social perseguido no se alcanzaría. Parece que la sanción natural y lógica de la irregularidad debe ser la ineficacia jurídica del acto realizado. Por ejemplo, cuando la ley organiza socialmente el poder de contraer matrimonio, el de testar, el de donar, el de nombrar, el de destituir, el poder de policía, etc., parece que la sanción lógica de toda irregularidad que se cometa en el ejercicio de estos poderes debe ser la nulidad de la manifestación de voluntad, es decir, del acto jurídico del matrimonio, del testamento, de la donación, del nombramiento, de la separación, de la orden de policía, etc.

2.º Pasemos ahora al interés del *patrimonio individual* o del *patrimonio administrativo* afectado por el acto jurídico irregular. Hay reglas de derecho que tienen por objeto asegurar a estos patrimonios una protección. Sobre un patrimonio individual o administrativo no debe pesar una carga, sino en tanto hayan sido respetadas las reglas legales establecidas.

Por lo demás, se comprende que existan diferencias en la severidad de la sanción según que se trate de un patrimonio individual administrado por su titular, de un patrimonio individual administrado por otro (patrimonio del pupilo, del interdiccionado, de una sociedad comercial, etc.), o con el concurso de un tercero (patrimonio del individuo asistido de un Consejo judicial, del comerciante en quiebra, etc.), o de un patrimonio administrativo administrado por un agente público. La irregularidad del acto debe engendrar consecuencias menos graves en el primer caso que en los demás. En efecto, en aquella hipótesis es lógico contar con el interés y celo del individuo por defender su interés personal y velar por la estricta observancia de las medidas legales de protección. En las otras hipótesis, por el contrario, falta este elemento del interés personal, y por eso la severidad de la sanción debe ser el complemento casi indispensable del sistema de protección legal que ha motivado reglas particulares para la regularidad de los actos jurídicos realizados por los administradores encargados de la gestión de estos patrimonios.

3.º Finalmente, el *interés de terceros* no debe perderse de vista. El interés general así como el interés de los patrimonios individuales o administrativos parecen aconsejar la multiplica-

ción de las *nulidades* como sanción de las irregularidades que vicien los actos jurídicos. Pero toda anulación de un acto tiene o puede tener repercusiones muy graves para terceros. De un acto jurídico irregular han podido originarse situaciones jurídicas en las cuales estén interesadas personas absolutamente extrañas a la irregularidad. Considérese, verbigracia, un matrimonio celebrado en condiciones irregulares. De este matrimonio han nacido hijos. Los terceros han tratado con tal o cual individuo en la creencia de que estaba casado regularmente. Supongamos que el matrimonio se anule, ¿qué va a ser de estas situaciones jurídicas edificadas sobre la base del matrimonio irregular?

Véase aún una enajenación, una compraventa, una donación. A seguida de una transmisión *irregular* de propiedad se verifica una nueva enajenación o se constituye una hipoteca. Supongamos que se anula la primera enajenación. Todas las situaciones jurídicas que afectan a terceros quedarán perturbadas. Considérese todavía una sociedad comercial irregularmente constituida, pero que ha venido funcionando. Los terceros han entrado en relaciones jurídicas con los gerentes de la sociedad. Caso de declararse nulo el contrato de sociedad, estas relaciones vendrían a tierra (1). Como se ve, declarar el acto nulo, ineficaz jurídicamente frente a toda irregularidad, es echar abajo estas situaciones jurídicas, introduciendo un desorden gravísimo en las relaciones comerciales o civiles, es, en una palabra, matar el crédito (2).

Estas consideraciones adquieren todavía una fuerza mayor

(1) Se podrían multiplicar los ejemplos: en *Derecho privado*, todos los actos jurídicos realizados por el *heredero presunto*; en *Derecho público*, todos los actos jurídicos realizados por los *funcionarios de hecho*. Un ejemplo de esta clase de funcionarios nos lo da la ley del 15-27 de marzo de 1791, al declarar que «corresponde el ejercicio provisional del cargo a aquellos cuya elección se impugna, en tanto no haya sido anulada». Y la ley de 5 de abril de 1884 confirma esta solución, cuando dispone que «los consejeros municipales proclamados permanecerán en sus cargos hasta que se haya estatuido definitivamente sobre las reclamaciones formuladas». Véanse Alcindor, ob. cit. pág. 53, nota 1; Ledoux, *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, en la *Revue générale d'Administration*, 1912, II, página 397, y III, págs. 22 y ss.

(2) El comisario del Gobierno l'Hôpital decía, en 1862, ante el Consejo de Estado: «Si existe un interés de orden público en que se reprima el abuso de poder, existe también un interés de orden público en que las situaciones creadas y aceptadas por las partes desde antiguo no puedan ser eternamente amenazadas de perturbación por la voluntad de alguna de ellas.» C. de Est., 20 marzo 1862, *ville de Châlons, Rec.*, pág. 285.



en el caso en que los terceros no han podido conocer fácilmente la irregularidad (1) o no han podido conocerla *del todo* (2). En estos casos ninguna falta o negligencia puede ser reprochada a los terceros, y, por tanto, es útil y equitativo que el régimen jurídico de la sanción tenga principalmente en cuenta sus intereses.

En suma, mientras que el interés social y el interés de los patrimonios individuales o administrativos propenden a multiplicar las nulidades, el interés de terceros tiende a restringirlas (3). Sin embargo, es bien fácil demostrar que el *interés público* y el *interés de los patrimonios* bien comprendidos imponen también idéntica solución.

a) *El interés social* exige que las relaciones entre los particulares tengan una gran estabilidad (4). Es necesario, por tanto, restringir o rechazar la solución lógica de la nulidad, siempre que sea demasiado grave la perturbación social que origine (5). Procede buscar otra sanción, que podría ser la «*imposibilidad de oponer el acto irregular a ciertos individuos*, aunque manteniendo sus efectos respecto de otros. Por ejemplo, ciertos actos realizados por el quebrado, durante el período a que se retrotraen los efectos de la quiebra no se podrán oponer a la masa general de los acreedores (art. 446 del Código de Comer-

(1) Ejemplo: asunto de los *matrimonios de Moutrouge*, Tribunal de Casación, 7 agosto 1883. V. cuartilla 163, nota 2.^a

(2) Ejemplo: contrato de suministro celebrado por un ministro sin crédito, o más allá del reconocido. V. cuartillas 166-67.

(3) Véase Hémaré, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*. París, 1912, particularmente págs. 794 y ss.

(4) No obstante las injusticias que de ella puedan derivarse, la prescripción responde a esta necesidad de estabilidad. Es verdaderamente la *patrona generis humani*.

(5) Consejo de Estado, *elecciones de Hérouville*, 30 de enero de 1885, *Rec.*, pág. 126. Los acuerdos adoptados por un Consejo municipal irregularmente constituido no son nulos. El comisario del Gobierno, Gomié, ha declarado que la irregularidad en la composición del Consejo municipal queda convalidada por no haber sido objeto de impugnación en tiempo hábil. *Resolver otra cosa equivaldría a hacer imposible la administración municipal durante cuatro años, a privar de todo valor los acuerdos que hubiese adoptado durante dicho plazo el Consejo municipal; en una palabra, a abrir las puertas al reinado de la arbitrariedad.*

Todavía se puede citar como ejemplo el caso de los matrimonios de Moutrouge (Cas., 7 agosto 1883), autorizados por un oficial del Registro civil incompetente (consejero municipal delegado del alcalde fuera del orden señalado en la ley). La anulación de estos matrimonios habría introducido una perturbación en las relaciones sociales, y para evitarla se de-



cio), ni los actos realizados por el deudor en fraude del derecho de los acreedores podrán oponerse a éstos (art. 1167 del Código civil); la letra de cambio, tachada de falsedad, será válida respecto a tercero, afectando la irregularidad solamente al círculo de las relaciones entre librador y librado; la irregularidad de la constitución de una Sociedad mercantil no se podrá oponer a terceros, etc. La sanción de la irregularidad podrá ser simplemente la responsabilidad *personal* civil o penal del autor del acto irregular, en el caso de dolo o de negligencia de su parte.

b) Hay casos en que el *interés de los patrimonios individuales o administrativos* afectados por el acto jurídico irregular rechaza la procedencia de la nulidad como sanción. Consideremos, por ejemplo, un contrato de obra pública o de suministro celebrado por un ministro, por un prefecto o por un alcalde sin crédito, o más allá del que aparece consignado en presupuesto. Existe aquí una irregularidad grave. Y, sin embargo, sería injusto declarar la nulidad del acto. En efecto, los terceros de buena fe que no han podido conocer esta irregularidad, ¿cómo van a ser víctimas de ella? Si el acto se anulase, quedaría el crédito público profundamente quebrantado, toda vez que los que contratasen con la Administración tendrían en cuenta el riesgo de una posible nulidad y procurarían hacer de él un elemento de cálculo para fijar los precios. De esta manera, el patrimonio administrativo quedaría gravemente lesionado.

II

Tales son los intereses que están en juego. ¿Cómo conciliarlos?

1.º Una primera idea general se desprende. La conciliación de estos intereses múltiples y variados sólo puede alcanzarse al amparo de una teoría *muy matizada (très nuancée)*. Siendo así, es de prever que en un sistema jurídico muy perfeccionado la sanción de las irregularidades han de variar según las circuns-

clararon válidos. Por lo demás, el Tribunal de Casación no fundamenta la sentencia en los motivos indicados en el texto.

Esta misma preocupación fué la causa de que, en 1889, el Congreso de Sociedades por acciones adoptase la resolución siguiente: «No debe ser la nulidad la sanción legal de la violación de las reglas de constitución de la Sociedad, sino la responsabilidad penal y civil de los fundadores y administradores.» (Hémard, ob. cit., pág. 795.)

tancias. Se puede afirmar que las soluciones a que conduce una lógica rigurosa y abstracta son demasiado rígidas para dar satisfacción a las necesidades de la vida social. En un país que ha llegado a un cierto grado de civilización y de perfeccionamiento jurídico, el legislador, y a falta del legislador, la jurisprudencia debe idear una teoría muy flexible (*souple*) (1).

2.º Una segunda idea general parece dominar la materia. El legislador y la jurisprudencia al determinar *para cada clase de irregularidad la sanción*, deben tener en cuenta todos los intereses en juego y sustraerse al criterio de la pura lógica. No hay sistema estereotipado. La importancia de un determinado interés en juego puede aconsejar en cierto tiempo, país o medio, una sanción que no sea la que la lógica recomiende, y que podría ser censurable en otro medio, época o país. Dicho de otra manera, las soluciones en materia de sanción de las irregularidades de los actos jurídicos son fundamentalmente *relativas, contingentes, mudables*. No es posible formularlas abstractamente por vía de conducción lógica. La misión principal del jurista en esta materia consiste en observar los hechos sociales, el medio social, económico, político, y conciliar los intereses en juego. Solamente bajo esta condición se podrá hacer una crítica útil de las soluciones de la práctica, confrontándolas con las exigencias sociales del momento y del medio.

3.º El elemento esencial que influye en la severidad de la sanción no es *solamente* la gravedad de la irregularidad cometida, sino también la *importancia del interés* social o individual en juego. Ordinariamente la falta de un elemento esencial del acto jurídico—verbigracia, la de poder legal—le hará *inexistente*. Pero no siempre sucede así. Por ejemplo, los actos realizados por un *funcionario de hecho*, es decir, por un individuo que carece de poder legal, no son siempre inexistentes. Por el contrario, los acuerdos adoptados por un consejo general o

(1) Es éste un punto de vista frecuentemente desconocido. Generalmente, los escasos autores que han estudiado, ya en la esfera del Derecho civil, ya en la esfera del Derecho administrativo francés, las nulidades de los actos jurídicos distinguen solamente tres clases de nulidades: 1.º, los actos *inexistentes*; 2.º, los actos *nulos o irregulares*; 3.º, los actos *anulables* (V. Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*. París, 1912, págs. 8 y ss.) Pero esta clasificación es, evidentemente, demasiado rígida. Como se verá en el texto, no sistematiza todos los hechos. Los textos legales y la jurisprudencia nos proporcionan soluciones mucho más flexibles y un régimen más matizado. V. sobre este punto las justas observaciones de Japiot, ob. cit., págs. 262 y ss., 536 y ss.

municipal aun *sobre asuntos de su competencia legal*, esto es, en virtud de poderes legales son *inexistentes* si se adoptan *fuera de las sesiones legales* (ley 10 agosto 1871, art. 34; ley 5 de abril de 1884, art. 63, 2.º). Y la ley constitucional determina idéntica sanción «a toda sesión de cualquiera de las dos Cámaras que se haya verificado fuera del tiempo de la reunión ordinaria» (art. 4, ley de 16 de julio de 1875).

Una irregularidad de la misma naturaleza (quebrantamiento de una formalidad, inobservancia de un plazo (1), etc.), podrá, y aun deberá, según las circunstancias, la época y el medio, ser sancionada más o menos enérgicamente.

Los razonamientos por analogía son, pues, muy peligrosos en esta materia. Una vez más conviene desconfiar de las deducciones de la lógica pura. Es preciso tener siempre en cuenta que existen *intereses que hay que conciliar*, y que la sanción más adecuada es la que concede a cada interés el respeto que legítimamente merece.

4.º Dada la flexibilidad que debe adornar a una buena teoría de la sanción de las irregularidades de los actos jurídicos, concíbese que el legislador conceda a veces al juez una gran amplitud para declarar o no declarar la nulidad del acto jurídico como sanción de la irregularidad cometida. La sanción será entonces la *anulación eventual del acto para el caso en que el juez estime que las circunstancias de hecho lo exijan*. Por ejemplo, el contencioso de elecciones. Sin duda, esta latitud deja en la incertidumbre el régimen jurídico de las irregularidades y la suerte de los actos. Pero este inconveniente se compensa largamente con la mayor flexibilidad que se otorga al régimen de sanciones.

I I I

Esto establecido, conviene ahora clasificar por orden de gravedad las sanciones señaladas *actualmente en Francia*, por la ley o la jurisprudencia, a la irregularidad de los actos jurídi-

(1) Cuando, por ejemplo, la ley señala al juez un plazo para decidir, la inobservancia del plazo no determina, en principio, ninguna sanción. La sentencia tardía produce todos los efectos de una sentencia regular. Por el contrario, en los conflictos de atribuciones, la observancia de ciertos términos procesales es requerida mediante sanción.

cos (1). Veamos las *principales* distinciones que se establecen :

1.ª Ciertas irregularidades llevan consigo la *inexistencia* del acto jurídico, inexistencia que no necesita ser declarada por el juez ni por ninguna autoridad pública (2). El acto no surtirá *ninguno de los efectos jurídicos* perseguidos por su autor. *Todo* interesado podrá invocar esta inexistencia por *todos los medios* (acciones o excepciones) y en *todas las épocas*. La irregulari-

(1) Las materias en las cuales han tenido el legislador y los Tribunales que revelar el mayor ingenio y flexibilidad, en razón a los múltiples intereses en juego, son el matrimonio, el contrato de capitulaciones matrimoniales, la quiebra y las Sociedades mercantiles.

(2) Como es natural, el legislador o la jurisprudencia pueden determinar que la sanción sea más severa si una autoridad, agente administrativo o Tribunal han declarado solemnemente que el acto es *inexistente*. *Esta declaración pública de inexistencia carece de toda importancia* y no altera *absolutamente nada* el régimen jurídico de la inexistencia. Así, las leyes de 10 de agosto de 1871 (art. 34) y de 5 de abril de 1884 (arts. 63, 65) facultan al prefecto para declarar inexistentes ciertos acuerdos de los Consejos generales y municipales.

Durante mucho tiempo, la jurisprudencia del C. de Est. ha juzgado inútil declarar solemnemente la inexistencia, y estimaba improcedente el recurso en que se pedía dicha declaración, por no tratarse de un verdadero acto administrativo. Por ejemplo, el recurso entablado contra resolución de un jefe de Gabinete ministerial, denegando una pensión, ha sido declarado improcedente, por la razón de que «los ministros no pueden delegar, fuera de los casos previstos en la ley». De lo que se desprende que la expresada resolución denegatoria *no constituye* una resolución susceptible de recurso contencioso-administrativo. «En estas circunstancias, el recurso promovido por ... debe declararse improcedente.» (Consejo de Estado, 21 febrero 1890, *Mimieux, Rec.*, pág. 201.) En el asunto *Mogambury*, 2 diciembre 1892 (*Rec.*, pág. 836), el comisario del Gobierno, Romieu, afirmaba : «Si pensáis que el subsecretario carece de poderes propios y que sólo el ministro tiene el derecho de estatuir, *la resolución impugnada carece, por sí misma, de todo valor* ; no es otra cosa que un acto de instrucción que no puede afectar a los derechos del reclamante y que no le impide dirigirse al ministro correspondiente. *Siendo así, el recurso contra un acto que no constituya una decisión propiamente dicha, deberá ser declarado improcedente.*»

Esta jurisprudencia era demasiado lógica. Por eso el C. de Est. ha creído preferible no atenerse estrictamente a ella. Sin duda que dicho Cuerpo, al declarar improcedente el recurso, reconocía la justicia de la demanda. Pero parecía dar a entender todo lo contrario. Así, las más recientes resoluciones tienden a abandonar las antiguas fórmulas y declaran admisibles los recursos formulados contra actos inexistentes, proclamando explícitamente esta inexistencia. En una reciente resolución del Consejo de Est. (10 enero 1908, *Legoner, Rec.*, pág. 9) se expresa : «No estando

dad no podrá ser jamás convalidada de ninguna manera (1). Si el autor del acto es un funcionario público y pretende llevarlo a ejecución, comete necesariamente un acto de fuerza con todos las consecuencias que él origina (2); frente a dicho acto la resistencia pasiva es lícita (3); en cuanto al agente que lo ejecuta incurre en responsabilidad personal (*penal o meramente civil*) (4).

2.ª Existen irregularidades que producen consecuencias menos graves; arrastran la *nulidad radical* del acto, o, en otros

prevista esta pretendida resolución (*destitución acordada* por una autoridad manifiestamente incompetente) en ninguna disposición *legal o reglamentaria*, es procedente su *nulidad*.» C. de Est., 17 febrero 1911, *Poupart, Rec.*, pág. 213 y la nota. C. de Est., 28 julio 1911, *Guillot, Rec.*, pág. 886 y la nota.

(1) C. de Est. 13 mayo 1881, *Brissy, Rec.*, pág. 498: «La resolución por la cual el Presidente de la República niega el reingreso de un individuo en la Legión de Honor es *inexistente* si no está refrendado por el ministro correspondiente. Si el día en que se entabla el recurso de nulidad declara el ministro aceptar la responsabilidad de la decisión presidencial, esta manifestación de voluntad no subsana el vicio de inexistencia del primitivo acto. Como decía el comisario del Gobierno Marguerie en este asunto: «Cuando la regularidad de un acto depende de un concurso de voluntades, es necesario que este concurso se produzca en ciertas condiciones de unidad de tiempo, antes que se haya impreso al acto un carácter definitivo. La decisión impugnada había llegado a ser definitiva por el hecho de haber sido notificada; y si esta resolución estaba afectada de un vicio substancial *ninguna ratificación posterior puede repararlo*.»

(2) Tr. de Conf., 22 abril 1910, *Piment, Rec.*, pág. 324: «La orden verbal dada... en la fecha y en las condiciones arriba señaladas, para que tocasen las campanas de una iglesia durante un entierro civil *no debe ser considerada como acto administrativo realizado por el alcalde en el círculo de sus atribuciones, sino como simple acto de fuerza, o, a lo sumo, como un acto personal*.»

(3) V. Grenoble, 27 septiembre de 1902. Cas. 3 diciembre de 1902. *Vincendon Dumoulin* y la ponencia del consejero Bard (*Gazette des Tribunaux*, 3 diciembre de 1902). V. la nota del profesor Chavegrin en el *Sirey*, 1904, 3, 57. V. Alcindor, ob. cit. pág. 29 y s. tocante a las dificultades que suscite la aplicación de esta idea.

(4) Conf., 22 abril de 1910, *Pimet. Rec.*, pág. 324; véase nota 1 cuartilla anterior. Siempre que hay acto de fuerza existe *falta personal* del funcionario público en el sentido técnico de la expresión, es decir, falta que determina su responsabilidad personal pecuniaria ante los Tribunales de justicia. V. Jèze: «*Responsabilité personnelle des fonctionnaires publics*» en R. D. P. 1909, pág. 263 y ss., 267 y ss. Duguit, *Tr. de droit const.* I pág. 554; Hauriou, nota en el *Sirey*, 1910. 3, 130.

términos, el acto no es inexistente, pero queda muy seriamente viciado ; produce efectos jurídicos, pero con una eficacia muy precaria. *Todos* pueden invocar esta nulidad y pueden hacerlo en *todo* tiempo y por *todos los medios* (acción, excepción), sin que pueda ser convalidado el acto por vía de prescripción ni de ratificación (1). El juez, ante quien se pide la nulidad, carece en absoluto de todo poder discrecional de apreciación (2). Sin embargo, el acto existe *en tanto no lo anule la autoridad competente* (3). Esta es la diferencia capital que le separa del acto inexistente. Y el solo hecho de que el acto exista mientras no se declare nulo podrá producir la irregularidad de un nuevo acto jurídico que se realice en sustitución del acto irregular (4).

Finalmente, la ejecución por un agente público de un acto tachado de irregular, productor de nulidad radical, no constituye *necesariamente* un acto de fuerza, ni determina *necesariamente* la responsabilidad personal de su autor ni de los agentes que procedieron a su cumplimiento (5).

(1) Consejo de Estado, 26 de enero de 1912. *Neron, Rec.*, pág. 111. Es «nula y no produce efecto alguno» la decisión por la cual un prefecto rehusa pura y simplemente aprobar el acuerdo de la Comisión administrativa de un hospital relativo a trabajos de reparación de un *coste inferior a 3.000 francos*. En efecto, los acuerdos de esta naturaleza son inmediatamente ejecutivos.

(2) Por ejemplo : el acuerdo de un Consejo municipal que infringe una ley o un reglamento de administración pública. (Art. 63, ley 5 de abril de 1884.) V. Moreau, ob. cit. R. D. P. 1912, pág. 258 y ss.

(3) La regla es cierta, pero su aplicación ha dado lugar a dificultades. Se puede dar de ella—y con efecto así ha sido—dos razones : 1.º, el funcionamiento de los servicios públicos exige que aun los actos irregulares no inexistentes produzcan *provisionalmente* efectos. De otro modo la acción administrativa quedaría paralizada ; 2.º, el acto irregular, pero no inexistente, tiene una *apariencia* de legalidad, circunstancia que le permite producir *provisionalmente* los efectos del acto regular. V. Alcindor, ob. cit., pág. 50 y ss.

(4) Véase un ejemplo proporcionado por la jurisprudencia. La irregularidad en la elección de un alcalde determina la nulidad *radical* del acto. Si una vez hecha la elección advierte el Consejo municipal la irregularidad y para subsanarla procede a nueva elección, esta segunda elección será igualmente irregular. El primitivo acto electoral subsiste en tanto no se anule : la Alcaldía no estaba vacante. C. de Est. 8 marzo 1901, *Commune de Chaourse, Rec.*, pág. 277 : «No habiéndose impugnado esta elección ante el Consejo de la Prefectura, *no ha podido procederse el 1.º de junio siguiente a nueva elección*. Por consiguiente, *ha lugar a anular la elección del Sr. C proclamado alcalde de C en esta última fecha*» (24 mayo 1900).

(5) Puede ocurrir, sin embargo, que exista acto de fuerza y responsabilidad. — *Derecho administrativo*.

3.º Ciertas irregularidades llevan consigo una *nulidad menos radical* del acto; el acto existe y tiene una existencia precaria, pero menos precaria que en el caso de nulidad radical. La nulidad puede ser invocada por un gran número de individuos: por *todos los interesados* (1). Puede ocurrir que por vía *indirecta*, por vía *de excepción*, pueda oponerse la nulidad en *todo tiempo*, aunque por vía directa sólo pueda serlo dentro de cierto plazo. Por lo demás, el juez no puede negarse a declarar la nulidad; carece de poder discrecional en este punto. Como es natural, la ejecución de este acto por un agente público no constituye un acto de fuerza. Esta sanción puede calificarse de *nulidad simple*.

4.º Hay irregularidades que no determinan sino una nulidad *relativa* del acto. El acto sólo puede ser anulado a instancia de *ciertos* individuos interesados, en número muy restringido. La nulidad no puede pedirse por vía de acción o de excepción más que durante un cierto tiempo. La irregularidad puede ser convalidada por una confirmación. El juez a quien se pide la nulidad no puede negarla (2). La ejecución de este acto por un agente público no constituye un acto de fuerza.

5.º Otras irregularidades van acompañadas de una sanción menos rigurosa. No solamente pueden ser invocadas por un número reducido de personas y durante cierto plazo, y pueden ser subsanadas por una ratificación, sino que el juez requerido *no está obligado* a declararlas. El juez posee poder de apreciación. La ley le confiere la facultad de pronunciar la nulidad en vista de la gravedad de las circunstancias de la causa y también de las consecuencias que la nulidad ocasionaría. Los intereses en juego exigen en este caso, de una cierta manera, la dosificación de la sanción. Este poder discrecional concedido al juez es muy grave, y, sin embargo, suele reconocerlo la ley con cierta frecuencia (3).

bilidad personal si la irregularidad es muy grave. Existe, en efecto, «falta personal» siempre que la falta cometida consista en un error de tal monta que es inexcusable que el agente la haya realizado. V. nuestra nota en la R. D. P., 1909, pág. 268 y ss.

(1) La tendencia de la jurisprudencia es dar una sanción de esta naturaleza a ciertas irregularidades que vician un *contrato matrimonial*, la *constitución de una sociedad comercial*, etc. Véase sobre este extremo Japiot, ob., cit., pág. 611 y ss.

(2) Por ejemplo: actos realizados por el interdiccionado, el alienado recluido, pero no incapacitado; acto tachado de error, de violencia, de dolo; compraventa de un inmueble viciada por lesión de más del 7/12, etc.

(3) Ejemplos: El Código de Enjuiciamiento civil (art. 684) dice: «Las

6.º A veces la sanción de la irregularidad no estriba en la nulidad del acto, sino en no *poderse oponer a ciertas personas*, surtiendo efectos jurídicos respecto de todas las demás, como si se tratase de un acto regular (1). Naturalmente, esta sanción no existirá de pleno derecho, sino que deberá ser pedida al *Tribunal competente*, el cual a veces la *deberá* declarar (2), a veces *podrá* hacerlo (3), y en todo caso deberá ser pedida por los interesados, *dentro de ciertos plazos*, pasados los cuales, la irregularidad quedará *convalidada*.

7.º Puede acontecer que la irregularidad que vicie un acto tenga por sanción la privación, no de todos los efectos que del acto regular se originasen, sino *meramente de algunos*. He aquí una sanción muy frecuentemente aplicada por la jurisprudencia francesa. Por ejemplo, en nuestra opinión la constitución de una hipoteca realizada en documento privado es nula como tal constitución, pero hace nacer a cargo del constituyente la obligación de constituir una hipoteca regular.

8.º Finalmente, en el último grado de la jerarquía figuran las irregularidades que no originan *ninguna clase de sanción jurídica*. El acto, no obstante la irregularidad, produce todos los efectos del acto regular. Por ejemplo, el matrimonio celebrado antes de que haya transcurrido el plazo de viudez (artículo 228 del Código civil); los actos irregulares realizados por el Parlamento. A lo sumo, *pero no siempre*, la consecuencia de la irregularidad podrá ser una sanción pecuniaria, ya contra el patrimonio administrado por el autor del acto, ya contra el de

escrituras de arrendamiento que no hayan adquirido fecha cierta antes del mandamiento de embargo podrán ser anuladas si los acreedores o el adjudicatario lo solicitaren.»

(1) Por ejemplo: El art. 202 del Código civil dispone acerca del matrimonio irregular, pero contraído de buena fe, que «si la buena fe sólo existe de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio no producirá efectos civiles más que en favor de él y de los hijos habidos del matrimonio». Actos realizados por el quebrado durante el período a que se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra (art. 446 y ss. del Código de comercio.) Constitución irregular de sociedad mercantil.

(2) Ejemplos: Pagos de deudas no *vencidas* realizados por el quebrado durante el período a que se retrotraen los efectos de la declaración de la quiebra. (Código de comercio, art. 446.)

(3) Ejemplos: Pagos de deudas *vencidas* realizados por el quebrado durante el período a que se retrotraen los efectos, etc. (Código de comercio, art. 447 y 448.)

éste. Ha habido falta que ha causado un daño a otro, y de esta suerte se ha dado la condición precisa para que la víctima pueda ejercitar su derecho de reclamar una indemnización.

IV

Hemos visto cual es la escala de las *principales* sanciones que acompañan a la irregularidad de los actos jurídicos tales como resultan de la observación de los hechos y del estudio de las disposiciones legales y de la jurisprudencia.

Mas no han sido vencidas todas las dificultades.

Procede ahora determinar cuál es la sanción aplicable a cada una estas irregularidades, y, por consecuencia, cuál es el régimen jurídico del acto irregular, los poderes del juez, las condiciones de admisibilidad y plazos de los recursos, y los medios de convalidar la irregularidad.

Dado el carácter general de nuestro estudio, que no tiene la pretensión de agotar esta materia, limitémonos a trazar algunas líneas directrices.

I. Para determinar la sanción es necesario, ante todo, consultar los textos legales. Muy frecuentemente, en efecto, el legislador determina por sí mismo cuál ha de ser la sanción. Como la severidad de ésta es más que nada un problema de oportunidad política, económica o social, conviene no abusar de los razonamientos por *analogía*, ni ampliar fácilmente a otra la sanción señalada a una determinada hipótesis, aunque sean de naturaleza semejante (1).

II. A falta de texto legal que señale explícitamente la sanción, no se debe deducir la inexistencia de ésta. Se afirma con frecuencia que «no hay nulidad sin ley». Esta fórmula a que se ha dado valor durante mucho tiempo y se ha estimado fundamental en el Derecho privado francés y aun en el Derecho público (2), está hoy en completo desuso. En el momento actual la jurisprudencia tiende a establecer estas dos reglas: 1.ª Las irre-

(1) Por ejemplo, el hecho de que la ley garantice la observancia de ciertos plazos con una sanción muy severa (verbigracia: procedimiento del conflicto de atribuciones), no autoriza a argumentar por analogía para pensar que la inobservancia de todos los plazos haya de tener sanción idéntica.

(2) V. Alcindor, ob. cit., pág. 59 y ss. En la época en que dominada la noción del *Estado soberano*, ciertas reglas de competencia se

gularidades que vician los actos realizados por los *agentes públicos* tienen, en principio, una sanción, aunque la ley no la señale expresamente. 2.º Las irregularidades que vician los actos realizados por *simples particulares* no tienen, en principio, sanción cuando la ley no la dicta especialmente. Sin embargo, la jurisprudencia admite, al lado de las sanciones expresas, sanciones implícitas. Más exactamente: los Tribunales al suplir el silencio de la ley elaboran, al lado de las sanciones legales, sanciones jurisprudenciales, invocando para ello el espíritu de la ley, aunque en realidad ceden a la presión de las exigencias sociales.

Esta diferencia de sanción entre los actos realizados por los *agentes públicos* y los ejecutados por los simples particulares es fácil de comprender si se tiene en cuenta que la actividad de unos y de otros no se ejercita en las mismas condiciones.

En derecho, los agentes públicos no deben perseguir en su función oficial sino un fin de interés general; no tienen otra competencia que la que la ley les dá, y no pueden obrar sino con sujeción a las condiciones y formas legales y al amparo de los medios que la ley pone a su alcance. *De hecho*, los agentes públicos disponen de la fuerza pública, y en este respecto cabe temer los abusos de poder. La limitación de atribuciones, las condiciones, las formas, los medios de acción, aparecen como otras tantas garantías *automáticas* para los *administrados* contra los abusos de poder de los agentes públicos. Es, por tanto, necesario para que este sistema de garantías automáticas tenga alguna eficacia, que a toda irregularidad se aplique una sanción.

estimaban como de orden interno. Estas reglas eran meros consejos que podían o no atender los agentes públicos *superiores*. El acto jurídico no era irregular. *El jefe del servicio* podía ejercer su poder jerárquico únicamente para suspender o anular el acto, a tenor de un criterio de oportunidad. Este punto de vista ha cambiado hoy por completo. Según la idea moderna, las reglas de competencia constituyen *limitaciones jurídicas* de los poderes de los agentes públicos, y toda transgresión de estos límites es un *abuso de poder*, que hace al acto irregular. El Comisario del Gobierno, Romieu, en el asunto *Quatrebarbes* (C. de Est., 24 junio 1892. *Rec.*, pág. 564) ha señalado muy bien este nuevo punto de vista, al decir: «No se puede sostener, como ha hecho el Ministro del Interior, que habiendo sido impuestas las dos obligaciones señaladas en el Reglamento de 1835 por razones de interés general, *solamente a la Administración corresponde prevalecerse de su omisión. En efecto, toda persona que tiene capacidad para interponer un recurso por abuso de poder, tiene acción, por eso mismo, para recurrir ante el C. de Est. por quebrantamiento de formas, aunque éstas hubiesen sido impuestas en vista de un interés general.*»

Tal es la idea directriz. Claro es que la sanción no será siempre la misma, sino que su gravedad se atemperará a los distintos casos que puedan presentarse. De esta manera, el poder de sentar jurisprudencia del Tribunal administrativo superior, del Consejo de Estado, se ejerce ampliamente. La jurisprudencia administrativa reconoce a los Tribunales no sólo el poder de dosificar las sanciones sino hasta de prescindir de toda sanción contra ciertas irregularidades, particularmente en el caso en que las investigaciones judiciales pongan de relieve las insignificantes consecuencias prácticas que de la irregularidad puedan derivarse (1). El juez estará obligado también a averiguar si la sanción de la irregularidad puede por su naturaleza causar un daño a terceros y si éstos han podido fácilmente conocerla (2).

La situación de los particulares no es la misma. Los individuos están en sus relaciones recíprocas en un pie de igualdad. No pueden disponer de la fuerza pública. En general, las formalidades no tienen el carácter de protección automática que hemos señalado para el caso de los agentes públicos. De esta

(1) Por este procedimiento la jurisprudencia ha llegado a establecer la distinción entre irregularidades *substanciales* y *no substanciales*. No es posible decir que tal o cual irregularidad sea *siempre* substancial *en abstracto*; procede examinar las condiciones de hecho en las cuales se produce y las consecuencias prácticas que origine. Según estas circunstancias y estas consecuencias, así una determinada irregularidad irá acompañada de una u otra sanción. Por ejemplo: la falta de anuncio de la convocación a Consejo municipal no hace nula la elección del Alcalde, si no se justifica que los consejeros, cuya presencia era necesaria, no se encontraban reunidos en número suficiente. C. de Est. 13 febrero 1885. *Erches, Rec.*, pág. 613. Se hallarán numerosos ejemplos de esta clase en el Contencioso de elecciones. V. también Alcindor, ob. cit., pág. 63 y ss.

C. de Est. 30 noviembre 1906, *Durant, Rec.*, pág. 875, R. D. P. 1907, página 42. En sus conclusiones, Romieu declara: «La jurisprudencia del C. de Est. desde hace tiempo ha cristalizado en el siguiente sentido: de una parte, que toda irregularidad procesal no lleva consigo necesariamente la nulidad del acto realizado por este procedimiento irregular; de otro, que no es necesaria que una formalidad haya sido prescrita bajo pena de nulidad para que pueda determinar la irregularidad la anulación del acto. Se impone, pues, averiguar: 1.º Si la formalidad en sí misma debe ser o no considerada como esencial; 2.º Si supuesta esencial la formalidad, hay total omisión de ella o simplemente irregularidad; 3.º En el caso de mera irregularidad, cuál es el grado de ésta; 4.º Si la omisión o la irregularidad es imputable a la Administración.

(2) Por ejemplo: contrato de suministro celebrado por un agente público sin crédito o más allá del consignado; matrimonios de Montrouge.

suerte, la necesidad de una sanción no es tan imperiosa. Sin embargo, hay casos en que sucede otra cosa, en que las reglas interesan directamente al orden social y en que, por tanto, se impone una sanción. Los Tribunales no vacilan en afirmar que, no obstante el silencio de la ley, la sanción existe, y la dosifican según las exigencias sociales (1).

En una palabra, a falta de toda disposición se puede decir que en Derecho público la irregularidad tiene, en principio, una sanción, y que en Derecho privado esta sanción, a falta de disposición, es la excepción. Por tanto, no se puede decir *ni en Derecho privado, ni en Derecho público* que «sin ley no hay sanción».

III. Las nulidades *relativas*, es decir, las que no pueden ser invocadas sino por un reducido número de personas y en plazos breves, *son frecuentes para las irregularidades que vician los actos jurídicos realizados por los particulares, pero son raras para las irregularidades que afectan a los actos jurídicos realizados por los agentes públicos.*

La diferencia se explica fácilmente. Los poderes de que gozan los agentes públicos están motivados por el *interés general*. Los límites de su competencia están trazados en vista del interés público y no de su interés personal. Por tanto, es natural que la sanción aneja a la violación de las reglas de competencia no se confíe únicamente a los agentes públicos, esto es, a los mismos que han violado estas reglas.

Consideremos, verbigracia, un contrato de suministro o de obras públicas (2). Según los reglamentos, el contrato debe celebrarse mediante el procedimiento de la subasta, y no directamente. ¿Cuál será la sanción adecuada a esta regla? Algunos afirman que el contrato directo está viciado de nulidad *relativa*, es decir, de una nulidad que no puede ser invocada más que *por la administración*. Esta solución nos parece inadmisibles. El sistema de la subasta ha sido establecido *únicamente* para proteger el *interés público* contra los maquinaciones fraudulentas de los agentes públicos. ¿No sería ilógico conceder a estos agentes—contra cuyos posibles fraudes ha sido dictada precisamente

(1) Los Tribunales se arrogan este poder para las irregularidades procesales. El art. 1.030 § 1 del Código de Enjuiciamiento civil, declara que: «Ninguna ejecución o acto procesal puede ser declarado nulo si la nulidad no es pronunciada formalmente por la ley.»

(2) V. nuestra nota en la R. D. P. 1910, pág. 61 y ss.

la medida—el derecho de reclamar la sanción de las irregularidades?

Equívocadamente se pretende aplicar por analogía a esta hipótesis la regla que rige para el caso de las irregularidades (vicios del consentimiento) que vician los actos realizados por los particulares. Cuando la ley dispone que un individuo no puede realizar un acto sino con el concurso de otro (verbigracia, un consejo judicial) o con arreglo a ciertas formalidades, es con el objeto de asegurarle una protección. La regla tiene esencialmente a la protección de un interés particular. El interés general sólo está en juego en esta hipótesis de un modo *indirecto*. Es natural, por consiguiente, que el particular protegido o aquel que esté encargado de administrar su patrimonio sea *únicamente* quien tenga el derecho de impugnar la irregularidad y pedir la aplicación de la sanción.

Como se ve los casos son completamente distintos y es, por tanto, inadmisibles aplicarles idéntico régimen jurídico.

IV. El que la irregularidad de determinados actos no pueda oponerse a ciertos individuos es una sanción frecuente para las irregularidades que vician los actos realizados por los particulares (1). Pero esta regla es enteramente *excepcional* para las irregularidades que vician los actos realizados por los agentes públicos.

La diferencia es fácil de explicar. En las relaciones entre particulares se explica que la irregularidad de ciertos actos no se pueda oponer a un individuo, toda vez que puede con ello comprometerse un *interés particular*. La sanción adecuada, la que garantizará suficientemente el interés afectado es la que no permite oponer el acto al individuo perjudicado.

En *Derecho público* la situación es muy diferente. La irregularidad, en principio, afecta, no al interés de un particular, sino a la *cosa pública*, al *interés general*. De aquí que la sanción adecuada a la irregularidad sea *no la imposibilidad de oponer el acto a tal o cual individuo sino la nulidad del mismo*. Sólo en casos excepcionales podrá aplicarse en la esfera del Derecho público el principio que rige las relaciones entre particulares.

(1) Actos realizados por el *quebrado* durante el período a que se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra (art. 446 del C. de Com.); actos realizados por el deudor en fraude de los derechos de sus acreedores (art. 1.167 del Código civil); en caso de constitución ilegal de una sociedad comercial los terceros que tratan con los socios tienen el derecho a considerar válida la sociedad.

Uno de estos casos excepcionales nos lo ofrece la jurisprudencia iniciada en 1910 por el Consejo de Estado, y reiterada en 1912, en materia de nombramientos irregulares de funcionarios públicos (1). Según el Consejo de Estado en el caso en que haya recaído un nombramiento en una persona del elemento civil, contraviniendo las leyes o reglamentos que prescriben se provea el cargo guardando una cierta proporción entre dicho elemento y los ex suboficiales del ejército que lo soliciten, la sanción no es la nulidad del nombramiento, sino la prohibición de oponerlo a éstos. El Consejo de Estado se cuida manifiestamente de *dar estabilidad* a la situación de los candidatos civiles nombrados en lugar de los candidatos militares. No se puede reprochar nada a los candidatos civiles, pues no han sido culpables de la irregularidad. Reunen todas las condiciones de aptitud para el cargo, y si su nombramiento hubiese sido hecho un poco más tarde hubiese sido válido completamente.

Tales consideraciones son poderosas. Sin embargo, esta jurisprudencia no está a cubierto de la crítica. Las reglas sobre la organización de las funciones públicas están inspiradas exclusivamente por el *interés público*; los intereses privados deben ceder ante el interés general. Además, es peligroso e incorrecto afirmar que tienen los aspirantes militares un *derecho* a la obtención de un cargo, como si éste fuese algo sobre lo cual se pudiera alegar derecho alguno. No cabe en este caso, por consiguiente, hablar de nombramiento realizado en *fraude de derechos* (2).

V. Cuando la ley señala un plazo para entablar recurso contra una irregularidad que vicia un acto jurídico, la expiración de dicho plazo, impide a los interesados *proceder directamente*, pero no les impide siempre impugnar la irregularidad de una manera *indirecta*, verbigracia, *por vía de excepción*. En

(1) C. de Est. 10 junio 1910, *Aubry, Rutot*; 20 diciembre 1912, *Glize*, v. nuestras notas en la R. D. P. 1910, pág. 682 y ss., y 1913, pág. 85 y ss. V. *Duguit. Traité de Droit Const. I*, pág. 476.

(2) Existe otra razón para criticar esta jurisprudencia. Según el C. de Est., la facultad de nombrar no puede ejercerse por *anticipado* ni con efecto *retroactivo* (v. más adelante). Ahora bien, mantener el nombramiento de un individuo de condición civil cuando debió ser nombrado un suboficial, equivale a declarar regular un nombramiento hecho *por anticipado en un momento en que no existía vacante* para ocupar un cargo que no estaría libre sino más tarde. Sobre todos estos puntos véase nuestra nota en la R. D. P. 1913, pág. 85. V. también en el mismo sentido *Duguit, Traité de Droit Const. I*, pág. 476.

otros términos, procede decir, que *en una cierta medida, quæ temperalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

Esto supuesto, importa señalar el criterio que permite determinar los casos en los cuales, no siendo admisible el recurso jurídico directo, puede utilizarse el *recurso indirecto*.

En las relaciones entre particulares, tocante a los actos jurídicos que ellos realizan, los plazos en los cuales pueden ser reclamadas las sanciones directas son ordinariamente largos: veinte años, diez años. Por otra parte, las irregularidades estriban frecuentemente en inobservancia de prescripciones legales dictadas para asegurar una protección automática a tal o cual individuo. El interés público no está aquí directamente en juego. Por tanto, la inactividad del interesado durante el largo plazo que ha podido utilizar para proceder *directamente* debe interpretarse como una conformidad con el acto irregular. Hasta en los casos en que existan reglas inspiradas en el interés general prevalecerá frecuentemente la necesidad social de *dar estabilidad* a las situaciones jurídicas derivadas del acto jurídico irregular.

Estas ideas generales parecen imponer la solución siguiente: Cuando han transcurrido los plazos concedidos por la ley para proceder *directamente*, no se puede impugnar *indirectamente* la irregularidad.

La expiración del plazo constituye un motivo de inadmisibilidad *absoluta*. La irregularidad queda definitivamente convalidada; la situación jurídica se consolida; el vicio se subsana; el acto es regular en lo sucesivo.

En Derecho administrativo las cosas ocurren de otro modo. En principio, las prescripciones legales y reglamentarias son de *orden público*. Las condiciones establecidas para el ejercicio de la competencia de los agentes públicos, están inspiradas exclusivamente en consideraciones de interés general.

Tan es así que si, de hecho, el legislador cede a consideraciones de orden particular, se guarda bien de declararlo. Por consiguiente, *en principio*, la irregularidad debe tener una sanción. Por otro lado, en Derecho público, los plazos para proceder *directamente*, son, por lo general, muy breves. Por ejemplo, el plazo para entablar el recurso por abuso de poder es de dos meses. De esto se desprende, que, *en principio*, la expiración del breve plazo concedido por la ley, para entablar el *recurso directo*, no produce el efecto de borrar por completo en lo futuro, la irregularidad del acto; la sanción no podrá ser

obtenida *directamente*, pero podrá serlo ulteriormente por vía *indirecta*, verbigracia, por vía de excepción (1).

Otra cosa será en los casos en que la ley al fijar un plazo ha querido ciertamente que a la expiración del mismo, el acto irregular se repute legalmente realizado y no pueda ser objeto de impugnación *directa* o *indirecta* (2).

Convendrá también, sin duda, descartar la excepción de ilegalidad en los casos en que aparezca la necesidad social de

(1) V. nuestra nota relativa a la decisión del Consejo de Estado, 9 marzo 1906, *Domec, Durée de l'exception de nullité opposable aux actes administratifs*, R. D. P. 1906, pág. 662 y ss. V. también Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, pág. 149. «El recurso por abuso de poder—escribe—puede interponerse durante un plazo muy breve: dos meses, a contar de la notificación o publicidad de la resolución. Transcurrido este plazo, la resolución es firme. En principio, la Administración espera la expiración del plazo para proceder a su ejecución. Queda, pues, reservado para las decisiones administrativas un período para que se examine su validez. Hasta este momento dichas resoluciones no se consideran aún separadamente de su autor, y el vicio de que pueden ser tachadas estriba únicamente en el abuso de poder en que se haya podido incurrir. Pero transcurrido este plazo quedan firmes, es decir, que no pueden someterse de un modo principal al examen del juez, sino meramente de una manera accesoria, con ocasión de su ejecución; frecuentemente por recursos contenciosos ordinarios y en calidad de simples hechos.» V. Alcindor, ob. cit., págs. 87 a 107.

(2) Por ejemplo: en materia de *impuestos directos* las reclamaciones contra las *relaciones nominales* deben formularse en un plazo de tres meses, a partir de la publicidad de las mismas. Transcurrido este plazo, se reputan legalmente efectuadas y no puede procederse contra ellas directa ni indirectamente. Es necesario no confundir la *relación (rôle)* irregular con el acto jurídico *reglamentario* que organiza el impuesto o la tasa. Este acto reglamentario—como veremos más adelante—puede ser impugnado *indirectamente* en todo tiempo.

Asimismo, en materia de *elecciones*, la ley concede plazos, transcurridos los cuales, la elección no impugnada se reputa válida. Pongamos un ejemplo: un individuo ha sido irregularmente elegido para el Consejo municipal, y su elección no se impugna en los plazos señalados; ulteriormente este consejero municipal es elegido alcalde o adjunto: no será posible invocar la irregularidad de su elección como consejero en un recurso entablado contra la elección de este individuo como *alcalde*. C. de Est. 23 de noviembre 1888, *Bouhira, Rec.*, pág. 874: «El Consejo de Prefectura, para anular la elección del señor B para alcalde, se ha fundado en que su elección como consejero municipal estaba afectada de nulidad. Pero resulta que el señor B ha sido elegido... miembro del Consejo municipal... y que ninguna protesta se ha formulado en el plazo previsto en el art. 87 de la ley precitada contra su elección, que de esta suerte ha llegado a ser defini-

dar estabilidad a las situaciones jurídicas creadas al amparo de un acto irregular.

La jurisprudencia es en este punto muy matizada y las resoluciones deben ser consideradas examinando sucesivamente los *actos reglamentarios*, y los *actos individuales* o *actos condiciones* (1).

PRIMERA CATEGORÍA. *Actos reglamentarios*. La jurisprudencia del Consejo de Estado o de los Tribunales judiciales aplica, *en principio*, la regla *quæ temporalia*... Luego, *en principio*, la excepción de irregularidad podrá ser alegada *en todo tiempo*, aun después de la expiración del plazo señalado para obrar *directamente*. En efecto, será muy rara la existencia de situaciones jurídicas que tengan necesidad de ser consolidadas y que sean amenazadas por la aplicación de la regla *quæ temporalia*... Pero si este caso excepcional se presenta, la regla *quæ temporalia* debe ser descartada.

Véanse las aplicaciones de esta regla :

a) Un *Tribunal represivo* (Tribunal de simple policía, Tribunal correccional, Consejo de Prefectura decidiendo en materia de contravenciones contra carreteras) se niega a imponer multa a los que habiendo contravenido a un reglamento logran probar que este reglamento es ilegal. La excepción de ilegalidad puede ser alegada ante el Tribunal represivo en todo tiempo. La expiración del plazo de dos meses concedido por la ley para impugnar el reglamento en el recurso por abuso de poder, no impedía a todos los infractores perseguidos oponer *ulteriormente*, ante el juez represivo, la excepción de ilegalidad (2).

En todos estos casos la regla *quæ temporalia*... no amena-

tivamente válida ; de lo que resulta que... el Consejo de la Prefectura ha anulado indebidamente la elección.»

C. de Est. 11 diciembre 1896, *El. de Courtisols, Rec.*, 824 : «El señor B. ha sido proclamado miembro del Consejo municipal ; *no habiendo sido impugnada su elección en el plazo legal ha adquirido el carácter de definitiva válida* ; por tanto, dicho señor ha podido ser *válidamente* designado para alcalde.» V. sobre estos puntos Alcindor, ob. cit., pág. 95.

(1) Esta jurisprudencia ha sido objeto de un detenido estudio por Alcindor, ob. cit., pág. 91 y ss.

(2) Jurisprudencia constante, C. de Est. 24 enero 1902. *Anézard, Rec.*, pág. 44 : «La improcedencia de su recurso (*por abuso de poder, como tardío*) no constituye, sin embargo, obstáculo ninguno para que, si lo estima oportuno, impugne ante la jurisdicción competente la ilegalidad de la resolución de que se trata, ya con motivo de las medidas de ejecución tomadas contra él, ya por *procedimiento de que pueda ser objeto.*»

za a ninguna situación jurídica digna de interés, que merezca ser consolidada.

b) El Consejo de Estado, declara procedente el recurso por abuso de poder interpuesto *contra los actos individuales* que constituyan aplicación *contra individuos* de un reglamento ilegal, aunque el reglamento no haya sido impugnado directamente en los dos meses (1).

(1) C. de Est. 29 mayo 1908, *Poulain, Rec.*, pág. 580 : «El recurrente no puede pedir la nulidad del reglamento, *incumbiéndole meramente el derecho de impugnar su legalidad con ocasión de los actos administrativos que se hayan dictado para hacerle aplicación personal del mismo*».

C. de Est. 2 abril de 1909. *Moreau et Pérot, Rec.*, pág. 377 : «La resolución impugnada es un reglamento general... No es dudoso que el recurso ha sido registrado en la Secretaría de lo Contencioso del C. de Est. transcurridos dos meses a partir de la publicación de la resolución de que se trata. Por tanto, es improcedente el recurso de nulidad. Pero los *recurrentes pueden proceder contra las resoluciones dictadas por el Prefecto del Sena en aplicación de la disposición reglamentaria, y pueden impugnar con ocasión de este derecho la legalidad de las prescripciones contenidas en esta última*».

C. de Est., 16 diciembre 1910. *Marrocg, Poirier et autres, Rec.*, pág. 951 : «Los recurrentes piden al Consejo de Estado que—después que haya reconocido la ilegalidad de un reglamento dictado por el Prefecto del Sena en 10 de mayo de 1902, en el que se determina que los servicios de los subagentes del Monte de Piedad de Paris a los efectos de la antigüedad para el ascenso se cuenten desde el día de la toma de posesión y no desde el día del nombramiento—, declare nula la resolución dictada por el Prefecto del Sena en 1 de febrero de 1907, que ha aplicado la referida disposición del 10 de mayo al personal del Monte de Piedad... El Ministro del Interior sostiene que, no habiendo recurrido los señores... en tiempo hábil contra la disposición del 10 de mayo, carecen de derecho para impugnar la aplicación que se ha hecho de esta disposición. *Pero aun admitiendo que... los demandantes... no pudieren entablar un recurso por abuso de poder contra la primera de las disposiciones mencionadas, estas circunstancias no les priva del derecho de impugnar la legalidad de dicha disposición con motivo de la aplicación que de ella ha hecho la resolución clasificatoria de 1907, contra la que reclaman como atentatoria a los derechos que derivan para ellos de la ley ; la improcedencia de esta acción debe rechazarse*».

C. de Est., 13 mayo 1910, *Compagnie des transways de l'Est. parisien, Rec.*, pág. 390 : «La circunstancia de que el Reglamento de policía de 10 de julio de 1900 no haya sido impugnado en el plazo legal, en la vía contenciosa, por abuso de poder, no obsta al derecho de la Compañía del Este parisién de impugnar, si lo cree fundado, la aplicación que le ha sido hecha del art. 184 de dicho Reglamento.»

C. de Est., 31 de enero de 1913, *Pellé, Rec.*, pág. 133 : «Si el señor P no puede entablar un recurso contencioso por abuso de poder contra la dis-

No hay aquí tampoco situaciones jurídicas a las que convenga dar estabilidad.

El Consejo de Estado en los casos en que estima la conveniencia de dar estabilidad a una situación jurídica creada en provecho de un tercero, rechaza la excepción de ilegalidad contra el reglamento, una vez expirado el plazo concedido por la ley para entablar el recurso directo contra el mismo (1).

c) La irregularidad de un acto reglamentario que establece una tasa o impuesto puede ser impugnada ante el *juez competente (le juge de l'impôt)* en todo tiempo. Por ejemplo, si se trata de un *impuesto directo*, cada año, dentro de los tres

posición (*reglamentaria*) dictada... por haber transcurrido ya el plazo legal de dos meses..., *puede, sin embargo, impugnarse con ocasión de la aplicación que ha motivado...*

C. de Est., 14 febrero 1913, *Ducreux, Rec.*, pág. 201: «La disposición del alcalde... fecha 25 mayo de 1899 establece una reglamentación de carácter general... La reclamación ha sido registrada el 19 de noviembre de 1909, es decir, transcurridos dos meses desde la publicación de dicha disposición... Por tanto, no es procedente el recurso de nulidad... Pero el señor D puede recurrir contra una resolución del alcalde, de 12 de octubre de 1909, que aplica la disposición reglamentaria precitada; por consiguiente, dicho señor puede impugnar la legalidad de dichas disposiciones con ocasión de este recurso».

(1) No podría explicarse sin tener en cuenta este criterio, la decisión del Consejo de Estado de 23 de noviembre de 1906, *Prigart, Rec.*, pág. 825. Los recurrentes en 1905 han pretendido el cese del señor C..., en el servicio activo de inspector general de Marina, alegando que la ley que fija en 65 años la edad de jubilación no puede ser modificada por un decreto de 1902, que amplía esta edad hasta los 68 años... En apoyo de la reclamación formulada por ellos en 1905, invocaron, por consiguiente, la ilegalidad de una disposición que no había sido impugnada dentro de los dos meses de plazo legal. De conformidad con dicha disposición seguía en activo el inspector general C. Existía aquí una situación jurídica (*status*) cuya consolidación era legítima al parecer del Consejo de Estado, y por eso declaró improcedente la excepción de ilegalidad. «Para sostener—decía—que el señor C... debía... cesar en el servicio activo a la edad de 65 años, el señor P pretende que el decreto de 29 de mayo de 1902 infringía el art. 43 de la ley de Hacienda de 30 de marzo de 1902... Pero esta disposición no ha sido por parte del señor P objeto de ningún recurso, y, por consiguiente, el ministro de Marina, encargado de dar cumplimiento al decreto de 29 de mayo de 1902, no podía, sin abusar de sus poderes, acceder a la demanda del señor P que tendía a que contra lo dispuesto en el artículo 1.º del decreto, el señor C fuese borrado del cuadro de activos». Por no haber tenido en cuenta la necesidad de consolidar las situaciones jurídicas de los terceros, ciertos autores han censurado esta resolución de 1906.

meses de la publicación de la lista cobratoria, los contribuyentes inscritos en la misma, podrán reclamar contra la irregularidad del acto reglamentario que establece el impuesto o la tasa (1). Tampoco en este caso hay que dar estabilidad a situación jurídica de interés.

SEGUNDA CATEGORÍA. *Actos individuales; actos creadores de situación jurídica individual, actos condiciones.*—La jurisprudencia sigue la misma línea de conducta. Unas veces declara que la irregularidad puede ser impugnada *indirectamente* en todo tiempo; otras, opina que, transcurrido el plazo reconocido para entablar el recurso directo, la irregularidad no puede impugnarse, ni aun *indirectamente*. Algunos no ven bien la razón de estas divergencias. Esta incertidumbre de la jurisprudencia—dicen (2)—obedece, sin duda, a que hasta aquí la sistematización de esta materia no ha sido hecha, y, por consiguiente, la contradicción en las soluciones no se ha revelado todavía con precisión. No es esta nuestra opinión. El Consejo de Estado distingue *entre los casos en que ha lugar y los casos en que no procede consolidar una situación jurídica digna de interés* (3).

(1) V. Consejo de Estado, 9 marzo 1906, *Domec, Rec.*, pág. 215 y también *nuestra nota* en la *Revue de Droit Public*, 1906, págs. 662 y ss. con las conclusiones de Mr. Romieu. Estas conclusiones son muy categóricas: «Nuestra jurisprudencia es muy precisa en el sentido de reconocer al contribuyente el derecho de impugnar *en todo tiempo*, la legalidad de la tasa y aun el principio mismo de la imposición. Os habéis pronunciado frecuentemente en este sentido en materia de tasas, limpieza de pozos negros o en materia de contribuciones especiales por aprovechamientos extraordinarios de los caminos vecinales. (V. especialmente 5 enero 1877, *Beaumini, Re.*, pág. 7; 4 enero 1878, *Chellos, Rec.*, pág. 10). En resumen, estimamos que los contribuyentes tienen derecho *en toda época* a impugnar la legalidad del propio principio de la tasa». En este mismo sentido se ha manifestado el Consejo de Estado en su resolución del 9 de marzo de 1906. *Domec*. Procede no confundir el caso del acto *reglamentario* irregular con el de la lista cobratoria, irregular acto creador de situación individual).

(2) En particular, esta jurisprudencia no ha sido interpretada rectamente por Alcindor, ob. cit. págs. 94 a 107. Este autor olvida el interés de terceros y la necesidad de consolidar ciertas situaciones jurídicas. Abusa de la lógica. Sus soluciones carecen de la flexibilidad de que da tanta prueba la jurisprudencia del Consejo de Estado.

(3) Al estudiar las resoluciones del Consejo de Estado es preciso tener en cuenta que, a veces, dicho Tribunal se niega a definirse *indirectamente* sobre la legalidad de un acto, no porque descarte la regla *quæ temporalia...* sino porque la cuestión de legalidad está sometida a un Tribunal que care-

A. Veamos primeramente tres clases de casos en los cuales, según una jurisprudencia constante, la irregularidad puede impugnarse indirectamente en todo tiempo. Observemos que en estos casos no existe situación jurídica digna de consolidar.

a) Cuando un acto jurídico está sancionado *penalmente*, la irregularidad del acto puede ser impugnada ante el Tribunal *requerido* como medio de defensa *en todo tiempo* (1).

b) Cuando un acto jurídico constituye uno de los elementos de una operación *compleja* (acto comprendido en el expediente de expropiación forzosa por causa de utilidad pública; acto comprendido en el procedimiento de la subasta; acuerdo autorizando a un alcalde para enajenar un bien municipal, etc.), cada acto de la operación puede impugnarse *directamente* en un plazo determinado; pero se puede también, al impugnar el último acto de la operación compleja, impugnar indirectamente la irregularidad de uno de los actos precedentes que lo condicionan, y esto ocurre aunque haya expirado el plazo concedido para impugnarlo *directamente*.

Por ejemplo, en materia de expropiación forzosa por causa de utilidad pública se puede impugnar mediante el recurso por abuso de poder, en el plazo de dos meses, el acto declaratorio de utilidad pública o la resolución de cesibilidad del prefecto. Pero si no hubiesen sido impugnados directamente podrían serlo *de modo indirecto* ante el Tribunal de lo civil, encargado de decretar la expropiación (2).

ce de competencia para conocer de ella. En esta hipótesis no se puede sacar de estas resoluciones ningún argumento relativo a la especie que consideramos. Por ejemplo: Consejo de Estado 7 enero de 1905, *Fradet, Rec.*, pág. 9 y nuestra nota en R. D. P. 1905, pág. 103. «No pertenece al consejo de lo contencioso-administrativo (de las posesiones francesas de Oceanía, instado por una demanda de exclusión de la contribución de patentes), entender de la legalidad del nombramiento del señor P en el cargo de defensor ante los Tribunales». V. Cas. 23 diciembre 1890, S. 91-1-249.

(1) Consejo de Estado 11 enero 1907. *Goninand, Rec.*, pág. 32: «El señor G... puede impugnar con ocasión de un proceso seguido contra él la legalidad de un acto de clasificación (de un camino vecinal, acto realizado en 1882)».

(2) Jurisprudencia constante: No tocamos la cuestión concerniente a averiguar si la ley de 3 de mayo de 1841 permite que el Tribunal judicial entienda *indirectamente* de todas las irregularidades que se podrían impugnar *directamente* ante el Consejo de Estado.

Asimismo, la división electoral de un Municipio forma parte de la operación compleja llamada elección. La irregularidad de la división electoral puede ser impugnada *directamente*, mediante el recurso por abuso de poder, dentro de los dos meses siguientes al acto de división. Esta irregularidad puede ser *indirectamente* impugnada como medio para anular la elección realizada según la división electoral, en cualquier tiempo en que se celebre esta elección (1).

Del mismo modo, el acuerdo de una asamblea local autorizando una enajenación y el acto de aprobación del acuerdo por el prefecto o el Presidente de la República, son actos condiciones que forman parte de una operación compleja. La irregularidad de cada uno de estos actos puede ser impugnada *directamente* en un determinado plazo. Pero transcurrido éste, la irregularidad puede ser impugnada todavía *indirectamente* ante el juez del contrato en apoyo de la acción entablada contra la validez de la venta (2).

c) Cuando un acto jurídico irregular causa un daño a un individuo, la irregularidad puede ser *indirectamente* impugnada ante el juez competente para conocer de la acción de indemnización, como argumento en apoyo de esta acción, aunque el

(1) Jurisprudencia constante. Idéntica solución para la irregularidad que afecte a la confección de las listas electorales; Consejo de Estado 5 de agosto de 1910. *El. de Charmois, Rec.*, pág. 701; ciertos individuos no residentes en el municipio han adquirido pequeñas parcelas de terreno, y dándose de alta en la contribución territorial se han hecho incluir en las listas electorales. Aunque su inscripción en estas listas no haya sido impugnada *directamente* en los plazos establecidos, la elección en que estos individuos han participado ha sido declarada nula, debido a esta participación: «Habida cuenta de este número de electores... y a la mayoría obtenida por la mayor parte de los candidatos elegidos, esta maniobra ha perjudicado la sinceridad de las operaciones electorales».

(2) El juez del contrato deberá remitir al Consejo de Estado la cuestión prejudicial relativa al examen de la regularidad del acto administrativo, y el Consejo de Estado *deberá* decidir sobre ella, aunque haya expirado el plazo para recurrir *directamente*. Consejo de Estado 28 abril 1882, *ville de Cannes, Rec.*, pág. 389: «Por sentencia... el Tribunal civil... requerido para conocer de una demanda que tienda a asegurar el cumplimiento del contrato celebrado entre ella y la villa de... ha rehusado conocer de esta cuestión durante un plazo en el cual la villa... está obligada a que por la autoridad competente se declare si dicho contrato ha sido regularmente aprobado... La demanda así formulada... no podría someterse a los plazos previstos en el art. 11 del decreto de 22 de julio de 1806».

plazo legal para impugnar directamente la irregularidad del acto haya transcurrido (1).

B. Veamos ahora una serie de casos en los cuales la jurisprudencia aplica o deja de aplicar la regla *quæ temporalis...* según que proceda o no consolidar situaciones jurídicas dignas de respeto.

Cuando un acto está relacionado con otro posterior, *sin que estos actos formen parte de una misma operación compleja*, ¿podrá impugnarse la legitimidad del primero para que esta impugnación pueda ser base de la del segundo?

(1) La jurisprudencia ha evolucionado en lo que concierne a las indemnizaciones reclamadas por funcionarios en razón de medidas disciplinarias irregulares. Teissier, en sus conclusiones en el asunto resuelto por el Consejo de Estado el 29 de mayo de 1903, *Le Barre, Rec.*, pág. 414. (V. nuestra nota en la R. D. P., 1904, págs. 799 y ss.), declaraba: «Se sobreentiende que no ha lugar a conceder una indemnización a un funcionario por los daños que le haya producido una medida disciplinaria ilegalmente adoptada, *sino en el caso en que esta medida hubiese sido previamente anulada*». Esto parecía implicar que por no haberse pedido la nulidad en los plazos legales la irregularidad no podría ser impugnada *indirectamente* en la acción de indemnización. Esta jurisprudencia ha sido abandonada. V. nuestra nota, R. D. P. 1907, págs. 236 y ss.; Consejo de Estado 10 diciembre 1909, sección de *Vaux, Rec.*, pág. 262 y las conclusiones de Tardieu: «El carácter *definitivo* del acto irregular (esto quiere decir: la expiración del plazo para impugnar directamente el acto irregular) no hace desaparecer la irregularidad ni la deuda creada en beneficio de la sección contra el municipio, que no puede enriquecerse a expensas de otros. V. sobre esta jurisprudencia, Alcindor, ob. cit., págs. 99 y ss. Este autor señala, *equivocadamente*, como dictada en sentido contrario una resolución del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1911, *Simonet, Rec.*, pág. 1.220: «Para pedir al Estado le indemnice del daño que le ha causado su *destitución* se funda el capitán S en que la Comisión investigadora... *(ha procedido irregularmente)*. Pero el señor S por un recurso precedente... había pedido ante el Consejo de Estado la nulidad de la decisión presidencial por estimarla viciada de abuso de poder, precisamente por razón de la pretendida irregularidad del procedimiento seguido por la Comisión investigadora. Esta demanda *ha sido desestimada por una decisión del Consejo de Estado dictada en vía contenciosa*... En su nueva demanda el capitán S *discute* la legalidad de la medida, ya firme, dictada contra él. *En estas circunstancias* carece de acción para pedir la nulidad de la resolución impugnada por la cual el ministro de la Guerra ha desestimado su demanda en solicitud de que se revoque la decisión presidencial que le ha separado, y a falta de esta revocación que se le concediese una indemnización». Como se vé el Consejo de Estado en 1911 oponía al recurrente la *autoridad de cosa juzgada* en 1899.

Todo depende de que sea o no necesario consolidar una situación jurídica digna de interés y que se apoya en el acto irregular.

Por ejemplo: un funcionario ha sido separado irregularmente de su cargo, sin que esta separación se impugne en tiempo hábil. Posteriormente, con motivo de la liquidación de la pensión de retiro, el ministro liquidador se atiene al acto irregular de la separación. El Consejo de Estado al conocer del recurso contra la liquidación de la pensión, no podrá admitir la excepción alegada por el separado referente a la regularidad de la separación (1). Esta impugnación *indirecta* no es proce-

(1) Lafèrriere, *Jurid-adm.* 2.^a ed. II, pág. 199: «¿ Pueden ser discutidas de hecho y de derecho ante la jurisdicción contenciosa todas las situaciones del funcionario que se relacionen con la liquidación de haberes? Creemos que sólo pueden serlo de hecho, es decir que ellas pueden ser declaradas y comprobadas desde el punto de vista de su existencia de hecho y de su definición legal, *pero no pueden ser modificadas o consideradas no acaecidas desde el punto de vista de la validez de las resoluciones administrativas que las han creado.* Así, el Consejo de Estado puede inquirir si un funcionario público está en situación pasiva, con licencia o en disponibilidad; si un oficial herido, retenido en territorio extranjero, tiene derecho al sueldo de activo, de situación de prisionero o de hospitalizado. *Pero no podría con motivo de un litigio sobre el sueldo averiguar si la excedencia o separación han sido legalmente dictadas. Los actos de potencia pública y de autoridad jerárquica que ejercen influencia sobre los haberes deben producir todos sus efectos en tanto no hayan sido reformados o anulados.* Como aplicación de este criterio V. Consejo de Estado 29 mayo 1874, *Boutreux, Rec.*; pág. 494: «El señor B... ha sido separado de su cargo, por faltas contra el honor, por una resolución del Presidente de la República, de la cual había sido notificado el recurrente y *contra la cual no había recurrido en el plazo legal.* Al dictar contra el señor B, en vista de esta decisión y por decreto de... la suspensión durante cinco años de los derechos y prerrogativas anejas a la cualidad de miembro de la Legión de Honor, el Presidente ha obrado dentro de los poderes que le confieren los decretos de... 1852 y... 1859. *Por consiguiente, el señor B carece de acción para pedir la nulidad del expresado decreto.* Consejo de Estado 18 mayo 1878 *Chevé, Rec.*, pág. 436: «Por causa de incapacidad física fué colocado el teniente C en situación de retiro por un decreto del Presidente de la República. La decisión presidencial fué notificada al interesado, quien no la impugnó ante el Consejo de Estado en el plazo legal. El señor C carece de acción para pedir *con posterioridad a su retiro* la concesión de una pensión por causa de incapacidad». Alcindor, ob. cit. págs. 102 y ss. y la crítica. Consejo de Estado 6 noviembre 1912, *Ruffie, Rec.*, págs. 1014, 1015: «La señora R sostiene que... desde 1897 su marido debió ser nombrado repartidor titular y no adjunto; pero el señor R no discutió nunca la regularidad

dente. No se trata en este caso de una situación jurídica existente que mantener y consolidar: *por efecto de la revocación esta situación ha desaparecido* (1). Otro ejemplo característico nos lo ofrece el Consejo de Estado en su resolución de 8 de marzo de 1912 (asunto *Massabreau, Rec.*, 321). Un empréstito fué votado *irregularmente* por el Consejo municipal y el acuerdo no fué impugnado directamente: el empréstito quedó concertado. Por consecuencia, todos los años en el presupuesto municipal habría de consignarse un crédito para esta obligación. Un contribuyente no podría cada año, al impugnar la inclusión de este crédito, promover debate sobre la regularidad del acuerdo que autoriza el empréstito y que no impugnó directamente (2).

del nombramiento, y no corresponde a la recurrente, en un recurso en materia de pensión, *promover un debate* sobre un punto que no afecta a la regularidad de una liquidación hecha según los servicios efectivos, de conformidad con las funciones conferidas al señor R por *actos administrativos, cuya autoridad no ha sido invalidada por ninguna decisión contenciosa*».

(1) Alcindor cita en contrario la resolución del Consejo de Estado de 31 de julio de 1908 *d'Héricourt, Rec.*, pág. 846. Esta resolución no se refiere enteramente a nuestra hipótesis. Se trataba de un funcionario ascendido, y al que *inmediatamente* después se le otorgó el retiro. Pero la resolución sobre el retiro no se llevó a efecto. En estas circunstancias resolvió el Consejo de Estado que no había que tener en cuenta para determinar la cuantía de la pensión una resolución *no ejecutada*. El Consejo de Estado no fué instado para entender de la cuestión concerniente a determinar si el retiro era o no *regular*: «El señor de H, que ejercía el cargo de Cónsul general... ha sido nombrado por decreto de 5 de enero de 1903 ministro plenipotenciario...; si por decreto de 7 de enero de 1903 se le ha concedido el retiro... *este acto no ha sido ejecutado* y el señor H ha continuado hasta el mes de mayo de 1903—en que pudo ejercitar dicho derecho— al frente del Consulado. Hasta el 4 de mayo de 1903 no fué declarado en estado de disponibilidad y, por tanto, el señor H ha ejercido funciones activas después de su elevación a la categoría de ministro plenipotenciario...; por tanto ha lugar a declarar que la pensión a la cual tiene derecho debe ser la propia a la categoría de ministro plenipotenciario».

(2) He aquí los términos de la resolución del Consejo de Estado de 8 de marzo de 1912: «En ningún momento ha pedido el recurrente al prefecto la declaración de nulidad del acuerdo de 18 de marzo de 1906 que establece nuevos recursos para cubrir los gastos... El presente recurso se dirige *únicamente* contra el acuerdo de 9 de agosto de 1907 por el cual el Consejo municipal, al votar el presupuesto de 1908, ha incluido el *crédito necesario para el servicio del empréstito contratado por el municipio*. Este acto pertenece a la competencia del Consejo municipal, y el recurrente *no puede con este motivo discutir la regularidad del acto inicial, ni pedir la nulidad del acuerdo impugnado*».

C. Existe, finalmente, una serie de casos en los cuales la jurisprudencia prohíbe discutir, a propósito de un segundo acto, la regularidad de un acto individual anterior que ya no es susceptible de un recurso directo por haber expirado el plazo legal. Tal ocurre cuando este segundo acto no es otra cosa que un requerimiento (*mise en demeure*) para ejecutar el primer acto o simplemente constituye una *medida de ejecución del mismo* (1). Esta solución se justifica fácilmente; con la solución contraria sería demasiado fácil hacer revivir los plazos transcurridos.

VI. Cuando el juez aplica a un acto irregular la sanción de nulidad, declara que dicho acto no debe surtir ninguno de los efectos jurídicos perseguidos por su autor. Pero entonces se plantea la cuestión de determinar qué suerte correrán los actos jurídicos basados en el acto anulado. La anulación del primer acto ¿originará como consecuencia *necesaria* la desaparición de los actos jurídicos posteriores?

Lógicamente, la afirmativa parece prevalecer: un edificio jurídico ha sido construido sobre una base que ha sido destruida: todo debe venir abajo. Pero es necesario en esta materia no abusar de las argumentaciones lógicas. Conviene preocuparse de las consecuencias *sociales*, de la *perturbación social* que este trastorno pueda originar. De esta suerte, la jurisprudencia se ha visto obligada a proceder por distinciones, reconociendo a los Tribunales amplios poderes de apreciación, con el objeto de conciliar todos los intereses en juego.

Hecha esta consideración general, parece que procede distinguir entre dos clases de casos, según que el acto anulado y el acto posterior que en aquel se apoye formen o no formen parte de una misma operación jurídica.

PRIMER CASO. *El acto anulado y el acto posterior forman parte de una misma operación jurídica.*—Pongamos algunos ejemplos: el acto de expropiación por causa de utilidad pública. Supongamos que el acto declaratorio de utilidad pública se anule ¿qué influencia podrá ejercer esta anulación en los actos posteriores del expediente, verbigracia, en la resolución de cesibilidad del prefecto o en la declaración de expropiación? Otro ejemplo: la enajenación de un bien comunal. El acuerdo del

(1) Procede reconocer, sin embargo, que pueden suscitarse dificultades respecto a la cuestión de determinar si el segundo acto constituye o no un simple acto de ejecución. V. sobre este punto Alcindor, ob. cit. páginas 106 y 107.

Consejo municipal que autoriza al alcalde para celebrar el contrato de compraventa se anula; ¿qué influencia ejercerá esta anulación en el acto de la aprobación del prefecto o en el contrato de compraventa?

La jurisprudencia del Consejo de Estado no aplica siempre la solución lógica, sino que tiene en cuenta la perturbación social que pueda producir la demolición total del edificio jurídico.

Esta preocupación por las consecuencias sociales, combinada con la de las soluciones lógicas ha determinado durante mucho tiempo en el Consejo de Estado la adopción de una regla muy curiosa: el recurso directo de nulidad (recurso por abuso de poder) se declaraba *improcedente* contra un acto de operación compleja desde que el último acto de este procedimiento hubiere sido realizado, *aun en el caso en que los plazos legales para entablar el recurso directo no hubiesen expirado*. Por ejemplo, el recurso directo de nulidad contra el acto declaratorio de utilidad pública, o contra la decisión de cesabilidad del prefecto era declarado improcedente a partir del momento en que la transmisión de la propiedad se hubiere verificado por consecuencia de la declaración de expropiación o por un acto de cesión amigable (1). Asimismo, en materia contractual el recurso por abuso de poder contra el acuerdo autorizando a un agente administrativo a celebrar un contrato de compra-venta o contra el acto de aprobación de este acuerdo se estimaba improcedente a partir del momento en que el contrato se hubiese celebrado (2). Esta solución obedecía a la preocupación del Consejo

(1) Jurisprudencia reiterada. V. Laferriere. *Traité de la Jur. adm. et des rec. cont.* 2.^a edición, 1896, II, págs. 470 y ss. V. también nuestras notas. *Fin de non recevoir tirée de l'irrévocabilité des actes administratifs incorporés a un contrat devenue définitif*, en la R. D. P., 1906, pág. 263 y ss., 1910, pág. 57 y ss. Teissier, conclusiones en el asunto *Frères de Ploërmel*, Consejo de Estado, 12 noviembre de 1909, *Rec.*, pág. 866 y ss.

(2) Jurisprudencia reiterada; Consejo de Estado 2 diciembre 1892; *Gullien*, *Rec.*, pág. 842; 3 agosto 1894, *ville de Lyon*, *Rec.*, pág. 542. V. nuestras notas en la R. D. P. 1906, pág. 263 y ss., 1910, pág. 57 y ss. Véanse también las conclusiones de Mr. Romieu en el asunto *Martin* (Consejo de Estado 4 agosto 1905. *Rec.*, pág. 751 y R. D. P., 1906, pág. 263): «Este criterio de improcedencia que resulta implícitamente de un gran número de resoluciones y que se ha tratado, bajo una forma mal definida, de erigir en doctrina, puede formularse así: los actos administrativos, acuerdos de cuerpos deliberantes o actos de tutela necesarios para la celebración de un contrato no pueden ser impugnados y anulados por abuso de poder,

de Estado de dar estabilidad a las situaciones jurídicas de interés edificadas sobre el acto irregular (1).

Desde hace unos años la jurisprudencia del Consejo de Estado ha seguido otro criterio. Los actos irregulares que forman parte de la operación administrativa podrán anularse mediante un recurso por abuso de poder, *aun después de que la operación esté terminada*; pero, *a fin de no perturbar las situaciones jurídicas que se apoyan en el acto irregular*, la decisión de anulación no tendrá como consecuencia jurídica *necesaria* la nulidad de la operación efectuada (2); no tendrá otro valor que el de

como tales actos administrativos, en tanto que el contrato no sea definitivo. Por el contrario, una vez que el contrato se perfecciona por la aprobación de la autoridad superior y que está en vías de ejecución, los actos administrativos se encuentran incorporados al contrato mismo del cual forman parte integrante y, por tanto, no pueden ser considerados aisladamente para los efectos del recurso contencioso... Creemos que esta doctrina presentada en esta forma absoluta no está hoy en armonía con las orientaciones de vuestra más reciente jurisprudencia y que entraña transformaciones o distinciones...»

(1) Conclusiones de M. Romieu en el asunto *Martin* (Consejo de Estado 4 agosto 1905): «¿Cuál es el origen de la teoría... y a qué preocupaciones jurídicas responde? Cuando los actos administrativos (acuerdos, autorizaciones), han concurrido a la celebración de un contrato, las irregularidades que viciaron estos actos perjudicarían evidentemente a su validez; *pero importa ante todo garantizar los derechos que han podido nacer de la ejecución del contrato y de ponerles, por consecuencia, bajo la protección del juez competente en el mismo*. Es este quien únicamente podrá apreciar las obligaciones de los contratantes, decir si el vínculo contractual debe subsistir o no y hasta qué límite; en una palabra, estatuir sobre la validez del contrato, y, llegado el caso, pronunciar su nulidad. Su competencia en este respecto es absoluta, y limita la del juez que entiende del abuso de poder, el cual necesariamente ha de detenerse en el umbral del contrato mismo, sin poder entender de él en ningún grado. La concepción jurídica que ha sido ideada para obtener este doble resultado del respeto a las competencias y a los *derechos adquiridos* es la que hemos indicado...»

(2) Consejo de Estado 4 agosto 1905, *Martin, Rec.*, pág. 751; 29 diciembre 1905, *Petit, Rec.*, pág. 1014; 9 abril 1906, *Balliman, Rec.*, pág. 327; 5 febrero 1909, *Barla, Rec.*, pág. 134; 12 noviembre 1909, *Frèves de Ploërmel, Rec.*, pág. 866; 26 enero 1912, *Roux, Rec.*, pág. 118; 9 febrero 1912, *Société coopérative de Zunoger, Rec.*, pág. 193 y nuestras notas en la R. D. P., 1906, págs. 263 y ss.; 1910, págs. 57 y ss. El Comisario del Gobierno Romieu en sus conclusiones en el asunto *Martin* (1905) declaraba: «Conviene, sin embargo, para hacer cesar todas las preocupaciones en esta delicada cuestión, examinar atentamente la objeción... que se formula... relativa a

una censura doctrinal (v. n. 1, pág. 109); *incumbirá al juez de*

los derechos adquiridos por la ejecución del contrato... ¿No hay motivos para temer que la anulación por abuso de poder de los actos administrativos que son la base del contrato constituya una verdadera anulación del contrato mismo...? Estamos plenamente convencidos de que para desechar todo temor en este respecto, basta con darse cuenta exacta del efecto de la anulación por abuso de poder. *Esta anulación no puede recaer más que sobre los actos administrativos en sí mismos y no lleva consigo «ipso facto» la ruptura del vínculo contractual establecido entre las partes.* Supongamos que el recurso se dirige contra el acuerdo de un Consejo general o municipal en que se ha votado la adquisición de un inmueble o la concesión de una obra pública; el acuerdo se ha hecho firme según las condiciones fijadas por la ley, el acto de la venta se ha verificado, el inmueble se ha entregado, se ha otorgado la concesión, y los trabajos han comenzado. Está fuera de dudas que el vendedor y el comprador, el concedente y el concesionario, siguen ateniéndose a los términos del contrato y no pueden desligarse de sus obligaciones, a no ser por mutuo acuerdo, o por el juez del contrato—Tribunal de lo civil o Consejo de prefectura—. *Si una de las partes, impugna la validez del contrato invocando la ilegalidad de los actos administrativos sobre los cuales reposa, todo el mundo reconoce que podrá requerir al juez del contrato: éste someterá a la autoridad administrativa competente, la cuestión prejudicial de la validez de los actos administrativos.* (Consejo de Estado, 25 de abril de 1902, *Frédet, Rec.*, pág. 315); después, en el caso de que la irregularidad de esos actos hubiera sido reconocida por el juez de la cuestión prejudicial, es decir, por el Consejo de Estado, el juez del contrato, tendrá que examinar la influencia que ejerce en la validez del mismo la irregularidad declarada, si ésta ha sido convalidada por actos ulteriores, *si la ejecución misma del contrato ha hecho nacer derechos que, no obstante el vicio de forma anterior, deban respetarse,* etcétera. Pues bien, sería absolutamente lo mismo—en cuanto a los derechos de las partes contratantes—si la anulación de los actos administrativos se declarase por el Consejo de Estado en un recurso por abuso de poder *entablado por un tercero. Esta anulación no tendrá y no podrá ejercer por sí misma ningún efecto directo sobre el contrato, al cual no podrá tocar el juez que conozca del abuso de poder: las partes seguirán ligadas en tanto que el juez del contrato no sea instado por una de ellas por una demanda de rescisión o de indemnización.* Desde este momento, y solamente entonces, el juez del contrato examinará en las mismas condiciones que en el caso anterior y con el mismo poder de apreciación, las consecuencias de la irregularidad de los actos administrativos en las relaciones contractuales de las partes. La única diferencia consistirá en que la cuestión de validez de los actos administrativos, estando de aquí en adelante resuelta directamente por el Consejo de Estado en el recurso por abuso de poder, el juez del contrato podrá decidir inmediatamente sobre la validez, en vez de seguir el largo y complicado camino de la cuestión prejudicial. La solución que proponemos concilia, pues, de una manera completa el respeto a las

la operación examinar qué consecuencias (1) podrá ejercer la anulación de uno de estos actos en la operación (2).

SEGUNDO CASO. *El acto anulado y el acto posterior que en aquél se apoya no forman parte de una misma operación jurídica.*

En esta hipótesis será preciso también examinar cuál es la naturaleza del vínculo que une ambos actos; es menester también averiguar qué perturbación social originaría la anulación de los actos que reposen sobre el primitivo acto anulado. Veamos las siguientes aplicaciones:

1.^a El acto anulado es un *acto reglamentario*. En principio, los actos individuales que se refieran a la *ejecución* del acto reglamentario *deberán* ser anulados por el juez a instancia de todo interesado. Trátase en esta hipótesis de actos de ejecución, y no se puede declarar regular la *ejecución* de un acto declarado ilegal y que por esa circunstancia ha sido anulado. Sin embargo, como ya hemos visto lo más frecuente será que el acto individual se impugne, sin que el acto reglamentario haya sido directamente atacado (3).

competencias y a los derechos adquiridos por los contratantes con el derecho a que se administre justicia que posee todo ciudadano que usando legalmente de las facultades que la ley le confiere denuncia las ilegalidades administrativas a los Tribunales y les insta a que corrija el abuso de poder».

(1) Romieu, conclusiones precitadas: «No disimulamos que la anulación por abuso de poder... no tendrá a veces más que un *carácter platónico*... La anulación que pronuncia tendrá siempre por efecto decir el derecho, no cerrar la acción pretoria a los ciudadanos... *censurar la ilegalidad* e ilustrar a la opinión pública y prevenir el retorno a las prácticas condenadas.

(2) V. Romieu, ob. cit. notas precedentes.

(3) El Consejo de Estado ha examinado la cuestión de determinar qué influencia puede ejercer la anulación de un acto de ejecución de un acto reglamentario en la vida de éste. Por ejemplo, un Consejo municipal organiza el servicio exterior de pompas fúnebres (acto *reglamentario*). Posteriormente el Consejo municipal autoriza (*acto-condición*) al alcalde para celebrar libremente un contrato para la explotación de este servicio. La anulación del acto-condición no juega evidentemente ninguna influencia sobre el acto reglamentario. Esto es lo que ha decidido el Consejo de Estado el 24 de noviembre de 1911 en el asunto *Stephanini* (*Rec.*, página 1094): «Si el Consejo de Estado ha declarado nulo el acuerdo del Consejo municipal de Tolón de 22 febrero de 1906 que autoriza al alcalde de esta ciudad a contratar libremente el servicio exterior de pompas fúne-

Hay casos en que de *pleno derecho* los actos posteriores caen al ser anulado el acto reglamentario. Por ejemplo: preséntase una denuncia ante el Tribunal represivo por contravención a un reglamento. La anulación del reglamento por el Consejo de Estado obliga al juez represivo (1). Este deberá absolver al contraventor.

Procede ir más allá, todavía y afirmar el *deber jurídico* que pesa sobre los agentes públicos de realizar los actos necesarios para que las cosas vuelvan a su primitivo estado—si eso es posible y útil—y hacer desaparecer los efectos engendrados por los actos individuales concernientes a la aplicación del acto reglamentario irregular anulado. Si, por ejemplo, una disposición organiza de modo irregular un servicio público y para ponerlo en movimiento han realizado actos individuales los agentes públicos, las consecuencias originadas por estos actos deberán ser, en la medida de lo posible, borradas por nuevos actos jurídicos realizados por los agentes competentes (2).

2.º El acto anulado es un *acto individual (acto creador de situación jurídica individual, acto-condición)*.

Todavía en esta hipótesis es necesario tener en cuenta la naturaleza del lazo que une ambos actos y poner cuidado en evitar posibles perturbaciones ocasionadas a las situaciones jurídicas de terceros y a las relaciones sociales.

a) Supongamos, primeramente, que el vínculo que une el acto anulado con el acto posterior sea muy estrecho. En este caso la anulación del acto primitivo engendrará, en principio, la del segundo.

Veamos algunos ejemplos: A) *El segundo acto constituye un acto de ejecución del anterior*. Es manifiesto que aquél debe desaparecer por vía de consecuencia, pues toda medida de ejecución presupone un acto a ejecutar. Por ejemplo: un Prefecto inscribe de oficio un crédito en el presupuesto municipal, y para cubrir el gasto dicta de oficio un decreto de imposición. La

bres, esta decisión no ha producido el efecto de anular el acuerdo de 22 de julio de 1905, relativo al pliego de condiciones y a las tarifas establecidas para asegurar este servicio, independientemente de las condiciones, según las cuales fuera concedido. Este acuerdo ha obtenido la aprobación del prefecto, y, por tanto, subsiste en tanto que ha fijado las prescripciones de los referidos pliegos de condiciones y tarifas.

(1) Cas, crim. 25 marzo 1882. Darsy, Lafèrriere, *Traité de la Jur. adm.*... 2.ª edición, 1896, II, pág. 574.

(2) Lafèrriere *Tr. de la Jur. adm.*... 2.ª ed., II, pág. 571 y ss.

anulación del primero producirá de pleno derecho la del segundo.

B) Para que el segundo acto sea regular es condición precisa que el primitivo lo sea. En este caso la anulación del acto primero producirá, por vía de consecuencia, la irregularidad del segundo. Por ejemplo: un individuo elegido irregularmente consejero municipal es luego designado alcalde. La anulación de la elección de consejero municipal borra en el individuo una de las condiciones esenciales requeridas por la ley para ser alcalde. La elección de alcalde quedará, por tanto, sin efecto (1).

Otra aplicación interesante de esta idea concierne a los ascensos sucesivos de un funcionario *irregularmente nombrado*. La anulación del primitivo nombramiento produce, por vía de consecuencia, la anulación de los ascensos sucesivos. La lógica y el interés social marchan aquí de perfecto acuerdo. El acto de ascender a un individuo supone, necesariamente, su ingreso regularmente en el servicio público. De otra parte, no es de interés social que un individuo que ha ingresado irregularmente en el servicio público se beneficie de los ascensos ulteriores (2).

Idéntica solución aplica el Consejo de Estado al caso de *permuta* del agente irregularmente nombrado: la permuta queda, por vía de consecuencia, sin efecto (3). Sin embargo, la anulación por vía de consecuencia afecta en este caso a un ter-

(1) Consejo de Estado 19 junio 1893. *El de Jain, Rec.*, pág. 503: «La elección del señor G para miembro del Consejo municipal... fué anulada. Por tanto, la pretensión de los recurrentes de que se anule su elección para alcalde queda sin objeto». En otros términos: parece innecesario al Consejo de Estado anular expresamente la elección del señor G para alcalde. Esto se sobreentiende. Es una consecuencia ineluctable.

(2) Consejo de Estado 1 de junio 1906, Alcindor et Lacroisade, *Rec.*, pág. 518: «Al nombrar... al señor L... el Ministro ha violado las prescripciones del decreto... y su decisión está viciada de ilegalidad. *Procede, por vía de consecuencia, anular las resoluciones ministeriales según las cuales el señor L ha sido promovido a diversos empleos en el Ministerio del Interior...*» V. nuestra nota en la R. D. P. 1906 pág. 483 y ss.

(3) C. de Est. 1 junio 1906. Alcindor et Trouillot, *Rec.*, pág. 517: «El señor T ha sido nombrado ilegalmente redactor en el Ministerio del Interior; resulta que en la fecha de... no era regularmente titular de cargo alguno en dicho Ministerio, y, por tanto, no ha podido el ministro autorizar una permuta entre aquél y el señor G...» V. nuestra nota en la R. D. P., 1906, págs. 692 y ss.