

La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de actos

SUMARIO: COMENTARIO AL ARTÍCULO 62: I. INTRODUCCIÓN. II. LA MODIFICACIÓN EXPERIMENTADA POR LA LETRA a) DEL ARTÍCULO 62.1. III. EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. La cuestión de la transitoriedad en la aplicación de la Ley 4/1999. 2. Concepto de contenido adicional y esencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 3. Sobre las críticas al límite, que ahora se deroga, acerca del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales como determinantes de los vicios de nulidad de los actos administrativos. IV. SOBRE LA OPORTUNIDAD PERDIDA DE HABER ACLARADO EL APARTADO F) DEL ARTÍCULO 62.1 DE LA LEY 30/1992.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 102: I. INTRODUCCIÓN. II. EL NUEVO NÚMERO 1 DEL ARTÍCULO 102 DE LA LEY. 1. El carácter necesario de la revisión de los actos nulos y el artículo 106. 2. La exigencia del carácter equivalente del órgano consultivo autonómico. III. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS. IV. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS TITULARES DE LAS FACULTADES DE REVISIÓN. V. LA INADMISIÓN A LIMINE DE LAS PETICIONES DE LOS INTERESADOS SOBRE REVISIÓN DE LOS ACTOS NULOS. VI. SOBRE EL MANTENIMIENTO DE LOS ACTOS FIRMES Y LA INDEMNIZACIÓN CON OCASIÓN DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTOS O DISPOSICIONES GENERALES. VII. SOBRE LA CADUCIDAD Y EL SILENCIO EN LA LEY 4/1999.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 103: I. TRASCENDENCIA DE LA MODIFICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ANULABLES. II. EL RETORNO AL FALSEAMIENTO DE LA LESIVIDAD. III. LA CARACTERIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD EN LA NUEVA LEY. IV. LA REGULACIÓN DE LA LESIVIDAD EN LA NUEVA LEY. 1. Los presupuestos y el contenido de la declaración de lesividad. 2. Procedimientos y plazos para la declaración de lesividad. 3. Caducidad por transcurso del plazo para declarar la lesividad. 4. Órgano competente para adoptar la declaración de lesividad. 5. Corporaciones locales.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 105. COMENTARIO AL ARTÍCULO 106.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 62

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley introduce una modificación en la letra a) del artículo 62.1 descriptiva del supuesto de nulidad relacionado con los derechos fundamentales.

Ninguna otra modificación, con excepción de la letra citada, ha sufrido por tanto el precepto. Sin embargo, no puede dejar de señalarse, y sobre ello se volverá al analizar la revisión de los actos anulables, que el artículo 103 de la Ley 30/1992 ha experimentado una sustancial modificación que implica la exclusión de la posibilidad de revisión por la propia Administración de sus actos anulables.

Aun cuando en el plano dogmático la distinción de categorías entre lo que es nulo y es anulable pueda parecer que es algo distinto de los medios de acción o los recursos existentes para declarar la existencia de tales vicios, lo cierto es que la dogmática sobre la nulidad no puede prescindir de los remedios que el ordenamiento provee para hacer efectivo el restablecimiento del orden jurídico conculcado por la existencia de tales vicios¹.

La supresión de las potestades revisoras de los actos anulables en manos de la Administración será objeto de reflexión en su momento², pero no puede dejar de señalarse la eventual presión que puede sufrir la letra g) («*cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal*») del artículo 62, como medio de sortear las dificultades que, sin duda, se han de producir, en trance de enfrentarse a la pretensión de dejar sin efecto actos que antes podían llevarse por la vía de la revisión de oficio por la propia Administración a través del art. 103 y, ahora, se reconducen directamente a los Tribunales mediante la declaración previa de lesividad. Probablemente ello va a conducir a buscar una solución al problema forzando la ampliación de la lista de los actos nulos, para supuestos de especial gravedad.

No se postula una ampliación de los supuestos de nulidad, sino que, simplemente, se llama la atención acerca de que la desaparición de la revisión de oficio por la propia Administración de sus actos anulables graves, inmediatamente puede fomentar la presión para que la letra g) del artículo 62.1, que comentamos, constituya un aliviadero para situaciones que, hasta ahora, podían discurrir

¹ Sobre ello puede leerse el libro ya clásico de Juan A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, 1972. También Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, 1969.

² Vid. comentario al nuevo artículo 103 en este mismo número.

sin mayores dificultades por el cauce de la revisión de los actos anulables efectuada por la propia Administración y que, en las nuevas circunstancias, una vez que se vean los problemas que puede suscitar la desaparición de dicha figura, traten de aflorar de nuevo por el cauce de la letra g) del 62.1.

II. LA MODIFICACIÓN EXPERIMENTADA POR LA LETRA a) DEL ARTÍCULO 62.1

Como es conocido, la única modificación expresa que sufre el artículo que comentamos es la alteración de los términos en que aparece descrito el primer caso o supuesto de nulidad que se recoge en su número 1.º Se trata de un supuesto de nulidad que no figuraba en la vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sino que es producto de la decisión del legislador de 1992 de incorporar al elenco de causas de nulidad la relativa a la violación de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional.

La citada incorporación de esta nueva causa de nulidad a la relación de las que se contenían en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 fue saludada positivamente por la doctrina, con independencia del juicio que a una parte de la misma mereció, por razones técnicas, la limitación de la causa de nulidad a la lesión «del *contenido esencial* de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional».

En lo que se refiere al significado mismo de incorporar a la relación de causas de nulidad las relativas a la lesión de derechos fundamentales, con independencia de los términos concretos de la regulación, se veía como positivo, desde el momento en que implicaba introducir entre tales causas supuestos que tenían que ver con el contenido material de determinados actos relacionados precisamente con los derechos fundamentales³. En la medida en que éstos vinculan a todos los poderes públicos y son el fundamento del orden jurídico y de la paz social (artículo 10 de la Constitución) parecía que su lesión debería tener una enérgica reacción por parte del ordenamiento calificando su violación o desconocimiento como supuesto de nulidad.

De esa forma el contenido axiológico del Título I de nuestra Constitución continuaba su proceso de «irradiación» sobre todo el

³ Vid. a csc respecto Jerónimo AROZAMENA, «Comentarios al Título VII de la Ley 30/1992», *RAP*, 140; también Luciano PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho Administrativo*, VVAA, Ariel, 5.ª ed., 1998, pág. 732. También Carmen CHINCHILLA MARÍN, «Nulidad y anulabilidad», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993, págs. 282 y ss.

ordenamiento jurídico y, en particular, en lo que hace referencia a las causas de nulidad recogidas en la legislación administrativa.

Así pues, si había conformidad generalizada en orden a la oportunidad de incluir entre las causas de nulidad la relativa a la violación o lesión de derechos fundamentales o libertades susceptibles de amparo constitucional, otra cosa es que la fórmula concreta empleada por el legislador de 1992 mereciese igual acogida por parte de la doctrina. En efecto, una parte importante de ésta criticó, abiertamente, el precepto por entender que la restricción de la categoría de la nueva causa de nulidad exclusivamente a los supuestos de lesión al «contenido esencial» de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, constituía una restricción injustificada, técnicamente incorrecta y de muy difícil determinación en cada caso concreto.

Ciertamente, aunque la crítica a la fórmula de la Ley 92 fue bastante amplia, no puede sin embargo desconocerse que, para un sector de la doctrina, la fórmula resultaba suficiente, probablemente atenta a los problemas prácticos que se podían derivar de una generalización de la misma. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, uno de los pocos a quien no resultaba del todo convincente la incorporación de la lesión de los derechos fundamentales como supuesto de nulidad, lo que propugna es una interpretación restrictiva del concepto de lesión del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales. Con ello estaba poniendo de manifiesto una de las dificultades reales del propio texto que es la vaguedad o imprevisión de que puede adolecer y que puede ser fuente de dificultades en su aplicación práctica⁴.

También FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵ puede situarse entre los autores para los que no merece especial reproche la restricción de las causas de nulidad a la lesión del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales en la redacción de la Ley 30/1992.

Por su parte, los autores que han criticado la fórmula de la Ley del 1992 lo hacían sobre la base de distintos argumentos. Por una parte, se señalaba la dificultad, innegable, de hacer la distinción entre lo que podía considerarse como el contenido esencial del derecho fundamental y lo que era contenido no esencial, adicional, conexo o como quiera llamarse. Pero, más allá de esta objeción práctica —y sin embargo muy real— a la introducción del concepto de lesión del contenido esencial, existían otras razones dogmáticas que justificaban la posición de los autores críticos. De una parte,

⁴ En Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La Ley de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, 1993, pag. 755.

⁵ En Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., 1997, pag. 623.

se decía que carece de sentido el hecho de que el Tribunal Constitucional puede declarar nulo por violación de los derechos y libertades protegidos, sin hacer disquisiciones en torno a si la lesión se ha producido en el contenido esencial del derecho o en el contenido accidental o adicional, en cambio la Administración tenga que entrar en esas distinciones⁶. El legislador, al establecer esta distinción de lo esencial y lo no esencial, habría configurado para el ámbito de la Administración un régimen específico del tratamiento de la invalidez que, en el plano del Tribunal Constitucional, aparece sin esa distinción cuando tiene que pronunciarse en un recurso de amparo.

Se aduce también que esta configuración de la Ley 30/1992 podía determinar contradicciones entre la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y la del Tribunal Constitucional. Los primeros podían encontrarse con actos anulables, por lesionar el contenido no esencial de un derecho fundamental, en los que habiendo transcurrido el plazo de interposición del recurso hubiesen de ser desestimados por falta de acción. Sin embargo, los afectados podían obtener del Tribunal Constitucional, en cuanto que éste no distingue entre el contenido esencial o adicional para otorgar el amparo que se le solicita, una sentencia declarando la nulidad del acto conculcatorio del derecho fundamental pese a que no afecte al contenido esencial del mismo⁷.

La doctrina ha apuntado así, con abundantes razones, las dificultades que se derivan del mantenimiento de la fórmula prevista inicialmente en el artículo 62 de la Ley 30/1992⁸.

⁶ Texto sobre derechos fundamenles.

⁷ El argumento es utilizado por Fernando GARRIDO FALLA y José M.^a FERNANDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995, págs. 183 y ss. En la misma línea se expresa Juan Manuel TRAYTER, en «Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos», en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, coordinada por Joaquín TORNOS, Ed. Bosch, 1994, págs. 347 y ss. Finalmente, y por no citar sino los que más han subrayado el argumento, Jesús JORDANO FRAGA, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 1997, págs. 161 y ss. y *passim*.

⁸ Además de los citados en nota anterior puede verse Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, 1993, pág. 258; Luciano PAREJO ALFONSO, aunque por razones más generales, que no cuestionan la posibilidad del supuesto de nulidad ni que la jurisprudencia pudiera concretar el alcance del mismo en su *Manual de Derecho Administrativo*, VVAA, Ariel 5.^a ed., 1998, pág. 732; del mismo autor puede verse el estudio sobre el concepto de contenido esencial mucho antes de la Ley 30/1992 en «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional», *REDC*, n.º 3, págs. 169 y ss.; Juan José LAVILLA RUBIRA, «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», en *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, coord. Benigno PENDÁS, Praxis, 1993, pág. 498; Carmen CHINCHILLA MARÍN, «Nulidad y anulabilidad», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993, coord. Jesús LEGUINA VILLA, págs. 196 y ss.; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, 1993, pág. 755.

Probablemente todos esos argumentos han llevado al legislador de 1999 a producir una modificación de la redacción del artículo 62 que amplía y extiende la nulidad a cualquier tipo de lesión de los derechos fundamentales, sin hacer distinción alguna entre lesión de contenido esencial o del contenido adicional.

En la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, bajo el número IV, se contiene una sucinta explicación del porqué de la modificación introducida. Se limita en la citada Exposición a mencionar que la expresión «contenido esencial» se elimina del 62.1 a) por considerar que la misma constituye, en realidad, una delimitación vinculante para el legislador de acuerdo con nuestra Constitución y, en cambio, en la Ley 30/1992 se emplea referida al ámbito de la lesión por actuaciones administrativas de los derechos y libertades susceptibles de amparo. Ciertamente, la explicación es o resulta insuficiente. Desde luego, es claro que, en primer término, la Constitución habla de contenido esencial en el artículo 53 como límite al legislador⁹; pero debería explicarse por qué se considera que ese límite al legislador no puede funcionar como límite para distinguir la naturaleza y alcance de la infracción de los derechos fundamentales, según se afecte o no al contenido esencial. En este sentido, podría haberse dicho que no parece conveniente, desde puras consideraciones de oportunidad o de técnica legislativa, que el límite constitucional al legislador opere también como límite para la determinación de lo que es nulo o de lo que es simplemente anulable, en la actuación de la Administración; añadiendo a esa posición las explicaciones pertinentes en torno, tal vez, a las dificultades que se siguen de hacer esa distinción en todos y cada uno de los actos administrativos que puedan, eventualmente, lesionar derechos fundamentales.

Pero nada de eso se dice, sin embargo, en la Exposición de Motivos. En ese sentido afirmar apodícticamente, y como único argumento de la citada Exposición de Motivos, que la expresión «contenido esencial» se refiere inicialmente en la Constitución a los límites que tiene el legislador en trance de hacer un desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, resulta una obviedad;

⁹ Vid. Luciano PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho Administrativo*, VVAA, Ariel, 5.ª ed., 1998, pág. 732, donde destaca ese carácter de límite al legislador que no se puede desconocer por nadie que esa función constituye el objetivo inicial del concepto de contenido esencial. Ahora bien, siendo ello así y pudiendo sostenerse que no es conveniente que tal límite opere como elemento de distinción entre lo nulo y lo anulable, de ahí no puede deducirse que la razón de ser inicial del concepto impida, en términos de Derecho, que el legislador pueda utilizarlo para otra finalidad —diferenciar lo nulo de lo anulable— como el citado autor admite al reflexionar sobre el papel de la Jurisdicción contencioso-administrativa para perfilar el concepto. Eso es lo que se reprocha a la Exposición de Motivos que dé como explicación de la modificación lo que no es sino una pura constatación de la función inicial del concepto de contenido esencial, pero que no impide que el legislador pueda asignarle otras en contextos distintos.

como también lo es decir que en el artículo 53 de la CE no se menciona para nada las lesiones que puedan cometer las Administraciones Públicas. Lo que falta en la Exposición de Motivos es una explicación de por qué se considera inconveniente extender los efectos de la distinción constitucional entre lo que es el contenido esencial o no de un derecho y libertad fundamental, a los criterios de determinación del tipo de invalidez en que incurre un acto administrativo.

Desde luego, hay razones que pueden abonar la conveniencia de hacer la modificación que finalmente introduce la Ley 4/1999; pero se puede reprochar al legislador el no haberlas hecho explícitas en la Exposición de Motivos. Habrá pues que contentarse con las posturas que a este respecto ha expresado la doctrina al criticar la introducción del término «contenido esencial»; posturas que, resultando plausibles e incluso lógicas, no son, sin embargo, completamente indiscutibles¹⁰.

III. EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El hecho de que la nueva Ley haya suprimido el término «contenido esencial» como criterio delimitador de la nulidad de los actos administrativos que lesionan los derechos y libertades fundamentales no excusa de hacer una reflexión sobre el alcance de la regulación actualmente derogada. La utilidad de tal reflexión se justifica, para empezar, en los problemas de Derecho transitorio tal y como ha quedado en la Ley 4/1999. Derecho que es el que ha de regir en relación con aquellos actos dictados hasta el momento mismo de la entrada en vigor de la Ley 4/1999 e incluso a los actos —lo que es cuestión que se presta al debate— que pongan fin a procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley. En todo caso, se ha de tratar de actos dictados bajo el imperio de las reglas de la transitoriedad que, sin afectar al contenido esencial de derechos y libertades fundamentales susceptibles de amparo, sí afecten, en cambio, a su contenido adicional.

En estos supuestos, a tenor de la Disposición Transitoria

¹⁰ A ese respecto puede verse, entre otros, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., 1997, pág. 623; también Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, 1993, pág. 755, o incluso el propio Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, 1993, pág. 258.

Segunda parecería que la Ley 4/1999 no resulta de aplicación, puesto que se rigen por la normativa anterior. De aquí se deduciría ya la utilidad de continuar profundizando en la reflexión acerca del sentido y alcance del contenido esencial en la perspectiva de las situaciones transitorias. Todo ello sin perjuicio de lo que, inmediatamente, se dirá con respecto al alcance de dicha transitoria.

Además, la profundización en torno a la distinción entre contenido esencial y no esencial, que para el futuro parece que puede perder una buena parte de su contenido y de su utilidad, tal vez la recobre, si se tiene en cuenta que, en ocasiones, la infracción o la lesión de un derecho fundamental puede resultar no directamente vinculada al contenido —esencial o no— del mismo derecho, sino a una regulación de desarrollo en la que están presentes, junto a elementos que tienen que ver con la regulación más directamente vinculada al desarrollo del mismo, otros elementos conexos —de carácter procedimental o formal— cuya interpretación o aplicación, en sí misma considerada, no deja de ser una interpretación de la legalidad ordinaria, no derivada de los derechos y libertades fundamentales.

Las interpretaciones que sobre cómputo de plazos, por ejemplo, puedan hacer la Administración o los Tribunales —plazos, por ejemplo, para la interposición de los recursos o para presentar una solicitud para estudiar en un determinado centro en la época en que se han de presentar las solicitudes de inscripción o preinscripción— han sido frecuente motivo de inadmisión de los recursos mismos y, naturalmente, ello puede entenderse que «afecta» al derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado como derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución. Sin embargo, a la vez, la interpretación de la legislación ordinaria de Enjuiciamiento Civil o procesal en general, o la interpretación que se haga de las normas de procedimiento en materia de plazos, puede entenderse que no es sino una interpretación de la legalidad ordinaria. En ese sentido, se puede suscitar la cuestión de hasta qué punto cuando esas interpretaciones se relacionan con derechos fundamentales —aunque su objeto no sea inmediata y directamente los mismos— lo que en principio es sólo interpretación de la legislación ordinaria no fundamental se transforma, por mor de su conexión con los derechos fundamentales, en interpretación que puede afectar a los mismos, directa o indirectamente, y por tanto determinar la nulidad de los actos¹¹. Resulta, así, de utilidad, por todas las razones apuntadas, profundizar algo más en la distinción que se hacía en la antigua redacción del

¹¹ En relación con esa cuestión puede recordarse que la afección a un derecho fundamental puede llegar a ser una cuestión de perspectiva. El embargo por razón de deudas de la cabecera de un periódico o de los bienes de una sociedad que se dedica a la radiodifusión o de un centro de enseñanza privada se puede considerar que no tiene como objeto el ejer-

artículo 62.1 a) por más que, para el futuro, haya de prescindirse, aparentemente, de esa terminología y, tal vez, de sus consecuencias. Tal vez se dice porque, sin duda, aparecerán otros problemas que nos lleven, aunque sea en un plano algo diferente, a distinguir lo que es el derecho fundamental en sí mismo, de lo que sólo es infracción de normas que sólo por conexión o indirectamente terminan afectando al derecho fundamental.

1. LA CUESTIÓN DE LA TRANSITORIEDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 4/1999

En cuanto a la cuestión de la transitoriedad señalada anteriormente, tal vez debería haber previsto la Ley 4/1999 una fórmula un poco más explícita acerca del tratamiento de las situaciones intermedias¹². En efecto, la fórmula de la Transitoria Segunda no resulta completamente satisfactoria. Recuérdese que la misma dice:

«Disposición Transitoria Segunda. Aplicación de la Ley a los procedimientos en tramitación.

A los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.

No obstante, sí resultará de aplicación a los mismos el sistema de revisión de oficio y de recursos administrativos regulados en la presente Ley».

De tal redacción podría también sostenerse que las previsiones sobre la transitoriedad de la Ley se circunscriben a las materias procedimentales. En consecuencia, dado que el artículo 62.1 a) no afecta a una cuestión de procedimiento propiamente dicha, sino a una cuestión relacionada con la determinación de qué actos son nulos o anulables, el régimen de éstos vendría regulado por la nueva Ley para todo tipo de actos dictados a partir del 14 de abril sea cual sea la fecha de iniciación del procedimiento. Se trataría, entonces, de una previsión legal de carácter sustantivo que no resulta del todo evidente que queda afectada por la Transitoria

cicio de un derecho fundamental aunque incida en él. La perspectiva procesal del embargo para satisfacción de deudas impide considerar el punto de vista del derecho fundamental. El proceso civil en el que se produce el embargo no versa sobre derechos fundamentales, aunque pueda tener repercusiones en el mismo, pero la perspectiva que se adopta en tal proceso nada tiene que ver con los derechos fundamentales involucrados. Sobre ello puede verse mi libro *El recurso de amparo y los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, 1981, págs. 97 y ss.

¹² Sobre el tema del Derecho transitorio puede verse F. CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, págs. 640 y ss. También A. HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, pág. 2189.

Segunda, que podría leerse en el sentido de que los «procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor» son los que no quedan afectados por la nueva Ley, salvo las previsiones en materia de revisión de oficio y recursos. Por consiguiente, al margen del procedimiento mismo, la cuestión consiste en saber el régimen sustantivo de la validez de los actos administrativos anteriores a la Ley.

La cuestión no resulta, sin embargo, clara, pues la transitoria segunda no dice propiamente que los preceptos relativos a procedimiento no se aplicarán a los ya iniciados antes del 14 de abril, sino que «a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma». Por tanto, no distingue entre preceptos relativos a procedimiento y preceptos relativos a régimen de los actos, sino que la fecha de iniciación de un procedimiento parece determinar, en bloque, la aplicación o no de la Ley nueva a dicho procedimiento y a todos los actos con él relacionados.

En todo caso, parecería que, hasta la entrada misma en vigor de la Ley, el 14 de abril de 1999, la lista de nulidades por la que se rigen los actos administrativos que se hayan podido dictar hay que buscarla, sin duda, en la versión original de la Ley 30/1992. En ese sentido la nueva Ley se aplicaría a los actos que se dicten a partir del 14 de abril de 1999 si los procedimientos de los que traen causa se han iniciado después del 14 de abril.

En consecuencia, en nuestra opinión, un acto dictado antes del 14 de abril de 1999 que dé lugar a un recurso administrativo, si bien iniciado éste con posterioridad a dicha fecha se rige, en cuanto al régimen material de las nulidades, por la Ley anterior, puesto que el acto es anterior al 14 de abril.

En esa misma línea, si lo que ocurre es que el procedimiento se ha iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/1999, pero cuando se dicta, posteriormente, el acto que pone término al mismo, tal acto lesiona el contenido adicional de un derecho fundamental, se suscita la cuestión de si habrá que entender, que, por más que el acto sea posterior al 14 de abril, el procedimiento—en cuanto que se ha iniciado antes de la Ley— determina que el régimen de nulidades sea el correspondiente a la Ley anterior.

Se podría sostener igualmente que el régimen sustantivo de las nulidades opera desde el 14 de abril con independencia de la aplicación de la Ley en los temas de procedimiento y por tanto que, en realidad, el régimen sustantivo de la nulidad o anulabilidad del acto producido se rige por la nueva legislación. El tema se presta a dudas que sólo la jurisprudencia del Supremo podrá despejar, si bien nuestra opinión es que, de acuerdo con la Ley 4/1999 —aunque no sea la mejor solución técnica— la fecha de iniciación del

procedimiento es la que determina el régimen sustantivo de las nulidades. Si es anterior al 14 de abril, es el régimen anterior el aplicable, si es posterior el nuevo es el que ha de aplicarse.

En todo caso, la previsión de la Transitoria Segunda de la Ley 4/1999 parece resultar insuficiente para regular los efectos sobre el régimen sustantivo de los actos. La regla tradicional de que el procedimiento iniciado se rige por las normas procedimentales anteriores a las modificaciones legales, tiene perfecta lógica y coherencia cuando se habla sólo de las normas de procedimiento, pero no cuando se trata de normas que afectan a las reglas de fondo para considerar la validez o invalidez de un acto y sus grados.

Lo que ocurre es que la Ley 4/1999 no ha establecido la distinción entre ambos tipos de normas. Desde luego parece absurdo que el principio de confianza legítima, por ejemplo, que introduce la nueva Ley no sea de aplicación a las actuaciones administrativas que se produzcan a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley; sin embargo, literalmente, lo que dice la transitoria segunda es que sólo es de aplicación a los procedimientos que se inicien después de la entrada en vigor de la Ley. Lo mismo ocurre con las normas sobre invalidez de los actos. La transitoria debió haber distinguido entre normas de procedimiento y las demás normas sustantivas. Al no hacerlo así ha introducido un elemento perturbador que ocasionará consecuencias indeseadas.

Aclarada, pues, la oportunidad de continuar la reflexión en torno a la distinción entre la lesión del contenido esencial de los derechos fundamentales y el adicional o conexo (así como sobre las críticas que sobre el concepto se han vertido, al objeto de determinar su aplicación en el período transitorio), procede extraer las consecuencias que puedan ser útiles para distinguir entre lo que es lesión de contenido de un derecho o libertad fundamental y lo que es lesión de una norma instrumental que sólo indirectamente tiene efectos sobre el derecho fundamental, analizando a continuación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto de contenido esencial y contenido adicional de derechos fundamentales, así como la validez de la crítica efectuada a la antigua redacción del artículo 62.1 a).

2. CONCEPTO DE CONTENIDO ADICIONAL Y ESENCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Son numerosas las sentencias en las que el Tribunal Constitucional se ha enfrentado a la cuestión de determinar en qué medida la infracción de las leyes de desarrollo de los derechos fundamenta-

les permite utilizar la vía del amparo y obtener la consiguiente protección del Tribunal Constitucional, cuando tales leyes, más allá de desarrollar o perfilar el contenido esencial, le dotan de contenidos adicionales no necesariamente impuestos por el texto constitucional. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la infracción de derechos conferidos por la legislación infraconstitucional que no perteneciesen al ámbito del contenido esencial de un derecho fundamental, no por ello dejaban de tener la misma protección que correspondiese al contenido esencial que la Constitución quería proteger frente al mismo legislador.

El argumento fue esgrimido en distintas ocasiones por la parte recurrida en distintos recursos de amparo especialmente en materias relacionadas con la libertad sindical. En este sentido, una de las sentencias que han tratado el tema es la 13/1997, de 27 de enero (Ponente García Mon y González Regueral), que se enfrenta a la cuestión de saber hasta qué punto las elecciones a delegados de personal y miembros de Comité de empresa y sus reglas, que no constituyen el núcleo esencial de la libertad sindical,

«pasan a engrosar el contenido del derecho, siendo, por tanto, los actos contrarios a tales facultades (las atribuidas por normas legales o reglamentarias) susceptibles de impugnación a través del recurso de amparo por incidir en el contenido de ese derecho».

Resulta, así, que por atribución de la Ley, o incluso por atribución del Reglamento, junto al «núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical» pueden aparecer «otras facultades o derechos adicionales» que son atribuidos por normas que se adhieren de forma inescindible al derecho mismo, al menos para su protección a través de la vía del recurso de amparo.

Se produce, así, al menos en la perspectiva del recurso de amparo, una especie de «bloque de la fundamentalidad» que permite entender que la lesión de las normas de desarrollo de los derechos y libertades fundamentales constituyen una violación del derecho mismo. Una cosa son, ciertamente, los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución y otra cosa el desarrollo que de ellos hagan las normas infraconstitucionales. Sin embargo, desde la perspectiva del recurso de amparo, la protección que se dispensa no es sólo al derecho fundamental tal como puede deducirse de la Constitución o de su desarrollo más directo e inmediato por las normas infraconstitucionales, sino también a aquellos elementos adicionales del derecho fundamental que, aun no perteneciendo a su núcleo mínimo o esencial, una vez establecidos, se incorporan al «bloque de la fundamentalidad» y merecen, por eso mismo, protección.

Ciertamente, el legislador podrá suprimir en su día, si así lo decide, esos elementos adicionales. Pero mientras subsistan en la legislación de desarrollo de los derechos y libertades fundamentales el grado de protección que merecen es exactamente el mismo que el del núcleo esencial del derecho y libertad de que se trate. Debe observarse que el contenido esencial del derecho fundamental puede ser objeto de desarrollo legal, sin que por eso la norma legal se esté refiriendo a elementos adicionales al contenido esencial; la norma infraconstitucional estaría concretando o precisando el contenido esencial de tal derecho organizándolo, ordenándolo y haciéndolo efectivo a través de una serie de previsiones que están al servicio del contenido mínimo o esencial, aunque tengan carácter procedimental o instrumental.

Distinto de ello es, sin embargo, el hecho de que, adicionalmente a ese contenido mínimo o esencial, que precisa también, sin embargo, de desarrollo y ordenación, se dé una regulación de elementos o instituciones adicionales que, en sí mismas, no pertenecen al núcleo o contenido mínimo del derecho fundamental ni lo desarrollan como complemento indispensable.

En ese sentido, en las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, podrían descubrirse elementos que se dirigen a desarrollar o perfilar el contenido mínimo o núcleo fundamental del derecho, y elementos que se dirigen a complementar, adicionar o añadir instituciones o elementos que enriquecen o hacen más extenso el derecho fundamental mismo, pero no son su complemento indispensable.

Respecto de los preceptos que desarrollan o concretan el contenido mínimo esencial, su grado de adherencia al derecho fundamental permite, desde luego y sin duda de ningún tipo, afirmar que su lesión puede ser entendida como una lesión directa del derecho fundamental mismo, tal como está previsto en la Constitución y que, por tanto, estos elementos se adhieren al derecho fundamental formando un bloque, que convencionalmente hemos denominado «bloque de la fundamentalidad» en aras de hacer más expresiva la idea. Pero en la regulación y desarrollo del derecho fundamental puede haber elementos nuevos que, no perteneciendo al contenido mínimo del derecho fundamental, sin embargo son establecidos por el legislador para ampliarlo o enriquecerlo, sin que constituyan lo que podríamos llamar su complemento indispensable. En rigor podría pensarse que estos elementos adicionales no pertenecerían al núcleo de la «fundamentalidad» de no ser por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha salido al paso de esa posible interpretación. Y podría considerarse, de no haber sido por dicha jurisprudencia, en la medida

en que el artículo 53.2 de la Constitución refiere la tutela de las libertades y los derechos a los reconocidos «en el artículo 14 y la Sección 1.^a del Capítulo II», además de la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Así pues, podía entenderse que la previsión constitucional se ciñe a los derechos fundamentales, tal y como son enunciados en el texto constitucional. También podía, desde luego, pensarse, además, en la extensión de la protección a aquellos desarrollos legislativos directamente vinculados al contenido esencial, pero que no supusieran elemento adicional —o complemento no indispensable— al mismo. En este caso el contenido esencial y el desarrollo legislativo del mismo forman un bloque inescindible. Tal sería el que hemos denominado «bloque de la fundamentalidad»; esto es, aquél que de modo natural, por estar ligado al contenido mínimo y esencial de los derechos fundamentales, hace que la infracción de las normas de desarrollo de los derechos fundamentales sea una infracción del derecho fundamental mismo.

Existiría, sin embargo, a tenor de la jurisprudencia constitucional reseñada, una segunda capa o estrato del «bloque de la fundamentalidad». Aquí se trataría no ya de las normas infraconstitucionales que directamente desarrollan, perfilan o concretan el contenido mínimo y esencial del derecho fundamental, sino aquellos elementos e instituciones o derechos adicionales que el legislador infraconstitucional, e incluso el Reglamento, haya decidido añadir al contenido mínimo y esencial enriqueciéndolo y ampliándolo, de tal manera que también estos elementos adicionales pertenecen al «bloque de la fundamentalidad», aunque fuese a un segundo nivel o en una segunda capa distinta y más alejada de su núcleo esencial.

Habría, finalmente, un tercer nivel, que es más discutible que pertenezca al «bloque de la fundamentalidad», y que tendría que ver con aquellas instituciones procedimentales o auxiliares que están al servicio, no sólo de la efectividad de los derechos fundamentales, sino de la efectividad de los derechos e intereses de los ciudadanos. Las infracciones de estas normas pueden comprometer la eficacia de los derechos fundamentales —es el caso de las normas sobre plazos de interposición de los recursos o caducidad de las peticiones—, pero no se trata de instituciones que estén sólo al servicio de los derechos fundamentales, sino, en general, al servicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y, por tanto, su infracción, al hacer una aplicación incorrecta, puede dudarse de si, propiamente, constituyen una infracción del derecho fundamental mismo.

La sentencia del Tribunal Constitucional 13/1997, de 27 de enero, antes citada, se refiere a la cuestión en los Fundamentos

Jurídicos III y IV. En el primero, después de recordar su doctrina acerca de que los Sindicatos, además del contenido mínimo e indisponible de la libertad sindical, pueden ostentar facultades o derechos adicionales atribuidos por las normas y protegidos por el recurso de amparo matiza que:

«Ello no significa, sin embargo, *la inclusión en el ámbito del derecho de libertad sindical de las normas electorales o en su conjunto o de todos los actos relacionados con el proceso electoral*; por el contrario, la violación del derecho fundamental se dará cuando se impida u obstaculice al Sindicato o a sus miembros participar en el proceso electoral por causas que no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos o intereses constitucionales que la norma legal o reglamentaria haya tomado en consideración al establecer la regulación del proceso electoral. Este derecho de configuración legal ha de ejercerse en los términos legalmente previstos (artículo 2.2.d, de la LOLS), y *no corresponde a este Tribunal cuál es la interpretación más correcta* de tal cuerpo normativo ni resultaría constitucionalmente obligado que estando en juego una garantía legal del derecho fundamental se incline *a priori* por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquél sino que basta con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho fundamental».

La transcripción ha sido algo extensa, pero puede merecer la pena subrayar la reflexión que se inicia en esta sentencia en orden a distinguir, aparentemente, lo que es el contenido del derecho y lo que son normas instrumentales. En el presente caso rotundamente afirma que las normas electorales no deben entenderse comprendidas dentro del ámbito del derecho, ni el conjunto de los actos relacionados con el proceso electoral. Ahora bien, la formulación es algo ambigua en cuanto que, tras decir eso y acto seguido, expresa que la violación del derecho se da cuando se impida participar en el proceso electoral por causas relativas a la interpretación de las normas infraconstitucionales o, incluso reglamentarias conectadas con la regulación del proceso electoral. Aunque el resultado al que llega el Tribunal sea contrario a su razonamiento transcrito, lo cierto es que en éste se considera que cuando se esté ante un derecho de configuración legal y aunque los actos de aplicación de tal norma legal puedan conectarse inmediatamente con la misma no se afectaría o lesionaría el derecho fundamental ni correspondería al Tribunal determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo.

La doctrina resulta, no obstante, algo imprecisa, y buena prueba de ello la constituye el propio Fundamento Jurídico IV, en el que el Tribunal entra a dar su propia interpretación acerca del ar-

título 71.2.a) del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 8.3 del Real Decreto 1.844/1994. Esta interpretación le conduce a un resultado diferente del que en su día había dictado la Jurisdicción Social cuya sentencia fue recurrida y dio lugar a la del Constitucional que ahora se comenta. La lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional pone de relieve que la interpretación que hace el supremo intérprete de la Constitución es de legalidad ordinaria, naturalmente con incidencia en el derecho fundamental, pero, desde luego, al interpretar el precepto la Jurisdicción Social se atuvo al sentido más inmediato y directo de las palabras¹³.

Por más que la sentencia, como vemos, concede el amparo, lo cierto es que abre una brecha importante, aunque sea como *obiter dicta*, en el alcance y extensión de las normas infraconstitucionales que desarrollan derechos fundamentales. La brecha se produce desde el momento en que se afirma que las normas infraconstitucionales que desarrollan lo que llama derechos y facultades adicionales no comportan la inclusión en el ámbito del derecho de libertad sindical —que era el derecho involucrado en el caso— de las normas electorales en su conjunto o de todos los actos relacionados con el proceso electoral. Incluso más, llega a mantener una posición de reserva en cuanto al análisis de la interpretación más correcta del cuerpo normativo infralegal. En esa afirmación del Fundamento Jurídico III parece latir una preocupación del Tribunal Constitucional por deslindar lo que es el ámbito del derecho y libertad sindical —ya sea en su núcleo esencial o contenido esencial mínimo y en su contenido adicional— de lo que es el conjunto de normas instrumentales o conexas, como en el caso son las electorales o el conjunto de los actos relacionados con el proceso electoral.

La distinción está claramente establecida por el Tribunal Constitucional y también los efectos que debe producir. Sin embargo, lo cierto es que en el Fundamento Jurídico IV parece olvidarse de las consideraciones del fundamento anterior para entrar de lleno en el análisis, tanto de los preceptos infraconstitucionales, como de las

¹³ En el caso concreto se trataba de si se cumplía la previsión acerca de que las candidaturas presentadas debían de comprender todos los puestos a elegir. Así ocurría al presentar la candidatura pero después de tal presentación alguno de sus componentes renunció y otros sindicatos participantes denunciaron que no se había cumplido con la norma que exige que las candidaturas para ser admitidas deben ser completas. El Tribunal Constitucional llega a decir, en contra de las sentencias de los órganos judiciales que fallaron el asunto, que el defecto que tenía la candidatura presentada y que consistía en que la candidatura no tenía tantos nombres como puestos a cubrir era un defecto subsanable a tenor del artículo 8.1 del Real Decreto 1844/1994. Ciertamente, la interpretación de lo que es defecto subsanable o no parece pertenecer al ámbito de la legalidad ordinaria y a eso que en el Fundamento Jurídico III parecía haber excluido el Tribunal del ámbito del derecho de libertad sindical, cuando afirmaba que no todas las normas electorales o los actos relacionados con el proceso electoral pueden considerarse incluidos dentro del ámbito de la libertad sindical.

actuaciones o interpretaciones hechas por los distintos organismos que fueron interviniendo en el proceso. Y lo hace con una postura de activismo bien lejana de la postura de distanciamiento que afirma que debe mantenerse en el Fundamento Jurídico III.

Si la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional fuese expresiva de una doctrina firme y segura habría que considerar que en el concepto protegido por el recurso de amparo no entra sólo el contenido esencial y, adicionalmente, los derechos y facultades configurados por la legislación infraconstitucional, sino incluso aquellos otros elementos instrumentales o conexos que directa o indirectamente tienen que ver con el derecho que se contempla.

Pero si las consideraciones que se contienen en el Fundamento Jurídico III significan algo, quieren decir, en todo caso, que (al margen del contenido protegido por el amparo —el contenido mínimo y el contenido adicional—) el Tribunal parece dudar, cuando menos, acerca de si las normas instrumentales o conexas deben entrar sin más «en el ámbito del derecho de libertad sindical» y, por tanto, aparentemente no serían susceptibles de amparo o al menos respecto de las mismas el Tribunal adoptaría una posición de deferencia ante la actuación de los Tribunales ordinarios.

No es esto último lo que ha ocurrido, pero el hecho de que se dedique todo un Fundamento Jurídico a reflexionar sobre ello, pone de relieve la existencia de alguna vacilación en la consistencia interna de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la extensión del amparo y respecto a la posibilidad de que cubra todo tipo de normas infraconstitucionales.

En todo caso, y en lo que aquí interesa, lo cierto es que el Tribunal Constitucional en la citada sentencia reiteró la doctrina que ya había sentado en sus sentencias 39/1986, 184/1987, 61/1989, 9/1988 de 25 de enero y 51/1988 de 22 de marzo.

3. SOBRE LAS CRÍTICAS AL LÍMITE, QUE AHORA SE DEROGA, ACERCA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES COMO DETERMINANTES DE LOS VICIOS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Tras la exposición que se ha hecho del sentido que tiene el contenido esencial de los derechos fundamentales, no tanto en relación con la posición del legislador respecto a la Constitución en trance de desarrollar los derechos y libertades fundamentales, sino en trance de determinar si el recurso de amparo previsto en el artí-

culo 53.2 se refiere a los derechos y libertades fundamentales, tal y como son formulados en la Constitución o tal y como son desarrollados y cumplimentados por la normativa infraconstitucional, deben recordarse las críticas que más arriba se han transcrito y que, probablemente, han motivado la reforma de la Ley.

Desde luego, las críticas citadas no carecen de razón. Pero sería exagerado decir que tienen toda la razón o que constituyen la única verdad posible al respecto. La opción que ahora se ha hecho es una opción técnicamente posible, que puede reducir una parte de las dificultades, aunque, probablemente, no todas, pero que en todo caso no pueden reivindicar para sí la absoluta coherencia con una dogmática de las nulidades.

Para empezar nada hay, probablemente, más discutible que la teoría de las nulidades en el Derecho público. Como en su día recordó el Profesor SANTAMARÍA PASTOR, el origen histórico de las nulidades en el Derecho Romano y en el Derecho intermedio, al menos hasta los Comentaristas, no es el fruto de una construcción dogmática que partiese de presupuestos lógicos indiscutibles que se fueran desarrollando según el método de una construcción sistemática. Por el contrario, respondían a una visión pragmática que atendía a los problemas con concepciones tópicas, que sólo mucho más adelante, a partir de los Comentaristas, empezarán a tratar de sistematizarse con arreglo a algunos criterios que introduzcan algún tipo de orden. En el ámbito del Derecho público uno de los principios acuñados al respecto responde a la idea del carácter limitado de los supuestos de nulidad frente a la generalizada de los vicios de anulabilidad.

No obstante, lo cierto es que en ámbito del Derecho público difícilmente puede pretenderse establecer una rígida dogmática en esta materia, ni en cuanto al fundamento del carácter restrictivo de la nulidad ni, posiblemente, en cuanto al sentido, alcance y efectos de la misma que resulta, en su regulación, en muchas ocasiones contradictoria como enseguida veremos.

De todo ello, debería seguirse una aproximación al tema que no pretenda deducir consecuencias inevitables e inesquivables desde axiomas que se dan como supuestos pero que resultan contradictorios con la práctica diaria.

En primer lugar, merecería considerarse que el carácter restrictivo de la nulidad en el ámbito del Derecho público probablemente constituye una especie de antídoto de uno de sus presupuestos: el principio de legalidad. Si en el ámbito privado la autonomía de la voluntad hace que la ley opere como un límite que no puede ser traspasado y que, por tanto, cuando ese traspaso se produce, el vicio ha de ser, salvo que otra cosa se diga, un vicio de nulidad, tal

concepción no puede regir en un Derecho público que parte de una cierta concepción en torno al principio de legalidad como fundamento del actuar de la Administración. Este principio sigue presente en dicha actuación administrativa, aunque haya experimentado una importante reinterpretación a consecuencia de la multiplicación de tareas que se imponen a un Estado configurado como social y democrático de Derecho y la imposibilidad de que la ley descienda al detalle de decisiones que han de quedar muy abiertas¹⁴. Tal Estado, en efecto, exige de la Administración atender necesidades y procurar satisfacción en los más variados campos; ello hace difícil que la ley pueda ofrecer un soporte acabado y definitivo al actuar de la Administración, de modo que ésta se tenga que limitar a efectuar una especie de subsunción lógica donde la premisa mayor se encontrará siempre, indefectiblemente, en la ley, limitándose a encajar la premisa menor, extraída de los datos de la realidad, para obtener la conclusión.

Las cosas no funcionan, sin embargo, realmente así. El legislador en muchos campos se limita a trazar un programa dejando que sea la Administración la que lo complete de acuerdo con criterios legales abiertos. Corresponde, así, a la Administración una postura más activa, aunque siempre vinculada, por su postura de servicialidad a los intereses generales y a la objetividad, amparada en las leyes y orientada por principios generales del Derecho que vinculan toda la actuación administrativa. El principio de legalidad sigue estando, así, en la base del actuar de la Administración, pero, en ocasiones, la cobertura de tal principio se limita a orientaciones y directrices muy generales y el instrumento en que las mismas se contienen no es sólo el Reglamento o las Leyes, sino que a veces aparece directamente en la propia Constitución.

En estas condiciones, y pese a esa reconsideración del principio de legalidad, es lo cierto que el mismo sigue presente en el actuar administrativo, de lo que podía seguirse —si se aplicasen las técnicas civiles— que toda actuación de la Administración en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico incurriría en un vicio de nulidad radical y absoluta. Eso supondría transplantar al ámbito administrativo la misma lógica que preside la actuación de los particulares inspirados en la autonomía de la voluntad y para los que las normas limitativas o prohibitivas no pueden ser traspasadas sin incurrir en nulidad; pero, a cambio, el particular encuentra un reconocimiento total de la licitud de su actuación mientras no tropiece con tales normas prohibitivas. Esto es justamente lo que no

¹⁴ Vid. Luciano PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, págs. 70 y ss.

sucede con la Administración, pues su actuar está siempre orientado y marcada por el servicio al interés público que proclama el artículo 103 de la Constitución («sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»).

En estas condiciones de sometimiento pleno al Derecho —frente a la inicial libertad de los particulares— encuentra, probablemente su razón de ser el distinto tratamiento de la nulidad en el ámbito de la actuación administrativa. Si a la Administración se le aplicase la perspectiva del Derecho privado en torno a la nulidad, la consecuencia sería la de nulidad de toda actuación contraria a las normas de Derecho, pues todas ellas son algo más que un límite externo, pues son fundamento de la actuación administrativa que debe ser respetado y, por tanto, si no lo es, acarrearía la consecuencia de la nulidad.

En esta perspectiva, se comprende que la regulación administrativa de la nulidad, aplicando un sistema de causas tasadas de nulidad, no pueda concebirse, sin más, como una categoría dogmática, que es así porque responde a la naturaleza de las cosas y que no puede ser de otra manera. La alternativa para determinar concretas causas de nulidad deja al legislador un margen para incluir en el ámbito de las causas tasadas de nulidad aquellas que, lógicamente, le parecen más graves o relevantes. Nada hay que oponer, por consiguiente, a que la primera causa que haya incluido el legislador de 1992, sea la lesión de los derechos fundamentales. Al contrario, no puede sino alabarse porque implica un compromiso del Estado con el orden de valores y libertades que proclama la Constitución y que, no ya en cuanto valores, sino en cuanto derechos, «vinculan a todos los poderes públicos» a tenor de las previsiones del artículo 53.1 de la Constitución.

Ahora bien, por esa misma razón puede pensarse que todo lo que tiene que ver con el contenido «esencial» del derecho —y con las normas de desarrollo de tal contenido esencial— puede pertenecer de forma natural al ámbito de las causas de nulidad. No resulta, sin embargo, tan claro que aquello que pertenece a un contenido adicional y disponible para el legislador, hasta el punto de que puede incluirlo o no en el desarrollo del derecho fundamental, no pueda también excluirlo del ámbito de las causas de nulidad.

Ciertamente, al hacer esta reflexión, no se escapan las dificultades que se siguen de la introducción de la distinción entre lo que es contenido esencial y lo que no lo es; y por tanto no se quiere decir que sea inoportuna la extensión de las causas de nulidad a todo tipo de lesión de los derechos fundamentales prescindiendo

de tal distinción entre lo que es esencial y lo que no lo es. Lo que quiere decirse es que algunas de las críticas realizadas al texto de la legislación anterior se hacían desde presupuestos excesivamente dogmáticos¹⁵ o que parecían entender que, en materia de nulidades, todo estaba muy claro y que no había más que una sola opción posible.

La nueva formulación del artículo 62.1 a) resulta perfectamente asumible, pero ello sin necesidad de echar a volar las campanas de la coherencia dogmática. Pues, probablemente, nada haya más necesitado de coherencia que la ordenación de las nulidades en el ámbito del Derecho público.

Así, resulta insuficiente el argumento de que el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al definir el contenido de la sentencia de amparo, establezca como uno de los pronunciamientos la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos y libertades protegidos, para de ahí deducir que la antigua redacción del 62.1 a), limitando la nulidad a la afección al contenido esencial resulta contradictoria con esa previsión de la LOTC. En efecto, nada hay más ambiguo en el uso de la terminología legal que el concepto de nulidad o anulabilidad, especialmente en el ámbito procesal. Así, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tanto la vigente como la anterior, cuando tienen que definir el contenido de la sentencia utilizan la terminología de que la misma «anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido». Nadie ha dudado de que en ese concepto de «anulará» entran no solamente los supuestos de anulación propiamente dicha sino también las declaraciones de nulidad.

De otro lado, el supuesto vicio de nulidad de las infracciones o lesiones de los derechos fundamentales o libertades públicas resulta incoherente con las inadmisiones de los recursos de amparo que se producen transcurrido el plazo de veinte días previsto en el artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Si algo parece expresar el concepto de nulidad es el de la imprescriptibilidad del vicio, de forma que su apreciación pueda hacerse en cualquier tiempo y el pronunciamiento sobre la misma debería ser previo a cualquier otro tipo de pronunciamiento incluido el de la inadmisibilidad¹⁶.

¹⁵ Ese puede ser el caso de Jesús JORDANO FRAGA, en *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 1997, págs. 161 y ss., o del propio José M.^a FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995, págs. 239 y ss.

¹⁶ *Vid.* sobre ello Juan A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, I.E.A., 1972. También Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La nulidad de los actos administrativos*, Caracas, 1979, págs. 113 y ss.

La pureza dogmática de la idea de las nulidades tropieza con la realidad de una regulación que no parece responder a las exigencias conceptuales de la idea de nulidad. Basten las consideraciones anteriores para argumentar acerca de que la oportunidad de establecer un concepto de nulidad que comprenda cualquier tipo de lesión de los derechos y libertades fundamentales puede hacerse desde muchos puntos de vista, pero no siempre es el mejor el de una supuesta pureza dogmática en la concepción de la nulidad en el Derecho público¹⁷. La inadmisión de recursos de amparo por el Tribunal Constitucional por haber pasado el plazo de veinte días es una prueba de la contradicción entre la teoría de las nulidades y la realidad con sus exigencias de seguridad jurídica.

La supresión de la referencia al «contenido esencial» en el nuevo artículo 62.1 a) tendrá como consecuencia superar, al menos parcialmente, ese debate sobre la oportunidad de limitar la nulidad a la lesión del contenido esencial de los derechos.

A partir de abril de 1999 ya no parece tener sentido la discusión. Sin embargo, la cuestión no dejará de suscitar derivaciones más o menos conexas. En el examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha visto cómo surgen cuestiones colaterales a los derechos fundamentales en los que parece suscitarse el problema de si propiamente la lesión se produce directamente al derecho fundamental o sólo indirectamente a través de una aplicación más o menos equivocada de la ley. Una inadmisión a trámite de una solicitud de matrícula en un Instituto o en una Universidad, por haberse presentado fuera de plazo, afecta al derecho a la educación, pero en realidad lo infringido directa e inmediatamente no es el derecho a la educación como tal. Sin embargo, eso mismo ocurriría en la sentencia sobre los requisitos de las candidaturas en las elecciones sindicales y la interpretación de cuando se habían presentado candidaturas completas y se vio como el Tribunal Constitucional, pese a sus *obiter dicta*, entró a interpretar la legalidad ordinaria dentro de un recurso de amparo y, por tanto, considerándola materia propia de los derechos fundamentales.

Ésa parece ser una orientación a tomar en cuenta, pero, probablemente, en algún lugar hay que poner el límite y para ese menester ha podido resultar interesante recordar el debate sobre el contenido esencial como límite de la nulidad de determinados actos.

¹⁷ Vid. también Margarita BELADIEZ, *Validez y eficacia*, Pons, 1994, con una interpretación más flexible de la tensión entre seguridad jurídica y validez al analizar las distintas técnicas de conservación de los actos administrativos.

IV. SOBRE LA OPORTUNIDAD PERDIDA DE HABER ACLARADO EL APARTADO F) DEL ARTÍCULO 62.1 DE LA LEY 30/1992

Como es sabido, el apartado f) de la Ley 30/1962 del artículo 62.1 introduce en nuestro Derecho como causa de nulidad un supuesto bien plausible en el que, ya sea mediante resolución expresa, ya sea mediante silencio administrativo, se adquieren facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. La introducción de este precepto no puede merecer sino alabanzas, especialmente en lo que se refiere a los efectos que el silencio administrativo positivo puede producir respecto de solicitudes que no habiendo dado lugar a una resolución expresa generan derechos en favor de personas que no tenían los requisitos para obtenerlas.

Sin embargo, la redacción legal abría más de una interrogante que podía haber sido despejada con ocasión de modificar el artículo que comentamos. En efecto, la letra f) citada empieza por hablar de los actos expesos o presuntos «contrarios al ordenamiento jurídico». De ello se sigue, o podría seguirse, que hace falta que el acto presunto viole algún precepto de nuestro ordenamiento jurídico, violación que no se precisa qué alcance tiene, sino que parecería que cualquier contradicción con el ordenamiento encajaría en el primer inciso de la letra f) que comentamos. Bien es verdad que, acto seguido, constriñe la contradicción al ordenamiento jurídico a aquellos supuestos en los que se adquieren facultades o derechos, para acabar expresando lo que en realidad constituye el núcleo esencial de la infracción: el carecer de los requisitos esenciales para su adquisición.

Aquí parece radicar el núcleo esencial de la contradicción con el ordenamiento jurídico; el hecho de que quien adquiere los derechos o facultades carezca «subjetivamente» de los requisitos necesarios o esenciales para su adquisición. Ahora bien, si ello es así, debería buscarse una redacción más feliz que suprima la impresión de que la nulidad exige la concurrencia acumulativa de dos requisitos: el primero, cualquier contradicción con el ordenamiento jurídico en materia relativa a adquisición de facultades o derechos y el segundo, carecer de los requisitos esenciales para su adquisición.

En realidad, es la carencia de los requisitos para adquirir los derechos lo que convierte su adquisición por acto expreso o presunto en un acto contrario al ordenamiento jurídico. Si esto es así, como parece serlo, debería haberse aprovechado la ocasión para hacer la reforma de la letra f) del artículo 62.1.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 102

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo artículo 102 modificado por la Ley 4/1999 contiene una reordenación general del mismo con algunas aportaciones destacables, como es, singularmente, la previsión expresa de la revisión de oficio de las disposiciones generales a que se refiere el artículo 62.2.

Más allá de esta notable modificación, probablemente la más destacada del artículo que se comenta, lo cierto es que se contienen retoques no solamente formales, sino también sustanciales al artículo y que merecen alguna reflexión adicional.

En el número primero hay que destacar el énfasis que se pone en algo que, por otra parte, ya estaba perfectamente asumido por la jurisprudencia y la doctrina, como es el carácter obligatorio del ejercicio de la revisión de los actos nulos, que en realidad configura tales potestades de revisión, como una auténtica acción de nulidad. En segundo lugar, merece la pena destacar la introducción en el texto de la Ley de la exigencia de que el Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma se trate de un Órgano «equivalente» con la significación que ello puede tener.

En lo que se refiere al número segundo del 102, el mismo contiene la innovación más radical, aunque sólo sea aclaratoria, de la nueva Ley como es la relativa a la introducción de la revisión de las disposiciones de carácter general.

También en su número tercero se contiene una importante innovación, aunque sea de corte menor, como es la relativa a la posibilidad de inadmitir *a limine* determinado tipo de solicitudes de revisión.

En el número cuarto se establece una nueva redacción de la posibilidad de resolver el procedimiento con pronunciamientos en torno a las indemnizaciones que procedan, fundamentalmente ligada a la introducción de la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general.

Finalmente, se establece una nueva redacción de las consecuencias del transcurso del plazo para resolver, que supone una innovación que merece algunas consideraciones.

Éstas son, sumariamente, las innovaciones que se contienen en el artículo que se comenta y que son objeto de las consideraciones subsiguientes.

II. EL NUEVO NÚMERO 1 DEL ARTÍCULO 102 DE LA LEY

1. EL CARÁCTER NECESARIO DE LA REVISIÓN DE LOS ACTOS NULOS Y EL ARTÍCULO 106

El nuevo número 1 del artículo 102 contiene dos novedades de distinta importancia. De un lado, se enfatiza el carácter obligatorio de la revisión de los actos nulos de pleno Derecho. Frente a la fórmula anterior (también consagrada en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en la que el término que se empleaba para expresar la habilitación que tenían las Administraciones públicas era el verbo «podrán»), en la nueva redacción se ha sustituido por una fórmula más vinculante y compulsiva como es la expresión «declararán de oficio», con la que se quiere expresar la obligación para las Administraciones públicas de proceder a tal declaración de nulidad de los actos que incurran en alguno de los supuestos previstos en el artículo 62.1.

La redacción puede parecer, desde luego, acertada, aunque tal vez era innecesaria, dada la interpretación jurisprudencial y doctrinal que hace mucho tiempo había llegado a la conclusión de que no era un «podrá» facultativo, sino simplemente habilitante y expresivo de que las Administraciones Públicas no quedan vinculadas por los actos nulos que ellas mismas hayan podido dictar. El «podrá» significaba, entonces, que la prohibición general de ir contra los propios actos no constituía un límite para las Administraciones públicas en el supuesto de los actos nulos¹⁸. Ahora bien, no sólo es que no estén ligadas por sus actos propios las Administraciones públicas. Es que, además, como aclaró una reiterada jurisprudencia, están obligadas a efectuar la declaración de nulidad, puesto que se trata de un vicio radical y absoluto que, si alguna significación tiene, en su distinción con la anulabilidad, precisamente es el del carácter obligatorio y necesario de su declaración, entre otras cosas.

La nueva Ley no hace, por tanto, sino recoger la interpretación común que había venido teniendo el precepto, tanto en la versión del artículo 102 de la Ley 30/1992, como en la precedente del 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

La modificación puede considerarse en ese sentido positiva, aunque, como acaba de razonarse, no estrictamente necesaria. Por otra parte, el empleo del término «declararán» no priva de su apli-

¹⁸ *Vid.*, sobre el tema por todos, el fundamental estudio de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad», *RAP*, 20, págs. 69 y ss.

cación al artículo 106 de la Ley 30/1992, que en este punto no ha sido modificada por la Ley 4/1999, y que establece los límites generales de las facultades de revisión, conectados con la seguridad jurídica y la equidad. La idea de «facultades» que en este último artículo se emplea podría dar a entender que se caracterizan como meras posibilidades de hacer o no hacer que quedan a la discreción de la Administración pública.

En ese sentido, podría entenderse que el carácter obligatorio de la declaración de nulidad («declararán de oficio») hace inaplicable —al artículo 102 nuevo— los límites que con carácter general aparecen en el citado artículo 106. En realidad, en este punto, debería considerarse, que la sustitución del «podrán» por el «declararán de oficio» no implica ninguna alteración de la aplicabilidad del artículo 106 de la Ley 30/1992 a las «facultades de revisión» que se contienen en el artículo 106.

Éste, que tal vez hubiera merecido algún retoque, como luego se dirá, por razones ajenas a las que ahora estamos considerando, se estaba refiriendo, sin duda alguna, en la versión original de la Ley 30/1992 —y también en la versión de la LPA—, a todo el capítulo primero relativo a la revisión de oficio. Las «facultades de revisión» a que aludía el artículo 106 eran todas las comprendidas en los artículos anteriores, ya fuesen facultativas u obligatorias. Es más, como es conocido, la revisión de los actos anulables, configurada en el artículo 103, había abierto la posibilidad de entender que se había creado una especie de «acción de anulabilidad»¹⁹ que no quedaba restringida por los estrechos límites del plazo de impugnación del recurso ordinario. Por tanto, algunos pudieron entender que la revisión de los actos anulables era también obligada a partir de la previsión contenida en el número 6 del artículo 103 que aplicaba las técnicas del silencio administrativo a los supuestos de transcurso del plazo sin acordar ninguna decisión en la materia y que, por tanto, parecía abrir la vía a la ulterior impugnación en vía contencioso-administrativa. Ahí cobraba un especial sentido la limitación del artículo 106, en contra de una mecánica configuración de una acción de anulabilidad, que quedaría interferida por los límites del artículo 106, si es que se entendía que efectivamente se había querido configurar como tal.

¹⁹ No hay completa coincidencia en la doctrina sobre la existencia de esa acción; así, Fernando GARRIDO FALLA y José M.^a FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995, pág. 239 y ss., critican abiertamente esa especie de acción de anulabilidad que parecería haberse configurado en la Ley 30/1992. Por su parte, en sentido contrario a que, en realidad, se haya creado tal acción puede verse Rafael GÓMEZ-FERRER, «La revisión de oficio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993, págs. 304 y ss.

Pues bien, fuese o no esa la intención del legislador de 1992, lo cierto es que, en trance de calificar la capacidad de revisar sus propios actos, el artículo 106 empleaba el término de «facultades de revisión» como por cierto hacía también, originariamente, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

En definitiva, en la intención del legislador el artículo 106, en cuanto a los límites de las posibilidades de revisión de oficio, se refería a todos los preceptos –incluido el artículo 102– por más que pudiese prestarse a discusión si la potestad del 102 consistía propiamente en una facultad o en una obligación en la redacción original de la Ley 30/1992. Por cierto, lo mismo que había sucedido con la redacción del artículo 109 –interpretado como obligación– en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

2. LA EXIGENCIA DEL CARÁCTER EQUIVALENTE DEL ÓRGANO CONSULTIVO AUTONÓMICO

Mayor importancia tiene, probablemente, la introducción en este número primero del artículo 102 de la exigencia de que el Órgano Consultivo que haya de informar en los procedimientos de nulidad sea «equivalente» al Consejo de Estado en las respectivas Comunidades Autónomas.

Ciertamente, podría pensarse que esa exigencia de equivalencia estaba ínsita en la intención del legislador. El término empleado por la Ley 30/1992 era el de «Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere». De esa redacción podía desprenderse ya que no se trataba de cualquier Órgano Consultivo, es decir, por ejemplo, la asesoría jurídica de una Consejería, sino de un Órgano Consultivo que tuviese el carácter, precisamente, de Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma. Resulta por tanto que, incluso en la perspectiva original de la Ley 30/1992, no valía cualquier Órgano Consultivo de cualquier Consejería o unidad administrativa. Debería de ser precisamente un Órgano Consultivo «de la Comunidad Autónoma». Ello exigía que tal carácter le hubiese sido atribuido por una norma con el rango adecuado que calificase al Órgano Consultivo, precisamente, de Órgano Consultivo de la Comunidad y no de cualquier unidad de la misma.

No obstante, la explicitación de la «equivalencia» que se contiene en la nueva redacción parece ir algo más allá. No se saldría solamente al paso de la posibilidad de que se pretendiera satisfacer el requisito del artículo 102.1 de la Ley 30/1992, con la admisión de un dictamen por cualquier Órgano Consultivo, de cualquier nivel orgánico, sino que se apunta a la exigencia, probablemente,

de que la estructura y naturaleza del Órgano Consultivo de que se trate sea equivalente a la del Consejo de Estado.

Con ello, no se están poniendo en cuestión, ni pueden ponerse, las facultades organizatorias de las Comunidades Autónomas para crear sus propios Órganos Consultivos de carácter autonómico, pero sí se está indicando, sin duda, que en la organización de ese Órgano Consultivo deberán satisfacerse algunas exigencias mínimas, que sean garantía de la autonomía orgánica y funcional que es la característica más notable del Consejo de Estado en la forma que está definido en la Ley de 22 de abril de 1980.

Esta exigencia de equivalencia puede ser fuente de algunas dificultades en la aplicación del precepto²⁰. La autonomía orgánica y funcional del Consejo de Estado tiene una lógica y una tradición que se ajustan y corresponden con el nivel estatal en el que el Consejo de Estado desarrolla sus funciones y la tiene, además, en relación con la función de garantía que supone la interposición del dictamen del Consejo de Estado en estos procedimientos de revisión de oficio. Podemos plantearnos, sin embargo, la cuestión acerca de si sólo con una estructura parecida o semejante a la del Consejo de Estado puede garantizarse la citada autonomía orgánica o funcional. Podemos también plantearnos si es exigible que todas las Comunidades Autónomas que lo deseen, si quieren cumplir el requisito de la equivalencia, tenga que montar Órganos Consultivos de la misma dimensión, importancia y coste económico que el Consejo de Estado²¹. Parecería que se hace necesario buscar una solución de compromiso entre garantizar la autonomía orgánica y funcional, de una parte, y evitar, de otra, una mimética reproducción cuantitativa y cualitativa de los mecanismos al servicio de esa autonomía orgánica y funcional²².

La cuestión que suscita la nueva redacción del artículo 102 en este aspecto puede plantearse en dos planos completamente diferentes. Uno, en el plano de la constitucionalidad y de la debida obser-

²⁰ Sobre el tema puede verse el número sobre el Consejo de Estado de la Revista *Documentación Administrativa* y en el que varias colaboraciones se dedican al tema de los órganos autonómicos. Así, Francisco LÓPEZ MENUDO, «El Consejo de Estado como presunto modelo de los Órganos Consultivos autonómicos», págs. 265 y ss.; Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, «Las competencias del Consejo de Estado y los criterios de inferencia de competencias necesarias de los Consejos Consultivos Autonómicos», págs. 305 y ss., o Antonio EMBID IRUJO, «Los principios jurídicos necesarios en la organización y funcionamiento de los Consejos Consultivos Autonómicos», págs. 335 y ss.

²¹ Francisco LÓPEZ MENUDO, «El Consejo de Estado como presunto...», cit., considera inviable el método de la comparación de las características del Consejo de Estado y sus réplicas autonómicas, pág. 283 y ss.; en la página 296 se esfuerza por centrar su indagación en el rasgo de la autonomía orgánica y funcional y en cómo puede ser satisfecha por los Órganos Consultivos autonómicos.

²² También Antonio EMBID IRUJO, en «Los principios jurídicos...», se esfuerza en identificar los rasgos que deben respetarse con las debidas modulaciones en págs. 343 y ss.

vancia por las Comunidades Autónomas de la legislación básica estatal o de la plena del procedimiento común —en este caso la legislación básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y la legislación sobre Procedimiento Administrativo Común—. Otro, en el plano de la aplicación concreta de la revisión de oficio por las Comunidades Autónomas tras el dictamen de los Órganos Consultivos que en virtud de sus leyes propias hayan puesto en pie.

Conforme al primer plano puede ocurrir que una determinada legislación autonómica, estableciendo su Órgano Consultivo con competencia para informar en los procedimientos de revisión de oficio de los actos nulos, provoque la reacción del Gobierno de la Nación por entender que no se ajusta al concepto de «equivalencia» que figura en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992 en la redacción dada por la Ley 4/1999. Se abre, en esta perspectiva, un amplio campo para el debate en torno a los criterios conforme a los cuales el Tribunal Constitucional podría entender que se han violado las bases establecidas en la Ley 30/1992 por una legislación autonómica que configure un Órgano Consultivo con competencias para emitir dictamen con respecto a la declaración de nulidad de actos administrativos y que no responda a las exigencias de equivalencia que se puedan deducir del artículo 102 de la Ley 4/1999.

También podría darse la circunstancia de que el Tribunal Constitucional se vea enfrentado a dilucidar si un órgano al que se atribuye la competencia consultiva en materia de nulidad se ajusta a las bases del Estado, cuando la cuestión se plantea por la vía de la cuestión de constitucionalidad que pueda plantear cualquier órgano judicial. Se trataría de aquellos supuestos en que la parte afectada por una declaración de nulidad hecha por el procedimiento de revisión de oficio suscitase la cuestión de la invalidez misma del procedimiento de declaración de nulidad, en cuanto tal procedimiento hubiese omitido el trámite preceptivo de la interposición de un órgano «equivalente» al Consejo de Estado. Tal omisión se daría, no sólo en los casos en que no existiese dictamen previo, sino también en aquellos en que, existiendo tal dictamen, se considerase que el órgano que lo haya emitido no es «equivalente» al Consejo de Estado por no reunir los requisitos de identificación que pueden venir exigidos por la Ley 4/1999.

El segundo plano a que antes nos referíamos es el de la aplicación práctica de la Ley 4/1999, con ocasión de revisiones de oficio en que las partes suscitasen la nulidad del procedimiento ante los Tribunales ordinarios por inexistencia de dictamen de órgano «equivalente». En realidad, en estos últimos supuestos ningún margen quedaría a los Tribunales ordinarios, fuera de la cuestión

de constitucionalidad anteriormente tratada, para decidir si el Órgano Consultivo que emite el dictamen es o no es «equivalente». Una vez que el legislador autonómico interviene para poner en pie un Órgano Consultivo y atribuirle funciones de intervención en el procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos, los Tribunales no tienen sino que aceptar tal Ley o plantear la cuestión de constitucionalidad, si entendiesen que una pretensión de nulidad del procedimiento mismo de revisión de oficio de un acto previo nulo, depende de la circunstancia de si el órgano designado por la legislación autonómica es efectivamente el «equivalente» al Consejo de Estado.

En cualquiera de los dos planos en que nos situemos, la cuestión se reconduce pues, inevitablemente, al Tribunal Constitucional. Éste, enfrentado a la cuestión de decidir si el Órgano Consultivo autonómico es equivalente al Consejo de Estado, tendrá que empezar por valorar que el propio artículo 102.1 no exige que se trate de la misma ni de idéntica Institución. La referencia a la «equivalencia» deja un cierto margen de adaptación al legislador autonómico, que debe ser observado con una disposición de deferencia por parte del Tribunal Constitucional. Sólo aquellas organizaciones consultivas que de forma evidente no respondan a la exigencia de autonomía orgánica y funcional podrán dar lugar a un pronunciamiento constitucional en contra de la atribución a dicho órgano de la función de dictaminar en los procedimientos de declaración de nulidad de los actos administrativos.

Naturalmente que podría pensarse que en la intención del legislador no estaba introducir un criterio tan exigente en torno a las características del Órgano Consultivo que en sede autonómica haya de emitir el dictamen de que aquí se trata. Sin embargo, la introducción de ese término no es inocua y responde a un designio de apurar las exigencias legales en torno a las características que debe de tener el citado órgano, en línea con lo que había manifestado una cierta doctrina no siempre pacíficamente aceptada²³.

La organización de los Órganos Consultivos autonómicos ha de presentar unos rasgos característicos suficientes como para entender que la autonomía orgánica y funcional queda preservada; pero esos rasgos no pueden implicar ni una copia servil del Consejo de Estado propiamente dicho ni una regulación que pierda de vista las circunstancias propias de cada Comunidad Autónoma. Naturalmente, tampoco puede perderse de vista que

²³ Así, en David V. BLANQUER CRIADO, *Consejo de Estado y Autonomías*, Tecnos, 1994, pág. 71 y *passim*. También puede verse Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en «Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992», *RAP*, 130, págs. 205 y ss.

la regulación debe garantizar en todo caso un mínimo de autonomía orgánica y funcional que permita afirmar que el Órgano Consultivo cumple la función de garantía de los particulares que la interposición de su dictamen tiene en la filosofía del artículo 102 de la Ley.

III. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS

La Ley 4/1999 ha modificado el artículo 102 introduciendo un nuevo número referido a las disposiciones generales y a su declaración de nulidad. Es éste uno de los aspectos que dio lugar a una serie de reflexiones doctrinales acerca de si la Ley 30/1992 había excluido la posibilidad de revisión de oficio de tales disposiciones.

Como es sabido, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 había incurrido en un problema similar al referirse en el artículo 109 a «los actos enumerados en el artículo 47». Con esa referencia a los «actos» parecían dejarse fuera las «disposiciones». Sin embargo, en apoyo de la idea de que el artículo 109 era omnicompresivo de actos y disposiciones estaba la circunstancia de la remisión al artículo 47 *in toto*, dado que, en efecto, tal artículo 47 se refería a actos y disposiciones en sus números 1 y 2, respectivamente.

En cambio la redacción en la Ley 30/1992 del artículo 102, con remisión expresa solamente al número 1.º del artículo 62, es decir, sólo a los actos administrativos nulos, replanteaba de nuevo la cuestión acerca de la posibilidad de revisión de las disposiciones nulas.

La doctrina más autorizada se decantó, desde el principio, por entender que la interpretación que había de darse en este aspecto al artículo 102, número 1, no podía ser diferente de la que en su momento se había dado al artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Los argumentos utilizados a ese respecto fueron del más diverso signo. Desde la incoherencia que supone la proclamación de una nulidad de las disposiciones administrativas que no tiene a su servicio procedimiento administrativo alguno para hacerla valer, hasta la subsistencia de la Orden de 12 de diciembre de 1960²⁴. También la doctrina del Tribunal Supremo apoyó con rotundidad la idea de la procedencia de la remisión de oficio de las disposiciones generales.

Sea como fuere, y dejando aparte otros posibles argumentos

²⁴ *Vid.*, entre los autores que han tratado el tema, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., 1997, págs. 215 y ss. También Rafael GÓMEZ-FERRER, «La revisión de oficio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico...*, cit., págs. 289 y ss.

que hubiesen podido utilizarse en torno a la existencia de esa posibilidad de accionar para declarar la nulidad de las disposiciones de carácter general, lo cierto es que la Ley 4/1999, con pleno acierto, ha venido a cubrir ese vacío normativo, en línea con lo que desde hace ya tiempo había dicho la jurisprudencia y la mejor doctrina²⁵.

En este punto, por tanto, no puede sino mostrarse plena conformidad con la introducción expresa del reconocimiento de la plena aplicación del artículo 102 a la revisión de oficio de las disposiciones generales que incurran en los vicios de nulidad previstos en el artículo 62.2.

Dicho eso, sin embargo, no puede dejar de señalarse que la introducción de dicha posibilidad se hace con una restricción, que pueda resultar inquietante, a la vez que, probablemente, carente de todo sentido.

En efecto, el nuevo número 2 excluye la «solicitud del interesado» como uno de los mecanismos de puesta en marcha de la potestad revisora de oficio de las disposiciones de carácter general que incurran en el vicio de nulidad. Adicionalmente, cuando se habla en el número 2 de las potestades de revisión, se vuelve a utilizar el «podrá», que en el pasado había engendrado las consabidas dificultades. Así pues, si en lo que hace a los actos las Administraciones «declararán de oficio la nulidad», cuando de disposiciones se trata sólo se habla de que «podrán». El cambio de verbo es ahora más significativo por la deliberada utilización del futuro vinculante en el número 1, frente al «podrán» que parece sólo habilitante. De ahí lo inquietante de la omisión unida a la diferenciación terminológica²⁶.

La omisión de la iniciativa particular en el número 2 del artículo 103 no es fruto de la imprevisión o inadvertencia, sino que resulta plenamente deliberada como pone de manifiesto la lectura de la Exposición de Motivos cuando se refiere en su apartado V a las modificaciones que ha experimentado el artículo que se comenta en donde se dice con una cierta exageración que

«se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas, que no opera en ningún caso como acción de nulidad».

Dejando aparte el hecho de que lo que ocurre es que la introducción de la revisión de las disposiciones nulas se hace de forma expresa, pues nunca ha estado excluida en la práctica del ámbito

²⁵ Vid., también sobre ello Jerónimo AROZAMENA, «Comentarios al Título VII de la Ley 30/1992», *RAJ* 140, pág. 77 y ss.

²⁶ Sobre ello Luciano PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho Administrativo*, VVAA, Ariel, 5.ª ed., 1998, pág. 741. La jurisprudencia distinguía el efecto de la vinculación al dictamen del Consejo de Estado según se tratara de disposiciones generales o de actos; con respecto a las disposiciones negaba la vinculación al dictamen favorable a la nulidad.

de posibilidades de revisión, lo cierto es que llama la atención la preocupación por indicar, en la Exposición de Motivos de la Ley, que la revisión de oficio no juega como «acción de nulidad». Tal precisión no puede tener otro significado que el de excluir la posibilidad de que, ante una eventual solicitud por parte de un particular para proceder a la revisión de una disposición de carácter general, se pueda impugnar ante los Tribunales su eventual denegación por parte del particular que ha visto rechazada su pretensión.

Lo que no acaba de entenderse es que la «acción de nulidad» exista en relación con los actos administrativos y, en cambio, no exista en relación con las disposiciones. Nulidad por nulidad parece más relevante aquella que afecta un instrumento que tiene un potencial dañino muy superior como son las disposiciones generales. En ese sentido, si un interesado plantea o solicita la revisión de una disposición de carácter general, se entiende bien que se pueda rechazar si carece de fundamento. Lo que no se entiende es que, si tiene pleno fundamento, se excluya de antemano la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad de aquello que no debe producir ningún efecto. Tampoco se entiende que se prive al particular de poder acudir a los Tribunales para pretender que el acto administrativo denegatorio de la revisión de oficio de una disposición nula pueda ser impugnado, a su vez, en sede jurisdiccional, ya sea para declarar su nulidad obligando a la Administración a pronunciarse sobre el fondo, ya sea para, directamente, pronunciarse sobre la nulidad del Reglamento por el propio Tribunal.

La inoportunidad de esta exclusión de una especie de «acción de nulidad» contra las disposiciones de carácter general tiene aún menos sentido, a la vista de la nueva regulación contenida en la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998. En efecto, la previsión de una cuestión de ilegalidad en el artículo 123 de la misma, que posibilita la generalización de los pronunciamientos judiciales dictados en el seno de procedimientos de impugnación indirecta de Reglamentos, mediante la declaración de nulidad de la norma, ponen de manifiesto la preocupación por facilitar la plena eficacia de los pronunciamientos judiciales que afecten a la validez de las normas.

Esa preocupación, a la que ha sido sensible la nueva Ley 29/1998, resulta contradicha por la expresa exclusión de una acción de nulidad que debía perseguir el mismo efecto, esto es, permitir que el concepto de nulidad que se predica de las disposiciones de carácter general sea, en efecto, una real y efectiva nulidad que tiene a su servicio los mismos instrumentos de que gozan los particulares para la efectividad de la nulidad de los actos administrativos.

Es verdad que una generalización indiscriminada de la acción de nulidad puede hacer inútil el plazo de dos meses que la nueva Ley prevé en relación con la impugnación de disposiciones de carácter general en su artículo 46, pero eso mismo ocurre respecto de la nulidad de los actos. Además, no puede olvidarse que una cosa es la impugnación directa de disposiciones que deja de estar abierta a los interesados cuando transcurre el plazo fatal previsto en el referido artículo, y otra es la posibilidad de instar directamente de la propia Administración sus facultades revisoras al amparo del artículo 102.2, las cuales no permiten al particular acceder directamente a la Jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto que exige la previa decisión de la Administración que la adoptará con todas las garantías de la existencia de un dictamen previo del Consejo de Estado.

Así pues, en este punto, no puede compartirse la redacción del artículo 102.2 al excluir la iniciativa de los particulares interesados para la promoción del procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones de carácter general nulas. No puede compartirse, desde luego, desde el punto de vista teórico, fundamentado en la idea de que la gravedad de la subsistencia en el ordenamiento jurídico de una disposición de carácter general nula es mayor que la que pueda derivarse del mantenimiento de un acto administrativo nulo. En tal sentido, no deberían cerrarse las puertas a las posibilidades de impugnación de iniciativa particular.

Pero tampoco puede compartirse la exclusión de una acción de nulidad de las disposiciones de carácter general que estuviese basada en razones puramente pragmáticas consistentes en un eventual aumento de la litigiosidad ante los Tribunales Contencioso-Administrativos.

Para empezar, no resulta verosímil pensar que la configuración de una acción de nulidad de las disposiciones generales venga a aumentar el número de recursos pendientes ante los Tribunales²⁷, cuando los particulares tienen a su disposición una vía de impugnación indirecta de los Reglamentos, configurada con carácter general desde la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 56 y reforzada, en cuanto a sus efectos, en este momento por la cuestión de ilegalidad regulada en el artículo 123 de la Ley 29/1998.

Pero es que, además, esa finalidad práctica resulta en todo caso

²⁷ Sobre el tema de las disposiciones puede verse Monserrat CUCHILLO, «La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC», en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, coordinada por Joaquín TORNOS, Ed. Bosch, 1994, págs. 373 y ss.; también Rafael GÓMEZ-FERRER, «La revisión de oficio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico...*, cit., págs. 290 y ss.

incongruente con los propios presupuestos conceptuales de la nulidad que presionan de una u otra forma para la generalización de la citada acción.

En este sentido, el artículo 107, n.º 3, de la Ley 30/1992 establece la regla de la competencia de los órganos que dictaron las disposiciones de carácter general para conocer de los recursos que se fundan en la nulidad de tales disposiciones. Esta especie de recurso *per saltum*, cuya competencia no corresponde al órgano que eventualmente debía resolverlo, sino al órgano titular de la potestad reglamentaria, pone de relieve la sensibilidad del legislador hacia la realidad de un vicio de nulidad de las disposiciones que dota de una peculiar singularidad a las acciones y recursos en contra de éstas. Es verdad que ese recurso *per saltum* habrá de interponerse dentro de los plazos legales previstos al efecto, pero pone de manifiesto la realidad de un vicio que, por afectar a disposiciones de carácter general, provoca un trastocamiento de las reglas habituales en materia de competencia.

En esas condiciones poco hubiera costado la configuración de la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general como una auténtica acción de nulidad abierta a los interesados.

La nueva Ley parece que ha pretendido dar apoyo legal a alguna jurisprudencia que arranca de la sentencia de 7 de mayo y de 5 de octubre de 1992, que había sido denunciada por la doctrina²⁸ como restrictiva de las posibilidades de revisión de las disposiciones de carácter general en cuanto negaba la posibilidad de que el silencio o la denegación expresa de la revisión abriesen la vía a la revisión jurisdiccional del acto denegatorio.

La restricción de las posibilidades de revisión de las disposiciones de carácter general a la pura iniciación de oficio parece consagrar esa línea jurisprudencial, lo que no parece del todo afortunado. Aún más, puede pensarse que la lógica de la nulidad que se predica de las disposiciones de carácter general debería ser capaz de superar el obstáculo de la pura literalidad del precepto, para permitir en la práctica un control de las decisiones administrativas denegatorias de eventuales solicitudes de revisión de disposiciones generales que, aun no previstas en el ordenamiento jurídico, si se producen, deberían ser respondidas por la Administración en un sentido u otro y en todo caso abiertas a su ulterior impugnación ante los Tribunales.

²⁸ Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., 1997, pág. 217.

IV. ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS TITULARES DE LAS FACULTADES DE REVISIÓN

En este punto las previsiones del artículo 102 de la Ley 30/1992 deben entenderse completadas por lo dispuesto en el ámbito de la Administración del Estado por la Ley de 14 de abril de 1997.

De acuerdo con su Disposición Adicional decimosexta, el criterio, en orden a las competencias de revisión de oficio, consiste en situar la misma en el escalón jerárquico inmediatamente superior al del órgano que produjo el acto que se trata de revisar. Con ello, la Ley de 14 de abril ha configurado un modelo distinto del que en algún momento parecía propugnar alguna doctrina en orden a que las facultades de revisión correspondían al propio órgano autor del acto o disposición que se revisa. Todo ello no resulta alterado por la modificación que la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de «acompañamiento», ha introducido en el artículo 12.2 i) de la LOFAGE, al reconocer a los Ministros la competencia para «revisar de oficio los actos administrativos», pues eso no añade –ni quita– nada a la competencia que a los Ministros, al Consejo de Ministros o a los Secretarios de Estado ya les reconocía, y les sigue reconociendo, la adicional 16.^a de la misma Ley.

Salvo en el supuesto de actos que proceden del Consejo de Ministros, en el que por lógica él es el único competente para la revisión de sus propios actos, en todos los demás supuestos la competencia se atribuye al inmediatamente superior. Así, respecto de los Ministros el competente para la revisión es el Consejo de Ministros. Respecto de los Secretarios de Estados y órganos directivos del Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado el competente es el Ministro. Los Secretarios de Estado son competentes respecto de los actos dictados por los órganos directivos que de ellos dependen.

La única cuestión que se plantea en orden a la competencia revisora tiene que ver con la circunstancia de que las previsiones de la Disposición Adicional decimosexta de la Ley de 14 de abril de 1997 se contraen a los actos administrativos, dejando sin precisión si el mismo criterio se aplica para las disposiciones de carácter general; precisión que tampoco ha introducido la modificación señalada de la Ley 50/1998, que sigue refiriéndose a los actos administrativos en exclusiva.

Ha de reconocerse, en este punto, que ningún criterio orientativo tenemos en nuestro ordenamiento en torno a la competencia. Sin embargo, la propia previsión de la Disposición Adicional decimosexta parece conducir a la constatación de una cierta desconfianza hacia las facultades revisoras ejercidas por el propio órgano

que incurrió en el vicio que se quiere revisar. La idea que subyace en la citada disposición consiste, justamente, en situar en el escalón inmediatamente superior la competencia para la revisión. Ello no impedirá, naturalmente, que el órgano que ha incurrido en el vicio pueda proponer directamente la revisión, pero no será él quien la acuerde. Con esta técnica no se limitan las facultades de revisión —puesto que puede proponerlas el propio órgano, como se acaba de decir— pero en cambio se amplían las posibilidades de que el superior pueda promover la revisión de oficio.

Ese mismo esquema debería funcionar en relación con las disposiciones de carácter general. Si algún sentido puede tener la aplicación analógica de las normas es sin duda en éste y, por consiguiente, debería llegarse a la conclusión de que la competencia para las revisiones de oficio de las disposiciones de carácter general viene determinada por la misma Disposición Adicional decimosexta.

Tratándose de Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales, no puede sin embargo decirse lo mismo, dado el carácter no básico de la LOFAGE. En este caso la competencia deberá ser fijada por su ordenamiento propio. No puede excluirse, sin embargo, el hecho de que, en ausencia de una previsión expresa en dichos ordenamientos, pueda aplicarse con carácter supletorio la legislación estatal en esta materia.

V. LA INADMISIÓN A *LIMINE* DE LAS PETICIONES DE LOS INTERESADOS SOBRE REVISIÓN DE LOS ACTOS NULOS

La Ley 4/1999 ha introducido un nuevo número 3 que viene a sustituir, al menos parcialmente, al antiguo número 2 del artículo 102 en la redacción original de la Ley 30/1992. El nuevo número establece oportunamente la posibilidad de acordar motivadamente la inadmisión a trámite de aquellas solicitudes formuladas por los interesados sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado.

En su anterior redacción podía parecer que cualquier resolución que se produjera en este procedimiento exigía «en todo caso» «dictamen previo del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere». En esas condiciones, cuando el procedimiento se iniciaba a instancia de un particular, podía parecer que, por disparatada que fuese la pretensión, no había más remedio que elevar la consulta al supremo Órgano Consultivo.

Aunque, ciertamente, se podía sostener que esa conclusión no se derivaba estrictamente de la redacción de la Ley anterior, es lo cierto que parece muy oportuna una previsión como la que se con-

tiene en el nuevo número 3.º. Una cosa es que la Administración esté obligada a decretar la nulidad de los actos que incurren en ese vicio y que no se configure como una pura facultad discrecional como inicialmente pudo entenderse en función de la redacción de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y otra muy distinta que tenga necesariamente que atender toda solicitud y poner en marcha un procedimiento, que, desde el principio, sabe perfectamente que ha de conducir a la desestimación de la pretensión²⁹.

En ese sentido, la nueva redacción del número tercero deja meridianamente claro que el órgano competente para la revisión no queda vinculado a iniciar sin más el procedimiento, conservando su libertad de decisión en cuanto a la resolución final. Por el contrario, en aquellos casos que se prevén en el número 3 queda liberado de la necesidad de poner en marcha el procedimiento de revisión de oficio sin requerir el dictamen del Consejo de Estado.

Los supuestos que se contienen en el citado número 3 son bien plausibles, puesto que, en definitiva, consisten en que la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 62, carezcan manifiestamente de fundamento, así como cuando ya se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Por lo que respecta a la primera causa de inadmisión, la única dificultad que puede suscitar consiste en saber si se aplica cuando, formalmente, no se invoca ninguno de los apartados del artículo 62 de la 30/1992 o si es de aplicación, en supuestos en que, aun invocándolos, resulte evidente que la causa de nulidad invocada no encaja en las letras que se citan.

Desde luego, ninguna duda cabe de que si no se invoca siquiera alguna de las causas de nulidad del artículo 62 —entre las que debe incluirse por cierto la cláusula de apertura que discurre bajo la letra g)— entonces la inadmisión a trámite de la solicitud se encuentra suficientemente justificada. Podría argumentarse, en contrario, que la falta de invocación de una letra concreta del artículo 62 no impide la obligación de admitir el recurso a trámite cuando, aunque sea sin mención de letra, se menciona una causa de nulidad que sea perfectamente identificable con las que se contienen en el referido artículo 62. De ahí resultaría que no se trataría tanto de exigir el cumplimiento de unas fórmulas rituales propias de una especie de procedimiento formulario romano, en el que sólo la repetición de las fórmulas de la Ley habilitaría para

²⁹ En ese sentido se había pronunciado Rafael ENTRENA CUESTA, «La revisión de oficio de los actos administrativos por causa de ilegalidad», en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, coordinada por Joaquín TORNOS, Ed. Bosch, 1994, pág. 344.

poner en marcha el procedimiento, sino que se trataría de que la causa de nulidad invocada fuese perfectamente identificable o asimilable a alguna de las causas de nulidad del artículo 62, sin necesidad de especial esfuerzo interpretativo.

Como se ve, se abre aquí un cierto margen a la interpretación. De una parte, cabe una interpretación rígidamente literalista o formularia que conduciría a que la falta de invocación de alguna de las letras o causas concretas, repetida con sus propias palabras, del artículo 62 puede conducir, sin más, a la inadmisión de la solicitud.

De otro lado, habría otra tendencia dirigida a exigir que cuando la causa que se invoca pueda encajarse en alguna de las letras del artículo 62 o en cualquiera de sus números, el órgano competente esté obligado a poner en marcha el procedimiento, correspondiéndole a él la obligación de analizar en cuál de las letras o números concretos puede ser encajado el vicio denunciado. En estas condiciones pesaría sobre el órgano administrativo la obligación de analizar la solicitud sustituyendo con sus propios criterios la ausencia de clara determinación de la letra en que se puede ubicar el vicio por parte del solicitante.

En estas condiciones, parece que habría de optarse por una posición intermedia, si bien más próxima a la primera. Es decir, debería exigirse del solicitante una formulación inequívoca de la causa concreta de nulidad que, si no hiciera mención expresa de la letra o el número concreto del artículo 62, al menos permitiera de una forma clara, inmediata y terminante conocer a qué causa concreta de nulidad se está refiriendo el solicitante sin necesidad de hacer un análisis profundo del escrito de solicitud ni del acto al que se refiere.

Debería bastar con una lectura inmediata y superficial del escrito para que el órgano pueda percatarse de la causa de nulidad en la que se pretenda encuadrar el vicio que se denuncia.

Pudiera ocurrir que una solicitud, inadmitida a un particular por no reunir el requisito de basarla en alguna causa explícita de nulidad del artículo 62, dé lugar, con posterioridad, no sólo a poner en marcha el procedimiento, sino incluso a darle una solución favorable si se repite la solicitud con invocación concreta de la causa que ampara la solicitud. Pero ello no obsta a entender que la primera inadmisión pudiera estar perfectamente ajustada a Derecho, pues ese requisito formal simplemente pretende poner una carga sobre las espaldas del particular que debe, en todo caso, cumplirlo si quiere poner en marcha el procedimiento de revisión. Naturalmente que la Administración siempre podrá, aun cuando dicha carga no haya sido cumplida satisfactoriamente, poner en marcha el procedimiento si, a su juicio, le parece evidente que hay motivos suficientes para hacerlo. Pero también está habilitada para

denegar, *a limine*, la solicitud por incumplimiento de los requisitos exigidos por el número 3 del artículo 102.

La referencia a la causa segunda de inadmisión —que la solicitud carezca manifiestamente de fundamento— podría solaparse con la primera, si se le da a esta última una interpretación algo más flexible que la pura interpretación literal, como acaba de sostenerse. Sin embargo, la segunda causa de inadmisión tiene perfecta autonomía respecto de la primera, aun en el supuesto de que se le dé la lectura algo más flexible a que antes nos hemos referido. En efecto, puede en el escrito de solicitud mencionarse la causa de nulidad identificándola por la letra o con la descripción textual que de la misma se contiene en alguna de las letras del número 1, del artículo 62, y, sin embargo, resultar evidente que el acto a que se refiere la solicitud no incurre manifiestamente en el vicio denunciado. Resultaría, así, que se cumpliría perfectamente con la designación de la causa, pero resulta evidente que la causa invocada nada tiene ver con la realidad de los hechos relativos al acto al que se refiere la solicitud. Parece, por tanto, que la segunda causa de inadmisión tiene perfecta autonomía con respecto a la primera, aunque presente, como por otra parte siempre puede ser lógico, algunas zonas de confluencia de ambas. En este sentido, no puede dejar de recordarse que el artículo 93.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contiene en sus letras b) y d) una distinción similar en torno a la falta manifiesta de fundamento y al hecho de que el motivo o motivos invocados en el escrito de interposición del recurso no se encuentren comprendidos entre los que se relacionan en el artículo 88. A tal efecto, no cabe duda que la doctrina del Tribunal Supremo sobre esa causa de inadmisión del recurso de casación será perfectamente trasplantable a la inadmisión de que aquí se trata.

Finalmente, la tercera causa que permite inadmitir la solicitud consiste en la previa desestimación en cuanto al fondo de otras solicitudes sustancialmente iguales. La cuestión en este punto radica en que la previa desestimación en cuanto al fondo de otras solicitudes excluye, a nuestro juicio, que el fundamento de la inadmisión sea la existencia de otros previos acuerdos de inadmisión por los dos motivos anteriormente citados. El presente motivo consiste, no en una carencia manifiesta de fundamento, sino en una desestimación producida en cuanto al fondo después de haber seguido todo el procedimiento de revisión de los actos nulos. Esos precedentes, que pueden servir de fundamento a la inadmisión, deben consistir en resoluciones sobre asuntos sustancialmente iguales que hayan sido adoptadas después de seguir todo el procedimiento y, por tanto, después del dictamen del Consejo de Estado. Quiere decir ello que el

órgano competente habrá hecho ya una reflexión ponderada y acabada sobre el problema que se le plantea y ha llegado a una conclusión. Si esa conclusión a la que llegó en un asunto sustancialmente igual coincide con el dictamen del Consejo de Estado, se da la plenitud de condiciones para que se produzca la inadmisión *a limine* de que trata el número 3 del artículo 102. Pero, incluso en el supuesto de que la decisión del órgano competente se haya adoptado en contra del parecer del Consejo de Estado acerca de la nulidad, podrá considerarse que no es preciso iniciar todo el trámite de consulta al Consejo de Estado, puesto que, tratándose de un asunto sustancialmente igual, la opinión de éste ya ha sido manifestada en su momento. El órgano competente la tiene plenamente presente y su vinculación parcial al dictamen del Consejo de Estado no le obliga dictar una resolución anulatoria en contra de su propio parecer. En este último supuesto, es decir, cuando el órgano competente conociendo de un asunto, y conociendo el parecer del Consejo de Estado, ha dictado ya una resolución oponiéndose a la declaración de nulidad, se hace innecesario iniciar toda la tramitación de la revisión de oficio, para, al final, tener que apartarse de nuevo del parecer del Alto Cuerpo Consultivo.

Naturalmente que esas decisiones de inadmisión son perfectamente recurribles como actos administrativos que son. Sus posibilidades de éxito en vía contencioso-administrativa serán muy limitadas cuando estemos ante alguna de las causas de inadmisión que figuran en los dos primeros lugares del número 3. Serán en cambio más amplias cuando se trate de una causa de inadmisión fundada en la desestimación en cuanto al fondo de otras solicitudes sustancialmente iguales. Especialmente cuando la desestimación en cuanto al fondo no haya sido todavía convalidada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; también, cuando esa desestimación en cuanto al fondo se haya hecho en contra del parecer del Consejo de Estado. En cambio, tendrá más posibilidades de no prosperar cuando se haya dictado de acuerdo con el parecer del Consejo de Estado.

VI. SOBRE EL MANTENIMIENTO DE LOS ACTOS FIRMES Y LA INDEMNIZACIÓN CON OCASIÓN DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTOS O DISPOSICIONES GENERALES

Debe recordarse que, además de reconocerse explícitamente la procedencia de la revisión de las disposiciones generales, reviste también cierta importancia el añadido final que se contiene con referencia a que la determinación de las indemnizaciones que proceda co-

nocer se entiende «sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma».

Esta previsión tiene su importancia en un doble sentido. En primer lugar en cuanto acota el alcance de la nulidad en un sentido que venía siendo tradicional en nuestro Derecho, en cuanto que lejos de admitirse que lo que es nulo no produce absolutamente ningún efecto³⁰, el principio de la seguridad jurídica lleva a entender que los actos firmes dictados en aplicación de una disposición que es nula subsistan y produzcan, sin embargo, todos sus efectos. Ésa era justamente la previsión que contenía en su momento el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. La Ley 30/1992, al haber suprimido el recurso contra las disposiciones de carácter general, prescindió de la referencia relativa al alcance de la estimación del recurso con la previsión de que subsistieran los actos firmes dictados en aplicación de la misma³¹. El recurso indirecto contra reglamentos reconocido en el artículo 107 de la Ley 30/1992 no permite otra cosa, según puede deducirse del tenor literal de la Ley que en este punto no ha sido modificada —a pesar de haber alterado la redacción del artículo 107—, que la anulación del acto que se recurre.

Esto es lo que ha recobrado la Ley 4/1999, aunque haya sido de una forma tangencial con ocasión del tratamiento de las indemnizaciones que procedan en relación con los procedimientos de declaración de nulidad en vía de revisión. En efecto, el reconocimiento en la Ley de la subsistencia de los actos firmes que se hubiesen dictado en aplicación de la disposición declarada nula, da cobertura legal al mantenimiento de actos dictados al amparo de disposiciones que son nulas de pleno Derecho³². La precisión parece que era conveniente que se contuviera en la Ley, para dejar claro que el acto dictado en aplicación de una disposición nula, que viola por ejemplo lo dispuesto en una norma de rango superior, no tiene que ser de distinta condición que el acto que, directamente, infringe dicha norma superior. Las razones de la nulidad de las normas tienen que ver con el efecto que produce su incorporación al ordenamiento jurídico en contra de lo dispuesto en la Constitución o en otras normas de rango superior. Pero los actos dictados en su aplicación violan las normas superiores de la misma forma que podía hacer un acto administrativo dictado sin la interposición de un Reglamento

³⁰ Sobre el tema general de la nulidad y su sentido puede verse Juan A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, I.E.A., 1972.

³¹ Vid. Fernando GARRIDO FALLA y José M.ª FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995, pág. 256 yss.

³² En el plano constitucional nuestro Tribunal Constitucional llegó a una conclusión idéntica en la Sentencia 45/89, de 20 de febrero, sobre inconstitucionalidad de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

ilegal. En este último supuesto el reproche que podía merecer el acto administrativo podía ser nada más que el de anulabilidad y no se ve por qué, tratándose de actos administrativos firmes, debe merecer un tratamiento distinto cuando se anula la disposición administrativa que aplicaban.

El segundo aspecto que merece destacarse, en relación con la introducción de la referencia a la subsistencia de los actos firmes, es el del alcance de las indemnizaciones a que el precepto se refiere. En efecto, alguna doctrina ha hablado de que las indemnizaciones de que se trata son las derivadas del propio proceso de declaración de nulidad de los actos administrativos —y a partir de la nueva Ley de las disposiciones de carácter general—. Sin embargo, las razones que motivaron la introducción de una previsión respecto de la indemnización de las lesiones que hubiesen podido producirse no tiene por qué considerarse que excluyen la posibilidad de que las lesiones sean, no sólo las causadas por la propia declaración de nulidad, sino las causadas por el acto o la disposición nula que posteriormente se anulan.

Es decir, el daño o lesión ha podido ser causado tanto por los primeros actos o disposiciones, como por la decisión de declarar la nulidad de los mismos. No habría, así, por qué limitar las consecuencias de la declaración relativa a las indemnizaciones procedentes en favor de los interesados. Más bien habría que pensar, a tenor de la introducción del último inciso a que nos acabamos de referir, que la Ley está pensando tanto en unas como en otras. En efecto, más bien parecía inclinarse alguna reflexión doctrinal al respecto porque la indemnización se refería a las consecuencias que se derivaban de la declaración de nulidad. Sin embargo, la referencia al mantenimiento de los actos firmes dictados en aplicación de la previa legislación parecería indicar la posibilidad de indemnizar las consecuencias lesivas del acto o la disposición nula, sin perjuicio del mantenimiento de los actos firmes dictados en aplicación de la misma; pero los no firmes, pero ejecutados, habrán producido perjuicios que habrá que indemnizar a favor de quienes no se hayan aquietado.

VII. SOBRE LA CADUCIDAD Y EL SILENCIO EN LA LEY 4/1999

El antiguo número 4.º del artículo 102 de la Ley 30/1992 ha sido sustituido por un número 5.º que altera sustancialmente su sentido con unas consecuencias que no pueden valorarse positivamente en este caso.

En efecto, si en la redacción anterior el transcurso del plazo

para resolver se entendía como un supuesto de silencio negativo, el actual número 5.º hace una distinción –que antes no se hacía– según si el procedimiento se hubiese iniciado de oficio o a solicitud del interesado.

Empezando por este último supuesto, la Ley se limita a decir que se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo. Si acaso presenta alguna dificultad ese apartado es de redacción, puesto que no dice cuándo puede entenderse desestimada por silencio administrativo. En realidad, debería entenderse que la hipótesis a que se refiere el segundo inciso del número 5.º conecta, inmediatamente, con el plazo a que se refiere el primer inciso del mismo número. Es decir, cuando ha transcurrido el plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución .

Significa ello, por tanto, que la solicitud del interesado para poner en marcha el procedimiento de revisión de oficio puede entenderse desestimada cuando han transcurrido tres meses desde el inicio del procedimiento. Establecido así en la Ley, y en Ley del Estado, no cabe que la legislación autonómica establezca en este punto un plazo distinto de resolución de las revisiones de oficio de los actos nulos. En este aspecto nada cambia, sustancialmente, con respecto a la regulación anterior.

Donde sí se produce un cierto cambio, y además una incongruencia con la nueva redacción del artículo 44 dada por la Ley 4/1999, es en relación con el primer inciso relativo a los procedimientos de revisión iniciados de oficio.

En este caso, el transcurso del plazo de tres meses implica sólo la caducidad del procedimiento, pero no –según parece– la desestimación de las pretensiones de quienes hubiesen comparecido en el procedimiento de revisión de oficio.

No puede olvidarse que el artículo 44, en su nueva redacción, distingue, en los procedimientos iniciados de oficio, según existan interesados para los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables y los interesados para los que pueda producir efectos desfavorables o de gravamen.

En esta última situación se encontrarían aquellas personas a las que el acto supuestamente nulo otorgase algún tipo de derechos, puesto que la revisión del mismo implicaría la privación de los derechos reconocidos. Respecto de este tipo de interesados, parece que la caducidad es un efecto plausible; pero no lo es en cambio con respecto a aquellas personas que se hayan personado en un procedimiento y que tengan intereses o derechos que puedan derivarse de la revisión del acto o de la disposición que impugnan. Respecto de éstas, lo lógico es que el artículo 102, en su número 5.º, se hubiese

remitido a las previsiones contenidas en el artículo 44 de la Ley; al no hacerlo así se incurre en un defecto técnico que puede provocar conflictos. Piénsese en la situación de aquellos interesados que hayan comparecido en el procedimiento de revisión para instar la nulidad del acto o la disposición. En ese caso se daría la circunstancia de que no se les podría admitir como «instantes» del procedimiento, al tratarse de un procedimiento ya iniciado, y sin embargo y a pesar de haber formulado en él pretensión de declaración de nulidad del acto, no tendrían, en cambio, los beneficios del solicitante de la revisión de tener por desestimada su petición al haberse anticipado la Administración a solicitarla de oficio. En tales circunstancias, a tenor de las previsiones de la nueva Ley, el procedimiento se declararía caducado, lo que exigiría, si quieren seguir adelante con su pretensión, volver a solicitar la revisión de oficio del acto para que en este caso se ponga en marcha el procedimiento que puede conducir a una resolución denegatoria o a un silencio que, éste sí, les abriría la vía del contencioso-administrativo.

En esas condiciones, lo normal sería aplicar, sin más, lo previsto en el artículo 44 citado y por tanto considerar que la falta de resolución en plazo equivale a la desestimación de la pretensión formulada a los que han comparecido en el procedimiento como titulares de derechos o de una situación jurídica individualizada.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 103

I. TRASCENDENCIA DE LA MODIFICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ANULABLES

El artículo 103 de la Ley 30/1992, en la redacción que le ha sido dada por la Ley 4/1999, supone una vuelta a la situación anterior a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. La opción del legislador en este punto resulta a todas luces sorprendente. Hubiera entrado, en efecto, dentro de la lógica y, aun de la conveniencia, que se hubiera procedido a recuperar, por ejemplo, la exigencia expresa del carácter favorable del dictamen del Consejo de Estado para la revisión de oficio de los actos anulables. Lo que no resulta, en cambio, lógico es que se suprima, pura y simplemente, la revisión de oficio de los actos de tal naturaleza, dejando como único mecanismo de reacción a la Administración el viejo recurso de lesividad. La opción del legislador resulta agravada por la circunstancia de que ha incidido, también, en la regulación del

silencio suprimiendo la certificación de acto presunto en la forma en que estaba regulada originariamente en la Ley 30/1992. Con ello permite que la institución del silencio administrativo positivo, propiciada por aquella Ley, llegue a sus últimas consecuencias sin las cautelas que en ella se habían establecido.

Sean cuales fueren las objeciones técnicas que pudieran hacerse a la certificación y a su sentido, no se ha optado por mejorar esa institución sino por suprimirla sin más. Ello no adquiere su plena y exacta significación hasta que no se comprueba que esa decisión va acompañada con la supresión de las facultades revisoras que figuraban en el artículo 103 de la Ley 30/1992.

A partir de este momento, los excesos que puedan derivarse de la figura del silencio positivo no encuentran la corrección que podía esperarse de la figura de la revisión de oficio de las infracciones graves del ordenamiento jurídico. Sólo la impugnación ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo permitirá corregir tales excesos. Como se comprende, el remedio de echar sobre unos Tribunales sobrecargados la responsabilidad de ser los correctores últimos del mecanismo del silencio positivo puesto en marcha sin ningún tipo de limitaciones no parece el más oportuno. La situación que se consagra en la nueva Ley resulta bastante inquietante: o la sobrecarga de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o la irrevocabilidad de decisiones obtenidas sin acto expreso de la que resulte claramente responsable alguna autoridad. Alternativamente, también puede preverse la entronización en los hábitos de la Administración del recurso defensivo a la práctica de denegar pura y simplemente las peticiones, aunque sea sin apenas justificación o tramitación del expediente, para evitar las consecuencias de un silencio positivo que resulta muy difícil de corregir si hay que utilizar el estrépito del juicio, precedido por el estrépito de la declaración de lesividad.

Por otra parte, la vuelta a la situación anterior a 1956 se hace sin apenas otra mención que la sucinta de la Exposición de Motivos. Dejando aparte la posibilidad, que parecía admitir el artículo 103 en su redacción originaria, de que se utilizase la revisión de oficio de los actos anulables como una nueva acción de anulabilidad, acerca de lo que la doctrina aparecía dividida, y que desde luego hubiese tenido muy fácil corrección, lo cierto es que la supresión pura y simple de las facultades de revisión de oficio no merecen más que unas líneas de tal Exposición, que se limitan a dar cuenta de la supresión de tales facultades revisoras con una coletilla final en la que se dice:

«De esta forma, se colocan Administración y ciudadanos en una posición equiparable».

El discurso de la equiparación de la Administración y ciudadano en punto a la lesividad, como único argumento, no puede dejar de recordar las palabras en su día escritas por GARCÍA DE ENTERRÍA³³, cuando denunció ese argumento de la comparación de posiciones de la Administración y de los particulares recordando el argumento utilizado por autores tardíos que «desde la palestra de la abogacía y ya en la Restauración, sustituyen a las primeras y espléndidas promociones de administrativistas y enfrían la pasión de gobierno que éstos, desde Javier DE BURGOS a COLMEIRO, habían puesto en las primeras condiciones de nuestro Derecho».

Sobre el tema de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA llamó la falsificación del recurso de lesividad volveremos después. Basta ahora con señalar que la nueva Ley se sitúa, no en los orígenes de nuestra tradición contencioso-administrativa, sino en la degradación que se consume en nuestra legislación a partir de 1894 y deja reducida a la lesividad como único medio de reacción de la Administración frente a los actos contrarios a Derecho.

Después de la modificación experimentada por la Ley 30/1992 podemos plantearnos si tiene lógica sistemática el mantenimiento del artículo 103 en el capítulo I, del Título VII. En efecto, en él se habla de revisión de oficio y, si bien es verdad que el antiguo artículo 103 se refería también al recurso de lesividad, lo hacía como una de las alternativas a la revisión de oficio; esto es, por la propia Administración, de los actos que incurrieran en alguno de los vicios de anulabilidad a que se refiere la Ley. Suprimida la revisión de oficio por la propia Administración, podemos preguntarnos lícitamente si puede seguirse hablando de revisión de oficio para una institución que, como el recurso de lesividad, es desarrollado en sus partes sustanciales ante los Tribunales ordinarios. La declaración de lesividad para el interés público que han de adoptar las Administraciones públicas no es más que un requisito previo de un procedimiento que se desarrolla ante los Tribunales Contencioso-Administrativos.

La modificación operada supone así un trastocamiento radical de la sistemática de la Ley y también de las tradiciones legislativas asentadas desde el año 1958, sin que existan serios motivos que justifiquen la supresión de la revisión de oficio. Es difícil, en efecto, encontrar en la doctrina más autorizada algún criterio que haya podido verterse a lo largo de estos últimos años con posturas radicalmente en contra de la revisión de oficio de los actos anulables. Podrá haber objeciones u observaciones a la forma concreta en que

³³ *Vid.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La configuración del recurso de lesividad», *RAP*, 15, pág. 148.

estaba regulado o que se ha regulado a partir de la Ley 30/1992, pero en ningún momento se ha puesto en cuestión de forma radical la necesidad o la conveniencia misma de la institución³⁴. Pues bien, en estas condiciones, inopinadamente y sin que haya apenas ninguna justificación, nos encontramos con una supresión, pura y simple, de un mecanismo acreditado que, unido a la configuración del silencio positivo sin ningún mecanismo de cautela, permite ser muy poco optimista en cuanto al resultado de la operación acometida. Nos encontramos ante un gravísimo punto negro de la reforma que hace que la sinergia del silencio positivo en la forma en que se ha configurado y el cierre de mecanismos de reacción revisora por la propia Administración, puedan conducir a una pérdida de tensión y de pasión por la legalidad y el Derecho o a un desánimo ante la irresponsabilidad frente a los actos «anónimos» derivados del silencio administrativo.

II. EL RETORNO AL FALSEAMIENTO DE LA LESIVIDAD

Hace ya muchos años que el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA denunció el colosal equívoco en que descansaba la historia del recurso de lesividad, de la que decía pura y simplemente que estaba falseada³⁵. Esa denuncia en los momentos en que se estaba pergeñando una nueva legislación administrativa contribuyó, sin duda, a que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 recogiese las posibilidades revisoras de los actos nulos y anulables³⁶. Hasta ese momento, y desde 1894, la configuración de la defensa de la propia Administración frente a las ilegalidades cometidas por cualquiera de sus órganos quedaba confiada al recurso de lesividad. Pero tal recurso no era más que una mixtificación de lo que

³⁴ Probablemente es Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, 1993, págs. 350 y ss., el autor que más ha defendido la lesividad como mecanismo de revisión de los actos anulables, pero no con la radicalidad con la que se aborda la cuestión en la Ley 4/1999. Lo que PARADA parecía reprochar a la regulación de la lesividad, que por otra parte venía de la LPA de 1958, es su carácter residual sobre todo; a su juicio agudizado en la Ley 30/1992; no me parece detectar una oposición frontal. También Rafael GÓMEZ-FERRER, «La revisión de oficio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993, págs. 283 y ss., se plantea la cuestión de la constitucionalidad de las potestades de revisión de oficio, pero lo hace para reflexionar sobre un tema sobre el que reprocha al legislador no haber reflexionado suficientemente, aunque cree descubrir en los rasgos propios de un Estado de Detecho la explicación posible a esa situación, pág. 284.

³⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La configuración del recurso de lesividad», *RAP*, 15, pág. 109, con esa afirmación de falseamiento de la institución arranca el artículo y sobre ello se insiste a lo largo del texto.

³⁶ Así lo reconoce paladinamente PARADA en *Régimen Jurídico de las...*, cit., pág. 350, al reconocer la eficacia de las críticas de GARCÍA DE ENTERRÍA en la configuración de la LPA.

en su origen, desde los propios orígenes del Consejo Real y de los Consejos provinciales, había sido el reconocimiento de las facultades revocatorias de los Ministros sobre los actos de sus inferiores que no hubiese causado estado. Esa facultad revocatoria había sido reconocida tradicionalmente sin contestación de ningún tipo³⁷. Es, por otra parte, la que mejor se corresponde con la lógica de unas categorías, como las de nulidad o anulabilidad, que demandan la posibilidad de flexibilizar el principio de vinculación a los propios actos, especialmente en caso de nulidad o de infracciones de anulabilidad especialmente graves, si no se quiere dejar sin efecto el principio de legalidad en un Estado de Derecho³⁸. Cuando se habla de mixtificación se utiliza la expresión en un doble sentido: en el sentido de confusión u ocultamiento y en el sentido de mezcla de instituciones, pues con ambas dimensiones se construyó, a partir de 1894, el denominado recurso de lesividad.

Como es conocido, sobre las facultades iniciales de revisión de los propios actos por razones de legalidad surgió³⁹, en el Real Decreto de 21 de mayo de 1853, la primera regulación del recurso de lesividad para aquellos negocios «en que se versen recíprocas obligaciones de la Hacienda y de los particulares». En ese Real Decreto, además de reconocer la libre revocación en vía administrativa de las resoluciones de los órganos inferiores al Ministro de Hacienda —pues en el Real Decreto se ceñía a dicho Ministerio—, se reconoce, en su artículo primero, la posibilidad de revocar por vía contenciosa las resoluciones del Ministro cuando «creyesen perjudicados sus derechos» el Gobierno o los particulares.

La perspectiva de este Real Decreto no es la de las lesiones de legalidad, sino la de las lesiones o perjuicios ajenos por completo a la validez de los actos o decisiones involucradas. De lo que se trataba, en definitiva, era de defender los intereses de la Hacienda Pública, considerada como un menor de edad, de aquellos acuerdos o decisiones que en ese tipo de negocios se descubriese que obedecían a un error, confusión o engaño y que hubiese ocasionado alguna lesión para la Hacienda Pública. La lesividad en su origen no estaba conectada por tanto con las infracciones de legalidad, sino con las lesiones en los derechos según el modelo civil de

³⁷ Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La configuración...», cit., pág. 124. Cfr, sin embargo, Aurelio GUAITA, *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953.

³⁸ Vid. las reflexiones de Rafael GÓMEZ-FERRER, «La revisión de oficio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993, págs. 283 y 284, donde señala el rasgo del Estado de Derecho como eventual razón justificadora de ese tipo de revisión después de la Constitución.

³⁹ Sobre ello puede verse el artículo citado de GARCÍA DE ENTERRÍA a quien seguimos en este punto. Del mismo autor puede verse también para una visión completa del tema «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad» *RAP*, 20, págs. 69 y ss.

la rescisión por lesión. Y en tal sentido se conectan con las instituciones civiles rescisorias de las que toman a préstamo, entre otros, el límite de los cuatro años que figura en el artículo 1299 del Código Civil, en relación con los artículos 1291 y 1293.

Ésa es, pues, la genealogía del recurso de lesividad, la que puede rastrearse en sus orígenes y la que pone de relieve las motivaciones de su existencia, sus propias limitaciones, así como la independencia de la institución con respecto a problemas de validez o invalidez de los actos o resoluciones a que se refiere. La institución irá desarrollándose a lo largo del siglo XIX, en paralelo con las facultades revocatorias de la Administración por razones de legalidad, que se mantenían indubitadas como demostró en su momento el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁰.

Ni siquiera la Ley Santamaría de Paredes de 1888 pudo acabar con el reconocimiento de las facultades administrativas de revisión de oficio de sus actos administrativos que no hubiesen causado estado. Sólo en 1894, con motivo de la reforma de la Ley de 1888, se produce lo que se ha llamado la manipulación de la lesividad al introducir un párrafo nuevo en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que extiende el recurso de lesividad a «las providencias de Primera Instancia que por orden ministerial se declaren lesivas de los intereses del Estado»⁴¹.

A partir de ese momento empieza el período oscuro en que se consume el falseamiento de la institución.

Ése es el período al que ahora parecemos abocados a volver⁴².

III. LA CARACTERIZACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD EN LA NUEVA LEY

La supresión de las potestades revisoras de oficio por la propia Administración deja, como único remedio frente a los actos anulables, la vía de la lesividad que en la Ley anterior se configuraba como una vía prevista, singularmente, para los actos anulables que no incurriesen en grave infracción de normas de carácter legal o reglamentario.

Así caracterizada en la antigua Ley se comprende que, para la anulación de esas infracciones menos graves o leves, no bastase sim-

⁴⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La configuración del recurso de lesividad», *RAP*, 15, págs. 124 y 125.

⁴¹ *Vid.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA «La configuración...», cit., pág. 145.

⁴² *Cfr.*, no obstante, la posición de Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, 1993, págs. 348 y 349, donde identifica la lesividad con la iniciación del recurso por Memoria de la Administración y parece considerarla como la única vía posible para anular actos declarativos de derechos.

plemente con la lesión jurídica determinada por la infracción del ordenamiento, sino que fuese necesaria la apreciación de la existencia de algún otro interés público «de carácter económico o de otra naturaleza» según la expresión del artículo 56.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.

La exigencia, por tanto, de la concurrencia de una doble lesión –jurídica y económica o de otra naturaleza cualquiera– vendría justificada por la menor relevancia o gravedad de la infracción de que se trata. Los actos que incurriesen en infracción grave serían los únicos que quedaban reservados a la revisión de oficio por la propia Administración⁴³. Los demás quedaban remitidos al procedimiento de lesividad.

La razón de esa doble exigencia de lesión jurídica o económica o de otra naturaleza se justificaría entonces en la menor gravedad de la infracción cometida y en el carácter subsanable de ese tipo de vicios de anulabilidad. Frente a la seguridad jurídica y al principio de la prohibición de ir de contra los propios actos⁴⁴, sólo podría llevarse adelante una anulación, en detrimento de la confianza legítima suscitada a los ciudadanos y de los intereses que hubiera puesto en juego la creencia en la bondad del acto que se trata de revisar, la existencia de esa doble infracción, al considerar que la infracción menos grave o leve del ordenamiento no justificaba una ruptura de esa confianza en el actuar de la Administración. La lesividad era un obstáculo de alguna forma que se imponía a la Administración a la que se le obligaba no sólo a demostrar la infracción, sino también la lesión del interés público; sólo si éste existía procedería anular por motivos de legalidad.

Pero toda esta filosofía queda en buena medida trastocada con la desaparición de la revisión de oficio de los actos «graves» a que se refería el antiguo artículo 103. En la actualidad, una grave infracción del ordenamiento jurídico, constitutiva de anulabilidad, únicamente puede ser tratada por la vía del recurso de lesividad. En esas condiciones podemos plantearnos si tiene sentido la doble exigencia de una infracción de carácter jurídico y, adicionalmente, una infracción de carácter económico o de otra naturaleza. Ello supone levantar una nueva barrera a la revisión de los actos anulables. A la barrera procesal de tener que acudir a los Tribunales como único remedio, se añade –y ello es especialmente significativo para las infracciones graves– la barrera o dificultad de demostrar que existe otra lesión para los intereses económicos o de otro tipo.

⁴³ Vid. Monserrat CUCHILLO, «La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC», en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, coordinada por Joaquín TORNOS, Ed. Bosch, 1994, págs. 407 y ss.

⁴⁴ Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La doctrina de los actos propios...», cit., págs. 69 y ss.

Se podría, pues, dar la paradoja de que una infracción grave del ordenamiento jurídico pudiera, sin embargo, ser una infracción con escasa incidencia desde el punto de vista económico o incluso en otro tipo de valores de carácter medioambiental, urbanístico, social, etc. y en ese caso no susceptible de anulación. La gravedad de la infracción a que antes se refería el artículo 103 no era tanto una gravedad que descansara en las consecuencias económicas o sociales de la misma, cuanto en la evidencia, ostensibilidad y afección a los fines sustanciales de las normas.

En la regulación actual bien pudiera ocurrir que una infracción menos grave o leve del ordenamiento jurídico tenga, sin embargo, importantes consecuencias en otros planos y, en cambio, una grave infracción del mismo carezca de esas consecuencias. La desaparición de la revisión de oficio y la lesividad como único remedio, al dar igual tratamiento a todo tipo de infracciones de anulabilidad, muestra la ambigüedad de la institución de la lesividad, aplicada ahora como remedio universal de todo tipo de vicios del acto administrativo que no consistan, estrictamente, en la nulidad de los mismos.

Por lo demás, parecería que la rúbrica del artículo 103 («declaración de lesividad de actos anulables») vendría a cerrar la ambigüedad que algunos detectaron en el procedimiento de lesividad⁴⁵, en cuanto a saber si podía llevarse adelante tal lesividad sobre la base, no de una infracción del ordenamiento, sino de un perjuicio a los intereses públicos. Evidentemente, la base de partida del artículo 103 es que nos encontremos ante un acto que tenga el carácter de anulable. Ese punto de partida no puede prescindir de que, además de ser anulable, es decir, haber incurrido en un tipo de infracción del ordenamiento jurídico, el acto debe de ser lesivo a intereses públicos de otra naturaleza distintos de la pura infracción legal. En todo caso, sin infracción de las leyes o del ordenamiento jurídico no cabe llevar adelante una declaración de lesividad que da por supuesto que ha de tratarse de actos anulables.

Probablemente, el origen inicial de la lesividad, vinculado a una acción de rescisión por lesión (de ahí el origen de los cuatro años), tenga mucho que ver con esa comprensión del proceso de lesividad como, eventualmente, desligado de todo vicio de ilegitimidad. Sin embargo, parece claro, que tanto la Ley 30/1992 como la Ley 4/1999 exigen como punto de partida la existencia de un vicio de legitimidad.

⁴⁵ Vid. Monserrat CUCHILLO, «La revisión de oficio...», cit., pág. 409.

IV. LA REGULACIÓN DE LA LESIVIDAD EN LA NUEVA LEY

Para empezar, debe destacarse, antes de analizar los distintos apartados del artículo 103, que, simultáneamente a la entrada en vigor de la Ley 4/1999, se ha producido tan sólo unos meses antes —el 14 de diciembre de 1998— la entrada en vigor de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La coincidencia tiene su transcendencia, en la medida en que dicha Ley ha cambiado la terminología del antiguo artículo 56, en cuanto al sentido de la lesividad. En efecto, si en este último se hacía referencia a los intereses públicos «de carácter económico o de otra naturaleza» cuya lesión había que declarar con carácter previo, en la nueva Ley, en su artículo 43, se habla solamente de que deberá «declararlo lesivo para el interés público».

Con esta fórmula sintética de la expresión interés público, frente a la más rica o expresiva del artículo 56 de la LJCA de 1956, pudiera parecer que el interés a la observancia de la legalidad es de por sí un interés suficiente. La fórmula de la Ley del 56 tenía el mérito de hacer expresivo que la lesividad exigía la lesión de un interés distinto del puro interés a la observancia de la legalidad. Al hablar de «intereses económicos o de otra naturaleza» ponía de relieve ese dato relevante del recurso de lesividad.

Sin embargo, las cosas no deben considerarse que han cambiado excesivamente en este punto. Es evidente que si la propia infracción de la Ley fuese motivo suficiente para considerar que hay una lesión al interés público, puesto que la observancia de la legalidad es de interés en un Estado de Derecho, entonces, realmente, sobra el trámite de la declaración de lesividad. En efecto, toda infracción del ordenamiento sería, de por sí, lesiva a los intereses públicos. Cuando se quiere que se produzca un pronunciamiento expreso acerca de la lesividad se está buscando alguna razón que justifique por qué la Administración puede ir contra sus propios actos anulables, además del propio dato de su ilegalidad. Por supuesto que se parte de la existencia de una infracción del ordenamiento jurídico —por eso se habla de actos anulables— pero esa infracción no es, por sí misma, suficiente. Hace falta, además, que se detecte una infracción de otra naturaleza.

Así pues, parece evidente que la redacción del artículo 43 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no cambia excesivamente las cosas. En el mismo sentido abunda la redacción del nuevo artículo 103, como enseguida veremos.

1. LOS PRESUPUESTOS Y EL CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD

En este sentido, el nuevo número 1.º del artículo 103 configura la declaración de lesividad a partir de los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley. Por consiguiente, el punto de partida es la existencia de un acto con un vicio de anulabilidad que genera aspectos favorables⁴⁶ para los interesados. Por consiguiente, en ese concepto de actos favorables habría que entender incluidos tanto los actos declarativos de derechos como aquellos otros que reconozcan, probablemente, algún otro tipo de situaciones que resulten favorables para los interesados, aunque no constituyan derechos en un sentido pleno y perfecto.

Lo cierto es que el hecho de que se trate de actos anulables constituye el presupuesto, pero no la causa, de la declaración de lesividad. El nuevo artículo 103 por tanto sigue suponiendo la existencia de una doble lesión. De una parte, el carácter anulable del acto presupone que se ha cometido una infracción del ordenamiento jurídico y una lesión, por tanto, del mismo. Pero sobre ese carácter anulable, que es el punto de partida de la lesividad, el nuevo número 1.º lo que exige es una declaración de lesividad para el interés público con la finalidad de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; dado que el presupuesto es el carácter anulable, la lesividad de que se habla en el precepto no es la lesión del ordenamiento jurídico, pues sería redundante, sino que ha de referirse a otro tipo de lesión.

El carácter anulable del acto favorable no comporta, de por sí, el que el acto sea lesivo para el interés público. Esta lesividad es un plus que se exige y que es el objeto mismo del trámite previo a la ulterior impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por tanto, la nueva Ley sigue manteniendo la doble lesión⁴⁷. Lo que podemos preguntarnos es si la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha de valorar no sólo la existencia del vicio de anulabilidad, sino la procedencia de la lesión adicional a los intereses públicos y su trascendencia como obstáculo para impedir en su caso la anulación. En definitiva, si la sentencia del Tribunal pudiera apreciar tanto la existencia del vicio que se achaca al acto, como la real existencia de una lesión para el interés público. En este último caso,

⁴⁶ Vid. sobre la exigencia de actos declarativos de derechos en la legislación anterior Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., 1997, págs. 647 y ss. En dicha obra se emplea el término actos favorables que se ha recogido en la Ley 4/1999.

⁴⁷ A ello se refirió en su momento Landelino LAVILLA ALSINA, en «La revisión de oficio de los actos administrativos», *RAP*, 34, pág. 97.

tal lesión debería ponerse en relación con la lesión que puedan sufrir los intereses legítimos de los particulares favorecidos por el acto que se trata de impugnar. Sólo en el supuesto de que exista una efectiva lesión del interés público, y de que ésta sea superior a la lesión que han de experimentar los intereses privados, podría reconocerse la procedencia para la Administración de ir contra sus propios actos⁴⁸. Merece la pena destacar, por otra parte, que la nueva Ley en el artículo 103.1 ha excluido toda referencia a la solicitud del interesado que figuraba en la versión anterior. Sigue manteniendo, por otra parte, la expresión «podrán declarar lesivos para el interés público». De nuevo, el «podrán» aparece en escena en este artículo; en este caso, sin duda, para subrayar que en realidad, desaparecida además la solicitud del particular, se trata de una facultad discrecional.

Para subrayar ese aspecto desaparece, acertadamente, la previsión contenida en el número 6 del artículo 103, en cuanto a los efectos del transcurso del plazo para resolver y el significado de dicho transcurso o la eficacia de tal resolución. En efecto, esa redacción introducía una especie de «acción de anulabilidad» que, aunque fue motivo de algún debate en la doctrina⁴⁹, ofrecía, desde luego, base suficiente en la redacción del referido número 6.º. En ese sentido, su desaparición parece un acierto.

No obstante, tal desaparición habría que ponerla en conexión con la pretensión, confesada en la Exposición de Motivos de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de que nada pueda escapar al escrutinio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En esta perspectiva, la decisión de no declarar lesivos para el interés público determinados actos anulables, ya sea mediante acto expreso o simplemente por el transcurso del plazo para resolver, podría ser sometida a control de los Tribunales Contencioso-Administrativos. En esta perspectiva ninguna duda cabe, de que estaríamos ante un acto discrecional de la Administración Pública. Pero la discrecionalidad no cabe equipararla con la arbitrariedad y eso implica que debe existir alguna justificación en la decisión de no proceder a la declaración de lesividad. Bien es verdad que el alcance del control de los Tribunales contencioso-administrativos, sólo podrá entrar en la apreciación de los elementos

⁴⁸ Monserrat CUCHILLO, «La revisión de oficio...», cit., pág. 405.

⁴⁹ En contra de entender que se constituyese una acción de anulabilidad puede verse Rafael GÓMEZ-FERRER, «La revisión de oficio», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993, pág. 304. Por el contrario, la mayor parte de la doctrina opinaba que se introducía tal acción, así por todos Fernando GARRIDO FALLA y José M.ª FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995, pág. 240. También Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Cursò de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., 1997, págs. 650.

reglados de la decisión y en los controles de la violación de los intereses públicos que resulten claramente irrazonables en la actuación administrativa. Por tanto, con un margen importante de «deferencia» para la actuación de la Administración pública. En rigor, la poco acertada redacción del número 6 del artículo 103 podía dar lugar a entender que se trataba de una acción de anulabilidad consagrada legislativamente. En realidad no debería considerarse que iba más allá de un puro control del actuar administrativo, que no podía dejar excluidos los actos discrecionales que consisten en la decisión de no proceder a la revisión de oficio por la propia Administración de los actos anulables que incurran en grave infracción del ordenamiento jurídico.

En estos supuestos de grave infracción del ordenamiento jurídico el «podrá» de la legislación anterior abría una potestad discrecional a la Administración. Pero la misma no podía ser tan amplia que quedase excluida de todo control contencioso-administrativo cuando fuese manifiestamente irrazonable o incurriese en desviación de poder la decisión de no seguir el procedimiento de revisión o de lesividad. Los Tribunales deberían ser «deferentes» hacia la decisión administrativa, pero no ciegos hacia las más groseras decisiones de no revisar tomadas por motivos ajenos al interés público.

La supuesta acción de anulabilidad no sería en este punto admisible en cuanto configuradora de una obligación de anular o de un derecho a pretenderlo, pero sí podía dar lugar a un control de los excesos evidentes que pudiese cometer la Administración pública en esta materia al negarse a revisar o declarar lesivos los actos sin justificación razonable. No sería lógica una acción de anulabilidad como tal, pero sí un control de las decisiones irrazonables o arbitrarias, lo que es algo distinto.

2. PROCEDIMIENTOS Y PLAZOS PARA LA DECLARACIÓN DE LA LESIVIDAD

No parece que en este punto la nueva redacción del 103 aporte excesivas novedades en lo que se refiere, al menos, al plazo. No puede decirse lo mismo, en cambio, en relación con el procedimiento de declaración de lesividad. La redacción anterior omitía toda referencia al procedimiento para hacer efectiva la declaración de lesividad. Desde luego, había quien sostenía que a dicha declaración habría que aplicársele el procedimiento común de la propia Ley 30/1992. Pero también podía sostenerse que, tratándose de una impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa propiamente, los interesados ya tendrían ocasión, si finalmente

se declaraba lesivo y se impugnaba ante dicha jurisdicción, de exponer ante las mismas sus alegaciones sobre la procedencia de la doble lesión jurídica o de otra naturaleza. Podía, por tanto, sostenerse que era innecesaria la aplicación de las normas generales y comunes del procedimiento administrativo⁵⁰.

La nueva redacción del artículo 103 exige, sin embargo, la previa audiencia de cuantos aparezcan interesados en tal declaración en los términos establecidos por el artículo 84 de la Ley 30/1992. Con esa referencia al artículo 84 y, en definitiva, al trámite sustancial de la audiencia, cuya omisión la jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido configurando como causa de nulidad, se despeja así una duda⁵¹. Y se hace, probablemente, en sentido acertado.

En efecto, una cosa es que los interesados tengan ocasión de defender sus posiciones ante la Jurisdicción contencioso-administrativa si finalmente se impugna el acto en el procedimiento de lesividad, y otra es que no tengan nada que decir en cuanto a la existencia misma de la lesión a los intereses públicos que desencadenan la lesividad. Si, justamente, se trata de apreciar en este trámite la existencia no sólo de la lesión jurídica, sino también de la lesión a los intereses públicos de otra naturaleza, de lo que se trata en definitiva es de saber si esos otros intereses públicos, ponderados con los intereses privados al mantenimiento de la situación creada por el acto ilegal, son suficientes para acordar la declaración de lesividad.

En esta perspectiva parece sumamente aconsejable que no haya que esperar a la vía judicial para que se pongan de manifiesto cuáles son los perjuicios que se siguen de la anulación del acto administrativo respecto de las personas hasta entonces beneficiarias de los mismos. Debe ser en el trámite previo, cuando la Administración tome en cuenta todos esos intereses y para ello se hace necesario que se cumplimente, cuando menos, el trámite de audiencia a los interesados a qué se refiere el artículo 84 de la Ley 30/1992.

3. CADUCIDAD POR TRANSCURSO DEL PLAZO PARA DECLARAR LA LESIVIDAD

La Ley ha considerado oportuno sustituir el antiguo número 6 del artículo 103 por una más breve declaración en torno a la caduci-

⁵⁰ Vid. SSTs de 27 de marzo de 1978 y 16 de febrero de 1979 que cita Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, 1993, pág. 352, como favorables al carácter interno del procedimiento y por tanto la falta de necesidad de citar a los interesados.

⁵¹ Vid. Monserrat CUCHILLO, «La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC», en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, coordinada por Joaquín TORNOS, Ed. Bosch, 1994, págs. 412 y ss.

dad por el transcurso del plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento. Lo cierto es que en la norma nada se dice acerca de cuál es el órgano competente para iniciar el procedimiento. Habrá que entender, en este sentido, que son de aplicación las normas generales sobre iniciación del procedimiento de la Ley 30/1992. Por tanto, la iniciación del procedimiento corresponde, a tenor del artículo 69 de la Ley 30/1992, al acuerdo del órgano competente. Esa sucinta fórmula abre algunas interrogantes cuando se trata del procedimiento de lesividad. En efecto, puede entenderse que el órgano competente a estos efectos es el órgano que tiene la competencia resolutoria, pero pudiera entenderse que no necesariamente la competencia para iniciar el procedimiento ha de corresponder al mismo órgano que tiene la competencia para resolverlo.

La cuestión tiene alguna trascendencia en la perspectiva precisamente de transcurso del plazo para entender caducado el procedimiento. Pues ahora no se trata de un tipo de actuación interna de la Administración sin relevancia frente a terceros hasta el momento en que se acuerda la declaración misma de lesividad⁵². Ahora se trata de un procedimiento que debe ser iniciado oficialmente y, si no se dice expresamente otra cosa, probablemente por el órgano que tiene competencia para la resolución final en materia de declaración de lesividad. Debe haber, por tanto, una iniciación oficial del procedimiento que podrá comunicarse a los interesados en el mismo, con independencia de que, además, deban ser oídos antes de adoptar la resolución procedente.

Pues bien, iniciado formalmente el procedimiento, esa fecha de iniciación —y no la notificación a los interesados— es la que marca el plazo de caducidad del procedimiento mismo.

Debe observarse que la Ley habla en este punto de caducidad. Lo cual significa, para empezar, que mientras no transcurra el plazo de cuatro años el procedimiento podría volver a reiniciarse en cualquier momento posterior. Es el procedimiento lo que caduca y no el derecho o la potestad de declarar lesivos para el interés público los actos anulables.

Podemos plantearnos el efecto que produce respecto de los interesados en el procedimiento, en el supuesto de que se entienda que en el concepto de interesado, en los términos del artículo 84, se entienden también aquellos que están interesados en la anulación del acto. En este supuesto estos interesados podían plantearse si tienen alguna acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin duda, la pretensión del legislador en esto es excluir de todo control las potestades de declaración de lesividad de actos anula-

⁵² Vid. Fernando GARRIDO FALLA y José M.^o FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1995, pág. 287 y ss.

bles. Nos podemos preguntar si esa pretensión es congruente con la explicación en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la más amplia potestad de control por los Tribunales de los actos o actuaciones –positivas o negativas– de las Administraciones públicas.

Desde luego, un acto positivo de no declaración de lesividad, por discrecional que parezca, podría en esa perspectiva ser sometido a control jurisdiccional con independencia de la «deferencia» que los Tribunales deban de tener ante la Administración Pública en este punto. Tal vez lo mismo debería considerarse respecto de la caducidad del expediente de declaración de lesividad, puesto que, en definitiva, impide a los interesados la continuación del procedimiento.

Sea como fuere, lo cierto es que la caducidad no implica extinción de las posibilidades administrativas de volver sobre la decisión previa.

4. ÓRGANO COMPETENTE PARA ADOPTAR LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD

La nueva Ley introduce en este punto una modificación en cuanto que antes se establecía que tal declaración se haría por Orden Ministerial o por acuerdo del Consejo de Ministros. Aunque no quedaba claro cuándo correspondía la declaración a uno u otro órgano, parece claro que correspondería al Consejo de Ministro cuando lo que se tratase de declarar lesivo fuese un acto del Consejo de Ministros o de sus Comisiones Delegadas. Cualquier otro acto procedente de los demás órganos de la Administración, distinto de los que acaban de mencionarse, debía ser declarado lesivo mediante Orden Ministerial del titular del departamento competente por razón de la materia⁵³. En lo que se refiere a las Comunidades Autónomas o a la Administración Local, el antiguo artículo 103 se limitaba a deferir la competencia al órgano de la Administración competente en la materia. Este deferimiento de la competencia al órgano «competente en la materia» podía entenderse bien como un obvio reconocimiento de la potestad auto-organizatoria de las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales o bien como una manifestación de un criterio consistente en que el órgano susceptible de declarar la lesividad de un acto era el competente en la materia a que el acto se refiriese. No sería tanto, entonces, una referencia a que las normas organizativas de las Comunidades Autónomas determinasen el órgano competente en la «materia» (considerando la declaración de lesividad como una «materia» en sí misma) como

⁵³ Vid. Jerónimo AROZAMENA, «Comentarios al Título VII de la Ley 30/1992», *RAP*, 140; también Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., 1997, págs. 214 y ss.

que la propia Ley 30/1992 –con el efecto vinculante que tiene sobre las Comunidades Autónomas– establecía que el competente para la declaración de lesividad era, precisamente y sólo él, el competente en la materia sustantiva a que se refiriese el acto.

En cualquier caso, el nuevo número 4.º del artículo 103 ha equiparado en este punto a la Administración del Estado y a las de las Comunidades Autónomas, al definir que el acuerdo se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia. Se suscita entonces la duda de si se refiere a la materia sustantiva o si se refiere a la «materia» declaración de lesividad. Si fuese esto último significaba que deberán ser las leyes propias de cada Administración pública las que definan quienes son los órganos competentes en la materia, entendiendo por materia la declaración misma de la lesividad. Si la referencia de la materia hubiese de ser entendida como la materia sustantiva a que se refiere el acto, significaría entonces que la Administración del Estado podría, en sus Leyes sustantivas, cambiar para su ámbito propio la decisión del artículo 103. En cambio, las Comunidades Autónomas estarían vinculadas en cuanto que el órgano materialmente competente para producir el acto sería también el órgano competente para declarar la lesividad. Las Comunidades Autónomas podrían redistribuir libremente las competencias sustantivas, pero, una vez hecha la distribución, cada órgano sería competente para la declaración de lesividad en su materia.

Probablemente, deba considerarse innecesario e inconveniente que la Ley estatal sea la que decida quién ha de ser competente para la declaración de lesividad y por tanto habría que presumir ante la posibilidad de dos interpretaciones, que se ha querido la que menos afecta a la autonomía de las Comunidades. En materia organizatoria no se explica bien cuál puede ser el interés general que aconseja la interpretación más restrictiva y, por tanto, ha de presumirse que lo que ha pretendido la Ley es dejar que sean las normas propias de cada Administración –Central o Autonómica– las que decidan quién es el órgano competente en la «materia» de la declaración de lesividad.

Llegados a este punto, sin embargo, nos encontrábamos con un vacío normativo en el ámbito de la Administración General del Estado. En efecto, la Ley de 14 de abril de 1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su Disposición Adicional Decimosexta consideraba que eran competentes para la revisión de oficio de los actos anulables determinados órganos de la Administración del Estado.

Sin embargo, no parece que dicha Disposición Adicional Decimosexta, aplicable a la revisión de oficio, pueda entenderse clara-

mente aplicable a la declaración de lesividad de los actos anulables. Al menos no debería entenderse que sea hoy directamente aplicable, puesto que ya no estamos ante una revisión de oficio propiamente dicha, sino ante un procedimiento de lesividad. Es verdad que el nuevo artículo 103 sigue inscrito dentro de un capítulo que sigue bajo la rúbrica de la revisión de oficio. Pero no es menos cierto que, propiamente, han desaparecido los elementos caracterizadores de la revisión de oficio como tal.

La modificación introducida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social no acaba de resolver el problema. En efecto, la modificación del apartado 11 del artículo 13 de la LOFAGE y el reconocimiento que en la nueva redacción se hace de la competencia de los Ministros para «declarar la lesividad de los actos administrativos cuando les corresponda» resuelve un problema para abrir otro, pues ahora podemos suponer que la Ley parte de que no siempre «les corresponde» declarar tal lesividad. Determinar cuándo les corresponde y cuándo no puede resultar complejo.

Podemos preguntarnos, sin embargo, si, mientras no se dicte una disposición más clara de la LOFAGE, las normas de la Disposición Adicional Decimosexta son aplicables, ya sea por analogía, ya sea porque —aunque referidas explícitamente a la revisión de actos anulables que ha desaparecido como tal de nuestro ordenamiento— sienta unas normas de competencia que podrían continuar desplegando sus efectos en la declaración de lesividad, en ausencia de cualquier otra norma directamente aplicable. En realidad, habría que considerar, probablemente, que dicha disposición adicional es de aplicación, por más que sería conveniente que se produjera una regulación directa de esta materia que adecue la LOFAGE a la nueva regulación de la Ley 30/1992. Lo que no parece normal es que se entienda que sólo los Ministros tienen competencia para declarar la lesividad; el Consejo de Ministros la debe tener para los actos que de él procedan y parece lógico que si los Secretarios de Estado tienen competencia para revisar de oficio, y por sí, los actos nulos, debiera de reconocérseles que la tienen también, y con mayor razón, para iniciar, simplemente, el procedimiento judicial de lesividad declarándola sólo en vía administrativa. La duda puede estar en si también el Consejo de Ministros es el competente para declarar la lesividad de los actos de los Ministros, pues aunque un prurito de simetría con la regulación de las competencias de revisión de oficio de los actos nulos nos llevaría a ello, no puede perderse de vista que desde la perspectiva de las garantías de los interesados la intervención de los Tribunales debe ser suficiente sin necesidad de hacer intervenir al Consejo de Ministros.

5. CORPORACIONES LOCALES

En este punto también se ha procedido a una mayor explicitación de cuál es el órgano competente en esta cuestión. En efecto, se exige que sea el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, el órgano colegiado superior de la entidad. Se excluye así la referencia más vaga que se contenía en el número 4.º del artículo 103 y que remitía al órgano competente en la materia. Con esta formulación se impide que entre en juego la cláusula residual de competencia de los Alcaldes y Presidentes de la Diputación de los artículos 21.1 y 34 de la Ley de Bases de Régimen Local. En último extremo, el significado que a estos efectos tiene la previsión contenida en el artículo 103.5 es el de impedir que las leyes autonómicas de desarrollo de la legislación de Régimen Local puedan, al amparo de los mismos artículos de la LBRL, determinar las competencias de uno y otro órgano. En efecto, el margen de posibilidad que tales artículos ofrecían a la legislación autonómica queda cerrado desde una Ley del Estado dictada al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y, por tanto, con carácter vinculante para todos.

Desde luego, se gana en seguridad jurídica, pero es dudoso que fuera estrictamente necesario hacer un pronunciamiento de esta naturaleza en la Ley 30/1992.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 105

La nueva Ley ha introducido alguna pequeña modificación en el artículo 105 de la Ley 30/1992 que no altera excesivamente su sentido. En el número 1.º del citado artículo se ha suprimido la referencia a actos expresos o presuntos que lucía en la anterior redacción. Tal supresión no es, evidentemente, significativa, en cuanto que, sin necesidad de decirlo, se trata de actos que pueden ser expresos o presuntos en cualquier caso con independencia de que se diga expresamente o no.

Se ha suprimido, en cambio, la referencia a «actos no declarativos de derechos» y los de gravamen por una referencia a los actos de «gravamen o *desfavorables*». Como se ve, lo que se suprime en definitiva es la mención de los «actos no declarativos de derechos»⁵⁴. La modificación no parece que sea especialmente afortu-

⁵⁴ Vid. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 8.ª ed., 1997.

nada puesto que circunscribe la potestad de revocar en cualquier momento aquellos actos que necesariamente tengan que ser de gravamen o desfavorables. Pero puede darse la circunstancia de un acto que ni sea de gravamen ni sea desfavorable; simplemente sea un acto que no contenga ni declaración de derechos ni actos de gravamen ni desfavorables. Parece evidente que este tipo de actos no declarativos de derechos, pero tampoco de gravamen o desfavorables (actos, por ejemplo, con relevancia interna en el ámbito de las respectivas Administraciones), deberían de estar sujetos al mismo régimen que estos últimos; es decir, la revocación en cualquier momento y sujeto a los mismos límites que figuran en el número 1 del artículo 105.

Por lo demás, el legislador ha considerado oportuno explicitar y desarrollar la sintética fórmula que estaba en la redacción anterior que se limitaba a impedir la revocación cuando fuese contraria al Ordenamiento Jurídico.

En la redacción actual aparte de mantener la no contradicción con el Ordenamiento Jurídico se desarrolla la idea en el sentido de que la «revocación no constituya, además, dispensa o exención no permitida por las leyes o sea contraria al principio de igualdad al interés público o al Ordenamiento Jurídico».

Como se ve, supone una precisión de la idea de contradicción con el Ordenamiento Jurídico que en puridad no añade demasiado, pero que puede parecer positiva en cuanto que precisa el alcance y límites de estas facultades de revocación.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 106

El artículo 106 de la Ley 30/1992 no ha sido objeto de modificación y podíamos, sin embargo, plantearnos la cuestión de si la introducción en el artículo 3 de dicha Ley de una nueva redacción sobre los principios inspiradores de la actuación de las Administraciones Públicas por parte de la Ley 4/1999 no hubiera merecido recoger, como uno de los límites de las facultades de revisión, el principio de confianza legítima.

Ciertamente, el artículo 106 sigue manteniendo la referencia a la buena fe, pero el nuevo artículo 3, en su número primero, ha considerado necesario distinguir entre el principio de buena fe y el de confianza legítima que, aunque muy próximos, ofrecen algún matiz diferencial. Desde luego, parece que si a tenor del nuevo artículo 3 la Administración debe inspirar su actuación no sólo en el principio de buena fe, sino también en el de confianza legítima,

ese principio debería desplegar sus efectos en punto al ejercicio de las facultades de revisión.

Ciertamente, lo problemático del asunto es que el acto de la Administración contrario a Derecho ha podido crear la confianza en el administrado acerca de su bondad y así suponer una contradicción con las facultades de revisión. Éstas se harían imposibles puesto que el acto administrativo, incluso ilegal, habría inspirado una confianza en el administrado que debe ser protegida. Se comprende que interpretado en ese sentido el principio de confianza legítima enervaría las potestades revisoras. Tal vez por ello no se ha introducido en el artículo 106. Sin embargo, de haberse hecho tal introducción no podía ser interpretado con un alcance contradictorio con la institución revisora de forma que le impidiese desplegar sus efectos. En ese sentido, la única interpretación congruente sería una interpretación moderadora del uso de las facultades de revisión que tuviese en cuenta las circunstancias de cada caso, así como tal vez los perjuicios que pudiesen seguirse para los administrados. En cualquier caso el nuevo principio pondría a prueba en este campo la trascendencia de los mismos que pueden llegar más allá de lo esperado, si no se le somete a una reinterpretación teniendo en cuenta el campo en el que ha de operar.

Merece también reflexión la conveniencia de haber hecho alguna modificación para referirse no solamente a las facultades de revisión, sino a la declaración de lesividad. Es cierto que el artículo 103 aparece dentro del capítulo 1.º del Título VII bajo la rúbrica de dicho Capítulo «revisión de oficio». Pero, como se ha dicho, resulta dudoso que la declaración de lesividad pueda ya considerarse como una facultad de revisión en sí misma. En esta perspectiva hubiera sido conveniente especificar que las facultades de revisión y de declaración de lesividad tienen los límites a que se refiere el artículo 106.

Por otra parte, no puede desconocerse que en la perspectiva del antiguo artículo 103, la declaración de lesividad quedaba circunscrita y limitada por el hecho mismo de la doble lesividad al Ordenamiento Jurídico y a los intereses públicos. En esta segunda lesión de los intereses públicos le cabía ya a la Administración efectuar una cierta ponderación limitativa del ejercicio de sus facultades, lo que quiere decir que en la mecánica de la lesividad la ponderación de los principios de buena fe, equidad, etc., operaban de una manera natural, puesto que se trataba de infracciones menos graves que el ordenamiento estaba dispuesto a perdonar, salvo que hubiese alguna lesión a los intereses económicos o de otra naturaleza.

Ahora bien, esa ponderación se circunscribía antes a las

infracciones menos graves o leves que eran las susceptibles de lesividad⁵⁵. Por ello hubiera sido conveniente una modificación, que dejase claro que esos límites a las facultades de revisión comprendían también la declaración de lesividad misma y la decisión de impugnar ulteriormente el acto viciado. Acto que en este momento a partir de la Ley 4/1999 puede estar afectado de una infracción grave del ordenamiento jurídico, pero que por las razones del artículo 106 no debería ser objeto de declaración de lesividad.

⁵⁵ Vid. Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, 1993, págs. 339 y ss.

