

**Ponencias**

Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo	
TOMÁS CANO CAMPOS (ESPAÑA).....	7-26
La calificación de los vicios de los reglamentos	
FERNANDO LÓPEZ RAMÓN (ESPAÑA) .....	27-45
Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto	
ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL (ESPAÑA).....	46-68
Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público	
SILVIA DÍEZ SASTRE (ESPAÑA).....	69-92
Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo	
JESÚS FUENTETAJA PASTOR (ESPAÑA).....	93-106

**Comunicaciones**

Anulación, revocación y revisión de oficio en el régimen del reintegro previsto en la Ley general de subvenciones	
ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ (PERÚ).....	107-123
El documento administrativo electrónico defectuoso: ¿una nueva categoría?	
ANTONIO DAVID BERNING PRIETO (ESPAÑA) .....	124-133
La revocación en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas	
PATRICIA CALVO LÓPEZ (ESPAÑA).....	134-138
La revocación de actos dictados al amparo de normas tributarias no conformes al Derecho de la Unión Europea a la luz de las recientes reformas normativas	
JUAN CALVO VÉRGEZ (ESPAÑA) .....	139-152
Una aproximación a la revisión de oficio de los actos administrativos en el Derecho chileno	
ÁLVARO ROBERTO DELGADO LARA (CHILE) .....	153-165
Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos	
MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ (ESPAÑA).....	166-178
Incompetencia manifiesta y usurpación de funciones	
ALBERTO PICÓN ARRANZ (ESPAÑA).....	179-185



# da

Número **5**  
Nueva época  
Enero-Diciembre, **2018**

## Documentación Administrativa



ISSN: 1989-8983

[www.inap.es](http://www.inap.es)

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA>

**Director del INAP:** Manuel Arenilla Sáez  
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración  
(Universidad Rey Juan Carlos)

**Director de la Revista:** Santiago Muñoz Machado  
Catedrático de Derecho Administrativo  
(Universidad Complutense de Madrid)

**Co-director de la revista:** Mariano López Benítez  
Catedrático de Derecho Administrativo  
(Universidad de Córdoba)

**Secretario:** Moisés Barrio Andrés  
Letrado del Consejo de Estado

**Coordinación:**  
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

**Redacción y administración:**  
Atocha, 106, 28012 Madrid  
Tel.: 91 273 91 62  
correo electrónico: [da@inap.es](mailto:da@inap.es)

**Edita:** Instituto Nacional de Administración Pública  
ISSN: 1989-8983  
NIPO: 174-17-018-3  
Depósito legal: M-581-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:  
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

La Revista **Documentación Administrativa** es, dentro de las publicaciones periódicas de la especialidad, una referencia insoslayable en la construcción doctrinal del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración españolas. Nacida en 1958, acumula ya más de medio siglo de vida en el que su principal signo de identidad ha consistido en ser una publicación volcada a la reflexión, desde el derecho y las ciencias de la administración, sobre la reforma administrativa, la organización administrativa y la función pública. A partir del año 1987, la Revista inició una nueva etapa, que llega a nuestros días, caracterizada por la publicación exclusivamente de números de carácter monográfico. En ella, **Documentación Administrativa** se ha propuesto, llevada de la mano de su Consejo de Redacción, abordar temas carentes aún de reflexión doctrinal o en los que ésta es incipiente, así como abordar temas que, aun habiendo sido ya objeto de estudio, están reclamando nuevos enfoques o análisis de actualización y puesta al día. Por otra parte, sin dejar de ser fiel a sus temas clásicos, en esta nueva etapa la Revista se ha propuesto asimismo reforzar los enfoques interdisciplinar y prospectivo sobre las cuestiones doctrinales generales y sectoriales que plantean los nuevos retos a los que se enfrenta la Administración Pública.

Con el objeto de seguir disfrutando el reconocimiento que la comunidad científica ha venido otorgando a la revista a lo largo de su ya dilatada vida, el INAP ha decidido la aplicación a **Documentación Administrativa** de los requisitos y exigencias de los sistemas más acreditados de calidad de las publicaciones periódicas de carácter científico.



**Documentación Administrativa** se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

## Sumario

### Presentación

LOS DIRECTORES .....	5
----------------------	---

### Ponencias

Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo TOMÁS CANO CAMPOS (ESPAÑA) .....	7
La calificación de los vicios de los reglamentos FERNANDO LÓPEZ RAMÓN (ESPAÑA) .....	27
Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL (ESPAÑA) .....	46
Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público SILVIA DÍEZ SASTRE (ESPAÑA).....	69
Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo JESÚS FUENTETAJA PASTOR (ESPAÑA).....	93

### Comunicaciones

Anulación, revocación y revisión de oficio en el régimen del reintegro previsto en la Ley general de subvenciones ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ (PERÚ).....	107
El documento administrativo electrónico defectuoso: ¿una nueva categoría? ANTONIO DAVID BERNING PRIETO (ESPAÑA) .....	124
La revocación en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas PATRICIA CALVO LÓPEZ (ESPAÑA).....	134
La revocación de actos dictados al amparo de normas tributarias no conformes al Derecho de la Unión Europea a la luz de las recientes reformas normativas JUAN CALVO VÉRGEZ (ESPAÑA) .....	139
Una aproximación a la revisión de oficio de los actos administrativos en el Derecho chileno ÁLVARO ROBERTO DELGADO LARA (CHILE) .....	153
Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ (ESPAÑA).....	166
Incompetencia manifiesta y usurpación de funciones ALBERTO PICÓN ARRANZ (ESPAÑA).....	179

<b>Autores</b> .....	186
----------------------	-----



## PRESENTACIÓN

### INTRODUCTION

#### Los Directores

La invalidez de los actos jurídicos constituye objeto clásico de estudio dentro de la Ciencia Jurídica. Aunque no faltan aportaciones al respecto en todos los distintos ámbitos del saber jurídico, no es preciso enumerar las razones que explican porqué su estudio se ha realizado fundamentalmente en el seno del Derecho Civil. Probablemente en ello tenga mucho que ver la consideración histórica del Derecho Civil como plaza mayor del ordenamiento jurídico, y como lugar en el que, según recordara Sebastián Martín-Retortillo, se forjan la inmensa mayoría de los *supra-conceptos* jurídicos, que luego se toman y modulan, según sus necesidades y finalidades, por las distintas disciplinas jurídicas. Con respecto a la invalidez de los actos y negocios jurídicos, las construcciones civiles han basculado sobre dos categorías básicas: la nulidad y la anulabilidad, a las que han aplicado una serie de consecuencias jurídicas: el efecto constitutivo de la nulidad frente al carácter declarativo de la anulabilidad; la imprescriptibilidad de la acción de nulidad frente a la sujeción a plazo de caducidad de la acción de anulabilidad; la posible convalidación de los actos y negocios anulables, y, en fin, los efectos *ex tunc* de la nulidad en contraposición a los efectos *ex nunc* de la anulabilidad. Sin embargo, por encima de estas diferencias, lo cierto es que, incluso en el propio ámbito del Derecho Privado, la virtualidad de algunas de esas consecuencias jurídicas se matizan profundamente, dando lugar en la práctica a una aproximación de sus respectivos regímenes jurídicos.

En el ámbito del Derecho Administrativo el contraste entre la Teoría General que se postula y la realidad práctica que se presenta es, en numerosas ocasiones, aún mayor. La declaración de nulidad de un contrato llega con frecuencia cuando ya la obra objeto del contrato está ejecutada o el servicio prestado; la presunción de validez del acto administrativo hace que muchas veces, cuando se alcanza la declaración de nulidad del acto en cuestión, se encuentren ya establecidas y definitivamente consolidadas una serie de situaciones de hecho, cuya reversibilidad entrañaría un profundo trastoque y un drástico desquiciamiento de los intereses públicos en juego. En el ámbito de la potestad reglamentaria, la consolidada jurisprudencia que aplica a cualquier vicio –formal o substancial de la norma– el rigor de la nulidad de pleno derecho, agrava aún más sus perniciosos efectos en el ámbito de los planes urbanísticos o en el de los planes territoriales, puesto que la mera falta de un informe durante el procedimiento de elaboración de los mismos determina su nulidad radical, dejando sin la precisa cobertura legal a los innumerables planes de desarrollo y actos de ejecución que derivan de aquéllos. En evitación de estas terribles consecuencias, para asegurar aquellas situaciones o el terrible desgarrar que experimentarían los intereses públicos, se recurre a veces a aplicaciones forzadas de principios generales o a confusiones deliberadas o inconscientes de los dos planos –el de la validez y el de la eficacia– en los que se mueve el Derecho.

Ante este incierto e inquietante panorama, los Directores de la Revista creímos conveniente dedicar la VI Edición de los Seminarios sobre la Reforma del Estado al estudio del régimen de invalidez en el ámbito del Derecho Administrativo. Reconocemos que no hemos sido con ello originales, ya que la propia Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo abordó tal temática en su Reunión Anual de 2017. Pese a ello, la cascada de decisiones jurisprudenciales que, desde entonces, siguen produciéndose, exaltando las consecuencias tradicionales de la nulidad en determinados campos como el de la invalidez de los planes urbanísticos que tienen sumidos a muchos municipios españoles en el estupor más absoluto, junto a las monografías y artículos doctrinales publicados desde entonces, nos señalaron, como decimos, la conveniencia de volver sobre el tema de la invalidez bajo el formato de un Seminario en el que, junto a la opinión de los académicos, se hiciesen oír también los pareceres de los prácticos del Derecho participantes en la Jornada.

El resultado de todo ello ha sido el contenido que ofrece este número anual de la revista Documentación Administrativa, que, a través de dos ponencias de carácter general sobre las discordancias que la aplicación de los caracteres clásicos de la Teoría de la invalidez proyecta sobre el Derecho Administrativo y de los instrumentos previstos para reaccionar contra los actos inválidos, se adentra después en la consideración de los problemas que la teoría de la invalidez plantea en los campos sectoriales de la potestad reglamentaria, de los planes urbanísticos y sus actos de ejecución, y de los contratos públicos. Concluye este primer apartado de la Revista con la ponencia –de carácter transversal– sobre los problemas que plantean la invalidez y la revisión del acto administrativo nacional que infringe el Derecho europeo, en cuya virtud se relativizan categorías tan consolidadas del derecho interno como la firmeza del acto administrativo o la de la cosa juzgada de las sentencias judiciales. Junto a ello, completan este número de la Revista una serie de comunicaciones, reflejo algunas de ellas de las posiciones mantenidas durante los debates subsiguientes entablados en torno a las ponencias.

Estos trabajos son, en definitiva, los que conforman el contenido de este nuevo número de Documentación Administrativa que ahora se presenta. Volver la vista hacia las instituciones generales del ordenamiento, reflexionar sobre ellas, delimitar su campo de acción, señalar las incongruencias detectadas y mostrar al legislador caminos para su reforma ha sido los objetivos que, desde su implantación, se han propuesto estos Seminarios, que, bajo el acogimiento del Instituto Nacional de Administración Pública, se vienen celebrando anualmente. Por la importancia intrínseca del tema y por las consecuencias que su aplicación están produciendo en la práctica, creemos que el estudio de la invalidez en el ámbito del Derecho Administrativo merecía una reflexión de esta índole, una reflexión tan pausada y serena como la que se efectúa en el presente ejemplar de Documentación Administrativa.

Los Directores, el Consejo de Redacción y el Secretario de la Revista agradecen el generoso y excelente trabajo de los ponentes, su ceñimiento a los estrictos límites temporales impuestos a sus intervenciones orales, su escrupulosidad en el cumplimiento puntual de los materiales escritos y las facilidades que en todo momento dieron para la organización del Seminario. Agradecemos asimismo a los asistentes y a los comunicantes su participación activa en los debates y en la elaboración de los contenidos de la propia Revista. Por último, nuestro agradecimiento más sincero al Instituto Nacional de Administración Pública por la disponibilidad y generosidad con las que vienen acogiendo tanto la celebración anual de estos Seminarios de Reforma del Estado como la posterior publicación de sus resultados en la Revista Documentación Administrativa. Esperamos seguir contando con su confianza.



# Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo<sup>1</sup>

Tomás Cano Campos (España)  
Universidad Complutense de Madrid  
tcano@der.ucm.es

## NOTA BIOGRÁFICA

Tomás Cano Campos es catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Sus líneas de investigación se centran en la invalidez de los actos y de las normas, las sanciones administrativas, los contratos públicos y el tráfico, la responsabilidad patrimonial, los transportes y la movilidad.

---

## RESUMEN

El presente trabajo pretende ofrecer una construcción conceptual y funcional de la invalidez de los actos en el Derecho administrativo que contribuya a salir del enredo conceptual en el que a veces estamos instalados, destaque adecuadamente sus elementos estructurales y ofrezca una explicación plausible de la aparente escisión entre las consecuencias de la invalidez y su proyección en el plano de la realidad. También se ocupa de las relaciones entre tiempo y validez, ensayando la posibilidad de una teoría de la invalidez sobrevenida.

## PALABRAS CLAVE

Illegalidad; invalidez; nulidad de pleno derecho; anulabilidad; ineficacia; anulación; invalidez sobrevenida.

---

## ABSTRACT

The present work intends to offer a conceptual and functional construction of the invalidity of the acts in the Administrative Law that contributes to get out of the conceptual entanglement in which we are sometimes installed, adequately highlight its structural elements and offer a plausible explanation of the apparent split between the consequences of invalidity and its projection on the plane of reality. It also focus its attention in the relationships between time and validity, rehearsing the possibility of a theory of consequential invalidity of administrative acts.

## KEYWORDS

Illegality; invalidity; legal nullity; annulability; ineffectiveness; annulment; consequential invalidity.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS DIVERSAS CARAS DEL FENÓMENO: EL CONCEPTO DE INVALIDEZ. 3. LA DISTINCIÓN ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD. 4. LAS CONSECUENCIAS DE LA INVALIDEZ Y EL MOMENTO EN QUE OPERAN. 5. LOS MEDIOS DE REACCIÓN CONTRA LA INVALIDEZ. 6. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE INVALIDEZ: ¿CARÁCTER CONSTITUTIVO O DECLARATIVO? 7. LA SITUACIÓN CREADA POR LOS ACTOS INVÁLIDOS Y SU PROTECCIÓN. 8. TIEMPO Y VALIDEZ: LA INVALIDEZ SOBREVENIDA. BIBLIOGRAFÍA.

---

<sup>1</sup> Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO/FEDER) DER2015-65524-R y Grupo de Investigación 931089 de la Universidad Complutense de Madrid.

## 1. INTRODUCCIÓN

La invalidez constituye, seguramente, unos de los conceptos más confusos y escurridizos de la teoría del Derecho en general y de la dogmática jurídica en particular. La importancia del tema ha llevado a los juristas a ocuparse de él de forma recurrente, pero los resultados obtenidos no han logrado ofrecer una construcción acabada que evite las constantes críticas y revisiones de que el tema es objeto por parte de cada autor que se aproxima a él con cierta profundidad. Ello es especialmente claro en el ámbito del Derecho Administrativo, donde, a pesar del avance en los últimos años, el concepto de invalidez no siempre es utilizado con el mismo significado y donde todavía no se ha elaborado una teoría que integre a todos los elementos del fenómeno, aclare debidamente sus efectos o consecuencias y explique su funcionamiento real en el sistema.

Soy consciente de que aportar algo coherente, y no digamos ya interesante, sobre el régimen de la invalidez en el Derecho Administrativo en unas pocas líneas no es una tarea fácil. Pero lo intentaré. En este trabajo me voy a centrar especialmente en la invalidez de los actos o resoluciones administrativas, ya que otros estudios de este mismo número de la Revista se ocupan de las demás formas de la actividad de la Administración. En particular voy a abordar algunas de las cuestiones generales que considero más discutidas y discutibles, y que tampoco serán tratadas en el resto de trabajos que componen este número. Las voy a agrupar en torno a tres grandes bloques o apartados: un primer bloque de tipo conceptual, otro relativo a las consecuencias de la invalidez y un último apartado sobre el problema de las relaciones entre tiempo y validez.

Con ello, y sobre la base de otros trabajos previos que ya he publicado sobre el tema, tan sólo pretendo ofrecer una modesta construcción conceptual y funcional de la invalidez que contribuya a salir del enredo conceptual en el que a veces estamos instalados, destaque adecuadamente sus elementos estructurales y ofrezca una explicación plausible de la aparente escisión entre las consecuencias de la invalidez y su proyección en el plano de la realidad.

## 2. LAS DIVERSAS CARAS DEL FENÓMENO: EL CONCEPTO DE INVALIDEZ

En ocasiones decimos que un acto es válido o inválido, para significar que de ello se derivan determinados efectos o consecuencias jurídicas (por ejemplo, en el caso de la invalidez que el acto es ineficaz), mientras que otras la validez o invalidez apunta a las condiciones o antecedentes de lo que calificamos como tal, y entonces decimos, por ejemplo, que un acto es válido porque ha sido dictado cumpliendo los requisitos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC). Ello supone que, a propósito de la validez e invalidez, podemos referirnos tanto a sus condiciones o antecedentes (o a su negación: los vicios de validez) como a sus consecuencias: a cuáles son los efectos de que cierto resultado institucional (acto, contrato, sentencia, ley) sea válido o inválido<sup>2</sup>.

Por eso, una teoría de la invalidez consiste, básicamente, en una teoría de los requisitos de la validez y en una teoría de los efectos o consecuencias de la invalidez. Mientras que la primera trata de responder a la pregunta de cuándo es válido o inválido un acto administrativo, la segunda responde a cuáles son los efectos o consecuencias que se derivan de la declaración de invalidez<sup>3</sup>. Dicha teoría se ha de completar con el régimen para declarar la invalidez y al carácter y efectos de los pronunciamientos autoritativos que la declaran.

La invalidez se puede definir como la condición del acto contrario al ordenamiento cuyos efectos carecen por ello de tutela o protección. Como veremos, cuando un acto administrativo ha sido dictado incumpliendo (algunas de) las normas que regulan su producción, el ordenamiento jurídico no protege sus efectos, mientras que tutela el interés a su remoción poniendo a disposición de los interesados un determinado régimen de invalidación o anulación.

La invalidez, como todos sabemos, es la consecuencia de un vicio o defecto (formal o material). Un vicio, por su parte, es el efecto de la violación de una norma sobre la producción del acto (competencia,

<sup>2</sup> M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (2003: 720). Apuntan la misma idea J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA (1999: 154-155) cuando afirman que los grados de invalidez –nulidad y anulabilidad– son entendidos «como causa y como efectos simultáneamente».

<sup>3</sup> M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (2003: 731); H. MAURER (2011: 265). La idea fue apuntada también por J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1975: 49, 61-69), quien denunció que la «anarquía terminológica» se debe a la confusión de esos dos planos y el procesal que a continuación cito en el texto y que para él es el esencial.

procedimiento, forma) y la determinación de su contenido (posibilidad, determinación, adecuación al ordenamiento). Por tanto, la invalidez resulta de la contrariedad a Derecho, aunque no toda contrariedad a Derecho determina la invalidez del acto, ya que hay vicios o irregularidades no invalidantes. Se puede hablar también, como hacen algunos autores, de ilegalidades no invalidantes y, por tanto, de actos ilegales pero válidos.

Pero, a mi modo de ver, la escisión entre ilegalidad (o irregularidad) e invalidez sólo se da en este supuesto de las irregularidades no invalidantes, por lo que sólo en estos casos (que no son pocos) puede afirmarse con propiedad que un acto es válido a pesar de vulnerar el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en mi opinión, no se pueden considerar válidos los actos ni cuando presentan un vicio invalidante pero ya no se puede declarar su invalidez (por ejemplo, porque el acto no se haya recurrido en plazo o ya no se pueda revisar de oficio) ni tampoco cuando el ordenamiento proteja y mantenga sus efectos a pesar de que incurre en vicios de nulidad o de anulabilidad. En estos casos, el acto no deviene por ello conforme a Derecho.

En el primer caso, el paso del tiempo no hace válido lo inválido o regular lo irregular, como tampoco cabe pensar que el tiempo prive al acreedor de su condición de tal o convierta el asesinato en una acción lícita; y, sin embargo, el crédito y la acción para perseguir el delito están sujetos a la disciplina del tiempo, es decir, a los plazos de prescripción<sup>4</sup>. Frente a lo que a veces se afirma, el transcurso del tiempo no sana o convalida la irregularidad, sino que hace que ésta deje de ser relevante para el Derecho. La irregularidad subsistirá pero, por razones de seguridad jurídica, ya será tarde para discutir si existe o no y la situación creada por el acto ya no podrá removerse.

En el segundo supuesto, como se verá, el que se mantengan los efectos de un acto declarado inválido es la consecuencia que el Derecho anuda a otros principios del sistema. Pero tales principios no se erigen en canon de validez del acto, por lo que éste no puede considerarse conforme a Derecho. Si consideráramos que en estos casos el acto es válido, no se explicaría por qué en ocasiones los efectos que se mantienen no son los mismos que los que se derivan del propio acto (por ejemplo, en las expropiaciones declaradas nulas, una indemnización superior al justiprecio por la pérdida de la propiedad).

Además, con esa forma de entender la validez no se formula juicio de reproche alguno a la Administración cuando vulnera la legalidad a la que está sometida. Y el concepto de validez se esfuma o difumina en el de eficacia. Por el contrario, si concluimos, como creo que debe hacerse, que en tales casos el acto es inválido y el órgano de control así lo debe declarar, se estará destacando que la Administración no debió dictar nunca un acto de esa forma o con ese contenido y que por ello no podría dictarlo ahora. La declaración de invalidez cumple en tales casos un papel análogo al de las sanciones, pues implica, como éstas, un juicio de reproche que consiste en destacar que no se ha respetado la legalidad al haberse usado de forma antijurídica la norma que confiere la potestad<sup>5</sup>.

### 3. LA DISTINCIÓN ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD

Una segunda cuestión conceptual a la que quiero referirme es la relativa a la distinción entre la nulidad y la anulabilidad. Nuestro Derecho no regula de forma general y de manera abstracta la invalidez de los actos administrativos, sino que establece grados, tipos, clases, modalidades, regímenes típicos (son algunas de las diversas expresiones que suelen utilizarse) de invalidez, en concreto, las referidas categorías de la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad<sup>6</sup>.

Conviene destacar que no se trata de categorías lógicas o abstractas que puedan descubrirse o elaborarse con razonamientos de ese tipo, sino que constituyen la regulación que el legislador ha estatuido para tratar diferentes casos o grupos de casos de actos que infringen el ordenamiento jurídico<sup>7</sup>. La nulidad y la

<sup>4</sup> M. PASQUAU LIAÑO (1997: 286) y (2007: 233).

<sup>5</sup> Vid. M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO, J. (2003: 732); J. A. PÉREZ LLEDÓ (2015: 34, por nota). Eso no quiere decir, lógicamente, que la invalidez sea una sanción entendida como castigo o retribución, pues cuando algunos autores afirman que la nulidad es una sanción están utilizando este término en un sentido amplio (y no técnico) como equivalente a consecuencia jurídica o reacción que el ordenamiento prevé por la realización de algo contrario a Derecho.

<sup>6</sup> La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) sustituyó la expresión «Invalidez», que era la rúbrica que englobaba a los arts. 47 a 55 de la LPA de 1958, por los términos «Nulidad y anulabilidad», que encabezaban la regulación de sus arts. 62 a 67, como ahora encabezan la de los arts. 47 a 52 de la nueva LPAC.

<sup>7</sup> Vid. J. L. BERDEJO LACRUZ, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, F. RIVERO HERNÁNDEZ, (1987: 350); J. DELGADO ECHEVERRÍA, M. A. PARRA LUCÁN (2003: 18).

anulabilidad son, realmente, conceptos que condensan el tratamiento o la disciplina normativa aplicable a los actos que presentan determinados vicios; más exactamente, regímenes típicos de la invalidez de los actos administrativos que el ordenamiento configura en función de los intereses en juego y de la protección que a cada uno de ellos decide dispensar. Constituyen, por tanto, regulaciones de Derecho positivo y, por ello, es de éste del que hay que partir para extraer las diferencias que median entre una y otra categoría<sup>8</sup>.

Por eso, en mi opinión, hay que huir aquí de todo esencialismo conceptual y de los dogmas, a veces mal entendidos, de la teoría clásica. Nuestro Derecho Administrativo se aleja del planteamiento tradicional del Derecho Civil y de la oposición frontal entre la nulidad y la anulabilidad, quizá por la amplitud de la nulidad de pleno derecho, que no sólo se reserva a los actos que presentan los vicios más graves y evidentes.

Para apreciar las diferencias reales entre una y otra categoría hay que partir, en efecto, de los datos que ofrece el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, no es cierto que los actos nulos de pleno derecho sean ineficaces desde el principio. Lo desmienten, entre otros, el art. 39.1 LPAC, que predica la presunción de validez de todos los actos y dispone su eficacia inmediata desde que se dictan, o los arts. 108 y 117.2 de mismo texto legal, que también parten de la eficacia de los actos nulos al prever la posibilidad de suspender su ejecución.

Nuestro Derecho positivo, como se verá, también desmiente otras supuestas diferencias como el carácter *ex tunc* de la nulidad y *ex nunc* de la anulabilidad, o la naturaleza declarativa de los pronunciamientos de aquélla y la naturaleza constitutiva de los de ésta. Las diferencias entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad se circunscriben, esencialmente, a la convalidación, la revisión de oficio, la acción de nulidad y el régimen de suspensión. Veámoslo muy sintéticamente.

- Convalidación por subsanación. El art. 52 de la LPAC sólo habilita a la Administración para convalidar los actos anulables mediante su subsanación. Algunos autores han sostenido que también algunos vicios de nulidad de pleno derecho se pueden subsanar, mientras que otros de anulabilidad no serían subsanables. Ello es cierto, pero no debe confundirse la posibilidad material de que un determinado vicio (de nulidad o de anulabilidad) se pueda subsanar, con la posibilidad jurídica de la subsanación, esto es, con la autorización por el Derecho de que algo que realmente puede ser subsanado lo sea jurídicamente. Hay actos nulos de pleno derecho, en efecto, que podrían ser realmente subsanados porque el concreto vicio en que incurren es susceptible de ello desde un punto de vista lógico o material, pero el legislador no está vinculado por esa circunstancia y puede no habilitar a la Administración para que proceda a su convalidación. Esto es –entiendo– lo que antes hacía el art. 67 de la LRJPAC y ahora hace el art. 52 de la nueva LPAC al apoderar a la Administración para que sólo convalide los actos que incurren en vicios de anulabilidad. Puede ser criticable, y a mi me lo parece, pero es así.
- Revisión de oficio. Mientras que el art. 106 de la LPAC establece que las Administraciones públicas, en cualquier momento, declararán de oficio la invalidez de los actos nulos de pleno derecho, el art. 107 de la misma disposición legal no habilita a la Administración con esa potestad, de modo que los actos anulables (favorables) no pueden ser revisados de oficio por la Administración: ésta tiene que acudir a la vía de la declaración de lesividad de tales actos y a su posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>9</sup>. Sin embargo, el régimen de suspensión en la revisión de oficio de los actos nulos y en la revocación de los actos anulables es el mismo (art. 108), al igual que los límites a una y otra (art. 110).
- Acción de nulidad. El art. 106 de la LPAC reconoce a cualquier interesado el derecho subjetivo a exigir a la Administración, también en cualquier momento, la declaración de nulidad de los actos administrativos que hayan incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho, y ello tanto si el acto es favorable como si es de gravamen<sup>10</sup>. Se trata de una acción que el ordenamiento sólo reconoce

<sup>8</sup> Como señala L. DIEZ-PICAZO, (2007: 564), el legislador no se encuentra vinculado por ninguna de estas posibles categorías dogmáticas y puede dotar a cada una del contenido que estime más conveniente. Y es un error pensar lo contrario.

<sup>9</sup> Este diferente tratamiento ha sido criticado por algunos autores. *Vid.* R. BOCANEGRA SIERRA (2012: 216); J. GARCÍA LUENGO (2010: 25-26).

<sup>10</sup> *Vid.* M. REBOLLO PUIG y E. CARBONELL PORRAS (2018: 186) que lo argumentan así: tiene sentido admitir esta vía tanto para los actos favorables como para los de gravamen, pues si el acto es favorable para un particular puede que otro esté interesado en su nulidad, y, si es desfavorable, el mismo destinatario del acto puede estar interesado en instar esta revisión ya que no tiene otro cauce para ello, a diferencia de lo que ocurre con la Administración que, para los actos de gravamen, ya tiene la vía, más sencilla, del art. 109.1 de la LPAC.

para los actos nulos de pleno derecho, pero para ejercerla es preciso estar legitimado («a solicitud de interesado», dice el art. 106.1 LPAC), pues la acción de nulidad no es una acción popular. Si el acto es anulable, el particular, lo único que puede hacer, es interponer los recursos administrativos o jurisdiccionales pertinentes. En vía de recurso administrativo también se establece una diferencia en relación a los sujetos legitimados para invocar los vicios de nulidad y de anulabilidad. Así, el art. 115.3 de la LPAC, al regular la interposición de los recursos administrativos, dispone que: «Los vicios y defectos que hagan *anulable* un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado». Esta regla sólo afecta a los particulares, pero no a la Administración (que lógicamente no es recurrente), y únicamente se predica, como puede verse, de los actos anulables, aunque la jurisprudencia la ha extendido también a las impugnaciones torticeras de actos nulos por parte de los particulares<sup>11</sup>. Pero, como se ha resaltado, fuera de estos supuestos, las reglas de legitimación son las mismas para la nulidad y para la anulabilidad<sup>12</sup>.

- Régimen de la suspensión en los recursos administrativos. También debe destacarse la diferencia que establece el art. 117.2.a) LPAC respecto de la suspensión de la ejecución de los actos nulos de pleno derecho y los actos anulables. De ese precepto se deduce que, en principio, es más fácil conseguir la suspensión en caso de nulidad que en los supuestos de anulabilidad, pues uno de los criterios que el órgano administrativo ha de tener en cuenta para acordar la suspensión de la ejecución de un acto impugnado en vía de recurso es que dicha impugnación se fundamente en que el acto incurre en nulidad de pleno derecho. Se trata de obstaculizar la materialización de los efectos de los actos nulos de pleno derecho, dada la gravedad de los vicios en que los mismos incurren. En la práctica, sin embargo, la invocación de la nulidad como causa de la suspensión no parece que sea muy atendida<sup>13</sup>.

Además de estas diferencias, que son de estricto Derecho positivo, hay otras que se deducirían de una interpretación institucional del concepto de nulidad de pleno derecho y que han sido sostenidas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Pero respecto de algunas de ellas no reina acuerdo y otras carecen de todo fundamento.

Una diferencia, según algunos autores, sería la posibilidad de utilizar la vía interdictal en los casos de ejecución de los actos que incurren en nulidad de pleno derecho, por ser ello constitutivo de una vía de hecho, lo que no ocurre si se trata de ejecutar actos anulables<sup>14</sup>. Algunos autores y cierta jurisprudencia también han sostenido que debe haber una prioridad del enjuiciamiento de las causas de nulidad de pleno Derecho, de modo que sólo tras apreciar que éstas no concurren procede analizar los requisitos de admisibilidad del recurso. Pero esto no se infiere del concepto, no lo establece el Derecho positivo [arts. 51.1, 58, 59 y 69 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA)] y hoy parece superado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de modo que la necesidad de declarar judicialmente la nulidad requiere de un proceso en regla y con todas las garantías, incluido el esquema admisibilidad/fondo<sup>15</sup>. No obstante, algunos excluyen de dicho esquema la inadmisibilidad del recurso contra los actos confirmatorios prevista en el art. 28 LJCA, que, a pesar de que el precepto no distingue, sólo se aplicaría a los actos anulables<sup>16</sup>. También se han destacado otras diferencias entre la

<sup>11</sup> S. MUÑOZ MACHADO (2018: 190).

<sup>12</sup> M. BELADIEZ ROJO (1994b: 169); G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 98); V. S. BACA ONETO (2006: 86); M. REBOLLO PUIG (2009: 107).

<sup>13</sup> J. JORDANO FRAGA (1996: 183).

<sup>14</sup> J. GARCÍA LUENGO (2002: 252-253). En contra, F. LÓPEZ MENUDO (1998: 317), que sólo admite los interdictos en los supuestos de las letras b) y e) del art. 62.1 LRJPAC (hoy art. 47 de la LPAC), por ser los únicos constitutivos de vía de hecho. En el mismo sentido, M. REBOLLO PUIG (2009: 34), quien precisa que se está hablando de actos nulos de pleno derecho no declarados como tales por los órganos competentes para ello, pues si se ejecuta un acto ya anulado sí estaríamos ante una vía de hecho.

<sup>15</sup> Afirma la prioridad del examen de las causas de nulidad, entre otros, P. MENÉNDEZ GARCÍA (2001: 22). En contra, con argumentos convincentes, A. HUERGO LORA (2000: 236); M. REBOLLO PUIG (2009: 21). Sobre las contradicciones jurisprudenciales en la prioridad del enjuiciamiento de las causas de nulidad, J. GARCÍA LUENGO (2002: 246). Pero la jurisprudencia más reciente es clara: «la posible concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho no es motivo para que deje de apreciarse la extemporaneidad del recurso, pues la interposición del recurso contencioso-administrativo debe atenderse al plazo legalmente previsto [...] porque lo que no está sometido a plazo es el ejercicio de la acción de nulidad en vía administrativa» (STS de 10 de abril de 2012, recurso núm. 6401/2009, que cita otras muchas anteriores).

<sup>16</sup> J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA (1998: 277, 284); J. GONZÁLEZ PÉREZ (2011:398); A. HUERGO LORA (1999: 554-555); J. GARCÍA LUENGO (2002: 290); S. MUÑOZ MACHADO (2018: 39). Con matices M. REBOLLO PUIG (2009: 24-25). En contra, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, B. LOZANO CUTANDA, J. P. QUINTANAR CARRETERO, R. CASTILLO BADAL (2014: 525-526).

nulidad y la anulabilidad como, por ejemplo, la posibilidad de invocar la nulidad de pleno derecho de un acto para conseguir la nulidad de otro, o la posibilidad de alegarla como excepción procesal en la jurisdicción contencioso-administrativa o en otra jurisdicción distinta, lo que no sería posible en los supuestos de anulabilidad y concuerda perfectamente con el carácter imprescriptible de la nulidad que consagra el actual art. 106 LPAC<sup>17</sup>.

Sin embargo, no me parece acertada la tesis que hace distinciones a efectos de la interrupción de la prescripción. Según la jurisprudencia mayoritaria los actos anulables de aplicación del tributo interrumpen la prescripción mientras que los que se declaren nulos de pleno derecho no, «pues en ellos el vicio invalidante y “ab origine” que padecen hace que se tengan por inexistentes desde que se dictaron y no pudieron surtir efectos, por lo que tampoco despliegan sus efectos para interrumpir la prescripción» [SSTS de 28 de junio de 2010, recurso de casación núm. 96/2006), de 27 de marzo de 2012 (recurso de casación núm. 5827/2009) y de 19 de noviembre de 2012 (recurso de casación en interés de ley núm. 1215/2011)]. Pero esto es criticable porque, como señala el voto particular a tales sentencias, en ningún precepto de la LR-JPAC (o ahora en la LPAC) ni de la Ley General Tributaria se establece que un acto viciado de nulidad de pleno derecho no interrumpa la prescripción mientras que sí lo haga un acto en el que concurre un vicio de anulabilidad, de modo que, a efectos de la interrupción de la prescripción, resulta irrelevante el grado de invalidez del acto. El legislador debería regular expresamente los efectos que produce la invalidez sobre la prescripción, porque, aunque hay argumentos para sostener que en tales casos la Administración, aun con defectos, está persiguiendo la infracción cometida y, por tanto, no hay dejación o abandono de sus poderes punitivos que justifiquen la prescripción de la infracción, también se puede argumentar que, como la prescripción en el ámbito punitivo no es la consecuencia del abandono presumible de un derecho por su no ejercicio, sino una institución al servicio de la seguridad jurídica y de la función de las sanciones, ni los actos nulos ni los anulables deberían interrumpir la prescripción ya que no deberían haber producido efecto alguno.

Frente a la tesis que acentúa las diferencias entre la nulidad y la anulabilidad o la opinión de quienes diluyen casi por completo la distinción, quizá debería ensayarse un sistema más dúctil y flexible que diversifique el régimen jurídico de la invalidez en función del tipo de irregularidad y no someta todos los supuestos al rígido esquema binario o dual que nos acompaña desde hace tiempo<sup>18</sup>. La propia doctrina civilista ha comenzado ya a cuestionar la concepción dual o bipartita y ha propugnado la formulación de una nulidad de pleno derecho plural y flexible, cuyo régimen jurídico pueda modularse y plegarse al interés protegido por la concreta norma de nulidad; una nulidad que pueda ser relativa, o prescribible, o convalidable o no apreciable de oficio, que permita así encontrar respuestas más adecuadas a cada tipo de vicio o irregularidad<sup>19</sup>. Algunos autores han insistido en esta idea y, por ejemplo, han sostenido la necesidad de relativizar y, sobre todo, diversificar el actual régimen jurídico de algunos supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos y de la propia anulabilidad<sup>20</sup>. Se evitaría así la aplicación en bloque de la disciplina de una u otra categoría y el régimen jurídico de la invalidez se adaptaría al interés protegido por la norma en cada caso vulnerada, pues no todos los requisitos de validez tienen (o deben tener) el mismo valor. Sin descartar, incluso, la posibilidad de prever de forma expresa la ineficacia *inicial* de los actos que incurran en las irregularidades más groseras, graves y evidentes, como ocurre en otros países de nuestro entorno.

También los planes urbanísticos están demandando con urgencia una teoría de la invalidez más acorde con su verdadera y heterogénea naturaleza jurídica y con las necesidades del urbanismo actual<sup>21</sup>. Y lo mismo cabe decir de los reglamentos, que ven como cualquier irregularidad formal o material en la que incurrir se somete sin matiz al severo régimen de la nulidad de pleno derecho, lo que también debe ser corregido

<sup>17</sup> M. REBOLLO PUIG (2009: 23 ss.). Sobre la posibilidad de oponer la nulidad por vía de excepción, *vid.* ya T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1969: 67) y (1979: 24).

<sup>18</sup> Sobre la construcción de tales categorías y su contraposición, casi siempre sobre la base de una interpretación errónea y deformada de los textos romanos y una sedimentación de equívocos a lo largo de la historia, *vid.* el magistral análisis de J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1975: 73-152). *Vid.* también M. PASQUAU LIAÑO (1997: 43-59).

<sup>19</sup> *Vid.* M. PASQUAU LIAÑO (1997: 33) quien se pregunta por qué hacer de la distinción entre nulidad y anulabilidad la única clasificación de la teoría de las nulidades y de qué razones se deriva que todos los supuestos de nulidad de pleno derecho se sometan en bloque a un mismo régimen jurídico y todos los supuestos de anulabilidad hayan de sujetarse al régimen opuesto.

<sup>20</sup> M. REBOLLO PUIG (2009: 16-18, 38-39). *Vid.* también S. MUÑOZ MACHADO (2018: 191) que propone o reducir los supuestos de nulidad o modularlos para reconocer dentro de ellos algunos más debilitados que se asemejen en cuanto a sus consecuencias a la anulabilidad.

<sup>21</sup> *Vid.* las certeras reflexiones de J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (2017) y el magnífico trabajo de M. A. GONZÁLEZ SANFIEL (2017: 411 y ss.).

cuanto antes, pues no parece de recibo que el régimen de los reglamentos ilegales sea incluso más estricto y riguroso que el de las propias leyes inconstitucionales<sup>22</sup>.

#### 4. LAS CONSECUENCIAS DE LA INVALIDEZ Y EL MOMENTO EN QUE OPERAN

Paso ahora a las consecuencias de la invalidez. Tales consecuencias son las mismas en los supuestos de nulidad y en los de anulabilidad. Y ello tanto desde el punto de vista material (qué efectos o consecuencias tiene la declaración de invalidez) como temporal (desde qué momento se producen).

Nuestro ordenamiento jurídico no regula de forma expresa los efectos o consecuencias de la declaración de invalidez. No lo hace la LPAC ni tampoco la LJCA, cuyo art. 71.1 se limita a decir que cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo «declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido».

Creo que debe partirse de esta idea: el Derecho sólo otorga tutela o protección a los actos que respetan las normas que establecen su forma de producción y determinan su contenido. Si el acto no respeta tales normas, no debe producir efectos, pues toda la actuación administrativa debe realizarse «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», según dispone el art. 103.1 de la CE. Pero, por razones institucionales ligadas al interés general al que responde la actuación de la Administración y a la propia función de estabilización y clarificación del Derecho que cumple el acto administrativo, el ordenamiento obliga a presumir su validez, de modo que el acto produce efectos de forma inmediata y surge el deber de actuar sin entrar a analizar si es o no conforme a Derecho hasta que se declare su invalidez<sup>23</sup>. Hasta que esto no tenga lugar, el acto y sus efectos gozan del respaldo del Derecho por muchos vicios o irregularidades que presente y por muy graves que estas sean. Hay así una escisión entre validez y eficacia que da lugar a que se produzcan efectos jurídicos no conformes a Derecho<sup>24</sup>.

Pero cuando un órgano competente para ello declara que el acto es inválido, la situación jurídica creada pierde ese amparo o protección y la legalidad debe ser restablecida o restaurada. El Derecho no tutela los efectos de los actos inválidos. Por eso, en rigor, de la invalidez no se deriva la ineficacia de los actos (pues el acto se presume válido y produce efectos desde que se dicta hasta que se anula), sino el desamparo o desprotección de las situaciones jurídicas creadas por el acto inválido<sup>25</sup>. Su fundamento reside en el principio de legalidad de la Administración que exige el retorno a la situación conforme a Derecho. Se trata de la tutela primaria que ofrece el ordenamiento jurídico y que exige el cese de la situación contraria al ordenamiento, impidiendo que el acto inválido siga produciendo efectos y prescribiendo la remoción de la situación que haya creado como consecuencia de haberse producido al margen de sus mandatos. Si el restablecimiento no es posible procederá el resarcimiento (tutela resarcitoria o secundaria) siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad patrimonial. En rigor, si tales requisitos concurren, también cabe esta tutela secundaria junto al restablecimiento de la legalidad, pues la tutela resarcitoria constituye un sistema autónomo de protección<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> *Vid.*, por todos, G. DOMÉNCH PASCUAL (2002) y el reciente trabajo de F. LÓPEZ RAMÓN (2018: 13 y ss.).

<sup>23</sup> Sobre la presunción de validez, M. REBOLLO PUIG (2005: 587 y ss.); G. DOMÉNCH PASCUAL (2010: 1031 y ss.); T. CANO CAMPOS (2017: 519 y ss.).

<sup>24</sup> La eficacia y la ineficacia deben ser consideradas, en mi opinión, como categorías estrictamente jurídicas. Ambas pertenecen a un mundo institucional (convencional) como es el Derecho, no al mundo físico. La eficacia jurídica del acto no es la efectividad o los efectos de hecho que el acto produce en la realidad, sino los efectos de Derecho, el cambio jurídico que produce en función de su contenido: la calificación normativa de un comportamiento como obligatorio, permitido o prohibido, la atribución, el reconocimiento o negación de una calificación institucional a una clase de personas (por ejemplo a los afectados por una sequía o un terremoto), objetos (por ejemplo como bienes muebles) o estado de cosas (por ejemplo la declaración de zona catastrófica), etc. Por ello, la eficacia jurídica se produce con independencia de la subsiguiente comisión u omisión de otros actos que sean actuaciones de dichos efectos, los cuales no siempre son precisos o necesarios. La eficacia de una orden de demolición, es la obligación de demoler (no la efectiva destrucción del edificio); la de una multa, la obligación de pagarla (no la efectiva realización del pago); la de una licencia de edificación, el derecho a edificar (no la construcción del edificio). Si la eficacia jurídica se moviera en el terreno de los hechos, no cabría hablar, por ejemplo, de una eficacia retroactiva de los actos administrativos como hace el art. 39.3 LPAC, pues lo que ocurre en el terreno de la realidad no puede retrotraerse en el tiempo (el pasado no es modificable materialmente). En este sentido, por ejemplo, A. NIETO GARCÍA (1994: 20); R. BOCANEGRA SIERRA (2012: 126); J. GARCÍA LUENGO, J. (2002: 249). En la teoría del Derecho, entre otros, R. GUASTINI (1999: 321); L. PRIETO SANCHÍS (2005: 83-85); L. FERRAJOLI (2011: 251, 268). Consideran, por el contrario, que la ineficacia es un dato empírico J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1975: 159-161, 175) y, de forma recurrente, V. S. BACA ONETO (2006: 44-45, 55, 77, 79).

<sup>25</sup> T. CANO CAMPOS (2004: 197 y ss.) y (2017: 77 y ss.); S. DÍEZ SASTRE (2017: 281).

<sup>26</sup> *Vid.* L. MEDINA ALCOZ (2005: 307); S. DÍEZ SASTRE (2012: 79). En la jurisprudencia, *vid.*, por ejemplo, la STS de 15 de noviembre de 2012 (recurso de casación núm. 435/2012).

En concreto, y como consecuencia de la referida privación de fuerza jurídica del acto en que se traduce su declaración de invalidez, si sus efectos jurídicos todavía no se han materializado (no se ha pagado la multa, no se ha percibido la subvención, no se ha construido el edificio), ya no será exigible su cumplimiento ni posible su ejecución, por lo que no se debe proteger ninguna acción encaminada a ello. Si los efectos jurídicos se han materializado, procederá el restablecimiento o restitución al estado anterior a la comisión de la irregularidad determinante de la invalidez del acto (devolución de la cuantía de la multa pagada o reintegro de la subvención indebidamente percibida, demolición del edificio construido vulnerando materialmente las normas). Si el acto denegó algo a lo que se tenía derecho (una licencia, la adjudicación de un contrato o una subvención), la Administración deberá anular el acto y reconocer ese derecho si es ella la que declara la invalidez y, si es la Jurisdicción, además de anular la denegación, deberá condenar a la Administración a que dicte el acto, salvo que en el proceso no sea posible decidir si el demandante tiene o no tal derecho, en cuyo caso lo procedente es anular el acto denegatorio y condenar a la Administración a decidir de nuevo sobre la pretensión del particular de conformidad a Derecho<sup>27</sup>.

En el caso de los vicios de forma invalidantes (invalidez formal), el restablecimiento de la legalidad puede tener lugar con la subsanación, restituyendo, por tanto, el derecho a un procedimiento ajustado a Derecho<sup>28</sup>. Así, al resolverse un recurso administrativo, el órgano competente podrá anular el acto y acordar la convalidación de actuaciones o bien ordenar la retroacción del expediente al momento en que se cometió el vicio para que se proceda a su subsanación (art. 119.2 LPAC). Pero en el proceso contencioso-administrativo se ha criticado la retroacción de actuaciones respecto de los actos de gravamen, en particular en el caso de las sanciones<sup>29</sup>.

Algunos consideran que mientras que en los supuestos de nulidad de pleno derecho estas consecuencias operan *ex tunc* en los de anulabilidad se producen *ex nunc*<sup>30</sup>. Pero esto carece de todo fundamento, ni siquiera está presente en la teoría clásica del Derecho Civil y deriva de una utilización incorrecta del argumento *a contrario*, pues procede del error de considerar que la anulabilidad es el reverso o el envés de la nulidad. En esta cuestión, como en tantas otras relacionadas con la invalidez, hay mucho apriorismo dogmático generalmente aceptado.

Cuando se declara la invalidez, sea por un vicio de nulidad o de anulabilidad, lo que el principio de legalidad reclama y el derecho a la tutela judicial efectiva exige es que el acto se considere antijurídico desde el momento en que infringe el ordenamiento y que desde ese mismo momento se produzcan las consecuencias de la invalidez, sin perjuicio, como se verá, de las modulaciones que procedan en aplicación de otros principios del sistema. Pues en caso contrario, se llegaría al absurdo, por ejemplo, de que el particular no tendría que devolver las subvenciones recibidas ni la Administración las multas ejecutadas cuando las primeras se han otorgado o las segundas se han impuesto incurriendo en vicios de anulabilidad<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Pero en este supuesto entramos ya en el terreno de las pretensiones de condena y, en casos como el referido, la anulación del acto constituye una pretensión accesoria e instrumental a la anterior, al punto que se sostiene que cuando, a pesar de las irregularidades en que incurre el acto, es posible determinar en el proceso que la Administración no tiene la obligación en la que el demandante apoya su pretensión de condena, lo procedente es que se desestime tanto la pretensión de condena como la de anulación. Sobre esto, *vid.* el brillante análisis de A. HUERGO LORA (2000: 262 y ss.), quien precisa que no procede la anulación, «no porque el vicio que aqueja al acto sea una mera irregularidad no invalidante (lo que probablemente sea discutible en muchos casos), sino porque el demandante no ha pedido la anulación aislada del acto (sino que ha solicitado que se condene a la Administración) y además esa anulación no favorece sus intereses puesto que no le acerca a la obtención de la prestación administrativa solicitada».

<sup>28</sup> Sobre la invalidez formal, *vid.* el reciente y detallado estudio de J. GARCÍA LUENGO (2016).

<sup>29</sup> Sobre el tema, J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (2012: 579 ss.); T. CANO CAMPOS (2012: 841 ss.). Si en el proceso se ha ejercido pretensión anulatoria de un acto denegatorio de la Administración y se ha solicitado también que se condene a la Administración a que dicte el acto estimatorio de su solicitud, cabría la retroacción de actuaciones si el órgano judicial no ha podido determinar en el proceso si el demandante tiene o no derecho a lo solicitado. En este caso, la sentencia, además de la declaración de que el acto denegatorio no se ajusta a Derecho, puede condenar a la Administración a que resuelva de nuevo la pretensión del particular. Además del trabajo citado de BAÑO, *vid.* A. HUERGO LORA (2000: 267, 271-272).

<sup>30</sup> BOQUERA OLIVER, J. M.<sup>a</sup> (1993: 115, 125); F. GARRIDO FALLA (1994: 446-447); R. ENTRENA CUESTA (1999: 226-227); J. JORDANO FRAGA (1993: 178) para quien se trata de uno de los elementos diferenciales más relevantes entre la nulidad y la anulabilidad; J. M. TRAYTER JIMÉNEZ (2015: 337). Otros autores sostienen, de forma mucho más matizada, que en el caso de la anulabilidad debe distinguirse entre actos cuya eficacia se agota en una sola aplicación (pago de una multa), en cuyo caso la eficacia de la anulabilidad será *ex tunc* (la cuantía de la multa debe ser devuelta), y actos cuya eficacia se extiende en el tiempo, en cuyo caso la eficacia de la anulación también será *ex tunc* salvo que algún principio, como el de protección de la confianza, deba ser tenido en cuenta y determine la eficacia *ex nunc* de la anulabilidad. *Cfr.* R. BOCANEGRA SIERRA (2012: 206); J. GARCÍA LUENGO (2002: 463).

<sup>31</sup> El art. 36.4 de la Ley General de Subvenciones deja claro que «la declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación de la subvención llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas».

La Administración debe respetar el Derecho desde que actúa no desde que la Jurisdicción declara que su actuación no lo ha respetado. Si los pronunciamientos declarando la anulabilidad de un acto tuvieran efectos *ex nunc*, en realidad, más que de una anulación, se trataría de una revocación o de una suerte de derogación del acto. Además, ello constituiría un incentivo para que la Administración actuara contraviniendo el Derecho y calculando los beneficios que podría obtener durante el tiempo que media entre que se dicta el acto y se produce su anulación.

## 5. LOS MEDIOS DE REACCIÓN CONTRA LA INVALIDEZ

Como se ha señalado, la eficacia de los actos administrativos es independiente de su validez, por lo que, en virtud de la presunción de validez, es habitual que se produzcan efectos jurídicos no conformes a Derecho. Pero, lógicamente, el ordenamiento se preocupa de restablecer la correspondencia entre validez y eficacia y garantizar únicamente los efectos jurídicos de los actos válidos, para lo cual prevé diversos instrumentos de reacción contra los actos inválidos y atribuye a diversos órganos la competencia para su anulación.

Tales instrumentos (impugnación por los particulares ante la Administración o la Jurisdicción, acción de nulidad, revisión de oficio, revocación, etc.) son los remedios jurídicos que el ordenamiento arbitra para reaccionar contra la invalidez de los actos administrativos y los efectos que éstos hayan producido. A través de ellos, el Derecho tutela las situaciones subjetivas de los afectados por los actos inválidos o, en los supuestos de acción popular, el mero interés abstracto en la observación de la legalidad por parte de la Administración. Estos instrumentos de reacción forman parte del régimen de invalidación o anulación de los actos que incurren en vicios de nulidad o de anulabilidad. Puede decirse que constituyen el elemento dinámico de la teoría de la invalidez, pues a través de ellos se pone en marcha el funcionamiento del propio Derecho, movimiento que sólo se inicia si los particulares o la propia Administración utilizan tales instrumentos para reaccionar contra la invalidez. Si los legitimados para ello no reaccionan contra el acto inválido, el Derecho no opera y la invalidez del acto resultará irrelevante jurídicamente.

El Derecho otorga relevancia a la validez o invalidez de los actos jurídicos privando de tutela a la situación que hayan creado desde el momento en que tiene lugar la irregularidad. Así, cuando los actos, a pesar de su invalidez, ya hayan producido efectos jurídicos e incluso hayan mutado la realidad, el problema para el Derecho no es otro que el de mantener o remover la situación creada. La invalidez de los actos administrativos despliega su virtualidad funcional privando de protección jurídica a la situación creada por el acto, esto es, no tutelando el interés tendente a su mantenimiento, o, desde la otra perspectiva, prestando protección jurídica al interés que pretenda su remoción mediante el ejercicio de las acciones o recursos que procedan<sup>32</sup>. A través de las normas que regulan la invalidez se priva de protección jurídica a la pretensión sobre el mantenimiento de la situación creada por el acto y, viceversa, se otorga tutela a quien presente un interés en su remoción que el propio ordenamiento considera digno de protección<sup>33</sup>. Por eso se puede afirmar que la validez es un valor instrumental de la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas y que la invalidez determina la ineficacia sólo a iniciativa del titular de la situación jurídica tutelada o de la propia Administración garante del interés general<sup>34</sup>.

Muy sumariamente expuestos, porque ya se ha hecho alguna referencia a ello, los medios con que cuentan los particulares y la Administración para reaccionar contra la invalidez de los actos son los siguientes.

Los particulares, tanto si se trata de actos nulos como anulables, pueden demandar la tutela de sus derechos e intereses frente al acto inválido (o pueden oponerse al cumplimiento o a la situación creada por el acto inválido) a través de los recursos administrativos y contencioso-administrativo previstos, respectivamente, en la LPAC y la LJCA. Los particulares interesados, como hemos visto, también gozan de la

<sup>32</sup> C. S. NINO (2012: 203-207) señala que la nulidad es la negativa a prestar la coacción estatal.

<sup>33</sup> Por eso señala E. CAPACCIOLI (1956: 110-111) que decir que un acto es inválido significa que no se puede pretender tutela en base a él y, viceversa, que se puede pretender tutela contra él. También J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1975: 161), en su ya clásico estudio sobre la nulidad de pleno derecho, señaló que el acto inválido es el que «carece de vigor para exigir jurídicamente la realización de tales efectos típicos, y cuyos efectos eventualmente producidos *de facto* pueden ser eliminados mediante una acción restauradora del orden jurídico». R. BOCANEGRA SIERRA (1998: 43-44), también entiende que «lo que la invalidez produce, en cuanto sanción que el ordenamiento hace recaer sobre un acto que lo infringe, es la imposibilidad de exigibilidad jurídica de los efectos que le son propios». Vid. también T. CANO CAMPOS (2004: 194 ss.).

<sup>34</sup> B. G. MATTARELLA (2003: 1006).

acción de nulidad del art. 106.1 LPAC cuando el acto administrativo (favorable o desfavorable) incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho (art. 47.1 LAP). La acción de nulidad es una suerte de tercera vía entre los recursos administrativos y la revisión de oficio que se pone en marcha a través de una solicitud ante la Administración autora del acto, que, como en la revisión de oficio propiamente dicha, es la competente para tal declaración previo dictamen favorable del Consejo de Estado<sup>35</sup>. Los particulares también pueden solicitar a la Administración, por la vía del art. 109 LPAC (pero aquí ya no gozan de una auténtica acción, sino que se limitan a ejercer su derecho de petición), la revocación de los actos anulables desfavorables, así como la de los actos originariamente válidos que han devenido inválidos como consecuencia de un cambio en las circunstancias fácticas o jurídicas que se tomaron como base o fundamento para su emanación. La impugnación o el ejercicio de la acción de nulidad pone en cuestión al acto, mientras que su anulación, o la confirmación de su validez, pone fin a la disputa acerca de su adecuación a Derecho.

La Administración, por su parte, puede acudir a la revisión de oficio, a la declaración de lesividad y a la revocación, según los casos. Si el acto es nulo de pleno derecho, la propia Administración puede declarar la invalidez mediante la revisión de oficio prevista en el art. 106 LPAC. Si el acto es anulable la Administración debe acudir al recurso de lesividad previsto en el art. 107 LPAC. Si el acto es de gravamen, la vía es la misma tanto para los actos nulos como para los anulables, y podrá revocarlo en virtud de lo dispuesto en el art. 109.1. El art. 110 LPAC, como se ha visto, establece límites materiales a todos estos poderes de revisión, haciendo ceder en vía preventiva las consecuencias de la invalidez en beneficio de las consecuencias jurídicas adecuadas a otros principios que se consideran prevalentes al principio de legalidad que es fundamento de las consecuencias de la invalidez.

La Administración también puede eliminar los vicios de los actos anulables procediendo a su subsanación. Si la Administración opta por la convalidación del acto (en los supuestos en que legalmente proceda), ello no quiere decir que aquel efecto o consecuencia de la invalidez no se produzca. Si, a pesar de la invalidez, la situación creada por el acto se mantiene es, precisamente, porque normas específicas (en nuestro caso, los arts. 52 y 119.2 LPAC) atribuyen mayor relevancia a otros hechos, en concreto a la nueva resolución de la Administración. Por consiguiente, lo que el mecanismo de la convalidación supone, en realidad, es otorgar una mayor tutela a la nueva declaración de voluntad de la Administración por la que se eliminan los vicios del acto, que a los eventuales intereses tendentes a la remoción de la situación creada por el acto inválido. Lo mismo ocurre cuando, en vía de recurso, se ordena la retroacción de actuaciones para que se subsane el vicio de forma o bien se dicta un nuevo acto sustituyendo al anterior (art. 119.2 LPAC), o cuando, en el recurso contencioso-administrativo, el Juzgado o Tribunal no se limita a anular el acto con vicios de forma sino que resuelve sobre el fondo del asunto o bien condena a la Administración a dictar un nuevo acto.

## 6. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE INVALIDEZ: ¿CARÁCTER CONSTITUTIVO O DECLARATIVO?

Los juicios de validez (invalidez) pueden ser realizados por cualquier sujeto en diversas circunstancias, pero no cualquier juicio de validez (invalidez) tiene consecuencias jurídicas, pues el propio ordenamiento crea unos órganos específicos a los que atribuye la función de declarar la invalidez de los actos jurídicos a través de sus pronunciamientos, que son a los que, en última instancia, el Derecho reconoce efectos jurídicos<sup>36</sup>. Por ello, el que un acto (o una norma, o un contrato, etc.) sea reconocido en el seno del orde-

<sup>35</sup> La doctrina más autorizada ha criticado –con razón– la posibilidad de una revisión de oficio a instancia del interesado y ha propuesto encaminar esta impugnación por la vía del recurso ordinario, estableciendo que los plazos no se aplicarían cuando el recurrente alegue y el órgano de resolución aprecie la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho. *Vid.* J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2016b: 268), S. MUÑOZ MACHADO (2018: 179). Críticos también con la regulación actual, que mantiene «idéntico desbarajuste» que la Ley 30/1992, M. REBOLLO PUIG y E. CARBONELL PORRAS (2018: 178).

<sup>36</sup> El juicio de validez (invalidez) puede ser realizado por diversos órganos o sujetos: por la Jurisdicción al entender de un recurso contencioso-administrativo o por la Administración al ejercer la revisión de oficio, pronunciarse sobre la acción de nulidad ejercitada o resolver un recurso administrativo; por un abogado o por un particular para que se declare la invalidez; por un jurista que describe el ordenamiento, comenta una sentencia, etc.; por cualquier persona al expresar su propio juicio sobre la adecuación de un acto al ordenamiento jurídico. En el primer supuesto (pronunciamiento del Juez o de la Administración), el juicio de validez es pronunciado desde el punto de vista interno y es el que tiene realmente efectos jurídicos al anular el acto; en los demás, el juicio se realiza desde del punto de vista externo y carece de consecuencias jurídicas (salvo la incidencia que en el parecer de la Jurisdicción o de la Administración pueda tener en el futuro la opinión de la dogmática jurídica, la cual, además de una función ordenadora y sistematizadora, realiza una verdadera función normativa). Sobre los referidos juicios de validez, *vid.* GUASTINI (1999: 388 y ss.); R. LETELIER WARTENBERG

namiento jurídico como válido o inválido depende del pronunciamiento autoritativo de ciertos órganos, los cuales, como es evidente, deben realizar tales pronunciamientos atendiendo a que se hayan cumplido o no las condiciones que el Derecho establece como requisitos de su validez, pero a los que, en último término, el ordenamiento reconoce efectos con independencia de su corrección<sup>37</sup>. En el mundo del Derecho la discusión abierta tiene que cerrarse en algún momento mediante una decisión de autoridad, por alguien que tenga la última palabra, pero esta decisión se ve permeada por exigencias de racionalidad cada vez mayores a través de la motivación de las decisiones<sup>38</sup>.

La anulación es un acto –administrativo o jurisdiccional– por el que se declara con carácter imperativo y *erga omnes* la invalidez de un acto, momento a partir del cual el Derecho priva de tutela a la situación creada por el acto y éste deja de producir efectos pro futuro<sup>39</sup>. Suele ser habitual sostener que los pronunciamientos (resoluciones administrativas o sentencias) de nulidad tienen carácter meramente declarativo mientras que los de anulabilidad son constitutivos. Pero esta distinción parte de un falso presupuesto, no tiene relevancia y, además, creo que es errónea.

Parte del presupuesto de la ineficacia *ab initio* e *ipso iure* de los actos nulos, por lo que una eventual sentencia sólo tendría efectos declarativos; por el contrario, como los actos anulables serían válidos y producirían efectos hasta que fueran anulados, y la anulabilidad, por ello, debería ser acordada por el Juez o por la Administración, el pronunciamiento tendría efectos constitutivos. Pero, como se ha visto, los actos nulos, como los anulables, se presumen válidos y son eficaces desde que se dictan, por lo que en ambos casos es preciso el pronunciamiento de un sujeto autorizado anulando el acto. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que cuando alguien pretende que se declare la invalidez de un acto es porque se está viendo perjudicado por una situación jurídica que quiere modificar mediante el pronunciamiento que lo anula y volver así una situación acorde a sus intereses. Con el pronunciamiento autoritativo de nulidad no se pretende adjetivar el acto: declarar sin más que un acto es nulo es como declarar que es alto, corto o amarillo<sup>40</sup>. Pretender la nulidad es pretender la no tutela o protección de la situación creada por un acto del que la otra parte (la Administración u otro sujeto al que el acto favorece) defiende su eficacia y validez.

La distinción, en segundo lugar, no tiene relevancia porque carece de efectos prácticos: si se impugna un acto inválido pero la impugnación no prospera, el acto seguirá produciendo efectos como si fuera válido, tanto si incurre en un vicio de nulidad como si el vicio que padece es de anulabilidad; y si la impugnación del acto prospera, las consecuencias serán las mismas tanto si es nulo como si es anulable: se negarán sus efectos para el futuro y no se protegerá la situación creada. Es una distinción, además, que no está en la LJCA, que sería su sede natural. El art. 71.1.a) de la LJCA se limita a disponer que, de estimarse el recurso, la sentencia «anulará» el acto, y el art. 72.2 añade que la «anulación» de una disposición o acto producirá efectos para todos los afectados, de modo que se prevé el mismo régimen y se establecen los mismos efectos generales de las sentencias de anulación. Los órganos de esta Jurisdicción anulan tanto actos nulos como actos anulables.

Y la distinción, en fin, es errónea porque está mal planteada. En vez de diferenciar entre pronunciamientos de nulidad y de anulabilidad, hay que distinguir entre el *contenido* de la decisión (administrativa o judicial) declarando la invalidez (porque concurre un vicio relevante) y los *efectos* que produce esa decisión. Una

---

(2011: 93-94). *Vid.* también, F. RUBIO LLORENTE (1990: 25): la invalidez puede «ser apreciada, sin que esta apreciación tenga consecuencias normativas, también por la doctrina». A. NIETO GARCÍA (1994: 10-11, 21-22), para diferenciar el plano interno y el externo distingue entre ilegalidad (juicio que puede realizar cualquiera y es el resultado de una constatación) e invalidez (juicio que sólo pueden realizar determinados órganos y es el resultado de una valoración o calificación jurídica sobre el alcance de la ilegalidad), a la que define como «la declaración de ilegalidad relevante realizada por el órgano constitucionalmente legitimado para ello».

<sup>37</sup> M. ATIENZA RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO (2003: 725-726).

<sup>38</sup> M. ATIENZA RODRÍGUEZ y F. LAPORTA (2009: 221).

<sup>39</sup> En algunos supuestos, se realiza un juicio relevante de invalidez pero el acto no se anula. Por ejemplo: cuando se sanciona a un funcionario por la adopción de «acuerdos manifiestamente ilegales», cuando en los conflictos de competencia se declara la incompetencia de una Administración al dictar un acto y por tanto su ilegalidad o cuando se aprecia la responsabilidad patrimonial de la Administración por un acto administrativo ilegal. En tales casos, el Derecho sólo exige un pronunciamiento de invalidez desde el punto de vista del antecedente o condiciones (de los vicios de validez), no desde el consecuente o los efectos propios de la invalidez, porque las consecuencias que tales normas prevén son distintas a la anulación: imposición de una sanción, determinación de la Administración competente, declaración de responsabilidad. El órgano de que se trate es competente para apreciar la invalidez del acto pero no para declarar su nulidad. M. REBOLLO PUIG (2005: 596-601), de quien proceden los ejemplos, distingue en tales casos entre ilegalidad e invalidez y concluye que lo que se destruye es la presunción de legalidad, pero no la de validez. Sobre el tema, más ampliamente T. CANO CAMPOS (2016: 1874-1876). También alude a que en ocasiones la declaración de invalidez no arrastra la nulidad, A. NIETO GARCÍA (1994: 22, 24) para quien ello «resulta explicable desde un punto de vista competencial».

<sup>40</sup> M. PASQUAU LIAÑO (2007: 237).

cosa es el contenido de un pronunciamiento y otra los efectos que las normas jurídicas le atribuyen. Esta distinción permite aclarar, con carácter general, que también las decisiones puramente declarativas pueden tener efectos jurídicos<sup>41</sup>. De este modo los pronunciamientos de invalidez de los actos o de las normas tienen un doble carácter: desde el punto de vista de su contenido son declarativos de una realidad jurídica anterior porque constatan y declaran una antijuridicidad o irregularidad ya existente: que el acto incurre en un vicio de nulidad o de anulabilidad. Pero desde la perspectiva de los efectos que producen son constitutivos de una realidad jurídica nueva, pues destruyen la presunción de validez del acto, le privan de efectos y no otorgan tutela a la situación que han creado, la cual, si ningún principio del sistema lo impide, debe ser restablecida de inmediato.

## 7. LA SITUACIÓN CREADA POR LOS ACTOS INVÁLIDOS Y SU PROTECCIÓN

Pero, ¿por qué a veces se mantienen los efectos de los actos inválidos y parece, por ello, que la invalidez no tiene esas consecuencias? Porque cuanto más tarde en llegar la declaración de invalidez más difícil será el restablecimiento de la legalidad alterada, ya que los efectos producidos por el acto se habrán integrado en el tráfico jurídico y habrán servido de base a otros actos, los cuales, a su vez, habrán creado nuevas expectativas y derechos a otros sujetos<sup>42</sup>. Por eso, la privación de tutela a la situación creada por el acto anulado no operará en el vacío o de forma aislada, sino sobre una realidad fáctica y jurídica que se habrá creado al socaire del acto irregular y que también reclamará del Derecho tutela o protección. Y por eso, también, un adecuado diseño del procedimiento y de los recursos administrativos (y jurisdiccionales) resultan esenciales para garantizar una reacción eficaz frente a la invalidez, como se puede apreciar perfectamente en el ámbito de los contratos públicos<sup>43</sup>.

La situación creada por el acto es un nuevo hecho. Un nuevo hecho que puede generar la aplicación de nuevo Derecho confirmando dicha situación. Así, principios como el de seguridad jurídica, protección de la confianza, prohibición de enriquecimiento o continuidad de los servicios públicos, pueden resultar ahora de aplicación y amparar jurídicamente la situación que se haya creado como consecuencia de un acto que procede anular. Pues bien, son tales principios, y no el acto inválido, los que explican que en determinados supuestos se mantengan los efectos producidos y queden liberados de cualquier reparo jurídico.

Tales principios se imponen, tras una ponderación con el principio –derivado del de legalidad– que establece la no tutela de los efectos del acto anulado, y por ello amparan el mantenimiento de esos mismos efectos o de otros efectos parcialmente distintos (por ejemplo, una indemnización mayor al justiprecio en una expropiación declarada nula, o una indemnización por un valor mayor que el de restitución).

Por lo general, esta operación tiene lugar en el proceso de control de la validez del acto. Pero hay veces que la ponderación no la hace el Juez o la Administración en el caso concreto, sino que la realiza de forma abstracta el propio legislador, el cual antepone los intereses protegidos por la seguridad jurídica o el interés general a los que atiende la invalidez y, en atención a ello, determina los efectos que ha de tener la declaración de nulidad o, incluso, impide que dicha declaración tenga lugar.

Un ejemplo de lo primero puede verse en el art. 73 LJCA, que dispone *prima facie* el mantenimiento de los actos administrativos firmes dictados en aplicación de reglamentos declarados nulos, salvo que se trate de sanciones no ejecutadas<sup>44</sup>. Lo segundo tiene lugar en previsiones como la del antiguo art. 38 del Texto

<sup>41</sup> R. GUASTINI, (2010: 386), quien pone el ejemplo de las sentencias estimatorias del TC y señala que, desde el punto de vista de su contenido no constituyen sino que declaran la inconstitucionalidad, pero, al mismo tiempo, la sentencia es constitutiva de los efectos que produce: generalmente, la eliminación e inaplicabilidad de la ley (pág. 386). *Vid.* también, R. GUASTINI, (2013: 129), donde señala que dicha distinción está implícita en la importante obra de ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Normative System* de 1971 (edición española de 1975). Hay una segunda edición revisada: C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, (2015: 208-211). Estos autores, en efecto, distinguen entre decisiones declarativas (cuyo contenido es un enunciado clasificatorio o subsuntivo; por ejemplo: T es un testamento válido, J está en quiebra) y decisiones normativas (que establecen una prescripción: P debe ser castigado, el local debe ser desalojado), las cuales pueden concurrir en una misma decisión.

<sup>42</sup> R. LETELIER WARTENBERG (2011: 176); S. DÍEZ SASTRE (2012: 74).

<sup>43</sup> S. DÍEZ SASTRE (2017: 303 y ss.).

<sup>44</sup> Este precepto no establece que tales actos sean válidos, sino que la declaración de nulidad de la disposición general en virtud de la cual tales actos han sido dictados no afectará *per se* a su eficacia, lo que, en rigor, ni siquiera impide el que tales actos puedan ser revisados ulteriormente. Sobre el tema, M. REBOLLO PUIG (1998: 533); G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 342-343); J. A. SANTAMARÍA PASTOR, B. LOZANO CUTANDA, J. P. QUINTANAR CARRETERO, R. CASTILLO BADAL (2014:704). Lo mismo puede afirmarse respecto de la previsión del art. 106.4 LPAC.

refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, que habilitaba al órgano competente para declarar la nulidad de un contrato inválido a que no la declarase y acordase el mantenimiento de sus efectos si concurren razones imperiosas de interés general. En estos casos, los efectos que se mantienen no encuentran cobertura en el reglamento anulado o en el contrato inválido cuya nulidad ni siquiera se llega a declarar, sino en el principio de seguridad jurídica, en el primer caso, y en las razones imperiosas de interés general que en cada caso concurren y que recoge ya expresamente el propio legislador sin remitir su apreciación al proceso de control, en el segundo. Los límites a las facultades de revisión previstas en el actual art. 110 LPAC también hallarían su explicación en el hecho de que el principio de no tutela de la situación creada por los actos inválidos cede (aquí también en vía preventiva, impidiendo incluso la anulación del acto por parte de la Administración) ante la concurrencia de otros principios jurídicos de obligada observancia, como la protección de la buena fe, la confianza legítima o la equidad, que resultan de aplicación a la situación creada por el transcurso del tiempo.

La concurrencia y aplicación de estos principios amparan o protegen la situación generada en torno a un acto inválido. Pero, como adelanté, tales principios no convierten al acto en válido o conforme a Derecho, pues el ordenamiento no los configura como requisitos de validez. Creo que conviene insistir en esto porque con ello se destaca que la Administración nunca debió dictar el acto y que no puede hacerlo contraviniendo las normas que regulan su forma de producción. En el plano doctrinal, y desde el punto de vista externo, esto permite la crítica por parte de la dogmática jurídica y tiene incluso un efecto pedagógico sobre la propia Administración pública de cara a su actuar futuro.

Por otra parte, los principios que tutelan la situación creada por el acto inválido deberían aflorar, en la medida de lo posible, en el proceso declarativo y no en el proceso ejecutivo ulterior cuando se analiza el alcance de los efectos de la nulidad ya declarada. Se evitaría así que en la fase de ejecución de la sentencia emerjan principios que ya estaban presentes pero no habían ingresado en la discusión inicial<sup>45</sup>.

Además, en mi opinión, el juez no debería ser el «dueño y señor» de la ponderación, sino que el legislador debe establecer criterios sobre cuándo procede realizarla, como hace, por ejemplo, en relación a los actos firmes o cuando establece límites a la revisión de oficio. Así lo impone el imperio de la Ley.

## 8. TIEMPO Y VALIDEZ: LA INVALIDEZ SOBREVENIDA

Paso, por último, a analizar las complejas relaciones entre tiempo y validez. Hay quien sostiene que el momento decisivo para enjuiciar la validez de un acto es el momento en que se dicta (*tempus regit actum*). Un cambio ulterior en las circunstancias fácticas o jurídicas, se afirma, no puede convertir en inválido a un acto que nació conforme a Derecho, de modo que ya no afectará a su validez sino, si acaso, a su eficacia o a las relaciones jurídicas que haya creado<sup>46</sup>.

Pero la invalidez sobrevenida es una figura admitida en la teoría general del Derecho y en el propio Derecho Constitucional<sup>47</sup>. En el Derecho Administrativo, algunos autores y el propio Consejo de Estado la han utilizado para explicar dogmáticamente diversas figuras como la reversión en la expropiación forzosa o la revocación de las autorizaciones por la desaparición de las circunstancias exigidas para su otorgamiento<sup>48</sup>. La jurisprudencia, además de en esos supuestos, también la ha utilizado para enjuiciar la validez de la eje-

<sup>45</sup> R. LETELIER WARTENBERG (2011: 389-395). R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN (2008: 271 nota 14, 311 nota 36, 363, 379) señala, con razón, que, del mismo modo que la construcción de una obra pública se tiene en cuenta al declarar la ilegalidad de la expropiación, en el resto de supuestos, las circunstancias de hecho y de derecho que impiden la ejecución de la sentencia (por ejemplo un cambio de planeamiento en las licencias urbanísticas) deberían ser tenidas en cuenta al dictarse ésta y no remitirse, como hace el juzgado, al momento de su ejecución.

<sup>46</sup> Entre los más firmes defensores de esta idea pueden destacarse, R. BOCANEGRA SIERRA (2005: 81) y (2012: 80-81); J. M. ALEGRE ÁVILA (2012: 492 ss.). También se opone a la utilización del término, aunque reconoce que su discrepancia con quienes aceptan la figura es más bien terminológica, V. S. BACA ONETO (2006: 45 ss.), que habla de ilegitimidad (entendida como la falta de cobertura jurídica de los efectos de un acto) sobrevenida y la predica de las situaciones o relaciones jurídicas que el acto ha creado.

<sup>47</sup> *Vid.*, entre otros muchos, M. GASCÓN ABELLÁN, (1994: 857-858); R. GUASTINI (2010: 263-264); L. PAREJO ALFONSO (1981: 201 ss.); L. M.ª DÍEZ-PICAZO (1990: 310); J. JIMÉNEZ CAMPO (1998: 112, 115); A. GARRORENA MORALES (1999: 349); A. J. GÓMEZ MONTORO (2001: 581); I. DE OTTO Y PARDO (2010: 686); S. MUÑOZ MACHADO (2015: 236). También la admiten, para las leyes, numerosas sentencias del TC: 4/1981 y 11/1981, 83/1984, 126/1997, 159/2001, 10/2002, 224/2006, 166/2014, 195/2015, 98/2016, 102/2016, etc.

<sup>48</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1984: 140); J. M. SALA ARQUER (1974: 43). *Vid.* los Dictámenes del Consejo de Estado núms. 567/1991, de 24 de abril de 1991 y 1641/95, de 20 de julio de 1995, entre otros.

cucción de un retracto forestal<sup>49</sup>. Un autorizado y amplio sector doctrinal también ha sostenido, con carácter general, que la invalidez sobrevenida es una figura que explica adecuadamente algunos fenómenos jurídicos, tiene un indudable fondo de verdad, responde a problemas reales y pone de manifiesto la concepción dinámica del principio de legalidad<sup>50</sup>.

La invalidez sobrevenida no es un concepto ilógico, erróneo o contradictorio, como algunos afirman. Claro: a menos que se asuma o estipule un concepto de invalidez en el que los vicios de los actos deban concurrir, por definición, en el momento en que se dictan. Al fin y al cabo, cada concepto implica lo que se haya incluido en él al definirlo. Yo, sinceramente, no veo ningún reparo dogmático a la posibilidad de que un acto administrativo devenga antijurídico y, por ello, inválido como consecuencia de un cambio de las circunstancias de hecho o de Derecho que *se tomaron como base o fundamento* cuando se dictó<sup>51</sup>. Cuando cambian o se alteran los presupuestos de hecho o de Derecho que sirvieron de base para dictar el acto, la valoración que la Administración realizó al dictarlo no se vuelve errónea, pero, debido al desarrollo de las circunstancias, el acto presenta ahora un contenido que ya no se adecua al Derecho actualmente en vigor.

La principal crítica que se hace a la posibilidad de una invalidez sobrevenida de los actos administrativos reside en que éstos, en cuanto que resolución productora de efectos jurídicos para un caso concreto, son instantáneos, momentáneos o fugaces, de modo que, una vez dictados, desaparecen y sólo permanecen las situaciones o relaciones jurídicas que han creado<sup>52</sup>. Pero esto, según creo, carece de fundamento porque no tiene en cuenta que el acto administrativo (al igual que una ley, un contrato o una sentencia) constituye el ejercicio de *acciones* institucionales (que en cuanto tales son momentáneas o instantáneas: también lo es el acto de aprobar una ley o dictar una sentencia) que dan lugar a *resultados* institucionales, y que si perduran los efectos o la relación jurídica que dicho resultado institucional ha creado es porque el acto, como *resultado* institucional que es, permanece y las ampara hasta que el propio acto no sea anulado, revocado, etc.<sup>53</sup>

El acto administrativo no se extingue una vez dictado ni desaparece cuando se cumple o ejecuta, sino que pasa a formar parte del sistema jurídico, no a los efectos de poder ser objeto de aplicaciones reiteradas o sucesivas (ya que, por definición, carece del requisito de la abstracción, y en esto se diferencia de los regla-

<sup>49</sup> Las sentencias que explican la reversión en la expropiación con la teoría de la invalidez sobrevenida son muy numerosas [vid., por ejemplo, las SSTs de 1 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 3023/2008), de 7 de octubre de 2013 (recurso de casación núm. 247/2011), de 17 de abril de 2015 (recurso de casación núm. 4251/2012), de 21 de noviembre de 2015 (recurso de casación núm. 3414/2013)]. Esta explicación es compartida por la mayoría de la doctrina, pero también ha sido cuestionada por algunos autores. Vid., por ejemplo, J. M. ALEGRE ÁVILA (1993: 229 y ss.) y, más recientemente, respecto del incumplimiento del deber de afectación, D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (2015: 263) que, para ese concreto supuesto señala, probablemente con razón, que «el gravamen de afectación no es un elemento de validez, sino un efecto del acto administrativo expropiatorio», por lo que «su eventual incumplimiento no podrá proyectarse sobre el plano de la validez del acto, sino a lo sumo, sobre el de su eficacia». Sobre la aplicación de la teoría de la invalidez sobrevenida a la ejecución de un retracto forestal por pérdida sobrevenida de la causa, vid. la importante STS de 21 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 5596/2006), donde se señala que la validez del acto (en concreto la adecuación de su contenido a la finalidad pública que prevé la norma atributiva de la potestad) no sólo debe concurrir cuando se dicta el acto sino también durante el tiempo que despliega sus efectos, singularmente cuando ha de ejecutarse materialmente. Vid. los comentarios a dicha sentencia de C. CHINCHILLA MARÍN (2011: 7 ss.), J. A. CARRILLO DONAIRE (2012: 209 ss.), T. CANO CAMPOS (2011: 50 ss.).

<sup>50</sup> L. COSCULLUELA MONTANER (2016: 373-374); G. FERNÁNDEZ FARRERES (2018: 808-809); M. REBOLLO PUIG, (2018: 119-120); E. GAMERO CASADO y S. FERNÁNDEZ RAMOS (2016: 530); A. BUENO ARMIJO (2011: 211). La admite, aunque estableciendo un campo de aplicación distinto ya que considera que sólo hay invalidez sobrevenida cuando «el desajuste entre el acto y la norma es imputable a la Administración», D. BLANQUER CRIADO (2014: 1309 ss.). También da cuenta de la teoría y la admite F. GARRIDO FALLA (1994: 496).

<sup>51</sup> T. CANO CAMPOS (2004: 69 ss.), donde se analiza el surgimiento de la teoría de la invalidez sobrevenida (págs. 33 y ss.), su funcionalidad y utilidad en nuestro sistema (págs. 143 y ss.), los supuestos en que un acto puede devenir inválido (224 y ss.) y los instrumentos para hacerla valer (326 y ss.).

<sup>52</sup> V. S. BACA ONETO (2006: 45-46). Otros autores, como J. M. ALEGRE ÁVILA (2012: 494-495) sostienen que «la validez es el necesario punto de inserción del acto en la vida jurídica» y «una vez producida esta inserción, toda la dinámica del acto ha de enfocarse exclusivamente desde la perspectiva de la eficacia».

<sup>53</sup> Las acciones y los resultados institucionales son aquellos que no son posibles en ausencia de reglas constitutivas, es decir, de reglas que crean la posibilidad de dichas acciones y resultados. Así, por ejemplo, mientras que acciones y resultados como matar y estar muerto son posibles en ausencia de regla alguna, y el concepto no depende de ninguna regla, acciones como aprobar una ley, celebrar un contrato o dictar una sentencia o un acto y sus correspondientes resultados (ley, contrato, sentencia, acto) solo son posibles de acuerdo con reglas del referido tipo, en concreto de las reglas constitutivas que confieren poderes (lo que entre nosotros conocemos como normas de competencia). Vid. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (2003: 719); J. A. PÉREZ LLEDÓ (2015: 28 ss.). Por eso, en el ámbito jurídico, la validez es una cualidad que se puede predicar de distintas acciones y resultados institucionales: de las normas, de los actos jurídicos que las aplican (actos administrativos, actos procesales, etc.), de los actos de autonomía privada (contratos, testamentos, donaciones, etc.) o de cláusulas particulares de tales actos (cláusulas contractuales, testamentarias, accesorias). Vid. R. GUASTINI (1999: 319). Un esquema ordenado de todo aquello que puede ser calificado como válido o inválido, en M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (2003: 722).

mentos), sino a los efectos de reconocer, proteger y amparar la situación o relación jurídica que ha creado<sup>54</sup>. Como resultado institucional que es, el acto administrativo sigue «existiendo» una vez dictado y continua siendo relevante para el Derecho desde numerosos aspectos, incluso cuando se ha cumplido o ha sido ejecutado. Esto tiene lugar no sólo en el caso de los actos denominados de estatus, como los que otorgan la nacionalidad, nombran a un funcionario o califican un bien (por ejemplo, como demanial), sino también cuando se trata de actos con efectos indefinidos (por ejemplo, una licencia de obras, que ampara de forma indefinida el edificio construido) o, incluso, cuando se trata de actos que se agotan o consumen con su cumplimiento o ejecución (por ejemplo, una sanción ya pagada sigue siendo relevante a los efectos de que no pueda de nuevo exigirse el pago, de beneficiarse de una norma retroactiva *in bonus* si a pesar de que se pagó se recurrió y el recurso no ha sido resuelto o, bien, de ser tenida en cuenta a efectos de aplicar la agravante de reincidencia).

La tesis de la instantaneidad del acto se ve contradicha, por lo demás, por los propios usos lingüísticos y, lo que es más importante, por el propio Derecho positivo que regula infinidad de instituciones o figuras referidas al acto administrativo y no sólo a sus efectos o a las relaciones que ha creado: la impugnación del acto por los particulares, la revisión de oficio y la revocación por la Administración, la conservación, la convalidación, la conversión, la anulación, etc. Por otra parte, y aunque esto requeriría un análisis y una reflexión mucho más profunda, la discusión acerca de la instantaneidad o no del acto administrativo quizá se deba a que no se tiene en cuenta que, en realidad, el acto (como el resto de resultados institucionales: sentencia, contrato, matrimonio, etc.) no es sino una forma abreviada de referirse a ese complejo conjunto de derechos, permisos, obligaciones, situaciones, relaciones, calificaciones, etc., que forman su contenido bajo una determinada forma o vestidura formal<sup>55</sup>.

La visión de la validez desde el punto de vista de los denominados elementos del acto no desmiente la tesis de que pueden incurrir en invalidez sobrevenida, pues algunos de ellos como el presupuesto de hecho puede alterarse o desaparecer y otros como el contenido del acto puede devenir contrario a Derecho.

Por lo demás, la teoría de la invalidez sobrevenida no niega, como algunos parecen entender, que el acto originariamente conforme a Derecho siga siendo un precedente válido a la hora de valorar (por ejemplo, desde la perspectiva del principio de igualdad) las demás aplicaciones, futuras o pasadas, de la normativa que lo justificó<sup>56</sup>. En la medida en que la invalidez sobrevenida y sus consecuencias no se producen desde que el acto se dictó, sino desde que éste realmente deviene contrario al ordenamiento, la aplicación inicial de la normativa que justificó el acto es válida o conforme a Derecho (por eso se protegen y mantienen los efectos del acto durante ese tiempo), por lo que puede seguir siendo un precedente legítimo o adecuado de las demás aplicaciones, futuras o pasadas, que tengan como base o fundamento las circunstancias fácticas y jurídicas que concurrieron en aquel momento inicial en el que el acto fue dictado.

Las consecuencias de la invalidez sobrevenida difieren de las de la originaria desde el punto de vista temporal, pues aquéllas tienen lugar no desde que el acto se dictó, sino desde que devino contrario a Derecho por un cambio en las circunstancias fácticas o jurídicas que le sirvieron de fundamento. Si la invalidez se produce una vez dictado el acto pero se retrotrae al momento en el que se dictó, estaremos ante un acto administrativo originariamente inválido<sup>57</sup>.

En definitiva, en mi opinión la invalidez sobrevenida no encuentra obstáculos dogmáticos insalvables, como se pretende, y, sobre todo, es una categoría útil porque sirve para explicar determinados fenómenos jurídicos y resolver algunos problemas. Pero son dudosos y discutidos los supuestos en los que procede

<sup>54</sup> R. BOCANEGRA SIERRA (2012: 139): «agotado su efecto principal, el acto administrativo continúa, sin embargo, teniendo existencia jurídica»; R. LETELIER WARTENBERG, (2011: 58): «En verdad, los actos administrativos se incrustan en el sistema jurídico, pues reconocen y protegen, sin límite temporal, la situación jurídica que han creado».

<sup>55</sup> Vid. J. PÉREZ LLEDÓ (2015: 40-41): un resultado institucional «es en realidad una forma abreviada, más “económica” para referirse a ciertas consecuencias normativas que el ordenamiento liga al hecho de que se hayan dado las condiciones del antecedente... un “matrimonio” no es más que una forma abreviada de referirse, sin tener que detallarlas explícitamente, a un complejo de derechos y deberes que surgen (entre los cónyuges, hacia terceros, hacia la Administración, etc.) ... el matrimonio es ese mismo conjunto de derechos y deberes». A esto parecen apuntar también G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 208) cuando afirma que el objeto del que se predica la validez o invalidez es el contenido del reglamento, y R. LETELIER WARTENBERG (2011: 43) al señalar que «la premisa de que los actos jurídicos no son sino sus efectos no puede ser ignorada». De hecho, la mayor parte de los denominados elementos del acto lo son de las normas que confieren la potestad y regulan su concreto ejercicio o de otras normas del sistema.

<sup>56</sup> Cfr. R. BOCANEGRA SIERRA, (2005: 82) y (2012: 81), donde habla de que el acto ha devenido inoportuno.

<sup>57</sup> Vid. H. MAURER (2011: 305): «hay que diferenciar de este caso [actos que originariamente eran conformes a Derecho pero que por un cambio de las circunstancias se convirtieron en ilegales] el del acto administrativo cuya ilegalidad se produce tras su emisión pero que se extiende retroactivamente al momento en el que se dictó; en este caso, estamos ante un acto administrativo antijurídico desde el inicio al que se aplican las normas propias de la revisión de oficio». Vid. también T. CANO CAMPOS (2004: 224-226).

hablar de ella; y, sobre todo, carecemos de los medios adecuados para reaccionar contra un acto originariamente válido que después deviene contrario a Derecho.

Desde el punto de vista de los supuestos, la invalidez sobrevenida debe reservarse exclusivamente a aquellos casos en los que realmente haya un cambio sobrevenido de las circunstancias de hecho o de Derecho *que sirvieron de base o fundamento* para dictar el acto. Lo que impide, por ejemplo, que pueda hablarse de invalidez sobrevenida cuando se incumple una obligación, un modo o una carga que impone el propio contenido del acto, pues su cumplimiento no pudo servirle de soporte en su momento y por ello su incumplimiento no puede hacer que devenga inválido, como se ve claramente en el caso de las subvenciones que no se emplean conforme al fin que fundamenta su otorgamiento. Se debe plantear hipotéticamente si, según las circunstancias de hecho o de Derecho que ahora concurren, la Administración pública estaría obligada o, en caso de que pueda actuar de forma discrecional, habilitada a dictar el acto administrativo de que se trate. Si en atención a las nuevas circunstancias fácticas y jurídicas ahora no fuera posible (jurídicamente) dictar ese mismo acto administrativo, puede concluirse que el acto ha devenido inválido. Esto puede ocurrir, singularmente, en los actos con efectos prolongados en el tiempo (una concesión demanial, una autorización de funcionamiento, autorizaciones personales como el permiso de armas o el de conducir, una prohibición para realizar una determinada actividad, etc.), aunque no sólo en ellos<sup>58</sup>. El campo de la gestión de los riesgos es un sector de referencia importante en este ámbito, pues las circunstancias fácticas de las que depende el acto administrativo (normalmente autorizaciones) puede cambiar como consecuencia del progreso científico y el avance del conocimiento, por lo que debe preverse la posibilidad de modificación o revocación para dejar abierto el contenido de la decisión administrativa al avance del conocimiento<sup>59</sup>.

Pero el verdadero problema reside en las vías de reacción contra la invalidez sobrevenida, porque la regulación vigente está claramente orientada hacia los actos administrativos originariamente inválidos. Durante la tramitación de la Ley 30/1992 se presentó una enmienda que preveía la revocabilidad de los actos favorables por razones de ilegalidad sobrevenida. Pero la propuesta no prosperó a pesar del juicio favorable del Consejo de Estado<sup>60</sup>. La nueva LPAC ni se lo plantea y deja todo como estaba. ¡Al menos no lo ha empeorado! Como en tantas otras cuestiones, no se ha aprovechado la ocasión para introducir en nuestro ordenamiento una regulación más completa y detallada de la revocación de las decisiones administrativas, en función de que sean inicialmente conformes o no a Derecho. La regulación de la revocación en Alemania o la propuesta del Código ReNUAL de procedimiento administrativo de la UE, podrían haber servido de modelo u orientación a nuestro legislador.

La revocación, en efecto, parece la figura más adecuada para reaccionar contra los actos administrativos que devienen inválidos, pues el establecimiento de plazos preclusivos dificulta la utilización de los medios impugnatorios contra tales actos, no sólo porque los breves plazos para recurrir se computan desde que el acto se notifica, y no parece probable que la Administración vaya a informar a los interesados de los vicios sobrevenidos que detecte, sino también porque, en numerosos supuestos, el acto administrativo habrá devenido inválido como consecuencia de una infracción duradera que no pierde gravedad con el paso del tiempo (piénsese en una autorización para comercializar una especialidad farmacéutica o un producto peligroso) ni es capaz de generar una confianza legítima en las personas a las que favorece que justifique su conservación una vez transcurrido un tiempo desde que se tornó inválido<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Como se ha visto, la STS de 21 de marzo de 2011 (recurso núm. 5596/2006) lo aplica a un acto administrativo que se consume con su cumplimiento o con su ejecución, precisamente porque cuando se pretendía ejecutar varios años después habían cambiado las circunstancias fácticas y el contenido del acto ya no se adecuaba a la finalidad de la norma atributiva de la potestad para ejecutar el retracto forestal.

<sup>59</sup> Como señala J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 55) «la gestión jurídico-administrativa de la inseguridad fáctica eventualmente dañosa tiene que desplazar la idea clásica, vinculada al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), del acto administrativo como decisión estable y tendencialmente inmodificable, adoptada como consecuencia de una fijación de hechos que se considera definitiva». Los elementos fácticos juegan un importante papel en la invalidez del acto y son, con frecuencia, el problema principal y más discutido. Sobre ello, H. MAURER (2011: 256); M. REBOLLO PUIG (2018: 101).

<sup>60</sup> El Dictamen 1076/1991, de 31 de octubre, sobre el Anteproyecto de LRJPAC, señaló lo siguiente: «Al margen de las tradicionales disputas terminológicas y conceptuales, habría que plantearse la eventual conveniencia de introducir en el Anteproyecto una regulación de la revocación y de la anulación (para algunos revocación) por ilegalidad sobrevenida, figuras respecto de las que se ha destacado la falta de una previsión general y expresa en la Ley de Procedimiento Administrativo (aunque algunos vestigios haya en su Exposición de Motivos y en el artículo 112). De esta regulación serían parte central los supuestos de revocación (o de revisión) y las garantías de los interesados (audiencia, intervención del Consejo de Estado y régimen de indemnización en su caso».

<sup>61</sup> G. DOMÉNECH PASCUAL (2005: 504). También M. REBOLLO PUIG, (2018: 119), considera difícil admitir que se reabran los plazos para interponer los recursos a partir del momento en que se sobreviene la ilegalidad.

Hay que acudir, por ello, a la vía de la revocación (o la modificación, que se considera generalmente como una revocación parcial)<sup>62</sup>. Pero, por la razón ya apuntada, la regulación de la LPAC presenta en esto un déficit considerable. Hay que tener presente, además, que, en ocasiones, ciertos principios institucionales del sistema pueden operar en vía preventiva o *ex ante* impidiendo, en aplicación del art. 110 LPAC, la revocación de un acto que ha devenido inválido.

Si se trata de actos *favorables*, podría admitirse, como hacen algunas leyes sectoriales [art. 65.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, art. 77.a) y c) de la Ley de Costas, art. 73.6 Ley de Hidrocarburos, art. 70 del Texto Refundido de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial], su revocación por la Administración tras valorar en qué medida el mantenimiento del acto perjudica los intereses generales, indemnizando los daños causados cuando fuera procedente; pro ejemplo si la Administración ha cambiado las normas que sirvieron de parámetro de validez<sup>63</sup>. En el caso de los actos *desfavorables*, la Administración puede acudir a la vía que le ofrece el art. 109 LPAC, pues, si en virtud de dicho precepto la Administración puede revocar sus actos desfavorables o de gravamen, y puede hacerlo tanto por razones de oportunidad como de legalidad, también podrá hacerlo cuando la ilegalidad sea sobrevenida<sup>64</sup>.

En el caso de los particulares, habría que admitir que pudieran solicitar a la Administración la revocación del acto que haya devenido inválido. La revocación debería ser obligatoria para la Administración a partir del momento en el que hayan cambiado las circunstancias fácticas o jurídicas y, por ello, ya no sería posible dictar un acto con ese contenido. El principio de legalidad exige la eliminación de un acto que haya devenido antijurídico, mientras que el principio de seguridad jurídica no se opone a ello porque la estabilidad que con él se protege se refiere al momento en que el acto se dictó, pero no afecta a los cambios que se produzcan con posterioridad; cambios que no pudieron hacerse valer como motivos para impugnarlo<sup>65</sup>. También se ha destacado que los particulares podrían solicitar a la Administración competente que tomase las medidas adecuadas para tutelar sus derechos e intereses afectados por un acto que haya devenido ilegal y, si las circunstancias efectivamente han cambiado, ésta debería otorgar la tutela solicitada sin que el acto dictado en su momento fuera un obstáculo para ello<sup>66</sup>.

Concluyo. Creo que en el tema de la invalidez ha pasado ya el tiempo de la doctrina y es el momento del legislador, como demuestran los problemas que están planteando a diario las nulidad de los planes urbanísticos. Un legislador menos ensimismado y más atento a la mejor doctrina, no debería tener grandes dificultades para establecer un marco razonable y equilibrado sobre todas estas cuestiones y el resto que plantean los demás trabajos publicados en este mismo número.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. (2015): *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2.ª ed., Buenos Aires-Bogotá: Astrea.
- ALEGRE ÁVILA J. M. (2012): “La invalidez sobrevenida de los actos jurídicos: inconstitucionalidad sobrevenida e invalidez sobrevenida de los actos administrativos”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 83.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2003), “Seis acotaciones para una teoría de la validez jurídica”, en *Doxa*, núm. 26. DOI: 10.14198/doxa2003.26.28.
- BACA ONETO, V. S. (2006): *La invalidez de los contratos*, Cizur Menor: Thomson Civitas.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2009): *Derecho urbanístico común*, Madrid: Iustel.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2012): “La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R.: *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2017): “El plan urbanístico en ruina (un esbozo de reconstrucción)”, en *Práctica urbanística*, núm. 144.
- BELADÍEZ ROJO, M. (1994a): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Barcelona: Marcial Pons.

<sup>62</sup> En opinión de H. MAURER (2011: 267) «la invalidez sobrevenida de un acto administrativo ha de enjuiciarse según las reglas de la revocación».

<sup>63</sup> Para las licencias urbanísticas por cambio de planeamiento, *vid.* J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (2009: 445-446).

<sup>64</sup> M. REBOLLO PUIG y E. CARBONELL PORRAS (2018: 181). El art. 219.1 de la Ley General Tributaria dispone que la Administración tributaria podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados «... cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado».

<sup>65</sup> H. MAURER, (2011: 331), quien precisa que desde el punto de vista procesal, la revocación se solicitaría a través de una pretensión de condena dirigida a la obtención de un acto administrativo.

<sup>66</sup> G. DOMÉNECH PASCUAL, (2005: 505).

- BELADÍEZ ROJO, M. (1994b): “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 133.
- BERDEJO LACRUZ, J. L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1987): *Elementos de Derecho Civil, II*, vol. II, 2.ª ed., Barcelona: Bosch.
- BLANQUER CRIADO, D. (2014): “Disgresiones sobre la invalidez de los actos administrativos”, en SORIANO GARCÍA, J. E. (dir.): *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, volumen I, Madrid: lustel.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (1998): *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Oviedo: Academia Asturiana de Jurisprudencia.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2005): *La teoría del acto administrativo*, Madrid: lustel.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2011): “La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 152.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (2012): *Lecciones sobre el acto administrativo*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- BOQUERA OLIVER, J. M.ª (1993): *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid: Civitas.
- CANO CAMPOS, T. (2004): *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Cizur Menor: Thomson Civitas.
- CANO CAMPOS, T. (2011): “Privaciones patrimoniales y retractos forestales sin causa (un supuesto de invalidez sobrevenida de los actos administrativos)”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 22.
- CANO CAMPOS, T. (2012): “La imposibilidad de retrotraer actuaciones cuando se vulneran los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (dirs.): *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- CANO CAMPOS, T. (2016): “Validez e invalidez de los actos: teoría general”, en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CANO CAMPOS, T. (2017): “Por qué se presume la validez de los actos administrativos” en MIGUEZ MACHO, L. y ALMEIDA CERREDA, M. (coord.), *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonómico. Estudios en homenaje al profesor José Luís Carro Fernández-Valmayor*, Andavira: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- CAPACCIOLI, E. (1956): *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova: Cedam.
- CARRILLO DONAIRE, J. A. (2012): “Hacia la configuración de un derecho de reversión del ejercicio de tanteos y retractos forestales por pérdida sobrevenida de la causa. A propósito de la STS de 21 de marzo de 2011”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (2011): “La invalidez sobrevenida de un retracto forestal: el transcurso del tiempo, la inactividad de la Administración y la actuación del interesado como factores invalidantes de un acto administrativo”, en *Justicia Administrativa*, núm. 54.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2016): *Manual de Derecho Administrativo*, 27.ª ed., Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. A. (2003): *De las nulidades de los contratos*, [www.unizar.es/derecho/nulidad](http://www.unizar.es/derecho/nulidad), Zaragoza.
- DE OTTO Y PARDO, I. (2010): “La competencia del Tribunal Constitucional en relación con la Disposición Derogatoria de la Constitución”, en *Obras Completas*, Madrid: CEPC.
- DÍEZ PICAZO, L. (2007): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.ª ed., Cizur Menor: Thomson Civitas.
- DÍEZ SASTRE, S. (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Madrid: Marcial Pons.
- DÍEZ SASTRE, S. (2017): “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coord.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: INAP.
- DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, L. M.ª (1990): *La derogación de las leyes*, Madrid: Civitas.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2002): *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2005): “Recensión al libro de T. Cano Campos, La invalidez sobrevenida de los actos administrativos, Civitas, Madrid, 2004”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 167.
- ENTRENA CUESTA, R. (1999): *Curso de Derecho Administrativo I*, 13.ª ed., Madrid: Tecnos.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2016): *Sistema de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3.ª ed., Cizur Menor: Civitas Thomson-Reuters.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1969): “Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 58.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1979): *La nulidad de los actos administrativos*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- FERRAJOLI, L. (2011): *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho, Madrid: Trotta.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016), *Manual básico de Derecho Administrativo*, 13.ª ed., Madrid, Tecnos.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984): *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la Administración*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA LUENGO, J. (2002): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA LUENGO, J. (2010): *El reintegro de subvenciones*, Cizur Menor: Civitas.
- GARCÍA LUENGO, J. (2016): *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015*, Madrid: lustel.
- GARRIDO FALLA, F. (1994): *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 12.ª ed., Madrid: Tecnos.
- GARRORENA MORALES, A. (1999): “Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional”, ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (dir.), en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XII, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1997): “Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes”, en *Doxa* núm. 20. DOI: 10.14198/doxa1997.20.04.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. (2008): *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Cizur Menor: Thomson Civitas.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2011): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 6.ª ed., Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017), “Límites a la declaración de nulidad del planeamiento”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coord.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: INAP.
- GUASTINI, R. (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (traducción de J. Ferrer i Beltrán), Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, R. (2001): “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, en *Discusiones*, núm. 2.
- GUASTINI, R. (2010): *Le fonti del Diritto. Fondamenti teorici*, Milano: Giuffrè.
- HUERGO LORA, A. (1999): “Irrecurribilidad de los actos confirmatorios y reproductorios y prescripción de derechos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104.
- HUERGO LORA, A. (2000): *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Cizur Menor: Aranzadi.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1997): “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en AA.VV, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid: CEC (también en Rubio Llorente, F. y Jiménez Campo, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid: McGrawHill).
- JORDANO FRAGA, J. (1996): *Nulidad de actos administrativos y derechos fundamentales*, Barcelona: Marcial Pons.
- LAPORTA, F. J. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- LETELIER WARTENBERG, R. (2011): *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- LÓPEZ MENUDO, F. (1998): “Artículo 30”, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. Edición especial del número 100 de la REDA, Madrid: Civitas.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (2018): “La calificación de los vicios de los reglamentos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 205. DOI: 10.18042/cepc/rap.205.01.
- MATTARELLA, B. G. (2003): “Il provvedimento”, en CASSESE, S. (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo*. Tomo I, 2.ª ed., Milano: Giuffrè.
- MAURER, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte general*, (traducción coordinada por G. Doménech), Madrid: Marcial Pons.
- MEDINA ALCOZ, L. (2005): *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Madrid: Thomson Civitas.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P. (2001): “La revisión de oficio de actos y normas. Vía de lesividad y revocación de actos. Rectificación de errores. Experiencia tras la ley 4/1999”, en *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 29.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general, Tomo IV. El ordenamiento jurídico*, Madrid: BOE.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2018): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general, Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*, Madrid: BOE.
- NIETO GARCÍA, A. (1994): “Estudio preliminar” al libro de Beladiez, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons.
- NINO, C. S. (2012): *La validez del Derecho*, Buenos Aires-Bogotá: Astrea.
- PAREJO ALFONSO, L. (1981): “La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida (A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema)”, en *RAP*, núm. 94.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1997): *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid: Civitas.
- PASQUAU LIAÑO, M. (2007): “La acción de nulidad sí prescribe”, en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2015): “Normas constitutivas: reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Las definiciones”, en GONZÁLEZ LAGIER, D. (coord.): *Conceptos básicos del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2005): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid: Trotta.
- REBOLLO PUIG, M. (1995): *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Madrid: Marcial Pons.

- REBOLLO PUIG, M. (1998): “Artículos 72 y 73”, en Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1990. Edición Especial del número 100 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*.
- REBOLLO PUIG, M. (2005): “El reintegro de subvenciones”, en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Cizur Menor: Thomson Civitas.
- REBOLLO PUIG, M. (2005): “La presunción de validez”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 128.
- REBOLLO PUIG, M. (2009): “La nulidad en Derecho Administrativo (consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales”, en *Justicia Administrativa*, núm. 44.
- REBOLLO PUIG, M. (2018): “La invalidez del acto administrativo”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. J. (dirs.): *Derecho Administrativo*, Tomo II, 3.ª ed., Madrid: Tecnos.
- REBOLLO PUIG, M. y CARBONELL PORRAS, E. (2018): “La revisión de oficio”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. J., *Derecho Administrativo*, II, 3.ª ed., Madrid: Tecnos.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.ª (2016): *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons.
- RUBIO LLORENTE, F. (1990), “Prólogo” a Díez-Picazo Jiménez, L. M.ª (1990), *La derogación de las leyes*, Madrid: Civitas.
- SALA ARQUER, J. M.ª (1974): *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Madrid: IEA.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1975): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, 2.ª ed., Madrid: IEA.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016): “El nuevo régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., LOZANO CUTANDA, B., QUINTANA CARRETERO, J. P., CASTILLO BADAL, R. (2014): *1700 dudas sobre la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid: La Ley.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (2015): *Derecho Administrativo. Parte general*, Barcelona: Atelier.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D. (2015): *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Madrid: Marcial Pons.
- VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L. (1999): *Principios de Derecho Administrativo II*, Madrid: UCM.



## La calificación de los vicios de los reglamentos<sup>1</sup>

Fernando López Ramón (España)  
Universidad de Zaragoza  
flopez@unizar.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Fernando LÓPEZ RAMÓN es catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza y preside la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Profesor invitado en varias universidades europeas y latinoamericanas, cuenta con 7 sexenios de investigación, coordina el Observatorio de Políticas Ambientales y es autor de diversas publicaciones, particularmente en materia de medio ambiente, urbanismo, bienes públicos y defensa nacional.

---

### RESUMEN

El punto de partida del estudio se encuentra en la constatación, hasta ahora no advertida, de una continuidad normativa en las sucesivas regulaciones legales de los vicios de los reglamentos. Así, cabe considerar como sorprendente la diversidad de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales producidas sobre tales regulaciones, pues si inicialmente dominaron las tesis graduales que admitían la misma escala de vicios en los reglamentos que en los actos administrativos (vicios no invalidantes, de anulabilidad y de nulidad de pleno derecho), finalmente han terminado por prevalecer las tesis unitarias que consideran todo vicio de un reglamento determinante de su nulidad de pleno derecho. La trascendencia de los efectos derivados de esta última postura se agudiza al comprobar el carácter inadvertido del cambio jurisprudencial experimentado en la aplicación de normas de contenido similar. Con tal base se puede concluir el estudio destacando los argumentos contextuales, históricos y finalistas que habrían de llevarnos a dar preferencia a las tradicionales tesis graduales.

### PALABRAS CLAVE

Reglamentos: control judicial; Potestad reglamentaria: infracciones; Vicios de los reglamentos.

---

### ABSTRACT

The starting point of the article is the observation of a continuity in the successive legal regulations of the vices of the administrative regulations. It is then possible to address the diversity of doctrinal and case law interpretations produced on such regulations. Whereas it was initially admitted the same scale of vices for administrative regulations than for administrative acts (i.e. classifying vices into non-invalidating vices, vices of annullability and vices of nullity), the thesis that has prevailed is that any vice of an administrative regulation turns it null and void. The significance of such shift in the doctrine is emphasized by the inadvertent change in case-law concerning similar regulations. The article concludes by explaining the reasons that should lead us to give preference to the traditional gradual theses.

### KEYWORDS

Administrative regulations: invalidity; Administrative regulations: judicial control; Vices of the administrative regulations.

---

<sup>1</sup> Publicado en *Revista de Administración Pública*, 205, 2018.

## SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO. 2. LAS ORIGINARIAS PREVISIONES LEGALES DE LOS VICIOS DE LOS REGLAMENTOS. 3. LA TESIS UNITARIA: TODO VICIO DE UN REGLAMENTO ES DE NULIDAD DE PLENO DERECHO. 4. LA TESIS GRADUAL: VICIOS NO INVALIDANTES, DE ANULABILIDAD Y DE NULIDAD DE PLENO DERECHO EN LOS REGLAMENTOS. 5. LA CONTINUIDAD NORMATIVA EN LA VIGENTE REGULACIÓN LEGAL DE LOS VICIOS DE LOS REGLAMENTOS. 6. EL CAMBIO INADVERTIDO A LA JURISPRUDENCIA UNITARIA Y LA ALARMA DOCTRINAL. 7. RECAPITULACIÓN: LOS FUNDAMENTOS DE LA VUELTA A LA TESIS GRADUAL DE LOS VICIOS DE LOS REGLAMENTOS. BIBLIOGRAFÍA<sup>2</sup>

## 1. PLANTEAMIENTO

Últimamente, se advierte cierta sorpresa doctrinal ante algunas anulaciones judiciales de planes de urbanismo por infracciones en el procedimiento de elaboración de los mismos consideradas de escasa envergadura<sup>3</sup>. La calificación de todo vicio de los reglamentos, categoría en la que se incluyen los planes, como determinante de la nulidad de pleno derecho, parece estar en el origen de esa jurisprudencia, lo que ha generado variadas reacciones críticas<sup>4</sup>.

Entre las diversas perspectivas que cabe adoptar para el análisis de los fundamentos de tan sorprendentes decisiones judiciales, en este trabajo vamos a centrarnos en el origen del problema y su evolución conforme al derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia, sin perjuicio de ofrecer también como contraste algunas conclusiones de los estudios sobre el derecho comparado en la materia. Nos remontamos a la formulación originaria de la cuestión, porque en ella se encuentra el planteamiento de la interpretación normativa que nos sigue ocupando en la actualidad.

La cuestión del alcance de los vicios de los reglamentos o disposiciones generales no se planteó realmente en nuestro derecho administrativo hasta después de 1958, momento en que adquirió interés como consecuencia de las previsiones legislativas que innovaron notablemente el régimen de la potestad reglamentaria. Aquí vamos a exponer el contenido de esas previsiones originales y de las que las han sustituido, a fin de constatar la continuidad normativa que, en esta materia, cabe advertir en las sucesivas regulaciones llevadas a cabo principalmente en la legislación de procedimiento administrativo de 1958, 1992 y 2015. De manera que, como veremos a continuación, el origen de las discrepancias, en el problema que nos ocupa, no se encuentra en el legislador, sino más bien en las diversas interpretaciones doctrinales y jurispruden-

<sup>2</sup> Abreviaturas empleadas en orden cronológico:

LJ'56: Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (derogada por LJ'98).

LRJ'57: Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (derogada definitivamente por LOG'97).

LPA'58: Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 (derogada por LPAC'92).

LOE'67: Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 (derogada por la Constitución de 1978).

LPAC'92: Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (derogada por LRJ'15 y LPAC'15).

LOG'97: Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del Gobierno.

LJ'98: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LPAC'15: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común.

LRJ'15: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

<sup>3</sup> Entre los casos más llamativos, cabe citar: STS 4382/2015, de 6 de octubre, ponente J. E. PECES MORATE, que declara la nulidad de pleno derecho del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental (Málaga) por falta del informe de impacto de género, sentencia que es objeto de un interesantísimo voto particular del magistrado J. J. SUAY RINCÓN; STS 4838/2016, de 8 de noviembre, ponente R. FERNÁNDEZ VALVERDE, que anula el Plan General de Santander como consecuencia de haberse anulado previamente por el mismo TS –debido a defectos y omisiones en la evaluación de impacto ambiental– el proyecto de la obra hidráulica que completaba el abastecimiento de agua del municipio, obra que, sin embargo, al aprobarse el plan anulado ya se encontraba terminada y en funcionamiento.

<sup>4</sup> Véanse recientemente: para los supuestos de anulación de planes de urbanismo por defectos formales, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2014), "Muerte y transfiguración de las desviaciones de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos", *Revista de Administración Pública*, 195, págs. 197-215 (en especial, págs. 212-215), A. M. GONZÁLEZ SANFIEL (2017), "Límites a la declaración de nulidad del planeamiento", en F. LÓPEZ RAMÓN y F. VILLAR ROJAS (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 411-459 (pág. 413) y C. TOLOSA TRIBIÑO (2017), "La impugnación de los planes de urbanismo: consecuencias de su anulación. Doctrina jurisprudencial", *Actum, Inmobiliario & Urbanismo*, 38, págs. 49-62 (pág. 49); en relación con las anulaciones de todo tipo de reglamentos, C. AGOUÉS MENDIZÁBAL (2017) "La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos", en F. LÓPEZ RAMÓN y F. VILLAR ROJAS (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 361-410 (pag. 362).

ciales de unos textos normativos cuyo contenido ha permanecido prácticamente inalterado en las sucesivas reformas legales.

## 2. LAS ORIGINARIAS PREVISIONES LEGALES DE LOS VICIOS DE LOS REGLAMENTOS

En el ámbito de las reformas administrativas de la década de 1950, la potestad reglamentaria fue objeto de tres grandes novedades: la primera fue de tipo procesal al admitirse la impugnación directa e indirecta de reglamentos ante lo contencioso-administrativo en la LJ'56<sup>5</sup>; la segunda consistió en establecer legalmente los límites de competencia, rango, legalidad y reserva de ley de los reglamentos en la LRJ'57<sup>6</sup>; la tercera supuso una regulación común del procedimiento de elaboración de los reglamentos en la LPA'58<sup>7</sup>. De esta manera, la potestad reglamentaria del Estado, hasta entonces objeto de escasas menciones normativas, se sujetó a un régimen jurídico integrado por las vías judiciales de control, los límites sustantivos y el procedimiento de aprobación<sup>8</sup>.

Entre esas reglas, interesa aquí destacar la relativa al alcance de la invalidez de los reglamentos, que en el art. 28 LRJ'57 se cifraba en la nulidad de pleno derecho, aunque únicamente en los casos enumerados, pues se establecía que *«serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores»*<sup>9</sup>. Posteriormente, en el art. 47.2 LPA'58 se reiteró la fórmula, de nuevo con explícita declaración de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos en los supuestos previstos en el art. 28 LRJ'57<sup>10</sup>.

La nulidad de pleno derecho establecida en esos preceptos, en la propia literalidad de las normas, no comprendía todas las infracciones de la legalidad que pudieran cometerse en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino únicamente las referidas con carácter imperativo en los *«artículos anteriores»* de la LRJ'57, es decir: las violaciones de la jerarquía normativa (art. 23), de la competencia y rango (arts. 24-25), de la legalidad y las materias reservadas a la ley (art. 26), y particularmente de la explícita prohibición de establecer penas, tributos o cargas de todo tipo por vía reglamentaria (art. 27).

<sup>5</sup> La primera técnica de control de los reglamentos ilegales había consistido en su inaplicación, tal como se ordenó hacer a los jueces y tribunales en la Ley Orgánica Provisional del Poder Judicial de 1870 (art. 7.1). Después se permitió el recurso indirecto contra reglamentos, permitiendo recurrir los actos administrativos de aplicación del reglamento considerado ilegal, aunque sin preverse la anulación de éste, en las Leyes de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888 (art. 3) y 22 de junio de 1894 (art. 3). El recurso directo contra reglamentos sólo se había admitido por el Consejo de Estado cuando aquellos contuvieran declaraciones concretas que afectaran a los interesados, a través del recurso de agravios en materia de personal previsto en la Ley de 18 de marzo de 1944 (art. 4). En la LJ'56, se permitió ya la impugnación directa e indirecta de los reglamentos (art. 39), aunque el recurso directo venía lastrado por la general exigencia de la llamada legitimación corporativa [art. 28.1.b)]. Al margen, se habían desarrollado algunas técnicas de control de las ordenanzas locales en cuyo detalle no vamos a entrar a fin de no sobrecargar todavía más la exposición.

<sup>6</sup> La LRJ'57 contenía el régimen de las disposiciones generales del Gobierno, sus comisiones delegadas, ministros y demás autoridades estatales (arts. 23-29).

<sup>7</sup> La LPA'58, en el título VI dedicado a los procedimientos especiales, incluyó el capítulo I sobre el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general (arts. 129-132).

<sup>8</sup> Poco ha variado desde entonces el esquema general de ese régimen jurídico, cuyos elementos básicos siguen integrándose efectivamente por esos tres grandes elementos, actualmente reproducidos, según hemos de ver, en las vigentes LJ'98, LRJ'15 y LPAC'15. Sin embargo, donde sí se encuentran notables diferencias es en el alcance concreto de las técnicas, que ahora empiezan a resultar útiles para el efectivo control jurídico de la potestad reglamentaria, al resultar despejadas en su aplicación de trabas legitimadoras, interpretaciones restrictivas y fórmulas tolerantes con las vulneraciones de la legalidad por las administraciones públicas.

<sup>9</sup> Las remisiones normativas a otros preceptos, que pueden responder a un deseo de certeza jurídica, no siempre son una buena técnica legislativa, pues, en contra de la voluntad del legislador, multiplican fácilmente las incertidumbres. ¿Cuáles eran los *«artículos anteriores»* cuya infracción determinaba la nulidad de pleno derecho? F. GARRIDO FALLA (1963), *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, vol. III (pág. 79, en nota) sostuvo que los preceptos concernidos debían ser estrictamente los dos anteriores (arts. 26 y 27 LRJ'57), por entender que *«lo excepcional de la nulidad absoluta exige una respuesta restrictiva»*. Sin embargo, lo lógico es entender que los preceptos concernidos eran los comprendidos en el mismo epígrafe de la ley (arts. 23-27 LRJ'57). Pero aun así, a la vista de los variados contenidos de los preceptos remitidos, ¿todos se imponían con la fuerza de la nulidad de pleno derecho para caso de incumplimiento? ¿la constancia de la adopción del reglamento en el acta de la sesión del Consejo de Ministros tenía el mismo alcance que la observancia del principio de jerarquía normativa? ¿no se podía subsanar la falta de firma de una orden ministerial? ¿debíamos dar a la regulación de la firma igual significado que a la previsión reglamentaria de una sanción penal?

<sup>10</sup> Art. 47 LPA'58: *«1. Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: (...). 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado»*.

En la nulidad de pleno derecho no estaban incluidos otros vicios, como los derivados de la infracción del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que, con carácter verdaderamente novedoso, se había establecido en los arts. 129-132 LPA'58. Por mera razón cronológica, si los supuestos de nulidad de pleno derecho de los reglamentos estaban ceñidos a los casos previstos en el art. 28 LRJ'57, esta ley no podía comprender supuestos regulados posteriormente en la LPA'58. Por añadidura, lógicamente cabía considerar que si todas las infracciones de la legalidad fueran constitutivas de nulidad de pleno derecho, carecería de sentido enumerar algunas, pues hubiera bastado con haber establecido la regla general.

Habría, no obstante, una forma de incluir los vicios del procedimiento de elaboración de reglamentos en la sanción de la nulidad de pleno derecho, una interpretación de los preceptos legales que permitiría llegar a esa conclusión. Se trata de una forma que, a mi juicio, implicaría torcer la finalidad de la declaración legal. Vamos a ver: el manejo en cuestión versaría sobre el alcance del principio de reserva de ley impuesto en el art. 26 LRJ'57:

*«La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ni regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes.».*

Las dos modalidades de la reserva de ley, la formal y la material, estaban comprendidas en la dicción de la norma. Así, todo lo regulado en las leyes se imponía a la Administración por su superior rango normativo<sup>11</sup> y, además, las materias de competencia parlamentaria se excluían por completo de la potestad reglamentaria<sup>12</sup>.

En todo caso, era el contenido sustantivo de las leyes lo que parecía imponerse en el precepto, pues se prohibía a la Administración *«dictar disposiciones contrarias a las leyes»*. Las disposiciones no podían contrariar las leyes, es decir, lo establecido en los reglamentos no podía infringir las leyes, pero sin hacer referencia con esa expresión al procedimiento de elaboración de los mismos. En el contexto normativo de una enumeración de vicios de los reglamentos, resultaría muy extraño que justamente las reglas de procedimiento, que en 1957 todavía no estaban verdaderamente establecidas, fueran las que hubieran de acogerse bajo la fórmula genérica de lo contrario a las leyes. Por tanto, cabe sostener ya que, en la aplicación del ordenamiento jurídico, era lógico considerar que las exigencias de procedimiento establecidas en las leyes no resultaban afectadas por esa prohibición ni por la consiguiente nulidad de pleno derecho establecida en los arts. 28 LRJ'57 y 47.2 LPA'58. Cuando en la elaboración de un reglamento la Administración omitía trámites previstos en la ley (p. ej., en los arts. 128-132 LPA'58), estaba infringiendo la ley, pero no por ello el contenido del mismo reglamento resultaba contrario al contenido sustantivo de la ley. Lo cual no quería decir que las infracciones del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales carecieran de consecuencias, sino más bien que habría de aplicarse a tales infracciones, siquiera fuera por analogía, la misma gradación de vicios de los actos administrativos, distinguiendo entre irregularidades no invalidantes, vicios de anulabilidad y vicios de nulidad de pleno derecho.

Ha de informarse también de que el mismo contenido (la reserva formal y material de ley) del antes transcrito art. 26 LRJ'57 fue literalmente reproducido en una de las leyes fundamentales del período franquista, concretamente en el art. 41.I LOE'67, estableciéndose a continuación (art. 41.II LOE'67):

*«Serán nulas las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en el párrafo anterior.».*

La nulidad era la sanción establecida para toda violación de la reserva formal y material de ley, que se convertía, así, en la fórmula genérica que expresaba los límites legales de la potestad reglamentaria. Frente a la enumeración de vicios contenida en los *«artículos anteriores»* al art. 28 LRJ'57, en el art. 41 LOE'67 se optaba por concentrar la ilicitud de los reglamentos en la infracción de las leyes o en la regulación de materias de la exclusiva competencia parlamentaria.

<sup>11</sup> Se trata de las reservas formales de ley derivadas de la simple regulación de cualquier materia por una norma de rango legal, reservas que han de desplegar su eficacia impidiendo la regulación reglamentaria mientras no se haya producido una deslegalización.

<sup>12</sup> Estas son las reservas materiales de ley, que entonces se contenían en las leyes fundamentales y actualmente se contienen en la Constitución de 1978, para la regulación de los derechos y libertades en el art. 53.1 y para otras cuestiones de manera dispersa en su texto. Estas reservas se imponen a la Administración con independencia de si el poder legislativo las ha desarrollado o no y sin que se admita ya la deslegalización, aunque sí la delegación legislativa, salvo en las materias reservadas a ley orgánica (art. 81).

Esa opción de la legalidad fundamental del período podía hacer variar el sentido de la prohibición dirigida a la Administración de «*dictar disposiciones contrarias a las leyes*», pues al no insertarse ya tal prohibición en el contexto de una enumeración de vicios (como sucedía en los arts. 23-27 LRJ'57), bien cabía entender que concentraba todas las infracciones de los reglamentos, incluyendo tanto las de tipo material o sustantivo, como las de tipo formal o adjetivo. Unas mismas palabras legales pueden, ciertamente, alterar su significado en función del contexto en el que se incluyen.

No obstante, conviene también tener en cuenta que la sanción establecida –en el art. 41.II LOE'67– para cualquier infracción de la legalidad por los reglamentos, era la nulidad («*serán nulas*»), sin el calificativo «*de pleno derecho*» que figuraba en los arts. 28 LRJ'57 y 47.2 LPA'58. En consecuencia, la nulidad podía ser absoluta o de pleno derecho en los casos previstos en esos preceptos (que remitían a la enumeración de los arts. 23-27 LRJ'57) y relativa o determinante de la anulabilidad en los demás casos.

Así pues, nuestro primer dato se resumiría en la apreciación de que en el derecho positivo de 1957-1958 (en vigor hasta la LPAC'92) la nulidad de pleno derecho de los reglamentos se refería a una lista de vicios, habiendo de deducirse de tal dato la posibilidad de vicios no incluidos en la enumeración legal y no determinantes, por tanto, de la nulidad de pleno derecho. La fórmula general establecida en 1967 (vigente hasta la Constitución de 1978) no modificó la situación, al limitarse a establecer, también genéricamente, la nulidad de las disposiciones contrarias a las leyes sin determinar el grado de dicha nulidad.

### 3. LA TESIS UNITARIA: TODO VICIO DE UN REGLAMENTO ES DE NULIDAD DE PLENO DERECHO

En la doctrina se sostuvieron dos líneas interpretativas muy diferentes de las normas que venimos considerando. Una fue la que vamos a denominar tesis unitaria, conforme a la cual todo vicio de un reglamento es siempre determinante de la nulidad de pleno derecho. Su más destacado valedor fue E. García de Enterría, cuyos enunciados en este punto fueron seguidos por algunos autores<sup>13</sup>.

Efectivamente, desde sus primeros e influyentes estudios sobre la potestad reglamentaria, E. García de Enterría, probablemente influido por la dogmática alemana, mantuvo la tesis de que «*la sanción de la ilegalidad de un reglamento es siempre la nulidad de pleno derecho*», mientras que la simple anulabilidad era la regla de las ilegalidades del acto administrativo; diferencia de régimen que el autor justificaba «*en que en el primer caso se defiende la forma de constitución del ordenamiento y la pureza de éste, en tanto que en el segundo se intenta proteger la seguridad de las relaciones concretas constituidas*»<sup>14</sup>.

Posteriormente, el mismo E. García de Enterría insistiría en su tesis de que «*todas las ilegalidades de los reglamentos determinan en estos precisamente una nulidad de pleno derecho*», razonando que si la ilegalidad de un reglamento determinase una mera anulabilidad que sólo pudiese ser hecha valer en el plazo de recurso, «*se habría introducido en la economía del sistema normativo una causa nueva de derogación de las leyes formales, la derogación producida por un reglamento cuando transcurrieran los plazos de impugnación sin formular ésta*». Rechazaba también que la anulabilidad procediera en ningún supuesto de vicio de forma del reglamento y ello con independencia de si el mismo se hacía valer en el recurso directo o en el indirecto, pues «*el reglamento que incurre en vicio de forma infringe también una ley, la que impone el procedimiento en cuestión, aunque pueda no infringir ninguna en el plano material de sus regulaciones*»<sup>15</sup>.

Tal sería la doctrina que finalmente accedió al tratamiento general de la materia en E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, quienes consideraban que «*la cuestión no ofrece, pues, la más mínima duda*»:

<sup>13</sup> A través del prof. L. MARTÍN-RETORTILLO, pertenezco a la escuela que puso en marcha y lideró el prof. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, con quien tuve la suerte de compartir algunas conversaciones. Nunca en ellas advertí el más mínimo rasgo de imposición de ideas ni de criterios, pues el maestro aceptaba con naturalidad la discrepancia. Le gustaba implicarse en el debate y se mostraba dispuesto a comprender e incluso a aceptar y potenciar los argumentos ajenos cuando los encontraba fundados. Ello permite explicar que, en la materia que tratamos y en otras, los administrativistas de su escuela no siempre sigamos uniformemente sus tesis.

<sup>14</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1959), "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", *Revista de Administración Pública*, 29, págs. 161-185 (págs. 167-169).

<sup>15</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1970), *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid: Tecnos (págs. 13-14).

«Todo reglamento que rebasa los límites formales y sustanciales que acantonan el ámbito de ejercicio lícito de la potestad reglamentaria incurre en un vicio determinante de su nulidad de pleno derecho.»<sup>16</sup>.

Llegó así a formularse una tesis que, si bien inicialmente no fue seguida por la jurisprudencia mayoritaria, estaba destinada a configurarse como dominante en la misma jurisprudencia. Sin embargo, los argumentos manejados a tal fin ofrecen algunas dudas, acentuadas éstas probablemente por la concisión con la que aquellos fueron expresados. Vamos a tratar de exponer su sentido y analizarlos críticamente:

a) La primera razón esgrimida es la que podríamos denominar *ordinamental* y que se expresa en la frase antes transcrita, donde García de Enterría considera que la nulidad de pleno derecho de todo vicio del reglamento se explica por referirse a «*la forma de constitución del ordenamiento y la pureza de éste*». El autor contrapone los vicios del reglamento a los que pueden concurrir en el acto administrativo, donde la regla de la anulabilidad se explicaría por el intento de «*proteger la seguridad de las relaciones concretas constituidas*». Parece difícil, sin embargo, que la seguridad jurídica haya de circunscribirse a las relaciones ya creadas y que no afecte a las relaciones futuras, es decir, a las que han de crearse por virtud de la norma reglamentaria que las regula<sup>17</sup>. La seguridad jurídica es justamente el fundamento tradicionalmente empleado para identificar distintos grados de invalidez de los reglamentos, que justifican las limitaciones temporales y de otro tipo para su impugnación. Y ello, no solamente en la historia del derecho administrativo español, sino también en otros ordenamientos que mantienen antiguas limitaciones de ese tipo o las han introducido modernamente, como hemos de ver más adelante. En definitiva, «*la pureza*» del ordenamiento no exige tratar de la misma manera a los vicios de distinta trascendencia que pudieran concurrir en un reglamento.

b) El segundo argumento es el de la *derogación*, que parece una continuación del anterior, ya que se sostiene que la admisión de vicios de anulabilidad en los reglamentos, al impedir la impugnación de los mismos una vez transcurrido el plazo de recurso correspondiente, determinaría una «*causa nueva de derogación de las leyes formales*». Razonamiento que tampoco parece exacto, pues, como han destacado varios autores, la inaplicación, en la elaboración de un reglamento, de algunos trámites previstos en una ley no significa que tales trámites legales dejen de estar vigentes, habiendo de desenvolver toda su fuerza invalidatoria en la impugnación temporánea del reglamento que no los hubiere observado<sup>18</sup>.

c) El último fundamento utilizado por García de Enterría es el de la *legalidad*, al entender que el reglamento con vicio de forma «*infringe también una ley, la que impone el procedimiento en cuestión*». Por tanto, habría de entenderse que la sanción de nulidad de pleno derecho de los reglamentos contrarios a las leyes, conforme a los arts. 28 LRJ'57 y 47.2 LPA'58, comprendía infracciones sustantivas y formales de las leyes. Se plantea así finalmente, no un principio esencial del orden jurídico, sino una cuestión interpretativa del derecho positivo, la relativa a la fijación del alcance del precepto legal que prohíbe a la Administración «*dictar disposiciones contrarias a las leyes*». El problema queda pues notablemente rebajado en su significado, que se reduce a la interpretación de un precepto legal siguiendo las reglas de la hermenéutica jurídica. Anteriormente, al explicar el contenido de ese precepto, hemos sostenido ya que el significado textual y contextual de la norma permitía postular que las exigencias de procedimiento establecidas en las leyes no estaban afectadas por la prohibición legal ni por la consiguiente nulidad de pleno derecho. Recuérdese, en efecto, que en el art. 28 LRJ'57 únicamente se declaraba la nulidad de pleno derecho de los reglamentos que infringieran lo dispuesto en los artículos 23-27 de la propia LRJ'57, en una fórmula que se reiteró explícitamente en el art. 47.2 LPA'58 y que no comprende las reglas de procedimiento establecidas en los arts. 129-132 de la misma LPA'58. Por tanto, con apoyo en la literalidad de la norma y su contexto, cabe sostener que lo prohibido bajo sanción de nulidad de pleno derecho era dictar reglamentos contrarios al contenido sustantivo de las leyes. Lo cual no significa, como ya hemos indicado, que se permita dictar reglamentos contrarios a las exigencias de forma y procedimiento establecidas en

<sup>16</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1974), *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Civitas (pág. 147).

<sup>17</sup> Para una crítica de la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, véase G. DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 224-226), quien desarrolla la función del principio de seguridad jurídica en los reglamentos (págs. 226-243).

<sup>18</sup> Ampliamente sobre estas razones, G. DOMÉNECH PASCUAL (2001: 104-107).

las leyes, sino simplemente que la infracción de tales exigencias se configura siguiendo la gradación de vicios que va desde la nulidad de pleno derecho para los supuestos más graves, hasta la anulabilidad e incluso las irregularidades no invalidantes en los demás casos.

Junto a los autores que siguen la tesis unitaria bajo la vigencia de la LPA'58 sin ofrecer nuevos argumentos<sup>19</sup>, un intento de consolidar dicha tesis se debe a R. Gómez-Ferrer Morant, cuyos principales fundamentos son los siguientes<sup>20</sup>:

a) El primero supone insistir en el razonamiento ya formulado por García de Enterría sobre el alcance de la *legalidad* cuya infracción determina la nulidad de pleno derecho. Estamos pues ante una cuestión interpretativa acerca de cuál deba ser el sentido que ha de concederse a la regla del art. 26 LRJ'57 («*La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes*»). Para Gómez-Ferrer, «*nada autoriza a suponer que el legislador identifica la disposición general con su contenido, prescindiendo de los demás elementos que la constituyen*», de manera que, siendo la disposición general «*un acto jurídico de la Administración que está constituido por diversos elementos (competencia, procedimiento, fin, contenido, forma, etc)*», será «*contraria a la ley y, por ende, nula de pleno derecho, cuando la vulnere en cualquiera de sus elementos*». El razonamiento está muy bien expuesto, pero a mi juicio resulta parcial, pues únicamente atiende al texto del art. 26 LRJ'57, sin referir el contexto normativo en el que se sitúa, que no es una fórmula general, sino un sistema de lista. El legislador optó, en el art. 28 LRJ'57, al que se remitió el art. 47.2 LPA'58, por identificar las infracciones de la legalidad determinantes de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos enumerando tales infracciones («*serán nuladas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores*»). La lista deja fuera lo que no incluye y difícilmente podía haber incluido en la enumeración lo que todavía no estaba regulado, es decir, el procedimiento de elaboración de reglamentos previsto en los arts. 129-132 LPA'58. Obsérvese que si el legislador hubiera querido que todo vicio de un reglamento fuera determinante de su nulidad de pleno derecho, le habría bastado con establecer, en el art. 47.2 LPA'58: «*serán nuladas de pleno derecho las disposiciones administrativas contrarias a las leyes*». En tal caso, sí sería admisible la argumentación de Gómez-Ferrer y habría que incluir en la nulidad de pleno derecho las infracciones sustantivas y formales de la legalidad. Pero en el art. 47.2 LPA'58 lo que se estableció fue que «*serán nuladas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el art. 28 LRJ'57*» y en este precepto no se contiene una fórmula general, sino una enumeración (por remisión a otros preceptos) de los «*casos previstos*» como determinantes de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos, casos, hemos de insistir, entre los que no se incluye la infracción de las reglas de procedimiento establecidas posteriormente en la LPA'58<sup>21</sup>.

b) A continuación, el mismo autor critica la jurisprudencia del TS que venía aplicando a los vicios de procedimiento de los reglamentos la escala de los vicios de los actos administrativos: nulidad de pleno derecho, anulabilidad e irregularidades no invalidantes. Su discrepancia deriva de considerar que, de esta manera, el TS descompone los elementos del reglamento, separando el contenido del procedimiento para darles un tratamiento diferente que rompería la unidad del acto reglamentario. Vamos a ver: la disección de los diferentes elementos de los actos a fin de aplicarles las diversas consecuencias establecidas en el ordenamiento es una operación habitual en los análisis jurídicos, dado que, por ejemplo, las reglas de competencia por razón del territorio o la materia suelen ser más exigentes que las de competencia jerárquica, procedimiento

<sup>19</sup> Véanse: L. MARTÍN-RETORTILLO (1963), "Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones", *Revista de Administración Pública*, 40, págs. 225-249 (pág. 226), quien, al repasar las diferencias existentes entre las disposiciones generales y los actos administrativos, explica que la ilegalidad de las primeras consiste en la nulidad de pleno derecho, mientras que los actos administrativos ilegales son, por regla general, simplemente anulables; R. MARTÍN MATEO (1970), *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid (pág. 146), limitándose a constatar que los reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho, tanto cuando infringen los trámites exigibles, como cuando violan normas de superior jerarquía; J. BERMEJO VERA (1977), *La publicación de la norma jurídica*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos (págs. 152-153, en nota), que se declara partidario de la tesis de la nulidad absoluta de cualquier vicio de un reglamento con explícito rechazo de la tesis contraria.

<sup>20</sup> R. GÓMEZ-FERRER MORANT (1977), "Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 14, págs. 387-400 (págs. 387-393).

<sup>21</sup> Otra cuestión que plantea el autor es la relativa a si la infracción de las leyes determinante de la nulidad de pleno derecho de un reglamento comprende también la vulneración de principios generales del Derecho, sosteniendo que tal vulneración «*no puede reconducirse fácilmente a una infracción de ley*» (GÓMEZ-FERRER, 1977: 392). Aun comprendiendo que se pueden plantear casos diferentes, por ejemplo, en función de si los principios generales están o no positivizados, particularmente me inclinaría por el criterio opuesto, al menos si estamos ante un verdadero principio general, de los que tienen «*carácter informador del ordenamiento jurídico*» en la espléndida fórmula del art. 1.4 del Código Civil, pues si el principio informa la ley, ha de entenderse que tanto se viola ésta al infringir su letra como lo que sería su espíritu.

o forma. No hay, por tanto, en esas diferenciaciones ninguna descomposición del acto jurídico unitario, que sigue siendo el mismo aunque sus diversos elementos tengan un tratamiento normativo distinto. En realidad, lo que está haciendo en este punto nuestro autor es volver a presentar su entendimiento unitario de toda infracción de la legalidad como determinante de la nulidad de pleno derecho, cuestión hermenéutica a la que ya nos hemos referido en el apartado anterior.

c) Plantea también Gómez-Ferrer si cabría estimar que se viola el principio de proporcionalidad al caracterizar cualquier infracción del procedimiento de elaboración de reglamentos como vicio de nulidad de pleno derecho. Su respuesta es negativa por considerar que «*las normas de procedimiento son garantía de legalidad, acierto y oportunidad en el ejercicio de una competencia de interés público tan relevante como la normativa, que exige una especial reflexión, evitando las improvisaciones*». Difícilmente se podría discrepar de tan acertada consideración, que, sin embargo, resulta tan aplicable a la elaboración de un reglamento como a la formación de un acto administrativo. La garantía que entraña el procedimiento es un planteamiento universal, es decir, relativo a todas las actuaciones de la Administración, sean normativas o resolutivas. No obstante lo cual, en aplicación precisamente del principio de proporcionalidad, el ordenamiento puede tener en cuenta la diversa trascendencia de las infracciones de tipo formal para establecer una escala de efectos derivados de las mismas.

d) Por último, parece que el autor trata de relajar las consecuencias de la tesis unitaria al afirmar que «*la nulidad de pleno derecho (del reglamento) no conduce tampoco necesariamente a unas consecuencias de extraordinaria gravedad*», dado que, como es conocido, en nuestro ordenamiento «*tal nulidad no se comunica de forma automática e inevitable a los actos dictados a su amparo*». Estamos aquí ante una cuestión que parece simplemente opinable, por lo que ha generado criterios dispares en nuestra doctrina<sup>22</sup>. En todo caso, al margen ya de los efectos sobre los actos derivados del reglamento ilegal, difícilmente podríamos compartir en la actualidad la idea de que la nulidad de pleno derecho de un reglamento, por sí sola, carece de gravedad. Baste en tal sentido con recordar la alarma que están produciendo bastantes declaraciones de nulidad de pleno derecho de planes de urbanismo debido a su naturaleza reglamentaria en casos de ausencia de algún trámite. Por tanto, «*consecuencias de extraordinaria gravedad*», en este caso, las hay.

Otra defensa doctrinal de la tesis unitaria se debe a M. Fernández Salmerón<sup>23</sup>. El autor comienza planteando la nulidad de pleno derecho de todo vicio del reglamento como un dogma derivado de la circunstancia de que en la LPA'58, al igual que en la posterior LPAC'92 (y en la vigente LPAC'15), no se distinguirían tipos de vicios de los reglamentos, estableciendo siempre la nulidad de pleno derecho<sup>24</sup>. Eso no tiene que ser así en los términos normativos textuales y contextuales, como ya hemos visto, y en todo caso no lo es para las tesis graduales que cabría considerar dominantes bajo la vigencia de la LPA'58, como enseguida vamos a exponer. De ahí que interese adentrarse en los «*argumentos normativos y dogmáticos*» que el mismo autor expone con detalle para avalar su postura:

a) Asegura Fernández Salmerón que los vicios de nulidad de pleno derecho identificados explícitamente en los arts. 28 LRJ'57 y 47.2 LPA'58, es decir, los derivados de la infracción de los arts. 23-27 LRJ'57, agotarían los posibles vicios de los reglamentos, afirmación que le permite sostener su tesis unitaria de que todo vicio del reglamento es de nulidad de pleno derecho. Sin embargo, eso es ir más lejos de lo que la norma preveía, ya que en los arts. 23-27 LRJ'57 no se contenían todas las exigencias legales aplicables a los reglamentos. En efecto, habían de incluirse también los aspectos establecidos en otros sectores legislativos, entre los que cabe destacar el tradicional dictamen del Consejo de Estado, y los requisitos que pudieran preverse en leyes posteriores, como los trámites establecidos en la LPA'58. Así, ante la ausencia de explícita calificación legal del grado de nulidad correspondiente a estas otras infracciones de los reglamentos, enten-

<sup>22</sup> Por ejemplo, R. PARADA VÁZQUEZ (1989), *Derecho Administrativo*, Madrid: Pons, t. I (pág. 67), sostiene que los radicales efectos pretendidos con la nulidad de pleno derecho de los reglamentos «*no se compaginan con el mantenimiento de la validez de los actos dictados en aplicación del reglamento ilegal*». Planteamiento con el que coincide L. MARTÍN REBOLLO (2017), *Manual de las leyes administrativas*, Cizur Menor: Aranzadi (pág. 407) al afirmar que «*si se conservan actos de aplicación de un reglamento nulo es evidente que la nulidad queda un tanto matizada en sus perfiles teóricos*».

<sup>23</sup> M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002), *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Barcelona: Atelier (en especial, págs. 207-221); aunque se trata de una publicación posterior a la LPAC'92, se refiere con detalle a la LPA'58, por lo que nos interesa considerarla ahora.

<sup>24</sup> M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002: 209-210) asegura que, en la LRJ'57 y la LPA'58, «*la sanción de nulidad era la única que nuestro ordenamiento jurídico reservaba a los reglamentos viciados, cuyo régimen de invalidez había querido separarse en todo del propio de los actos administrativos*», conclusión a la que llega «*en una interpretación adecuada de ambas remisiones*». No sabemos cuál pueda ser esa interpretación «*adecuada*» de la legalidad que, desde luego, no coincide necesariamente con la interpretación dominante de los preceptos concernidos.

demos que resulta lícito mantener la aplicabilidad, al menos por analogía, del régimen de invalidez previsto para los actos administrativos.

b) Parece que nuestro autor trata de evitar la consecuencia que acabamos de establecer diciendo que no hay conexiones entre la regulación de los vicios de los actos administrativos y la de los reglamentos, dado que se establecen separadamente. Lo cual es cierto, aunque la distancia entre ambas regulaciones tampoco constituye un foso, como prueba su regulación conjunta en la LPA'58: dentro del título III («*Actuación administrativa*»), capítulo II («*Actos en general*»), sección 3.<sup>a</sup> («*Invalidez*»), llegando la proximidad a la inclusión en el mismo artículo de los supuestos de nulidad de pleno derecho, ciertamente aquí, ya distinguiendo en dos párrafos sucesivos, entre actos (art. 47.1) y reglamentos (art. 47.2). Contrariamente, por tanto, a lo que sostiene Fernández Salmerón, se aprecian claras conexiones entre el régimen de invalidez de los actos administrativos y el de los reglamentos, hasta el punto de que en algunas posiciones doctrinales que enseguida examinaremos se ha reivindicado el concepto común de *actos o actuación de la Administración* para los dos productos de la voluntad administrativa. Sin necesidad ahora de entrar en esa cuestión, lo que sí resulta claro es que el más completo régimen de invalidez de los actos administrativos podría servirnos para solucionar las lagunas advertidas en la regulación correspondiente a la invalidez de los reglamentos.

c) Adicionalmente, mantiene el autor que la nulidad de pleno derecho por violación de los arts. 23-27 LRJ'57 comprendía algunos trámites formales, lo que al parecer determinaría que la infracción del procedimiento de elaboración de reglamentos establecido en los arts. 129-132 LPA'58 hubiera de ser también calificada como vicio de nulidad de pleno derecho, al igual que venía haciendo la jurisprudencia en los casos de ausencia del dictamen del Consejo de Estado previsto en la legislación de este órgano consultivo. Enunciado que tampoco podemos compartir, pues siendo cierto el punto de partida, es decir, aceptando que en los arts. 23-27 LRJ'57 se contenían algunas exigencias formales, no entendemos cómo se puede sostener que las mismas comprenden todos los requisitos de forma y procedimiento establecidos en otras leyes, tanto anteriores como posteriores a la LRJ'57. La opción del legislador por el sistema de lista, que, reiteramos, es el seguido al establecer las infracciones de la legalidad determinantes de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos, conlleva la posibilidad, evidente en nuestro caso, de que la enumeración no sea completa. El ejemplo de la variada doctrina relativa a la calificación de la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, trámite que no está explícitamente previsto en la legislación general de régimen jurídico y de procedimiento administrativo, demuestra precisamente el carácter parcial o incompleto de la lista de vicios de nulidad de pleno derecho correspondiente a las infracciones de los arts. 23-27 LRJ'57<sup>25</sup>.

d) Pasando ya al examen crítico de los «*argumentos dogmáticos*» que expone Fernández Salmerón, hemos de empezar subrayando que el punto de partida y en buena medida el razonamiento sostenido bajo esa cobertura pretendidamente dogmática, no es sino una reproducción del argumento hecho valer por García de Enterría que anteriormente hemos rechazado, sobre la supuesta *derogación* de la ley por el reglamento que infringe un trámite previsto en la misma. A la cita del maestro se añade ahora la apreciación de Fernández Salmerón de que «*parece razonable que la sanción que el ordenamiento jurídico reserva con carácter general a los reglamentos ilegales sea la de nulidad radical*». La razonabilidad encontrada por el autor deriva de constatar que la acción para hacer valer la nulidad de pleno derecho es imprescriptible, no pudiendo nunca el acto nulo ni ser consentido por el afectado ni ser sanado de ninguna manera. Por nuestra parte, dando por reproducida aquí la discrepancia con el original argumento de la derogación, hemos de resaltar que nuestro autor parece querer deducir la naturaleza de una institución, no de los efectos que derivan de ésta, que sería lo pertinente, sino de los que el mismo autor quiere atribuirle. Es decir, se está *haciendo supuesto de la cuestión*, pues se da por probado el mismo objeto del debate al mantener que todo vicio del reglamento es de nulidad de pleno derecho. Eso es lo que habría de demostrarse, resultando indiferente para la consideración dogmática de la institución las preferencias personales de los autores.

e) Insiste Fernández Salmerón en el planteamiento anterior llegando a afirmar que la inobservancia por el reglamento de un trámite previsto en la ley equivaldría en todo caso, si no a una derogación total de la ley, sí a una derogación parcial de la misma: «*la derogación no se produce de modo permanente, sino sólo puntual, al modo como podría hacerlo un acto administrativo cuyo contenido fuese contrario a una norma jurídica cualquiera*». Derogación que el autor identifica más exactamente con la negación de los fines que la ley persigue al establecer la correspondiente regla de procedimiento incumplida, pues «*aun siendo pun-*

<sup>25</sup> Sobre las distintas valoraciones de la omisión de la consulta preceptiva del Consejo de Estado en la doctrina del propio Consejo de Estado, la jurisprudencia del TS y la doctrina científica, véase G. GARCÍA ÁLVAREZ (1997), *Función consultiva y procedimiento (Régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*, Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 50-56).

tual la vulneración de las disposiciones sobre el procedimiento, el desconocimiento de los fines asignados por éstas a dichos trámites sí queda perpetuado en el ordenamiento». En fin, es una manera de explicar los vicios de la actuación administrativa que puede resultar poética, pero que no refleja la realidad. Y ello no ya por la constatación jurídica de que la norma incumplida sigue vigente aunque se haya incumplido en un caso, sino porque la evocadora referencia a una derogación *de hecho* de la ley parece que, aun en el lenguaje coloquial, requeriría identificar un incumplimiento persistente de la misma. Por lo demás, los ejemplos que el autor proporciona de infracciones de particular gravedad del procedimiento de elaboración de reglamentos, podrían constituir vicios de nulidad de pleno derecho por aplicación analógica de la regla que así lo establece para los actos administrativos que prescindan total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, supuesto que en la jurisprudencia se identifica con la omisión de trámites esenciales del procedimiento.

Un tanto paradójicamente, Fernández Salmerón termina afirmando sobre sus propias argumentaciones en defensa de la nulidad de pleno derecho de todo vicio del reglamento: «*Que estas consideraciones no deban extenderse a todos los trámites procedimentales es una cuestión que deberá modificar el legislador futuro*». Es decir, el mismo autor parece reconocer que la interpretación que está defendiendo lleva a consecuencias demasiado estrictas<sup>26</sup>.

Como estamos viendo, en su planteamiento original la tesis unitaria fue un criterio doctrinal derivado de un determinado entendimiento de la ley. La nulidad de pleno derecho, que, en la redacción de la norma, se refería a las vulneraciones materiales de las leyes (LRJ'57), fue interpretada como aplicable también a las infracciones formales de un procedimiento establecido con posterioridad (LPA'58).

En realidad, de cara al razonamiento que estamos siguiendo, sería indiferente estimar que la literalidad de la norma incluía los vicios de tipo adjetivo, pues lo importante es subrayar que, en la óptica de la tesis unitaria, nos encontramos exclusivamente ante una cuestión hermenéutica sobre la letra de la ley. No hay elementos dogmáticos directamente implicados o, mejor dicho, si los hay, no se hacen valer por la partidarios de esta postura. No está en juego la esencia de la potestad reglamentaria, porque ningún aspecto determinante de su naturaleza jurídica resulta afectado. Al menos, tras el análisis que acabamos de hacer, puede afirmarse que ninguno de los autores que han sostenido la tesis unitaria ha ofrecido un argumento de peso que permita considerar la nulidad de pleno derecho como una exigencia connatural a la potestad reglamentaria. Los razonamientos desarrollados en tal sentido se muestran finalmente como criterios de oportunidad sobre la pureza del ordenamiento jurídico, sobre la trascendencia del procedimiento administrativo o sobre otros aspectos, cuya función termina siendo siempre la de apoyar o enfatizar el entendimiento unitario de la norma jurídica. En definitiva, el importante problema del alcance de los vicios de los reglamentos surgió y, según vamos a ver, en buena medida se mantiene todavía, simplemente como un problema de interpretación del derecho positivo, sin perjuicio de que puedan considerarse también algunos aspectos dogmáticos.

#### 4. LA TESIS GRADUAL: VICIOS NO INVALIDANTES, DE ANULABILIDAD Y DE NULIDAD DE PLENO DERECHO EN LOS REGLAMENTOS

Vamos a estudiar a continuación el surgimiento y consolidación de la tesis gradual bajo la vigencia de la LRJ'57 y la LPA'58. Inicialmente, entre los autores que la sostuvieron no encontramos argumentos dogmáticos de peso, sino más bien rechazo de los fundamentos empleados de contrario y asimismo entendimiento de que la literalidad de las normas excluye la genérica consideración de todo vicio del reglamento como nulidad de pleno derecho. De nuevo, por tanto, la cuestión se ceñía a los términos en los que ha de ser interpretado el texto legal.

No obstante, la tesis gradual va a contar con el apoyo de la labor paulatina de la jurisprudencia que tópicamente, partiendo del estudio y resolución de casos concretos, fue alumbrando la doctrina. En verdad, la tesis gradual, al contrario de la unitaria, no fue una postura previa ni de la doctrina ni de la magistratura, sino la síntesis de una casuística, la respuesta a las necesidades de ponderación entre bienes jurídicos que

---

<sup>26</sup> En igual línea de dudas sobre el dogma de la nulidad de pleno derecho de todo vicio de los reglamentos, el autor destaca los matices de la jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las leyes (M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, 2002: 216-221) y también las dificultades para el pleno control jurisdiccional de los reglamentos en el ordenamiento italiano, que responde fundamentalmente con técnicas de inaplicación del reglamento ilegal (M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, 2002: 91-145), lo que no parece corresponderse con la nulidad de pleno derecho de todo vicio del reglamento.

se habían planteado ante los tribunales. Sólo en la última formulación doctrinal de esta tesis encontraremos ya un verdadero fundamento dogmático para la gradualidad.

El primer autor que rechazó la tesis unitaria fue F. Garrido Falla, aunque debo decir que ninguno de los razonamientos que esboza me parece convincente<sup>27</sup>:

a) Sostiene en primer lugar que si todo vicio de un reglamento fuera de nulidad de pleno derecho, no cabría invocar el efecto de acto firme y consentido, de manera que en cualquier momento cabría recurrir los reglamentos ilegales, consecuencia que alteraría el sistema de plazos legalmente previsto para la impugnación de reglamentos. En realidad, la incongruencia se daría tanto en relación con los reglamentos como con los actos administrativos, pues ambos están sujetos en la legislación jurisdiccional a plazos de impugnación que dejan de aplicarse cuando se ejerce la acción de nulidad imprescriptible.

b) En segundo término, para el autor, la redacción del art. 47.2 LPA'58 estableciendo la nulidad de pleno derecho se explicaría por estar dirigida a los actos de ejecución del reglamento, que podrían ser impugnados en cualquier momento. Planteamiento que parece correcto entendido como posibilidad de emplear el recurso indirecto contra reglamentos, pero que no evita considerar que éste habrá de ajustarse a los plazos de impugnación del acto administrativo recurrido, plazos que si transcurren determinan la firmeza del acto, según ya se establecía en el art. 120 LPA'58.

Más consistencia creo que tienen los razonamientos de R. Entrena Cuesta, quien alega que los reglamentos no se sujetan sólo a los requisitos que les afectan como actos normativos, sino también a los establecidos para los actos administrativos, pues todos ellos son actos jurídicos de la Administración<sup>28</sup>. Planteamiento con el que parece coincidir J. L. Villar Palasí cuando afirmaba escuetamente que la impugnación de los reglamentos había de fundarse en los arts. 47 y 48 LPA'58, pues ambos preceptos se refieren «tanto a actos como a normas»<sup>29</sup>.

En todo caso, según ya hemos indicado, la tesis gradual ha de ser especialmente considerada como el resultado de la jurisprudencia que fue formándose tras la LPA'58, cuya vigencia se mantuvo hasta la LPAC'92, aunque ha de tenerse en cuenta que su aplicación por los tribunales, debido especialmente al retraso del TS, se prolongó hasta 1999. Esa jurisprudencia ha sido objeto en la doctrina de valoraciones generales y también de exposiciones detalladas que sistematizan las sentencias relativas a los diferentes vicios formales de los reglamentos. En este trabajo emplearemos esas referencias, sin perjuicio de destacar algunos casos judiciales de especial significado.

En los años inmediatamente posteriores a la LPA'58, la jurisprudencia comenzó por afirmar el carácter obligatorio de las normas reguladoras del procedimiento de elaboración de reglamentos<sup>30</sup>. Enseguida, sin embargo, algunos trámites fueron objeto de interpretaciones flexibles, llegando a estimarse innecesaria su observancia cuando el reglamento fuera reproducción de otro anterior o si contenía variantes únicamente en aspectos no fundamentales<sup>31</sup>.

En la línea exigente, cabría incluso citar algún caso en el que llegó a sostenerse la tesis unitaria. Así, en la STS de 3 febrero 1968, se consideró que el procedimiento de elaboración de reglamentos era «*requisito esencial para su validez, incurriendo en nulidad siempre que la disposición de carácter general infrinja otra norma de superior jerarquía, tanto por su contenido como por no ajustarse al procedimiento previsto para su elaboración*»<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> F. GARRIDO FALLA (1963: 78-80).

<sup>28</sup> R. ENTRENA CUESTA (1965), *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos (págs. 124-125).

<sup>29</sup> J. L. VILLAR PALASÍ (1968), *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (pág. 401).

<sup>30</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces (págs. 804-805) citaba en tal sentido las SSTS de 26 de diciembre de 1961 (Aranzadi, 4387), 3 de junio de 1967 (Aranzadi (Aranzadi, 2576), 3 de febrero de 1968 (Aranzadi, 806), 18 de octubre de 1968 (Aranzadi, 4394), 24 de octubre de 1970 (Aranzadi, 4155) y 8 de marzo de 1973 (Aranzadi, 1172).

<sup>31</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1988: 804-805) citaba para esa postura las SSTS de 26 de enero de 1960 (Aranzadi, 142), 27 de diciembre de 1962 (Aranzadi (Aranzadi, 4833), 26 de septiembre de 1963 (Aranzadi, 3970), 9 de marzo de 1964 (Aranzadi, 1177) y 6 de julio de 1983 (Aranzadi, 3820). Según el mismo autor, esta flexibilización jurisprudencial era el efecto perverso del frecuente incumplimiento por la Administración de las reglas del procedimiento de elaboración de los reglamentos; situación de incumplimiento administrativo que, a su vez, podía tener las siguientes causas: la falta de adecuado detalle normativo de los arts. 129-132 LPA'58, la poca utilidad de algunos de los trámites allí previstos, la conveniencia incluso de evitar presiones sobre los órganos competentes y la imprevisión con la que normalmente se planteaba la redacción urgente de muchos textos reglamentarios.

<sup>32</sup> Esa STS de 3 de febrero de 1968 (Aranzadi, 806), ponente M. CRUZ CUENCA, se enfrentaba a un caso realmente extremo, en el que el procedimiento de elaboración del reglamento, «*lejos de haberse acreditado cumplido, procede estimar absolutamente omitido*», concurriendo la circunstancia de que «*los documentos infructuosamente reclamados a instancia de los recurrentes, no han*

Sin embargo, unos años después, en la STS de 17 junio 1974, se llegó a conclusiones muy diferentes al analizar frontalmente «*el polémico tema del tratamiento de las irregularidades formales de las disposiciones reglamentarias*»<sup>33</sup>. En la ponencia de J. Arozamena Sierra encontramos, por fin, verdaderos fundamentos de la tesis gradual:

a) En primer lugar, se hace valer el argumento derivado de la consideración de los textos legales en su contexto normativo, destacando que la tesis de la nulidad de pleno derecho no tiene, en la literalidad del art. 41 LOE'67 y en los arts. 28 LRJ'57 y 47.2 LPA'58, una previa justificación, «*pues estos preceptos propiamente defienden la vigencia de la jerarquía normativa a la que sirven con la técnica de la nulidad absoluta*», de manera que a la sanción rigurosa de la nulidad absoluta sólo debe acudir ante disposiciones que «*en su contenido normativo son contrarias a las leyes o que significan, por lo que es materia objeto de su regulación, una invasión de atribuciones legislativas*». Se rechaza, por tanto, considerar que el reglamento elaborado con vulneración del procedimiento legalmente previsto constituya infracción de la ley en el sentido del art. 28 LRJ'57, precepto que «*se refiere al plano de los contenidos normativos*».

b) En segundo término, se destaca la violación del principio de proporcionalidad que conllevaría «*la tesis de la sanción extrema de la nulidad absoluta en todo caso de vicio de procedimiento*», pues ello supondría «*un tratamiento igualitario de toda infracción*», tratamiento que rompería con «*la proporcionalidad entre la vulneración y la sanción legal*» al introducir en el sistema de defensa del orden jurídico «*una equiparación en situaciones que se presentan como muy distintas y reclaman una valoración diferente*». En consecuencia, los vicios del procedimiento comprenden una escala que va «*desde la leve infracción constitutiva de mera irregularidad hasta los extremos de omisión sustancial del procedimiento, con situaciones intermedias variadas*», constatación que, en definitiva, justifica un distinto tratamiento de los vicios de forma y procedimiento atendiendo a las técnicas de la irregularidad, la anulabilidad y la nulidad absoluta que se establecen en los arts. 47.1.c) y 48.2 LPA'58, cuyas soluciones son «*extensivas al tratamiento de los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales*»<sup>34</sup>.

Todavía bajo la vigencia de la LRJ'57 y la LPA'58, algunos autores empezaron a expresar dudas o reservas en relación con la tesis unitaria<sup>35</sup>. En todo caso, un completo tratamiento de la cuestión fue el de G. Doménech Pascual, publicado tras la LPAC'92 aunque todavía ceñido a la interpretación jurisprudencial

---

*sido aportados por la Administración*» (cdo. 4). La sentencia fue oportunamente destacada en apoyo de su tesis por E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1970: 14).

<sup>33</sup> STS de 17 de junio de 1974 (Aranzadi, 2847), ponente J. AROZAMENA SIERRA, en especial, considerandos 3 y 4.

<sup>34</sup> Tenemos, así, rigurosamente afirmada la tesis gradual en una sentencia que J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1989), "El procedimiento de elaboración de los reglamentos", en J. A. SANTAMARÍA PASTOR y L. PAREJO ALFONSO (dirs.), *Derecho Administrativo: la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces (págs. 84-85) empieza considerando como «*la construcción argumental más simple, pero también la más sólida y elaborada para justificar la irrelevancia de las infracciones procedimentales en la materia*», aunque a continuación matiza que la argumentación le parece «*ingeniosa, pero de escasa solidez*». Vaya, una tesis sólida pero no mucho, pues el autor estima que equiparar el régimen de defectos formales de los reglamentos al de los actos administrativos «*constituye un apriorismo indemostrado y erróneo*», ya que «*aplicar criterios espiritualistas y antiformalistas a los vicios de forma es equivocado*», dado que «*en el plano de la potestad normativa el procedimiento posee una importancia funcional equiparable, si no superior, al contenido*». Se reitera, en consecuencia, por este autor el criterio doctrinal que viene propugnando el entendimiento unitario de toda infracción de la legalidad como determinante de la nulidad de pleno derecho, añadiéndose ahora la inquietante apreciación de que el procedimiento pudiera tener una importancia superior al contenido. En todo caso, estas críticas no hicieron mella en la jurisprudencia, que siguió con los planteamientos graduales según nos informa el mismo autor, quien citaba en tal sentido una larga serie jurisprudencial integrada por las SSTs de 2 de octubre de 1975 (Aranzadi, 3349), 17 de enero de 1977 (Aranzadi, 148), 28 de marzo de 1977 (Aranzadi, 1446), 27 de octubre de 1978 (Aranzadi, 3403), 12 de diciembre de 1978 (Aranzadi de 1979, 801), 20 de junio de 1979 (Aranzadi, 2423), 9 de julio de 1980 (Aranzadi, 3011), 23 de marzo de 1981 (Aranzadi, 857), 21 de diciembre de 1981 (Aranzadi, 5436), 8 de junio de 1982 (Aranzadi, 4776), 29 de septiembre de 1983 (Aranzadi, 4406), 24 de octubre de 1984 (Aranzadi, 5144), 30 de noviembre de 1984 (Aranzadi, 6560), 20 de diciembre de 1984 (Aranzadi, 6162) y 15 de mayo de 1985 (Aranzadi, 1616).

<sup>35</sup> R. PARADA VÁZQUEZ (1989: 64 y 67), aunque consideraba mayoritaria la opinión de que la invalidez de los reglamentos lo es siempre en su grado máximo, mantenía, sin embargo, como ya hemos indicado, que «*esos pretendidos efectos radicales no se compaginan con el mantenimiento de la validez de los actos dictados en aplicación del reglamento ilegal, tal y como establece el art. 120 LPA'58*». A. GALLEGO ANABITARTE y A. de MARCOS FERNÁNDEZ (1990), *Derecho Administrativo I: materiales*, Madrid (págs. 80-82) constataban la existencia de distintos matices en la jurisprudencia sobre la inobservancia del procedimiento de elaboración de reglamentos en función de la trascendencia real de la omisión de cada trámite en el caso analizado. L. COSCULLUELA MONTANER (1989), *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas (pág. 142) sostenía que el art. 28 LRJ'56 no recogía los vicios del procedimiento de elaboración de los reglamentos, informando de que la doctrina los incluye también como supuesto de nulidad de pleno derecho, «*aunque la jurisprudencia los ha considerado en algunas ocasiones como vicios de anulabilidad*». J. A. LÓPEZ PELLICER (1991), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Murcia: PPU, vol. I-1 (págs. 184-185) daba cuenta de la opinión doctrinal y sobre todo de la jurisprudencia que ponderaba las infracciones formales de los reglamentos admitiendo que puedan ser determinantes de la anulabilidad o incluso no determinar la invalidez de los mismos.

dominante conforme a la LPA'58<sup>36</sup>. Por eso puede sostener el autor que el dogma de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos no se corresponde con la jurisprudencia, donde se admiten también supuestos de anulabilidad e irregularidades no invalidantes.

Resumiendo ahora su pormenorizado análisis sobre las sentencias dictadas a lo largo de la historia por los tribunales contencioso-administrativos, cabría ofrecer las siguientes conclusiones:

a) Al establecerse la jurisdicción delegada con el sistema mixto de 1888 y después con la judicialización de 1904, los reglamentos ilegales eran inaplicados exclusivamente por vicios de contenido, de incompetencia o de falta de publicación, sin incluir por tanto los vicios de procedimiento<sup>37</sup>.

b) Bajo la LJ'56, si bien en una primera etapa el TS se mostró favorable a inaplicar reglamentos con vicios de procedimiento consistentes en la falta de dictámenes e informes preceptivos<sup>38</sup>, luego rechazó la posibilidad de aducir vicios del procedimiento en el recurso indirecto por considerar «*que no producen la nulidad de pleno derecho*», salvo en los supuestos de incompetencia manifiesta o falta absoluta de procedimiento previstos para los actos administrativos<sup>39</sup>.

c) En los supuestos del recurso directo contra reglamentos previsto desde la LJ'56, la jurisprudencia se muestra rigurosa con las infracciones sustantivas, que considera siempre determinantes de nulidad de pleno derecho, mientras que para otros vicios aplica las reglas de invalidez de los actos administrativos<sup>40</sup>.

Junto al estudio detallado y creativo de la jurisprudencia, ofrece también G. Doménech Pascual una exposición dogmática sobre los fundamentos de la invalidez de los reglamentos, que presenta como el producto de una tensión entre principios contrapuestos<sup>41</sup>.

De una parte, el *principio de legalidad* exige que el ordenamiento establezca sanciones para el caso de incumplimiento de las normas jurídicas aplicables que, en el caso de los reglamentos, son todas las de superior rango. En tal sentido, la invalidez es una sanción que, sin embargo, admite grados diferentes, dado que las infracciones de la legalidad pueden ser de distinta gravedad.

<sup>36</sup> Se explica esta aparente falta de sintonía temporal por el hecho de que, como ya hemos indicado, la jurisprudencia sobre los vicios de los reglamentos ajustada a la LRJ'57 y la LPA'58 se prolongó hasta el año 1999, debido al retraso de los asuntos en el TS. Pues bien, el cambio de jurisprudencia que, como más adelante veremos, se produjo en la aplicación de la LPAC'92 no llega a recogerse en la monografía de G. DOMÉNECH PASCUAL (2002), que en su origen fue una tesis doctoral defendida el 16 de julio de 1999.

<sup>37</sup> Cita G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 62 y 67-69) en tal sentido, ya antes de la Ley Jurisdiccional de 1888, las SSTs de 27 de febrero de 1874 y 21 de mayo de 1878, y después las SST Contencioso de 13 de diciembre de 1890, 28 de febrero de 1895, 27 de mayo de 1895, 14 de octubre de 1895, 14 de mayo de 1897 y 9 de octubre de 1897, así como más adelante las SSTs de 15 de enero de 1907, 21 de junio de 1913, 5 de mayo de 1914, 3 de junio de 1916, 2 de octubre de 1916, 18 de febrero de 1930 y otras.

<sup>38</sup> Cita G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 70-71): por falta del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, las SSTs de 12 de noviembre de 1962 (Aranzadi, 4111), 9 de febrero de 1963 (Aranzadi, 300), 7 de enero de 1964 (Aranzadi, 47); por falta de informe de la correspondiente Secretaría General Técnica, la STS de 8 de febrero de 1989 (Aranzadi, 990); y por falta de evaluación económica y financiera del coste de los servicios, la STS de 12 de marzo de 1997 (Aranzadi, 1788).

<sup>39</sup> Según G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 71-73), la doctrina se inaugura con la STS de 23 de junio de 1973 (Aranzadi, 2731), donde se afirma que «*al combatir los actos de aplicación individual de las disposiciones de carácter general no cabe aducir las supuestas irregularidades del procedimiento seguido para dictarlas, por cuanto se trata de vicios que no producen la nulidad de pleno derecho conforme al art. 47 LPA'58 y sí tan sólo la posible anulación a través del recurso contencioso-administrativo directo*», postura que se reitera en SSTs de 23 de septiembre de 1977 (Aranzadi, 3540), 9 de enero de 1997 (Aranzadi, 2379) y muchas otras. Más exactamente, se precisa en la jurisprudencia que los vicios de procedimiento del reglamento únicamente determinan la nulidad de pleno derecho cuando encajan en el supuesto previsto para los actos administrativos de falta total y absoluta del procedimiento: SSTs de 24 de marzo de 1987 (Aranzadi, 3805), 3 de noviembre de 1986 (Aranzadi, 7735), 23 de mayo de 1988 (Aranzadi, 3918) y otras. Las razones que se esgrimen son las de seguridad jurídica, conservación del ordenamiento e incluso las dificultades prácticas que para un tribunal entraña, en el recurso indirecto, verificar el cumplimiento del procedimiento de elaboración de los reglamentos.

<sup>40</sup> G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 112-113 y 116-124) sitúa en la ya citada STS de 17 de junio de 1974 (Aranzadi 2847) la primera ocasión en la que la jurisprudencia hizo explícitas las razones determinantes de la aplicación del régimen de invalidez de los actos administrativos a los vicios de procedimiento de los reglamentos. Explica nuestro autor que, en la aplicación de este criterio, la jurisprudencia puede parecer contradictoria porque frecuentemente emplea la palabra nulidad no como sinónimo de nulidad de pleno derecho, sino como equivalente a invalidez; en realidad, el TS sólo emplea la distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad cuando la considera relevante para resolver el caso. Hay incluso supuestos de irregularidades no invalidantes como los siguientes: la omisión del trámite de reparto del proyecto de reglamento a los ministros en SSTs de 28 de marzo de 1977 (Aranzadi, 1446), 21 de febrero de 1979 (Aranzadi, 775), 13 de diciembre de 1980 (Aranzadi, 4631), 3 de febrero de 1988 (Aranzadi, 651), 16 de junio de 1993 (Aranzadi, 4457) y 23 de abril de 1997 (Aranzadi, 3363); la falta de aprobación del proyecto por el ministro de Administraciones Públicas en SSTs de 17 de junio de 1970 (Aranzadi, 3133), y 3 de febrero de 1988 (Aranzadi, 651); la omisión de la tabla de vigencias en SSTs de 17 de junio de 1974 (Aranzadi, 2847), 28 de marzo de 1977 (Aranzadi, 1446), 10 de mayo de 1979 (Aranzadi, 3185), 11 de noviembre de 1981 (Aranzadi, 4169), 10 de marzo de 1982 (Aranzadi, 1245), 25 de abril de 1984 (Aranzadi, 2013), 6 de mayo de 1986 (Aranzadi, 3047), 29 de mayo de 1996 (Aranzadi, 4449), 20 de enero de 1998 (Aranzadi, 910) y otras.

<sup>41</sup> G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 211-245); en buena medida, aplica aquí el autor la metodología establecida por M. BELA-DÍEZ ROJO (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons (págs. 44-47) al tratar de la invalidez de los actos administrativos.

Pero de otra parte, la validez del reglamento ilegal puede ser sustentada con arreglo a los siguientes principios: a) el *principio de conservación*, que cabría imponer si, pese a la infracción de la legalidad, se satisfacen todos los fines que la norma pretendía alcanzar, conformando soluciones que incluso se advierten en la misma legislación de procedimiento administrativo cuando regula los supuestos de irregularidades no invalidantes, subsanación, conservación de trámites y de partes no viciadas, conversión e interpretación conforme a la legalidad; b) el *principio de seguridad jurídica*, que exige la estabilidad de las relaciones jurídicas, siendo esencial la certidumbre que proporcionan las normas jurídicas, también las de rango reglamentario, debido a su apariencia y presunción de validez, de manera que la invalidez de las mismas ha de procurar no lesionar la confianza legítimamente depositada en la aplicación de un reglamento; y c) el *principio de proporcionalidad*, del que deriva la necesidad de que las decisiones públicas sean idóneas para el fin perseguido, generen el menor número de desventajas posible y produzcan los mayores beneficios, elementos que permiten ponderar, siempre en el marco de los fines establecidos por la norma superior, los costes y beneficios jurídicos implicados en el mantenimiento del reglamento viciado<sup>42</sup>.

A partir de los anteriores premisas dogmáticas, en sucesivos capítulos, el autor, manejando críticamente la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado, irá construyendo una completa teoría de la invalidez de los reglamentos: causas, extensión, consecuencias sobre las situaciones jurídicas, posibilidades de convalidación y conversión. En definitiva, el trabajo de Doménech Pascual nos proporciona una sólida racionalidad para la jurisprudencia que, bajo la LPA'58, había ido alumbrando la escala de los grados de invalidez de los reglamentos. La cuestión que ahora se nos plantea es la de si tal racionalidad ha sido quebrada por la más reciente legislación del procedimiento administrativo común.

## 5. LA CONTINUIDAD NORMATIVA EN LA VIGENTE REGULACIÓN LEGAL DE LOS VICIOS DE LOS REGLAMENTOS

El anterior régimen legal de los vicios de los reglamentos fue paulatinamente sustituido por la nueva legalidad democrática<sup>43</sup>. La regulación que concretamente nos interesa se estableció, primero, en el art. 62.2 LPAC'92 y, después, reproduciendo exactamente la misma redacción sin ninguna variante, en el vigente art. 47.2 LPAC'15:

*«También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.»*

Con respecto a las anteriores previsiones normativas (arts. 28 LRJ'57 y 47.2 LPA'58), cabe destacar la coincidencia en incluir el régimen de los vicios de los reglamentos en el mismo artículo que regula los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. El precepto se inicia con el adverbio «*también*», quizá indicativo de que se están estableciendo, para las disposiciones generales, supuestos de nulidad de pleno derecho adicionales a los previstos para los actos administrativos.

La diferencia más llamativa entre ambos conjuntos de normas consiste en lo siguiente: a) en los arts. 23-27 LRJ'57 se incluía una lista de vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos, que comprendía las violaciones de la jerarquía normativa, las infracciones de competencia y rango, las vulneraciones de la legalidad y de las materias reservadas a la ley, y particularmente la inobservancia de las explícitas prohibiciones de establecer penas, tributos o cargas de todo tipo); b) en cambio, en el art. 62.2

<sup>42</sup> Cabe subrayar que una de las premisas de la argumentación desarrollada por el autor es el detallado estudio sobre la formación y evolución del dogma de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos en el ordenamiento alemán. Así, G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 127-128) explica como el dogma nació vinculado a la técnica de la inaplicación, dada la imposibilidad inicial de impugnar los reglamentos en vía jurisdiccional. No obstante, ya desde el principio el dogma sólo se aplicaba a vicios de contenido, competencia y publicación, pues las reglas de procedimiento de elaboración de los reglamentos no existían hasta su introducción para ordenanzas locales y planes urbanísticos. En la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal descarta que toda infracción del procedimiento de elaboración de reglamentos tenga la consecuencia de la nulidad de pleno derecho, habiéndose establecido, además, por el legislador mecanismos que reducen el alcance de los vicios de procedimiento en los planes de urbanismo.

<sup>43</sup> Cronológicamente, el proceso fue el siguiente: a) la Constitución de 1978 derogó expresamente todas las leyes fundamentales franquistas, incluido por tanto el régimen establecido en el art. 41 LOE'67; b) la LPAC'92 derogó la mayor parte de la LPA'58; y c) la LOG'97 completó el desplazamiento de la LRJ'57.

LPAC'92 y en el vigente art. 47.2 LPAC'15, aunque también se sigue el sistema de lista, los supuestos de nulidad de pleno derecho se refieren genéricamente a cualquier vulneración constitucional, legal y de los reglamentos de rango superior, añadiéndose la referencia a dos contenidos constitucionales especialmente destacados como son las materias reservadas a la ley y el principio de irretroactividad *in peius* establecido en el art. 9.3 de la Constitución<sup>44</sup>.

Vemos pues que de la segunda enumeración legal han desaparecido las referencias a las infracciones de competencia y rango, y a las específicas prohibiciones de establecer penas, tributos o cargas de todo tipo. Ello no supone, claro está, que ahora se permita a los reglamentos establecer penas, tributos o cargas, materias sobre las que inciden conocidas reservas constitucionales de ley (arts. 25.1 y 35.3 CE), además de prohibirse explícitamente en el art. 128.2 LPAC'15<sup>45</sup>. La diferencia relevante pudiera referirse entonces a las infracciones de competencia y rango, que antes se recogían explícitamente en los arts. 24-25 LRJ'57 (a los que se remitía el art. 47.2 LPA'58 por intermedio del art. 28 LRJ'57) y que ahora no se incluyen expresamente en el art. 47.2 LPAC'15 (ni antes en el art. 62.2 LPAC'92); ¿podrían estarlo implícitamente o por remisión?

Cabe responder afirmativamente a esa pregunta si consideramos que el legislador de 1992-2015 sigue empleando el sistema de lista para identificar los específicos supuestos de nulidad de pleno derecho de los reglamentos. En lugar de establecer que cualquier infracción del orden jurídico hace nulo de pleno derecho al reglamento, se enumeran las infracciones determinantes de la nulidad de pleno derecho<sup>46</sup>. Lo lógico es entender que algo queda fuera de la relación, pues hemos de suponer que el legislador no enumeraría los vicios de nulidad de pleno derecho si pudiera incluirlos en una fórmula general<sup>47</sup>. Entendimiento éste con el cual, adicionalmente, se daría significado específico, como ya hemos indicado, al *también* con el que se inicia el precepto, haciéndolo equivalente a un *además de*, de manera que, junto a los supuestos de nulidad de pleno derecho enumerados en el 47.1, para los reglamentos habría que incluir *también* los contenidos en el art. 47.2 LPAC'15 (preceptos coincidentes como sabemos con los arts. 62.1 y 62.2 LPAC'92).

En consecuencia, los reglamentos son nulos de pleno derecho, entre otros casos, cuando hayan sido dictados con incompetencia manifiesta, o prescindiendo del procedimiento o de las reglas esenciales de los órganos colegiados [art. 47.1.b) y e) LPAC'15]. Supuestos estos que sin ningún esfuerzo conceptual permiten incluir las infracciones de competencia y rango que se prevenían en los arts. 24-25 LRJ'57, preceptos en los que esencialmente se imponía que las disposiciones generales del Consejo de Ministros adoptasen el rango de decretos y las de los ministros el de órdenes. También ahora esas mismas infracciones serían determinantes de la nulidad de pleno derecho al implicar la incompetencia manifiesta, la falta absoluta de procedimiento y/o la infracción esencial del régimen de órganos colegiados. Por tanto, a la pregunta formulada hemos de responder diciendo que, de manera explícita, implícita o por remisión, la lista de 1992-2015 es coincidente con la de 1957-58.

En definitiva, apreciamos que la mayor condensación de la vigente enumeración legal de vicios de nulidad de pleno derecho de los reglamentos no impide identificar todos los supuestos que se contenían en la más detallada enumeración legal anterior. Son dos listas iguales en sus efectos, diseñadas ambas con

<sup>44</sup> La fórmula genérica de los arts. 62.2 LPAC'92 y 47.2 LPAC'15 se parece a la del art. 41 LOE'67, aunque con la notable diferencia de que la también genérica *nulidad* prevista en éste, se transforma explícitamente en *nulidad de pleno derecho* en los nuevos preceptos.

<sup>45</sup> Efectivamente, en el art. 128.2 LPAC'15, dentro del título que contiene el régimen de la potestad reglamentaria, se relacionan algunos límites o prohibiciones sin coincidir completamente con la lista del art. 47.2 de la misma LPAC'15, aunque sin establecer explícitamente el grado de invalidez correspondiente a su infracción. Por lo que ahora interesa, entre las novedades con respecto al último precepto citado, se establece en el primero que los reglamentos «no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público».

<sup>46</sup> El legislador de 1992 tuvo incluso la oportunidad de adoptar la fórmula general, pues en el proceso de elaboración de la LPAC'92, el Grupo Popular presentó las enmiendas 487 del Congreso y 419 del Senado para que la nulidad de pleno derecho se refiriera a «las disposiciones administrativas contrarias al ordenamiento jurídico», con objeto de «no dejar fuera otras ilegalidades no mencionadas en el texto del proyecto». Sin embargo, las enmiendas no fueron aceptadas, manteniéndose la enumeración de los supuestos determinantes de la nulidad de pleno derecho. Proporciona esta información M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002: 213, en nota).

<sup>47</sup> Así sucede con los vicios de anulabilidad de los actos de la Administración, que vienen refiriéndose legalmente a «cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder» en las sucesivas regulaciones del procedimiento administrativo (arts. 48.1 LPA'58, 63.1 LPAC'92 y 48.1 LPAC'15), las cuales toman la fórmula de la legislación contencioso-administrativa (art. 83.2 LJ'56, reproducido en el vigente art. 70.2 LJ'98). La específica referencia a la desviación de poder no convierte a la genérica mención legal en una lista de vicios determinantes de la anulabilidad, pues tiene el objetivo de destacar una de las infracciones del ordenamiento jurídico, la que deriva de la infracción, no ya de la literalidad de las normas, sino de los fines que éstas persiguen, aclaración que, en la década de 1950, fue novedosa y que las leyes vigentes conservan probablemente por considerarla ya tradicional.

la mismos contenidos, sin que exista, por tanto, ninguna razón de tipo semántico para dar un significado diferente a las violaciones de la legalidad. Si éstas comprendieran tanto las sustantivas como las adjetivas, carecería de sentido práctico el resto de la enumeración contenida en el art. 47.2 LPAC'15, habiendo pues de concluirse que las únicas vulneraciones de la legalidad determinantes de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos, en la dicción de la norma, siguen siendo únicamente las de tipo material o sustantivo.

## 6. EL CAMBIO INADVERTIDO A LA JURISPRUDENCIA UNITARIA Y LA ALARMA DOCTRINAL

Las nuevas leyes de procedimiento administrativo, tanto la de 1992 como la vigente de 2015, han sido objeto de variadas críticas procedentes especialmente de la academia y el foro. En ellas se ha puesto de relieve la escasa novedad de sus contenidos y la incertidumbre de algunas de sus previsiones, de manera que se ha llegado a considerar preferible haber continuado con las leyes derogadas, si acaso introduciendo en ellas algunas reformas. Una de las consecuencias más temibles de estos vendavales legislativos deriva de la circunstancia de que muchos actores jurídicos tienden a olvidar o descuidar los precedentes, planteándose la aplicación de las normas como si éstas fueran verdaderamente nuevas. En el caso de las leyes que nos ocupan, ese efecto perverso ha podido verse agravado por la publicidad institucional encaminada a magnificar los logros del ejecutivo promotor de las respectivas reformas<sup>48</sup>.

El caso es que tras la LPAC'92 la jurisprudencia dio un completo vuelco al régimen de invalidez de los reglamentos. El art. 62.2 LPAC'92 fue objeto de una interpretación diametralmente opuesta a la que venía prevaleciendo sobre el art. 47.2 LPA'58, sin suscitarse siquiera la mención de la jurisprudencia anterior ni, en absoluto, la posible equivalencia entre el contenido de ambos preceptos. Y eso que, como hemos recordado, la jurisprudencia precedente se había prolongado debido al retraso de los asuntos en sede jurisdiccional. En este punto, pues, la nueva legislación supuso la plena ruptura con el pasado. Así, donde antes prevalecía una elaborada y razonada jurisprudencia gradual, determinante de soluciones ponderadas en cuanto al alcance de la invalidez de los reglamentos, a partir de la LPAC'92 dio lugar a la vigente jurisprudencia unitaria que considera todo vicio de un reglamento determinante de su nulidad de pleno derecho.

En realidad, las palabras objeto de hermenéuticas tan divergentes eran prácticamente iguales, pues en todos los textos legales se trataba de interpretar si la vulneración de las leyes calificada con la nulidad de pleno derecho comprendía únicamente las infracciones sustantivas o también las procedimentales. Bajo la LPA'58, una larga evolución jurisprudencial había llevado a asumir, para los vicios de procedimiento de los reglamentos, la misma escala de invalidez de los actos administrativos, desde las irregularidades no invalidantes a los supuestos de anulabilidad y, en último extremo, de nulidad de pleno derecho cuando se había prescindido gravemente del procedimiento de elaboración. Después, conforme a la LPAC'92, que aquí coincide exactamente con la vigente LPAC'15, directamente, sin ninguna mención de la jurisprudencia anterior, el TS ha interpretado las mismas palabras («*las disposiciones contrarias a las leyes*» en 1958 y «*las disposiciones que vulneren las leyes*» en 1992-2015) de manera muy distinta al incluir en ellas las infracciones sustantivas y las adjetivas, y calificar a todas como nulas de pleno derecho.

Claro, si el intérprete exclusivamente considera la letra de la norma en vigor, sin atender a sus antecedentes, ni a su contexto, ni a los principios que inciden en su alcance, es lógico que entienda comprendida en la vulneración de las leyes las infracciones materiales y formales de las mismas. Pero en tal caso se violan las tradicionales reglas hermenéuticas establecidas en nuestra legislación (interpretación literal, contextual, histórica y finalista) y también el principio constitucional de igualdad ante la ley, que exige que todo cambio en la interpretación de la norma por los tribunales se haga considerando y contraponiendo expresamente los fundamentos de la antigua y la nueva doctrina jurisprudencial<sup>49</sup>. Nada de eso se ha hecho en nuestro caso.

Al parecer, desde la STS de 17 diciembre 1999 viene afirmándose de manera dominante en la jurisprudencia que «*el grado de invalidez de las disposiciones generales es único: la nulidad absoluta, radical o de pleno dere-*

<sup>48</sup> La franquista LPA'58 fue acompañada de la retórica de la «*reforma administrativa*», la socialista LPAC'92 se ofreció como producto depurado de la «*modernización administrativa*» y la popular LPAC'15 ha inaugurado la «*reforma virtual de las administraciones públicas*». El legislador siempre presenta sus elaboraciones como si antes de ellas no hubiera nada establecido en la materia o lo que había no mereciera ninguna atención.

<sup>49</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTC 25/1999, de 8 de marzo (FJ 5), 117/2004, de 12 de julio (FJ 3), 27/2006, de 30 de enero (FJ 3), 105/2009, de 4 de mayo (FJ 5) y 7/2015, de 22 de enero (FJ 3).

cho, ya se trate de un vicio de forma o sustantivo»<sup>50</sup>. Lo que antes era objeto de matices ha pasado a ser, en la misma jurisprudencia, una verdad tan evidente que no precisa de ninguna demostración. En una reciente exposición, se citaba en tal sentido la referencia de la STS de 23 septiembre 2003 a «la abundante doctrinal jurisprudencial» que establece «que la nulidad de pleno de las disposiciones de carácter general es siempre radical o de pleno derecho», reiterándose en la STS 2 marzo 2016 que, en el caso del reglamento, «se trata de una nulidad de pleno derecho, independientemente de si son vicios de forma o de fondo los que han determinado la anulación»<sup>51</sup>.

En consecuencia, no cabe aplicar a los reglamentos las previsiones sobre conservación de actos y trámites ni la convalidación, al ser instrumentos establecidos para los actos administrativos. Según se afirma en la STS de 7 septiembre 2016: «la misma naturaleza normativa hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación», siendo incluso inviable la aplicación analógica de tales instituciones debido a «las diferencias sustanciales entre el acto y la norma»<sup>52</sup>.

En esta situación, si bien continúan manifestándose opiniones favorables a la nulidad de pleno derecho<sup>53</sup>, paralelamente empiezan a sonar con fuerza las voces doctrinales que muestran su disconformidad o al menos su insatisfacción con la rígida solución a la que se ha llegado sobre el alcance de la invalidez de los reglamentos.

M. Sánchez Morón sostiene que «no toda infracción legal depara los mismos efectos», de manera que «hay que distinguir los vicios de fondo de los defectos de forma del reglamento». Si en cuanto a los primeros no hay duda de que su consecuencia es la nulidad de pleno derecho, en cambio los segundos pueden consistir en irregularidades no invalidantes, limitándose en todo caso por la jurisprudencia la posibilidad de su impugnación a la vía del recurso directo<sup>54</sup>.

F. López Menudo señala que lo razonable es entender que los vicios formales de los reglamentos pueden ser calificados según su gravedad, como nulos, anulables o meras irregularidades no invalidantes<sup>55</sup>.

M. Rebollo Puig considera que el art. 47.2 LPAC'15 (igual que antes el art. 62.2 LPAC'92) no enumera todos los posibles vicios de los reglamentos, como los de competencia, desviación de poder, vulneración de principios generales, defectos de procedimiento o retrasos administrativos, por lo que «no considera falta de fundamento» la solución consistente en aplicar a los vicios no enumerados de los reglamentos el régimen de nulidades previsto para los actos administrativos<sup>56</sup>.

J. L. Martínez López-Muñiz explica que la consideración de todo vicio del reglamento como de nulidad de pleno derecho deriva de no haber identificado los elementos comunes con el acto administrativo, los cua-

<sup>50</sup> STS 8147/1999, de 17 de diciembre, ponente A. GOTA LOSADA, FD 3. Conviene tener en cuenta que esta sentencia está dictada en un caso en el que todavía era aplicable la LPA'58, de manera que se acentúa el significado del cambio jurisprudencial invertido.

<sup>51</sup> Véase C. TOLOSA TRIBIÑO (2017: 54-55), quien informa también de alguna pervivencia aislada de la jurisprudencia anterior: así, en la STS de 28 de marzo de 2008, planteada la infracción del plazo de 30 días para la práctica de información pública de un reglamento (plan parcial), plazo que se había rebajado por la Administración a 15 días, aunque con prórroga posterior de 15 días más, se estimó «evidente que tal modo de proceder no representa una falta total y absoluta de procedimiento que genere la nulidad radical prevista en el art. 62.1.e) LPAC'92, sino un supuesto de anulabilidad contemplado en el art. 63.2 de la misma ley, que, para ser apreciada, requiere la indefensión de los interesados, la que en este caso no se da»; y en la STS de 17 de julio de 2009 la declaración de nulidad de pleno derecho de un reglamento por falta del dictamen preceptivo del Consejo de Estado se hizo al considerar que se había prescindido absolutamente del procedimiento, en aplicación del supuesto de nulidad de pleno derecho previsto para los actos administrativos en el art. 62.1.e) LPAC'92 [actual art. 47.1.e) LPAC'15]; sin embargo, reacciona expresamente contra este criterio la STS de 6 de mayo de 2015, que rechaza retrotraer el procedimiento al momento en que se produjo la vulneración del trámite de información pública, pues «no nos encontramos ante un acto administrativo, sino ante la elaboración de una disposición de carácter general, por lo que la infracción del trámite de información pública determina su nulidad».

<sup>52</sup> Véase C. TOLOSA TRIBIÑO (2017: 56), quien cita en el mismo sentido SSTS de 13 de diciembre de 2001, de 3 de enero de 2002, de 10 de mayo de 2011, de 31 de mayo de 2011 y de 28 de septiembre de 2012, entre otras. No obstante, en la STS 278/2017, de 17 de febrero, ponente R. FERNÁNDEZ VALVERDE, se admite la existencia de un defecto formal –la ausencia de un «resumen ejecutivo» del plan general, exigido en el art. 25.3 TRLS de 2015 como requisito de transparencia–, pero se señala que la sentencia recurrida «acierta cuando no impone la sanción de la nulidad de pleno derecho en el supuesto de autos, pues, como en toda nulidad relativa, la concurrencia de la misma dependerá de la acreditada indefensión del recurrente», añadiendo el TS, para justificar la inexistencia de indefensión, el conocimiento que el recurrente demuestra en su demanda de los contenidos del plan (FD 7).

<sup>53</sup> Véanse, entre otros: L. PAREJO ALFONSO (2003), *Derecho Administrativo*, Barcelona: Ariel (pág. 349), S. MARTÍN-RETORTILLO (2007), *Instituciones de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas (pág. 202), G. FERNÁNDEZ FARRERES (2012), *Sistema de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas (pág. 248) y J. M. TRAYTER JIMÉNEZ (2015), *Derecho Administrativo. Parte general*, 2.ª ed., Barcelona: Atelier (pág. 137).

<sup>54</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN (2005), *Derecho Administrativo: parte general*, Madrid: Tecnos (pág. 213).

<sup>55</sup> F. LÓPEZ MENUUDO (2014), «Las fuentes del Derecho Administrativo», en C. BARRERO RODRÍGUEZ (ed.), *Lecciones de Derecho Administrativo. Parte general*, Madrid: Tecnos, págs. 77-111 (pág. 109).

<sup>56</sup> M. REBOLLO PUIG (2016), *Derecho Administrativo I*, Madrid: Tecnos (págs. 253-254).

les permiten aplicar el gradual régimen de invalidez de los actos a los supuestos no previstos explícitamente para los reglamentos<sup>57</sup>.

L. Martín Rebollo, si bien estima que los reglamentos viciados son nulos de pleno derecho, al plantearse la posible retroacción de efectos de la declaración de nulidad señala que *«es una consecuencia radical que debe ser matizada»*, porque *«llevada a sus extremos conduce al caos»*, concluyendo, como ya hemos indicado, que *«si se conservan actos de aplicación de un reglamento nulo es evidente que la nulidad queda un tanto matizada en sus perfiles teóricos»*<sup>58</sup>.

Incluso autores que están en el origen y los fundamentos de la tesis unitaria, a la vista de algunos planteamientos jurisprudenciales, introducen importantes matices.

Así, en E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, se hace una muy necesaria llamada a *«evitar eventuales excesos»*, considerando que *«cuando se trate de vicios de procedimiento es imprescindible comprobar antes de declarar la nulidad absoluta del reglamento al que afectan la efectiva trascendencia de los mismos»*, observaciones que *«son particularmente pertinentes en relación a los planes de ordenación urbana»*, pues *«hay que evitar caer en una sacralización de las formas»*<sup>59</sup>.

Por su parte, M. Fernández Salmerón, en línea con las dudas que ya había expresado anteriormente, estima *«lógica»* la tendencia, que a su juicio subyace en la jurisprudencia, a considerar que *«únicamente los vicios de contenido, junto a los de falta de publicación e incompetencia, son auténticamente constitutivos de la nulidad radical de la disposición, mientras que las deficiencias en la tramitación del procedimiento darían lugar a la mera anulabilidad de ésta, cuando no sean determinantes de meras irregularidades no invalidantes»*<sup>60</sup>.

## 7. RECAPITULACIÓN: LOS FUNDAMENTOS DE LA VUELTA A LA TESIS GRADUAL DE LOS VICIOS DE LOS REGLAMENTOS

Tras nuestro recorrido por las vicisitudes interpretativas de los preceptos relativos a los vicios de los reglamentos, me parece que se impone concluir, ante todo, que su aplicación descontextualizada nos está llevando a consecuencias difícilmente admisibles. El problema no estriba en interpretar gramaticalmente la expresión *«serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren... las leyes»* contenida en el art. 47.2 LPAC'15. Si tal fuera el caso, toda discusión estaría de más, pues es claro que las leyes se vulneran cuando no se observa cualquiera de sus contenidos, tanto de tipo material como de índole formal. Lo que sucede es que no es ni puede ser ése el supuesto que nos está ocupando, ya que aquí el sentido propio y aislado de las palabras chirría cuando se pone en contacto con los restantes elementos que hemos de considerar en la interpretación de las leyes atendiendo al mandato del art. 3.1 del Código Civil:

*«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.»*

Por tanto, el objeto de nuestra interpretación es, no una frase ni mucho menos una palabra, sino un precepto, el art. 47.2 LPAC'15, que transcrito íntegramente dice:

*«También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.»*

a) La *interpretación contextual* de la norma nos obliga considerar, en primer término, la opción legal por el *sistema de lista*. La vulneración de las leyes y reglamentos de rango superior es uno más de los supuestos

<sup>57</sup> J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2016), "La elaboración de los reglamentos", en F. LÓPEZ MENUJO (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, págs. 307-344 (págs. 340-342).

<sup>58</sup> L. MARTÍN REBOLLO (2017): 406-407).

<sup>59</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Civitas, 18.ª ed. (págs. 255-256).

<sup>60</sup> M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2017), "La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de los reglamentos", en E. GAMERO CASADO (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, t. II, págs. 2.483-2.549 (págs. 2.544-2.547).

de nulidad de pleno derecho de los reglamentos que se enumeran en la norma, donde se recogen los vicios que hemos de suponer lógicamente más graves de los reglamentos, al conllevar la opción por el sistema de lista que algo se deja fuera de la misma. En consecuencia, ha de propiciarse un entendimiento de la norma que dé sentido a la relación de vicios en ella contenida, objetivo que se frustraría si el supuesto referido a la vulneración de las leyes comprendiera aspectos sustantivos y adjetivos, pues en tal caso nada, ninguna infracción quedaría fuera del precepto. Y si ningún vicio hubiera de haber quedado fuera del supuesto de hecho normativo, ¿no tendría que concluirse que el legislador habría optado por una fórmula omnicompreensiva? Algo así como «*serán nulas de pleno derecho las disposiciones generales que vulneren de cualquier manera lo establecido en normas de rango superior*».

b) Siguiendo con la *interpretación contextual*, hemos de subrayar la conexión con el régimen de *invalidez del acto administrativo*. Por más que la potestad reglamentaria sea distinta de la resolutoria, no puede desconocerse, como está haciendo la jurisprudencia, que la invalidez de actos y reglamentos se regula en el mismo capítulo de la ley e incluso en el mismo artículo, según sucede precisamente con los supuestos de nulidad de pleno derecho, que se establecen sucesivamente en los dos párrafos del art. 47 LPAC'15. La conexión llega hasta el extremo de que la enumeración legal de los vicios de nulidad de pleno derecho de los reglamentos da comienzo con el adverbio «*también*», que perfectamente puede ser interpretado como equivalente a «*además de*», con la consecuencia de que los reglamentos serían nulos de pleno derecho en los casos enunciados en los dos párrafos del precepto, también en los referidos a los actos de la Administración.

c) La *interpretación histórica* del precepto confirma la hermenéutica anterior, pues, como hemos visto, el art. 47.2 LPAC'15 es la reproducción textual del art. 62.2 LPAC'92 que, a su vez, fue un resumen de los supuestos a los que se remitió el art. 47.2 LPA'58, esto es, los recogidos en los arts. 23-27 LRJ'57. Ese es el origen del vicio de los reglamentos consistente en vulnerar las leyes, que se formuló explícitamente en el art. 26 LRJ'57: «*La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes*». El supuesto normativo sólo podía interpretarse como integrando las infracciones materiales de las leyes, ya que entonces no se había regulado todavía el procedimiento de elaboración de los reglamentos. Obsérvese que cuando ese procedimiento se establece en la LPA'58, la propia ley cuida de circunscribir los supuestos de nulidad de pleno derecho de los reglamentos a «*los casos previstos en el art. 28 LRJ'57*». Es el arrastre de la fórmula legal el que determina los problemas interpretativos que nos ocupan. Problemas que se agudizan cuando los aplicadores jurídicos prescinden de los antecedentes y asumen las nuevas regulaciones como si aparecieran de la nada: en efecto, como nos consta, la más reciente jurisprudencia se ha formado prescindiendo por completo de la anterior, desconociendo, así, los fundamentos de la tradicional tesis gradual que tan laboriosamente se había gestado.

d) Por último, el criterio de *interpretación finalista* nos lleva a conectar con los fundamentos dogmáticos de la materia que, a lo largo del estudio, únicamente hemos podido encontrar en la vieja y clarificadora ponencia del magistrado Arozamena Sierra (1974) y en el documentado y sólido estudio de Doménech Pascual (2002). No vamos a repetir aquí argumentos que ya han quedado suficientemente expuestos: principio de legalidad frente a principios de conservación, seguridad y proporcionalidad; puntos de equilibrio, escala de soluciones, gradualidad de los vicios. Tales son los planteamientos propios de nuestro ordenamiento jurídico que permiten establecer unos perfiles claros del problema que nos ocupa. Por añadidura, esas construcciones de la dogmática jurídico-administrativa van encontrando plena correspondencia con los estudios de Derecho Comparado que acreditan la quiebra del dogma de la nulidad de pleno derecho de los reglamentos ilegales y también con la flexibilidad que se advierte en el Derecho Constitucional al fijar los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Para el Derecho italiano véase M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002: 91-145) y sobre el alemán, G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 127-178); un resumen de ambos ordenamientos en la materia en C. TOLOSA TRIBIÑO (2017: 57). En la jurisprudencia constitucional simplemente destacaré ahora las SSTC 194/2004, de 10 de noviembre y 35/2005, de 17 de febrero, que, tras anular por razones competenciales leyes de protección de espacios naturales, mantienen, sin embargo, su vigencia hasta la aprobación de un nuevo régimen de protección; también las SSTC 164/2013, de 26 de septiembre, 164/2014, de 7 de octubre y 13/2015, de 5 de febrero, que difieren por un año la efectividad de la declaración de nulidad de leyes aprobadas sin observar trámites establecidos en el bloque de la constitucionalidad (informes autonómicos previstos sobre ciertas materias en los Estatutos de Canarias y Aragón).



## Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto

Andrés M. González Sanfiel (España)  
Universidad de La Laguna  
asanfiel@ull.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de La Laguna, Premio Extraordinario de Doctorado. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Entre sus líneas de investigación se encuentran el régimen de las infraestructuras, los servicios de interés económico general y el Derecho urbanístico, materia en la que es Investigador Principal del Proyecto de la Agencia Estatal de Investigación *Nuevo Derecho Urbanístico* (DER-2017-84387-P).

---

### RESUMEN

La nulidad de los planes está generando múltiples problemas por la aplicación de la teoría de la nulidad absoluta. La doctrina y la sociedad reclaman un cambio de esta situación, tal y como lo han hecho otros países. El plan debe ser protegido por el extraordinario valor que tiene para el tráfico jurídico.

### PALABRAS CLAVE

Planeamiento; nulidad; límites; cambios legislativos.

---

### ABSTRACT

The rules of nullity applied in case of illegal plans carry out a lot of problems. Doctrine and society are claiming legislative changes as soon as possible, in the same ways than other countries. Planning should be protected due to its extraordinary value of legal affairs.

### KEYWORDS

Urban planning; nullity; limits; legislative changes.

### SUMARIO

1. LA NULIDAD DEL PLANEAMIENTO: UN PROBLEMA NACIONAL. 2. RADIOGRAFÍA Y PATOLOGÍAS DE UN SISTEMA FORMALISTA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA. 3. LA SENDA DE FLEXIBILIZACIÓN EMPRENDIDA POR OTROS PAISES. 4. LOS ACTOS FIRMES NO SE TOCAN. LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO. 5. CAMBIAR EL MODELO JERÁRQUICO Y ENTRELAZADO DE PLANES Y DE ACTOS RESPECTO DE LOS PLANES. 6. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL DE LOS REQUISITOS FORMALES. 7. EL VALOR NORMATIVO DE LO FÁCTICO A PESAR DE LA NULIDAD DEL PLAN. 8. EL NUEVO PAPEL DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO. 9. SOBRE LA REFORMA «NON NATA»: LAS TRES «ERRES» DE LA INVALIDEZ. 10. UN CAMBIO ESTÁ LLEGANDO. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. LA NULIDAD DEL PLANEAMIENTO: UN PROBLEMA NACIONAL

Hace sólo unos días se acaba de confirmar la nulidad del plan general de la ciudad en la que vivo. El alcalde, acompañado de los representantes de las organizaciones empresariales, daba una rueda de prensa intentando transmitir confianza a la ciudadanía y a los inversores ante la desaparición del mundo del derecho de la citada norma<sup>1</sup>. No es una situación aislada, puesto que pocas ciudades se han librado del llamado «efecto radioactivo» de la nulidad de los planes<sup>2</sup>. La situación se agrava por el hecho de que, anulado el plan, también dicha nulidad se proyecta sobre los planes de desarrollo o derivados, así como los múltiples actos administrativos que a lo largo de la vigencia del plan anulado se han venido sucediendo en el tiempo (efecto cascada o en cadena). Todo el equilibrio de intereses que representa al plan, tras tortuosos años de tramitación administrativas, caen por tierra y, con él, las licencias, los proyectos de urbanización, los convenios y todos los actos jurídicos que se sustentan en aquellos planes. Es una situación preocupante.

La incertidumbre se apodera de la gente de la noche al día: ¿se pueden continuar las promociones y viviendas en marcha? ¿Las obras públicas previstas en el plan se pueden seguir ejecutando? ¿En qué situación queda mi vivienda? ¿Se pueden dar nuevas licencias? ¿Se puede solicitar una hipoteca para comprar una vivienda en la ciudad cuyo plan ha sido anulado?

En efecto, los planes concilian una multiplicidad de intereses complejos, públicos y privados, al que se llega tras largos años de tramitación y esfuerzo colectivo. Las medias de aprobación de los planes o sus modificaciones son de récord, pero por lo que tardan. Una vez aprobados, establecen un orden que sirve de base, a su vez, a la aprobación de nuevos planes y a la realización de la diversidad de actos jurídicos que se apoyan en los mismos. La Administración, la ciudadanía, los promotores, la colectividad en suma, confía en esa cobertura normativa para desarrollar las obras, usos y actividades que aquella ordenación les sirve de soporte (actos administrativos, compraventas, alquileres, préstamos hipotecarios, desarrollo de actividad empresarial, implantación de infraestructuras y dotaciones colectivas, etc.). El valor que ese instrumento tiene para la sociedad es incalculable: actos jurídicos que se suceden a lo largo de los años y que generan la confianza en un tráfico jurídico en el que se sustenta la vida colectiva. Ese valor extraordinario para el tráfico jurídico, contrasta, sin embargo, con la extrema fragilidad jurídica de esos instrumentos normativos. Porque la nulidad es, al menos en su planteamiento teórico estricto, como si nada de lo que se hubiera hecho existiera.

Es más, ya no sorprende, por lo cotidiano en lo que se ha convertido, que leamos noticias relativas a la anulación judicial de este o de aquel plan, por uno u otro motivo. En este contexto, abatir un plan se ha convertido en una especie de deporte donde la pieza siempre cae al final con relativa facilidad. La nulidad del planeamiento se ha trivializado, hasta el punto de que existen incluso algunos *libros de autoayuda* al estilo de cómo impugnar una multa de tráfico, con la finalidad de conseguir la anulación del plan; guías en las que se detalla la jurisprudencia sobre los diversos vicios que han sido apreciados, incluso con estadísticas sobre cuáles son las causas más valoradas con vistas a conseguir el efecto invalidante<sup>3</sup>. A esto hemos llegado.

Culminar un plan con éxito en esta coyuntura se ha convertido en una especie de misión imposible. La complejidad que ha alcanzado al planeamiento favorece esta situación: requerimientos jerárquicos, sustantivos, ambientales, procedimentales, formales cada vez más estrictos, son el caldo de cultivo ideal

<sup>1</sup> Texto de la ponencia presentada al VI Seminario *La reforma del Estado. El régimen de la invalidez en el ámbito del Derecho Administrativo*, organizado por el INAP (10 de octubre de 2018), dirigido por los profesores Santiago MUÑOZ MACHADO y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ. Sobre el tema objeto de este estudio he tenido la ocasión de pronunciarme en otros trabajos anteriores, cuyas ideas se siguen en algunos casos de forma más simplificada al objeto de no sobrecargar el texto y sin perjuicio de los nuevos desarrollos a raíz de la evolución doctrinal y normativa, GONZÁLEZ SANFIEL, A. (2011): "Invalidez sobrevenida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo", en *Estudios sobre planeamiento territorial y urbanístico*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 285-307; ídem (2016): "El principio de especialidad como límite a la declaración de nulidad del planeamiento", en *El derecho de la ciudad y el territorio. Libro homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, BASSOLS COMA, M., MENÉNDEZ REXACH, Á., GIUFREU, J. (coords.), Madrid: INAP, págs. 911-924; ídem (2017): "Límites a la declaración de nulidad del planeamiento", en LÓPEZ RAMÓN, F., VILLAR ROJAS, F. J. (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid: AEPDA-INAP, págs. 411-459. El presente trabajo forma parte de la línea de investigación del proyecto de la Agencia Estatal de Investigación *Nuevo Derecho urbanístico* (DER2017-84387-P) del que el autor es el investigador principal.

<sup>2</sup> La gráfica expresión es usada por RENAUF FAUBELL, F. (2016): "Nulidad radioactiva de los planes urbanísticos por defectos en el procedimiento de aprobación", en *Noticias Jurídicas* accesible en abierto.

<sup>3</sup> Según G. GARCÍA MORILLO del análisis estadístico que realiza a partir de las sentencias analizadas, la mayor causa de nulidad es la que tiene que ver con la evaluación ambiental (41%), le siguen los informes sectoriales (30%) y, a continuación, las cuestiones relativas a exposición pública del plan (24%), ORTEGA MORILLO, G. (2018): *La nulidad del planeamiento general urbanístico. Guía práctica para anular un PGOU*, Madrid: Sepin, pág. 111.

para que al final del camino se eche por tierra tanto esfuerzo. No es un problema localizado geográficamente: el virus se extiende por todo el país. Los planes de grandes o medianas ciudades en todas las Comunidades autónomas se ven afectadas por aquellas declaraciones de nulidad, generando la consiguiente incertidumbre e inseguridad, todo lo contrario a la finalidad que debe proporcionar el Derecho. Varios años para aprobar el plan, varios años para que recaiga la sentencia anulatoria, varios aún para que se recomponga la situación. Demasiado tiempo para lo que un sistema jurídico, económico y social puede soportar.

Otros países de nuestro entorno, que han pasado ya por estos mismos problemas, los han afrontado realizando cambios jurisprudenciales y normativos tendentes a reforzar la seguridad jurídica y a proteger los intereses que el planeamiento tutela, una senda que debería ser imitada, tal y como nos ha servido de ayuda en otras ocasiones.

La situación de incertidumbre e, incluso, puede decirse que hasta de desasosiego, ha provocado una reacción doctrinal que reclama un cambio de rumbo en relación con el tratamiento de la nulidad, tanto a nivel general como en el particular, sobre el ámbito del Derecho urbanístico. Muestra de ello fue el *XII Congreso de la Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo* celebrado en la ciudad de La Laguna en febrero de 2017, que se dedicó monográficamente al tema de la nulidad, que refleja muy bien el *status questionis*, en una materia en la que no dejan de seguir apareciendo nuevas aportaciones, fruto de la importancia e interés que suscita la cuestión<sup>4</sup>.

Para poner freno a esta especie de estado general de anulación del planeamiento, hubo ya un intento de reforma legal auspiciado por el anterior Ministerio de Fomento, que se quedó en la mera presentación del anteproyecto ante la prensa. Esta reforma pretendía modificar determinados aspectos de la legislación estatal del suelo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, el cambio de Gobierno ha dejado en suspenso la reclamada reforma, puesto que parece ser que una rectificación interpretativa *per se* no sería suficiente para dar un giro a la situación. Aunque no se sepan cuáles van a ser las medidas concretas que pudieran adoptarse, de lo que no cabe duda es que, en algún momento, se deberá abordar la rectificación del modelo actual. Se podría decir aquí también aquello de *certus an, incertus quando*.

## 2. RADIOGRAFÍA Y PATOLOGÍAS DE UN SISTEMA FORMALISTA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

A través de la jurisprudencia se han ido conociendo la gran cantidad de planes y actos administrativos de contenido urbanístico que han sido anulados en nuestro país. No existen estadísticas ni cifras ciertas, pero de ella se desprende sin grandes esfuerzos que es un problema general sin resolver. La idea central que domina todo es que los planes son normas de naturaleza reglamentaria y la sanción de nulidad, cualquiera que sea el vicio alegado, es siempre en grado máximo, es decir, nulidad absoluta o de pleno derecho. A este planteamiento se asocian toda una serie de consecuencias, que se irradian tanto sobre otros planes (los planes de desarrollo o derivados), como sobre los actos administrativos que han aplicado los planes anulados, que también estarían afectados por aquella nulidad; también sobre las posibilidades de actuación futuras una vez que aquella nulidad ha sido declarada judicialmente, de modo que no se entienda que las actuaciones adoptadas con posterioridad a dicho pronunciamiento judicial se hacen con la finalidad de defraudar o eludir el cumplimiento de la sentencia. Esta sería la idea elemental o básica de dicha construcción, pero existen una serie de singularidades que, de forma sintética cabe si quiera exponer, con la finalidad de tener una mejor comprensión del fenómeno.

<sup>4</sup> LÓPEZ RAMÓN, F., VILLAR ROJAS, F. J. (coord.) (2017): *La invalidez..., op. cit.*; GARCÍA LUENGO, J. (2017): *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015*, Iustel, que completa la gran aportación de este autor en materia de nulidad; SORIA MARTÍNEZ, G., BASSOLS COMA, M. (2017): *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, haciendo referencia también a los efectos registrales, civiles, fiscales o penales que puede provocar aquella; FERNÁNDEZ, T. R. (2017): "El contencioso urbanístico y su necesaria reforma", en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, págs. 137-162, retomando otro trabajo anterior en el que, apoyándose en la experiencia francesa, aporta mucha luz sobre la forma de abordar el problema, alejado de dogmatismos; LÓPEZ RAMÓN, F. (2018): "La calificación de los vicios de los reglamentos", en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, págs. 13-48, en la que el autor aboga por la posibilidad de utilizar también la técnica de la anulabilidad, justificando que la interpretación actual no deriva de una correcta lectura y evolución de su tratamiento; AGUDO GONZÁLEZ, J. (coord.) (2018): *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Barcelona: Bosch editor, que contiene varios trabajos muy actuales e interesantes, de los que se dará cuenta en su lugar.

a) Los planes (urbanísticos o territoriales) son normas de naturaleza reglamentaria. Esto es una idea ampliamente asentada, legal, doctrinalmente y jurisprudencialmente<sup>5</sup>. La sanción de nulidad, en cuanto tales, es siempre en grado máximo, es decir, nulidad absoluta o de pleno derecho. Esa nulidad puede ponerse de manifiesto tanto en impugnación directa como indirecta, teniendo en cuenta, a su vez, la existencia de acción pública en materia urbanística, lo que abre más las posibilidades impugnatorias<sup>6</sup>.

b) En principio, cualquier vulneración de la normativa determinaría aquella sanción de nulidad. En unos casos puede ser la infracción de otros planes superiores (jerarquía normativa entre planes); en otros los defectos formales, entre los que ocupan un papel destacado la omisión de informes sectoriales de todo tipo, preceptivos y vinculantes; las exigencias de evaluación ambiental, la falta de motivación en la memoria, problemas con la participación pública, incluso, la falta de publicación de la normativa, entre otras. Lo importante es que cualquiera de los requerimientos que se esgriman, acarrearían aquella nulidad<sup>7</sup>.

c) Si la nulidad afecta a un plan superior, también quedan viciados de nulidad todos los planes de desarrollo o derivados que se han aprobado para partes más pequeñas. De esta manera, si se anula el planeamiento general, ineludiblemente ello afectará a los planes parciales, especiales o estudios de detalle que se hubieran aprobado.

d) Igualmente si los planes son anulados, todos los actos administrativos que lo hubieran aplicado pierden su correspondiente cobertura normativa y son, igualmente, nulos<sup>8</sup>. De este modo, si el plan parcial es anulado, también esa nulidad afectará al proyecto de urbanización, al instrumento de equidistribución (p. ej. reparcelación o proyecto de compensación), a la licencia de edificación o al correspondiente convenio urbanístico, por citar algunos actos urbanísticos característicos (nulidad en cascada o actos encadenados).

e) Asimismo, al anularse un plan no sería posible aplicar las técnicas de subsanación o convalidación (puesto que ello sólo se aplica a actos administrativos anulables)<sup>9</sup>. Igualmente, tampoco sería posible con-

<sup>5</sup> La naturaleza reglamentaria al inicio fue una cuestión controvertida. Curiosamente, hoy vuelve a revivirse cierta polémica en relación a este tema, al menos para reconsiderar que la totalidad del plan tenga aquel carácter. Dentro de las diferentes manifestaciones doctrinales defendieron la naturaleza reglamentaria, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L. (1979): *Lecciones de Derecho urbanístico*. I, Madrid: Civitas, págs. 163-172, sin perjuicio de la matizaciones que los propios autores han expresado con posterioridad respecto de la singularidad del plan, tal y como se tendrá oportunidad de exponer en el correspondiente lugar; TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (1996): *El control del planeamiento urbanístico*, Madrid: Civitas, págs. 33-89; MUÑOZ MACHADO, S., LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2009): *El planeamiento urbanístico*, Madrid: Iustel, págs. 61-66; PARDO ÁLVAREZ, M. (2005): *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Madrid: Marcial Pons, págs. 293-329; MARTÍN REBOLLO, L. (2009): "El planeamiento municipal: perspectiva general", en *Fundamentos de Derecho urbanístico*. I, Madrid: Aranzadi-Thomson Reuters, págs. 250-251. Sobre la evolución de la doctrina y jurisprudencia en esta materia, así como formulando propuestas de mejora del modelo, ha vuelto recientemente BASSOLS COMA, M. (2017): "La asimilación de los planes de urbanismo a normas reglamentarias y problemática jurídica de su anulación", en SORIA MARTÍNEZ, Gabriel, BASSOLS COMA, Martín (coords.): *Los efectos de la nulidad...*, op. cit., 27-102. Todo ello sin perjuicio de aquellas propuestas actuales de reconsideración o restricción de la naturaleza reglamentaria del plan que se indican más adelante.

<sup>6</sup> Sobre la nulidad de las normas reglamentarias GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R. (2015): *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17.ª ed., Madrid: Civitas-Thomson Reuters, págs. 247-261; DOMÉNECH PASCUAL, G. (2002): *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (2002): *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Barcelona: Ateller; MUÑOZ MACHADO, S. (2006): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*. II, Madrid: Iustel, págs. 1.147-1.168; 1.299-1.317; AGOÚES MENDIZÁBAL, Carmen (2014): "Los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100 Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo, págs. 65-85; ídem, (2017): "La modulacion de los efectos de la invalidez de los reglamentos", en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, VILLAR ROJAS, Francisco J. (coords.): *El alcance de la invalidez...*, op. cit., págs. 361-410.

<sup>7</sup> Una recopilación de los diversos vicios apreciados por la jurisprudencia en ORTEGA MORILLO, G. (2018): *La nulidad del planeamiento...*, op. cit., con cuadros estadísticos de la jurisprudencia analizada; igualmente, RAMOS MEDRANO, J. A. (2015): "Los 10 errores más básicos y frecuentes en el urbanismo español", en *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 52; el mismo autor sobre otros vicios puntuales: (2017) "Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no justificar la disponibilidad de evaluación ambiental", *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 73; ídem (2017) "Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no justificar la disponibilidad de recursos hídricos", en la misma revista, núm. 67, en ambos casos con anexos sobre las sentencias citadas. En relación con este último informe, también, SUAY RINCÓN, J. (2015): "Planeamiento urbanístico y recursos hídricos. Condicionantes formales y materiales", en *Planificación y ordenamiento jurídico de los recursos hídricos, Colección Derecho de Aguas 4*, Fundación Agbar-Consejo General del Poder Judicial, págs. 21-100.

<sup>8</sup> GIFREU FONT, J. desarrolla, a la vista de la jurisprudencia, diversos supuestos de nulidad de los actos de aplicación cuando se anulan los planes que le sirven de cobertura (2017): "Los efectos jurídicos de la anulación del planeamiento urbanístico sobre los actos singulares de aplicación. Especial referencia a los instrumentos de ejecución y títulos administrativos habilitantes dictados a su amparo", en SORIA MARTÍNEZ, Gabriel, BASSOLS COMA, Martín (coords.): *Los efectos de la nulidad...*, op. cit., págs. 145-228.

<sup>9</sup> Una muestra de la amplia jurisprudencia sobre este extremo, resaltando que no cabe la anulabilidad del reglamento y, en consecuencia, las técnicas de conservación de actos y trámites, entre otras, SSTs de 27 de noviembre de 2015 (roj: 4971/2015), 6 de mayo de 2015 (roj: 2037/2015), 2 de mayo de 2015 (roj: 2090/2015) o 18 de octubre de 2013 (roj: 5113/2013). Especialmente críticos con

servar los actos o trámites que se hubieran realizado, puesto que según esa jurisprudencia dicha técnica sólo está prevista para los actos administrativos, pero no para los reglamentos, naturaleza que tienen los planes.

f) En el caso particular de la falta de publicación del plan, se ha diferenciado dos situaciones. De una parte, si dicha publicidad afecta al instrumento general (por ejemplo el plan general de ordenación), ello determina la ineficacia del plan y no su nulidad. De otra parte, están aquellos planes de desarrollo o derivados que han sido aprobados sobre la base de un planeamiento general no publicado. En este último supuesto, los mismos serían nulos de pleno derecho por infracción del principio de jerarquía normativa<sup>10</sup>.

g) Cuando se anula el plan se produce la reviviscencia del planeamiento anterior al anulado. Es decir, la cláusula derogatoria del plan anulado no desplegaría efectos, volviendo a recuperar su vigencia el planeamiento precedente<sup>11</sup>.

h) Existen especiales cautelas para evitar que las medidas adoptadas con posterioridad a la sentencia anulatoria del plan, impliquen un falseamiento o incumplimiento del fallo, lo que determinaría la nulidad absoluta de dicha actuación por aplicación del artículo 103.4 LJ. Ello impide que exista un especial deber de motivación cuando se aprueba un planeamiento posterior para justificar que su función no es exclusivamente legalizar o convalidar lo declarado nulo, exigiéndose que la modificación del planeamiento tenga una cobertura más amplia o responde a otros intereses públicos diferentes a los exclusivos del plan anulado<sup>12</sup>.

No obstante esta configuración, también de la jurisprudencia utiliza dos importantes límites a la declaración de nulidad:

- Se admite que si es posible encontrar otro fundamento jurídico después de la nulidad (p. ej. otro plan o una normativa que dé cobertura a tales actos), se considerarán válidos los planes o actos aplicados. La nulidad no les afectará, puesto que pueden justificar su existencia en otro fundamento<sup>13</sup>.
- Se protegen los actos firmes que se hubieran consolidado con anterioridad a la declaración de la sentencia anulatoria del plan, por aplicación del artículo 73 LJ (antes art. 120 LPA). Es decir, que la nulidad del planeamiento no implica o acarrea por sí misma la de los actos urbanísticos firmes que la hubieran aplicado antes de aquella declaración de nulidad. Sobre este límite se volverá más adelante.

A raíz de la doctrina expuesta, más allá de algún matiz puntual en algún caso concreto, los Tribunales vienen anulando los planes urbanísticos y territoriales, así como los actos administrativos que lo han apli-

---

este planteamiento, rechazándolo, SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014): "Muerte y transfiguración de las desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos", en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, pág. 215 y FERNÁNDEZ, T. R. (2017): *op. cit.*, págs. 153-154, en relación con el plan general de Madrid.

<sup>10</sup> Por todas, STS de 16 de noviembre de 2009 (roj: 7061/2009).

<sup>11</sup> Explicó este efecto, por ejemplo, TORNOS MÁS, J. al hilo del comentario de una sentencia que anuló un Decreto legislativo: «Dicha nulidad afecta también a la derogación contenida en esta norma y, en consecuencia, renace el texto derogado, ya que en verdad no fue derogado, no perdió nunca su vigencia. Y ello es lógico y coherente con el argumento anterior: como la nulidad no aporta nada nuevo, a diferencia de la derogación, debe renacer el texto anterior al desaparecer el que dispuso su derogación» (1982), "De nuevo sobre el control de los Decretos legislativos: la declaración de nulidad, por vicios de carácter procedimental, del Decreto de 20 de diciembre de 1974, en materia de disciplina de mercado", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 32, pág. 894, de ahí que los actos puedan encontrar cobertura en la norma derogada; también sobre el tema DOMÉNECH PASCUAL, G. (2002): *La invalidez...*, *op. cit.*, pág. 292 y ss. En el Derecho francés se ha limitado este efecto cuando se acredite motivadamente que han existido cambios de hecho y de derecho, se entiende que por el efecto contradictorio que produce, lo que permite la aplicación directa de las disposiciones del Código del urbanismo (SAVARIT-BOURGEOIS, I. (2014): *Droit de l'Urbanisme*, Gualiano, pág. 281). Es decir que entre aplicar una normativa totalmente desfasada se opta por aplicar directamente el marco legal y no el plan derogado que recobra su vigencia. De este modo se evitan las antinomias realidad-plan derogado. Un resumen de su aplicación en el Derecho francés, con respaldo normativo expreso, en AUBY, J. B., PÉRINET-MARQUET, H., NOGUELLOU, R. (2012): *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9.ª ed., Paris: Montchrestien, págs. 147-150.

<sup>12</sup> Existe una amplia bibliografía sobre el tema de la ejecución de sentencias, para el ámbito urbanístico pueden destacarse GEIS I CARRERAS, Gemma (2013): *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, 2.ª ed., Barcelona: Ateller; y recientemente, AGUDO GONZÁLEZ, J. (coords.), *op. cit.*

<sup>13</sup> Así lo recoge la jurisprudencia, tal y como lo expresan, por ejemplo, las SSTS de 15 de junio de 1987 (RJ 1987/6126); 25 de marzo de 1991 (RJ 1991/2018); 12 de julio de 1991 (RJ 5594); 20 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10705); 31 de marzo de 2003 (RJ 2003/2868). La idea había sido propuesta doctrinalmente por GÓMEZ-FERRER MORANT, R. que señalaba que frente a la anulación de la disposición de carácter general «habrá que precisar si estos actos incurrir en un vicio determinante de nulidad o de anulabilidad o, incluso si son plenamente válidos» (1977): "Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 14, pág. 398 y es defendida también por BELADÍEZ ROJO, M. (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, pág. 334; o CANO CAMPOS, T. (2004), *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Madrid: Thomson-Civitas, pág. 272.

cado. La excepción es que encuentren otra cobertura en el ordenamiento jurídico en un sentido amplio, así como la protección de los actos firmes que sobreviven a aquella anulación.

### 3. LA SENDA DE FLEXIBILIZACIÓN EMPRENDIDA POR OTROS PAISES

La anulación de los planes como problema que afecta a la seguridad del tráfico jurídico, no es exclusivo de nuestro país. Otros sistemas que nos han servido de modelo en otras ocasiones, como Alemania, Francia o Italia, también han tenido que afrontarlo, aportando soluciones tendentes a proporcionar una mayor certidumbre jurídica en el planeamiento frente a las posibles impugnaciones<sup>14</sup>. En términos generales, puede decirse que las soluciones aportadas por el Derecho comparado restringen las posibilidades de declarar la nulidad. Ello se ha realizado incorporando diversas medidas, algunas de ellas aportaciones jurisprudenciales, otras han venido de cambios normativos. En esencia, tales modificaciones se basan en una serie de ideas, tales como la preservación del plan por la seguridad que aporta, la restricción de los motivos de impugnación, la reducción de plazos impugnatorios, la posibilidad de subsanación de defectos o el apoderamiento al juez para que supervise el proceso de reconstrucción del plan en vía judicial, otorgando un plazo adecuado a la Administración para que afronte esta tarea, con una posición más activa; todo ello con las correspondientes singularidades y modos en los que cada uno de esos sistemas han consolidado tales situaciones. En cualquier caso, la situación es muy diferente a la española, puesto que tales sistemas tienden a conservar y proteger los planes impugnados. Ello ha pasado por flexibilizar el tratamiento impugnatorio de los requisitos formales exigidos a los planes, salvo algunas excepciones expresamente recogidas en la normativa.

La doctrina española conoce y ha dado cuenta de las diferentes soluciones que podrían servirnos de inspiración, al menos en la idea fundamental: el plan tiene unos valores que, incluso aunque tenga vicios formales, deben ser objeto de protección tomando las medidas necesarias para subsanarlos y corregir los defectos de que adolezcan, todo incluso en sede judicial. En muchos casos, los cambios no veían motivados porque se tratara de una cuestión cuantitativa, sino porque se consideraba necesario reforzar la seguridad jurídica, viendo la nulidad como algo insostenible para un sistema jurídico-económico.

En el caso de Alemania el sistema consagró tempranamente el denominado principio de conservación de los planes urbanísticos (DOMÉNECH PASCUAL), que protege la seguridad jurídica otorgada por el mismo frente a los vicios de forma, procedimentales o de ponderación (contenido) que aquellos planes puedan contener<sup>15</sup>. PAREJO ALFONSO ha realizado una síntesis de las consecuencias que derivan de este principio<sup>16</sup>. Por lo que aquí importa, lo relevante en el caso de vicios de procedimiento o formales, así como en los relativos a la ponderación, es determinar en qué medida han tenido aquellos una influencia determinante en el resultado del procedimiento o de la ponderación (es decir, una perspectiva sustantiva). En cualquier caso, es posible llevar a cabo la subsanación de las infracciones, incluso con carácter retroactivo. Además, si transcurre un año desde la publicación del plan, cualquier vicio resulta irrelevante a efectos invalidantes.

En una línea similar se expresa el Derecho francés, de cuya evolución ha dado muy buena cuenta T. R. FERNÁNDEZ, que realiza una valoración muy favorable de los cambios introducidos en el país vecino<sup>17</sup>. A

<sup>14</sup> Sin perjuicio de otras referencias concretas, una valoración global de algunas reformas en BASSOLS COMA, M. (2007): "Panorama del Derecho urbanístico comparado", en *Serie Claves del Gobierno Local*, núm. 5, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 11-25; ídem (2017), *op. cit.*, págs. 86-91, con referencias al Derecho alemán y francés.

<sup>15</sup> En esencia en los artículos 214 y 215 del Código de urbanismo. DOMÉNECH PASCUAL, G. (2002), *op. cit.*, págs. 140-178. Se hace eco de este planteamiento MUÑOZ MACHADO, S. (2006): *op. cit.*, págs. 1.158-1.167. Una visión global sobre el Derecho urbanístico alemán en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.<sup>a</sup> (1998): "Líneas básicas de la legislación urbanística de la República Federal de Alemania", en *Revista de Derecho urbanístico y medioambiente*, núm. 163, págs. 29-62; PAREJO ALFONSO, L. (2013): "La ordenación urbanística en Alemania", Parte I y parte II, en la *Revista de Derecho urbanístico y medioambiente*, números 281 (págs. 13-82) y 282 (págs. 13-77), respectivamente; ídem (2017): "El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificada de su naturaleza", en *Práctica urbanística*, núm. 141, págs. 9-13, en las que simplifica el modelo alemán en relación con el principio de conservación de planes. También, sobre la relativización de los requisitos o vicios formales, SCHMIDT-ABMANN, Eberhard (2011): «L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino», en *Diritto Amministrativo*, núm. 3, págs. 471-497.

<sup>16</sup> PAREJO ALFONSO, L. (2013): *Parte II, op. cit.*, págs. 75-77.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ, T. R. (2013): "Proceso contencioso-administrativo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español", en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 29, págs. 77-95 y (2017): *op. cit.*, págs. 137-162. En este segundo artículo, al hilo de las novedades del sistema francés, el prestigioso profesor realiza una crítica demoledora de la aplicación de la doctrina de la nulidad absoluta que hace la jurisprudencia de nuestro país en relación con el planeamiento. Su lectura es altamente recomendable para comprender la diferencia entre la teoría de la nulidad y lo que debe ser su aplicación, sin que ello suponga una desvalorización

través de sucesivas reformas en las normas del contencioso-urbanístico, los aspectos a destacar afectan, entre otros a<sup>18</sup>: a) relativización de los vicios formales o de procedimiento; b) ampliación de los poderes del juez; c) posibilidad de subsanación de los vicios, incluso en vía judicial otorgándose un plazo a la Administración para ello; d) limitación temporal y restricciones de legitimación para recurrir el planeamiento; e) posibilidad de acotar la nulidad a ciertas partes cuando el vicio afecte notablemente a un plan.

Otro dato importante de esta evolución, incluso previa a dichos cambios legales, ha venido de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, rompiendo la idea clásica de que la nulidad del reglamento (plan) acarrea ineludiblemente la nulidad de los actos administrativos que lo han aplicado (p. ej. el permiso para construir)<sup>19</sup>. El conocido como dictamen *GREPO* de 12 de diciembre de 1986 (núm. 54.701) dispuso que las autorizaciones de urbanismo no constituyen medidas de aplicación del plan considerado, de suerte que la autorización es autónoma en su relación con el plan. De este modo, el citado Consejo abandona el criterio del carácter indisoluble entre plan y acto administrativo (confirmado en el Dictamen de 7 de febrero de 2008). Con ello, se afirma que ya no es posible solicitar la nulidad de un permiso de construcción basándose únicamente en que el plan que lo aplicó es ilegal<sup>20</sup>. Todo este planteamiento difiere sustancialmente de la denominada nulidad en cascada o encadenada que se puede leer en alguna sentencia en nuestro país. Además, este proceso de adaptación del Derecho francés, en orden a garantizar una mayor seguridad jurídica, continúa en la actualidad, con nuevos grupos de trabajos específicos para incorporar los cambios necesarios en el contencioso del urbanismo. Todo ello con vistas a seguir reforzando la seguridad jurídica de los planes y actos administrativos en el ámbito del urbanismo. El proceso sigue abierto y en permanente ajuste, a la vista de las iniciativas que se siguen sucediendo<sup>21</sup>.

---

de la misma, sino su correcta aplicación teniendo en cuenta otros factores jurídicos que amortiguan sus efectos, en la línea con lo que se defiende. También, FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2013): "Renovación del derecho urbanístico en Francia y obligación de apertura de un proceso de debate y reflexión en España", en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 29, págs. 9-11. Un planteamiento de conjunto sobre el Derecho urbanístico francés, también en PAREJO ALFONSO, L. (2015): "Derecho urbanístico francés, Parte I y Parte II", en *Revista de Derecho urbanístico y medioambiente*, números 301 (págs. 17-76) y 302 (págs. 17-69), respectivamente.

<sup>18</sup> En esencia en los artículos L600-1 a L600-13 del Código de urbanismo, disposiciones relativas al contencioso del urbanismo. Debe señalarse que el proceso de cambio del contencioso del urbanismo francés no ha parado en las últimas décadas. Cada reforma introducida en el mismo se ha basado en un comité de trabajo previo con amplia participación, a raíz de los cuales se han adoptado las medidas necesarias para introducir los cambios oportunos al objeto de reforzar la seguridad jurídica. Se entiende que ese proceso se inicia con la Ley núm. 94-122 de 9 de febrero sobre diversas disposiciones en materia de urbanismo y construcción (conocida como *Ley Bosson*). Esta Ley se tomó sobre la base de las propuestas formuladas por el Consejo de Estado francés en su informe *El urbanismo: por un derecho más eficaz* del año 1992. Dicha Ley otorgó una mayor seguridad a los documentos de los planes y limita las consecuencias de su ilegalidad sobre los permisos individuales de construir. Continuó con la Ley núm. 2000/1208 de 13 de diciembre sobre solidaridad y renovación urbana (*Ley SRU*). Esta Ley derogó el principio de «economía de los motivos» obligando al juez a pronunciarse sobre el conjunto de los motivos alegados, de modo que se eviten en relación con una misma solicitud nuevos recursos judiciales (frente al planteamiento de que se estime un motivo impugnatorio y no se entra al fondo del resto). En 2006 se aprobó la ley núm. 2006/872 de 13 de julio sobre Compromiso Nacional para la Vivienda (*Ley ENL*), que restringe el derecho de acción de las asociaciones y permite al juez anular parcialmente un permiso de construir. En esta ocasión las reformas se adoptaron sobre la base del Informe *Proposición para una mejor seguridad jurídica de las autorizaciones de urbanismo*, presentado por el grupo de trabajo presidido por Philippe PELLETIER (enero de 2015).

El proceso de cambio continúa con las reformas del año 2013 y siguientes, de lo que da cuenta T. R. FERNÁNDEZ. En esta ocasión, la base de las reformas están en el Informe Labetoulle de 2013 (Construcción y derecho a los recursos: por un mejor equilibrio) que cuajó en las reformas legales de la Ordenanza 2013/638, de 18 de julio, completada con el Decreto 2013/879. Así como la Ley denominada ALUR, de 24 de marzo de 2014, para el acceso a la vivienda y un urbanismo renovado y la Ley 2015/990, de 6 de agosto, para el crecimiento, la actividad y la igualdad de las oportunidades económicas (conocida como *Ley Macron*). Se completa esta evolución, hasta el momento, con la Ley núm. 2017/86 de 27 de enero relativa a la Igualdad y la Ciudadanía que introduce un principio de caducidad en las reclamaciones cuando no se aporten en 3 meses los documentos necesarios para juzgar el caso (p. ej. estatutos de la asociación reclamante, título de propiedad de un vecino, etc.).

Una evolución sobre las disposiciones del contencioso del urbanismo francés en BOUYA, D. (2017): *Le plan local d'urbanisme à l'épreuve de la hiérarchie des normes*, Thèse de doctorat de L'Université de Lyon, págs. 319 y ss., accesible en abierto. También, el Estudio de la Agencia de Urbanismo AURAV, *Les contentieux de l'urbanisme: un frein à la production de logements?*, abril de 2017, especialmente págs. 12-16.

<sup>19</sup> Así lo expone SAVARIT-BOURGEOIS, I. (2014), *op. cit.*, págs. 279-280.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Así lo atestigua, por ejemplo, la *Proposición para un contencioso de las autorizaciones del urbanismo más rápido y eficaz*, realizada por el grupo de trabajo presidida por la Consejera de Estado Christine MAUGÜÉ, por encargo de agosto de 2017 del Ministro de Cohesión territorial. Las propuestas de modificación del Código del urbanismo se centran en cuatro direcciones: a) la reducción en el retraso de los recursos en materia urbanística; b) la consolidación de las autorizaciones existentes; c) incremento de la seguridad jurídica de las construcciones terminadas; d) la mejora de las sanciones contra los recursos abusivos. También, el proyecto de Ley sobre evolución de la vivienda, el desarrollo y el digital que, previsiblemente, se apruebe este mismo año, y que al hilo de la promoción

En Italia la flexibilidad del sistema no se ha producido de igual forma a lo acaecido en Alemania o Francia. No existe una reforma de la legislación urbanística en la que fundar ese cambio. Lo que sí puede encontrarse son elementos que han ido incorporándose en la legislación administrativa general tendentes a reforzar la seguridad jurídica, por influencia alemana sobre la doctrina del resultado y relativización de los vicios formales<sup>22</sup>. Es previsible que estos cambios se proyecten sobre el ámbito urbanístico, lo que se suma a elementos flexibles que existen en el propio Derecho urbanístico. El resultado, en cualquier caso, es que existen elementos que caminan en la misma dirección de relativizar los vicios formales o procedimentales, de limitar la impugnación para proteger la seguridad jurídica y de ampliar los poderes del juez contencioso, incluso en este último caso sin que se haya realizado una modificación de su legislación procesal, sino como algo consustancial a la tutela judicial que debe proporcionarse.

Un ejemplo de lo que se desea resaltar es la conocida como excepción de área urbanizada: si se establece en un plan superior la necesidad de aprobar un plan de desarrollo y se aprecia que la zona ya se encuentra urbanizada, aunque no se hubiera aprobado aquel plan de desarrollo, el propietario tiene derecho a que se le conceda la licencia. Ello sin necesidad de exigir la aprobación de aquel plan previo, cuya previsión se tiene por no puesta. En este supuesto, se reconoce la fuerza fáctica de la situación y, como ya está urbanizado, la licencia es posible obtenerla<sup>23</sup>. En nuestro país, la licencia sería nula porque el plan superior ordena que exista un plan de desarrollo (cuestión formal), aunque este no haga falta porque ya la zona está urbanizada.

La reforma de la legislación administrativa, recoge la idea de la importancia del vicio respecto del resultado final, de modo que, si la decisión final no cambia no se invalida la actuación, planteamiento del que el urbanismo no está excluido. Es decir, el Derecho urbanístico, los planes y actos administrativos que se desenvuelven en él, no están exentos de la evolución general que atraviesa la legislación administrativa italiana.

En definitiva, la legislación de algunos países que nos han servido de inspiración o modelo para constatar otras soluciones jurídicas que se alejan de concepciones formalistas en general sobre los vicios procedimentales o formales. Ello tiene una clara repercusión sobre el urbanismo, limitando las consecuencias anulatorias de los planes y protegiendo tanto el propio plan como los actos administrativos que lo aplican. Todo ello con las excepciones o matizaciones que correspondan, pero lo que no existe es una tendencia general a la anulación de los planes o de los actos urbanísticos cuando aquellos planes son anulados. Esa vía parece haberse cerrado en aras a la protección de los valores e intereses presentes en la planificación y la necesaria tutela de los derechos de los ciudadanos y promotores respecto de los actos administrativos que hayan aplicado aquellos planes, pese a las deficiencias formales o procedimentales en las que pudieran incurrir los mismos.

#### 4. LOS ACTOS FIRMES NO SE TOCAN. LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO

Frente a la diversidad de mecanismos existentes en el Derecho comparado para frenar los efectos de la nulidad de los planes, en nuestro país uno de los pocos límites reconocidos es el de respetar los actos firmes, según quedó apuntado. Es un principio o regla general consagrada por la legislación procesal y que ha sido aplicado ampliamente. Lo recoge el conocido artículo 73 LJ (anterior 120 LPA) al disponer que *«las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente»*.

Gracias a este amortiguador se han podido contener los efectos anulatorios de los planes en relación con los múltiples actos administrativos que lo han aplicado a lo largo de su vigencia. En principio, la nulidad del

---

y desarrollo de la vivienda, introduce diversas medidas de simplificación y refortalecimiento de la seguridad jurídica en el ámbito urbanístico, según los objetivos ya señalados.

<sup>22</sup> Cuenta este fenómeno BUONFINO, Alberto (2014): "La disciplina della nullità provvedimento nel sistema amministrativo tedesco: spunti per un'analisi di Diritto comparato", en *Diritto Amministrativo*, núm. 4, págs. 777-805; en la misma línea, LACAVA, Filippo (2015): *Principio di legalità dell'azione amministrativa ed esigenze di risultato*, Roma: Aracne Editrice, 456 págs., en la que se desarrolla la idea de la importancia de la consecución del resultado frente a posibles infracciones o vicios formales.

<sup>23</sup> Dan cuenta de esta excepción, MENGOLI, Gian Carlo (2014): *Manuale di Diritto urbanistico*, 7.ª ed., Milano: Giuffrè Editore, pág. 207; GIOVAGNOLI, Roberto, MORELI, Sabrina (2014): *Urbanistica e governo del territorio. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano: Giuffrè Editore, pág. 122.

plan se proyecta sobre todos los actos que lo han aplicado, de manera que se podría justificar la nulidad del acto de aplicación (la licencia por ejemplo) en razón de que la norma (el plan) en el que sustentaba ya no existe en términos jurídicos por efecto de la nulidad absoluta. Ciertamente, este límite que protege la seguridad jurídica y modula los efectos de la declaración de nulidad del plan (reglamento) sobre los actos aplicativos, tiene un factor o elemento un tanto aleatorio, dependiendo de si ha sido impugnado o no el acto. De modo que, sobre la base de el mismo plan anulado y por razón de si fueron o no impugnados, unos actos pudieran ser anulados y desaparecer –los que fueron recurridos en plazo– y otros se conservarían, a pesar de quedar en principios viciados también con aquella nulidad. Sin embargo, la jurisprudencia, en este caso, ha valorado más la importancia de expulsar la norma ilegal del ordenamiento, que su afección concreta sobre los actos administrativos que la hubieran aplicado (por ejemplo, STS de 17 de junio de 2009, Roj: 5036/2009)<sup>24</sup>.

A título de ejemplo, podría recordarse que si se anulara un plan parcial y se hubieran aprobado todos los actos de ejecución del mismo, como la aprobación de los estatutos o bases de actuación de un sistema de compensación, el proyecto de urbanización o el proyecto de compensación, aquella nulidad no se proyecta automáticamente sobre tales actos que, de no haber sido impugnados y devenidos firmes, seguirían desplegando sus efectos a pesar de la nulidad del plan que da cobertura a tales actuaciones<sup>25</sup>. La jurisprudencia puede ofrecernos otros tantos casos singulares en los que se aprecia dicho límite, pero la idea en cualquier caso es que se protege el acto firme a pesar de la nulidad del plan que le da cobertura.

Frente a esta situación, otra cuestión que surge es si fuera posible instar una revisión de oficio de tal acto. A pesar de que técnicamente se pudiera iniciar tal procedimiento (art. 106.1 LPC), en realidad esta vía presenta innumerables obstáculos tanto legales, en cuanto a la existencia de la multiplicidad de límites que concurren en el ejercicio de las facultades revisoras (prescripción de acciones, confianza legítima, el tiempo transcurrido, etc.), tal y como recoge el artículo 110 LPC<sup>26</sup>. También cabe apelar al sentido común, es decir, ¿cómo se va a revisar de oficio los actos administrativos dictados en el ámbito territorial de todo un plan parcial, no digamos si se trata de un plan general! Sería algo verdaderamente irreal.

La técnica de la revisión de oficio no está pensada para dejar sin efecto la pluralidad de actos en masa que se han producido durante la vigencia de un plan anulado, ni tampoco aporta una solución al problema de partida: aquellos actos se dictaron sobre la base de una norma aprobada por la Administración que posteriormente fue anulada.

En relación con esta cuestión, posiblemente habría que incorporar, tal y como han utilizado otros sistemas, un plazo máximo para instar la revisión de oficio frente a la imprescriptibilidad actual, al objeto de superar la incertidumbre que plantea también la cláusula «el tiempo transcurrido», todo ello a pesar de las modulaciones que la jurisprudencia ha incorporado en relación con ese límite. Sería más oportuno, por razones de seguridad jurídica, cerrar y concretar un plazo determinado, a tener que en cada caso que interpretar si se dan o no las condiciones de la Ley.

Complementariamente, una parte de la doctrina defiende la independencia tanto de los planes de desarrollo, como de los actos que lo aplican, respecto del plan superior anulado. De esta manera, aunque se anulara un plan general, por ejemplo, ello no debería acarrear la nulidad de los planes parciales o de las licencias, equidistribución o proyectos de urbanización que lo han aplicado. Es una solución similar a la propugnada por el Consejo de Estado francés al romper a la idea del carácter indisociable de los planes inferiores respecto de los planes superiores o de los actos en relación con los planes. De tal modo que, en este caso, se consideren como actos independientes al objeto de quedar protegidos frente a la declaración de nulidad del plan. En este caso, la denominada *reforma Madia* en Italia, ha ido en la línea de cerrar las amplias vías revisoras de la Administración. Para que prospere una revisión no basta apelar genéricamente al incumplimiento de la legalidad, sino que, además, debe existir un interés público, concreto y actual. Ello debe llevar a la Administración a realizar un juicio valorativo entre la utilidad de declarar la ilegalidad o la de mantener el acto pese a la existencia de un vicio. Asimismo, se limita temporalmente la acción al plazo

<sup>24</sup> Cabe recordar la explicación que ofrece M. REBOLLO PUIG (1998) al señalar que «nada justifica que ello entrañe automática y necesariamente la anulación o ineficacia de ningún acto o sentencia ni, menos aún, que ello pudiera conseguirse en fase de ejecución de sentencia que anuló el reglamento», en «Artículo 73», en REDA núm. 100, pág. 533.

<sup>25</sup> El ejemplo concreto analizado en las SSTS de 2 de junio de 2016 (RJ 2016/3123) y 19 de junio de 2013 (RJ 2013/5629). En la primera sentencia se pretendía, en la ejecución de la sentencia, extender los efectos de la sentencia anulatoria del plan sobre todos los actos que lo aplicaban que no fueron impugnados y devinieron firmes.

<sup>26</sup> Dentro de la bibliografía existente, una exposición de la aplicación jurisprudencial de esta técnica en CORDÓN MORENO, F. : (2013): *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

de dieciocho meses desde que se hubiera dictado el acto. Todo ello contrasta con la amplitud del plazo en nuestro sistema y la casuística de aplicar los límites a la revisión que pudieran concurrir. Se refuerza la seguridad jurídica, permitiendo un tiempo de reacción razonable, y no que quede la espada de Damocles indefinidamente sobre la ciudadanía<sup>27</sup>.

En definitiva, el acto firme debe seguir siendo un límite a la extensión de los efectos de la declaración de nulidad del plan. Sin embargo, en caso de una reforma normativa deberían cerrarse con mayor claridad las posibilidades de acudir a la revisión de oficio, tanto en su consideración como actos independientes, como limitando el plazo para instar la citada revisión<sup>28</sup>.

Junto a este límite es posible encontrar en nuestro sistema jurídico otros que podrían poner freno a los efectos anulatorios. Para ello es necesario realizar una interpretación de otros elementos que pueden extraerse de nuestro ordenamiento jurídico, pero cuya virtualidad no se ha extendido para limitar los efectos de la nulidad, aunque existan razones para ello. Son ideas, principios o referencias normativas que, pensadas para otras finalidades, no obstante, pueden ser utilizadas para limitar los efectos anulatorios de los planes. A ello se dedican los siguientes apartados.

## 5. CAMBIAR EL MODELO JERÁRQUICO Y ENTRELAZADO DE PLANES Y DE ACTOS RESPECTO DE LOS PLANES

El sistema de planeamiento se ha caracterizado por conformar una estructura jerárquica en la cual los planes inferiores se supeditan a los planes superiores. La infracción de los planes superiores determina la nulidad (jerarquía normativa entre planes). Pero, a su vez, este esquema genera, como sabemos, otras consecuencias: si cae el plan superior, el resto de planes que desarrollan o derivan de los anteriores, también son nulos al haber perdido la correspondiente cobertura normativa. Así lo ha explicado la jurisprudencia. Además, si el plan es anulado ello, en principio, también afecta a los actos que lo han aplicado, que no pueden existir: han perdido su cobertura normativa. Si cae el plan, caen los planes vinculados al mismo y todos los actos que lo hayan aplicado.

La jerarquía introduce numerosos motivos anulatorios, porque en la concepción del modelo todos están encadenados, entrelazados o dependientes unos de otros. Para reconducir la situación es fundamental romper con esta idea. Las críticas al sistema jerárquico y a la dependencia entre los diferentes planes no son nuevas; aunque ahora, posiblemente son más evidentes las disfunciones y anomalías que produce. Pero, ya lo ponía de manifiesto con clarividencia E. GARCÍA DE ENTERRÍA en el año 1998 al afirmar:

*«podría aprovecharse para imaginar un sistema de planificación menos rígido y absorbente que aún luce en la Ley del Suelo de 1976, que manifiesta en una cadena jerárquica de planes completamente rigurosa... ¡hasta cinco escalones, cada uno vinculado estrictamente a los precedentes y ordenados a su sola ejecución! El mito de un plan omnicompreensivo y agotador, de duración prolongada en el tiempo, además, está en quiebra rigurosa en todo el pensamiento social europeo; no hay razón para mantenerlo incólume en el único campo del urbanismo, donde produce rigideces, largos y onerosos procesos de ejecución, grave coste social, en definitiva. Acaso conviene pensar en la posibilidad de una ruptura de esa malla jerárquica, facilitando proceso de modificación o adaptación más flexibles»<sup>29</sup>.*

Si esa «malla jerárquica» introduce tal nivel de distorsión y favorece la nulidad artificial de tantos planes y actos administrativos urbanísticos (por su conexión con el plan superior cuya nulidad priva de cobertura

<sup>27</sup> Sobre esta importante reforma, TESSARO, T., PIOVESAN, S. (2015): *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore.

<sup>28</sup> En este sentido las críticas a la imprescriptibilidad sostenidas por SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016): "El «nuevo» régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos", en *RVAP* núm. 105, págs. 268-269.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1998): "El Derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 99, págs. 399. En esta misma línea SANTAMARÍA PASTOR ha escrito que «habría que preguntarse si dicha complejidad no se debe a la ambición faraónica que es intrínseca a los planes urbanísticos. La noción de plan aún vigente en España es producto de la mentalidad hiperracionalista rampante en la primera mitad del siglo XIX, que creía posible regular toda la dinámica inmobiliaria y de servicios de cualquier tipo de asentamiento urbano: una fantasía que la dura realidad cada día desmonta anticipadamente», SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014): *op. cit.*, pág. 211. También, esta crítica al principio de jerarquía entre los planes en Italia, STELLA RICHTER, P. (2016): *Diritto urbanistico*, 4.ª ed., Milano: Giuffrè Editore, págs. 12-13, que recoge ideas previas.

al resto), ese extremo es en donde deben incorporarse medidas que corrijan los excesos anulatorios por extensión (actos encadenados o normas encadenadas, podría añadirse). Lo cierto es que ya existen algunos ejemplos normativos que inciden en esta cuestión, desligándose de la relación de jerarquía. No se trata de un modelo cerrado o perfecto, pero cuenta con los suficientes datos que nos permiten constatar una tendencia de superación de dicho modelo tradicional. Algunas de esas manifestaciones, sin ánimo exhaustivo, se exponen a continuación.

a) *Generalización de los supuestos de relaciones de competencia entre planes, sin vinculación formal al instrumento superior (autonomía funcional)*: el ejemplo más conocido sobre el particular nos lo proporcionó la LPHE de 1985. En esta Ley el plan especial no es una manifestación jerárquica del plan general, no actúa como un «desarrollo» del mismo. Es más, se puede aprobar incluso aunque aquel planeamiento general no exista: «la obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa del planeamiento general» (señala el artículo 20.1 LPHE)<sup>30</sup>. Esta misma idea se ha extendido a otros supuestos, como es el caso de la planificación de las diferentes infraestructuras. Tampoco estos planes especiales están vinculados jerárquicamente al instrumento general<sup>31</sup>. A los efectos de la exposición, no es el caso concretamente regulado (si ésta u otra ley lo permite o lo prevé expresamente, es decir, la solución formal). Lo verdaderamente importante es que se admite que un instrumento clásico de desarrollo (un plan especial) puede subsistir autónomamente aunque no exista el planeamiento general, incluso, en contradicción con el mismo. Es más por razón de competencia, el instrumento de «desarrollo» puede ordenar todo ese espacio, mientras el otro instrumento general es incompetente. La solución ya está; de lo que se trata es de generalizarla y reconocer que la vinculación entre el instrumento general y el de desarrollo es más formal que sustantiva.

Esta idea, que rompe con la jerarquía normativa entre planes, y al margen de los casos particulares en los que el legislador lo reconoce, se ha generalizado a modo de principio en algún sistema de planeamiento autonómico (es competencia autonómica la regulación del planeamiento y la relación entre ellos). En tal sentido el artículo 9.3 de la Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias dispone: «la invalidez del plan jerárquicamente superior no afectará por sí sola a los planes de desarrollo o instrumentos de gestión que por razón de especialidad y autonomía en el modelo territorial y urbanístico mantengan una autonomía funcional respecto de aquel». En realidad lo que el precepto indica es que en las relaciones entre planes no se puede valorar únicamente el principio de jerarquía, como si se tratara del modelo de la Ley del Suelo de 1956. Al contrario, en línea con los avances legales y doctrinales existentes, su modelo de planeamiento es otro, en el que se da más protagonismo a cada plan en relación al planeamiento superior. Así, para valorar la nulidad de un plan en ese modelo, no se puede aplicar automáticamente la vinculación, sino que habrá que ponderar en qué medida ese plan sería igual aunque no existiera el plan superior. Ello verdaderamente es un cambio que posiblemente veamos convertido en regla general con los años.

b) *Posibilidad de modificación de contenidos del planeamiento superior por un instrumento inferior*: es una medida de menor intensidad que la primera, pero que cierra el paso también a algunas nulidades. Son varias las leyes que permiten que al menos la ordenación pormenorizada contenida en el planeamiento general se pueda modificar a través de los instrumentos inferiores (planes parciales o especiales). Es decir que la ordenación pormenorizada contenida en el instrumento general no se blindaba con la jerarquía de ese plan, pudiendo ser alterada por el instrumento inferior<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Esta idea ya fue desarrollada con anterioridad en otro trabajo, lo que me permite simplificar la exposición, para un mayor detalle GONZÁLEZ SANFIEL, A. (2016): *op. cit.*, págs. 911-924. A nivel normativo, la idea de aprobar el plan especial sin necesidad de plan general de ordenación urbana, por ejemplo, en el artículo 72.5 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura («podrán formularse también planes especiales...sin necesidad de existencia de Plan General Municipal»). Sobre la planificación de los conjuntos históricos, BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (2006): *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, Madrid: Iustel, *in totum*.

<sup>31</sup> Sobre planificación de diversas infraestructuras de uso colectivo *cf.* LÓPEZ RAMÓN, F., ESCARTÍN ESDUDÉ, V. (coords.) (2013): *Bienes públicos, urbanismo y medioambiente*, Madrid: Marcial Pons.

<sup>32</sup> Esta posibilidad se encuentra en un buen número de leyes autonómicas. Puede decirse que a medida que la legislación es más moderna, las posibilidades de modificación van siendo más amplias, frente a las limitaciones iniciales. A título de ejemplo, el artículo Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, apoderaba al plan especial para modificar las determinaciones contenidas en el plan general sobre el ámbito en el que se proyecta; por su parte, la legislación andaluza lo circunscribe a los aspectos de la ordenación pormenorizada «potestativa» contenida en el plan general (artículo 13.1b para los planes parciales y 14.3 para los especiales, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía). El artículo 67.2 de la Ley Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias, permite a los planes especiales, de manera excepcional, modificar las deter-

c) *Instrumentos «ad hoc» que se imponen al contenido de los planes*: dada la complejidad de desarrollar planeamientos generales o realizar sus modificaciones, las diferentes leyes urbanísticas han previstos instrumentos con denominaciones muy distintas cuya finalidad es dar cobertura a actuaciones concretas que pueden desplazar y superponerse al resto de instrumentos, tanto territoriales como urbanísticos, sin necesidad de modificar o adaptar estos últimos para que sean efectivos. Es decir, no quedan condicionados o limitados por la necesidad de adaptación de los instrumentos afectados. En el caso de mantenerse la doctrina general de la nulidad del planeamiento, parece ser que esta es la única salida que se deja frente al planeamiento global, integrador e imposible de que sobreviva con éxito a la vista de los resultados conseguidos<sup>33</sup>.

d) *Normas provisionales para evitar la reviviscencia de normas derogadas*: se están incorporando al ordenamiento urbanístico, ordenanzas municipales con el valor de planes (p. ej. para afrontar una ordenación menor en una parcela con objeto de facilitar obras de accesibilidad o la ocupación de bienes públicos locales con igual finalidad)<sup>34</sup>. Al margen de la finalidad específica de estas normas, podría valorarse la posibilidad de su utilización también para afrontar provisionalmente el tránsito entre la declaración de nulidad del plan y la elaboración del nuevo plan, todo ello bajo el control judicial correspondiente en ejecución de la sentencia. Una vía no utilizada pero que puede ser usada con la finalidad de no aplicar automáticamente la reviviscencia del planeamiento anterior al anulado, que puede introducir un efecto distorsionador superior.

e) *Romper el carácter indisociable plan-acto*: junto a tales medidas legales, otro tema, tal y como ha sido apuntado, es el de la desvinculación de los actos administrativos respecto de los planes que lo «aplican», en un sentido similar a lo que hizo la doctrina del Consejo de Estado francés. Aunque por el momento no existe ninguna disposición legal que lo reconozca, esta solución sí se ha valorado en el anteproyecto de reforma de la legislación del suelo y procesal que no fue finalmente aprobada. La solución en cualquier caso, tal y como se indicó, se ha mantenido en Francia por vía interpretativa y separándose de la concepción tradicional o clásica, sin que ello tenga un respaldo normativo expreso. En realidad, en el acto aplicativo existen otro tipo de consideraciones diferentes a los previstos en la norma que, con circunstancias e intereses distintos a los del plan (p. ej. un convenio urbanístico o una reparcelación cuyos términos no se encuentran en el plan). Esos diferentes intereses justifican que se evite proyectar automáticamente los efectos de la nulidad del plan anulado sobre los actos que aparecen en su proceso de ejecución<sup>35</sup>.

## 6. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL DE LOS REQUISITOS FORMALES

Uno de los mayores focos de nulidades de los planes se debe a la omisión en el procedimiento de alguno de los informes, preceptivos y en la mayoría de los casos vinculantes, que son necesarios a lo largo de la tramitación. Tanto el legislador estatal como los autonómicos establecen, en garantía de las respectivas competencias, la emanación de estos informes cuya omisión o contravención genera la consabida consecuencia anulatoria. Es más, algunas normas se preocupan en enfatizar la declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho cuando se omite alguno de los mismos. Esta circunstancia ha sido mayoritariamente rechazada por la doctrina, como algo que no puede seguir sosteniendo y que debe ser corregido.

---

minaciones del plan general. La Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco señala que «Las determinaciones de la ordenación urbanística pormenorizada tendrán el rango jerárquico propio del correspondiente planeamiento de desarrollo» (art. 58.2), de modo que, por ejemplo, «el plan especial de ordenación urbana podrá ser así mismo utilizado para modificar la ordenación pormenorizada del suelo urbano contenida en la documentación del plan general» (art. 70). En un sentido similar, los planes especiales de la legislación catalana pueden modificar los aspectos no fundamentales de la ordenación (art. 67.3 Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña). La legislación canaria permite a los planes parciales y especiales modificar las determinaciones de la ordenación pormenorizada contenida en el planeamiento general (art. 145.b para los planes parciales y art. 146.4 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales protegidos de Canarias).

<sup>33</sup> Sobre estos instrumentos y su configuración MENÉNDEZ REXACH, A. (2016): «Ordenación del territorio supramunicipal y urbanismo municipal: una distinción imposible a la vista de las actuaciones de interés regional», en *El derecho de la ciudad...*, op. cit., págs. 367-398., VILLAR ROJAS, F. J. (2018): «Los proyectos de interés público: «urbanismo de proyecto» versus «urbanismo de plan»», en *Estudios en homenaje al Profesor Luciano Parejo Alfonso*, págs. 2.897-2.920 (en prensa). Una manifestación más de este tipo de instrumentos que se superponen a la ordenación territorial y urbanística vigente y que no quedan condicionados por la necesidad de modificar los planes afectados, en la Ley 7/2018, de 2 de agosto, extremeña de grandes instalaciones de ocio (LEGIO).

<sup>34</sup> Sobre esta figura, VILLAR ROJAS, F. (2017): «La ordenanza municipal con efectos de plan: un instrumento alternativo de ordenación urbanística», en *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico. Libro Homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Andavira y Fundación Democracia y Administración Local, vol. IV, págs. 679-694.

<sup>35</sup> Sobre esta idea IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2018): «Propuestas de reformas normativas para evitar los actuales efectos de la nulidad del planeamiento urbanístico», en *Nulidad de planeamiento y ejecución...*, op. cit., págs. 254-262.

La situación es si cabe más grave en el ámbito urbanístico, puesto que si bien la jurisprudencia ha admitido la relativización de algunos defectos formales en el procedimiento en relación con la potestad reglamentaria general<sup>36</sup>, esa benevolencia no la ha extendido al enjuiciamiento de los planes territoriales y urbanísticos, en cuya análisis permanece un mayor rigor y exigencia de aquellos requisitos formales. Tal y como se sabe, existen diversas aportaciones doctrinales que expresan la necesidad de un cambio en referencia al tratamiento de los vicios formales, todos ellos tendentes a relativizar las consecuencias invalidantes de los mismos sobre las normas reglamentarias en general y, en particular, sobre el planeamiento<sup>37</sup>.

En realidad la consideración aislada del informe, el que sea, es un planteamiento «egoísta», puesto que el interés que tutela el informe se impone sobre el conjunto de intereses colectivos que están presentes en el plan y que después sirven de base para la creación de nuevos intereses y relaciones. Como los tribunales no son favorables a la suspensión de la eficacia del plan cuando estos se recurren, como ya se conoce, se permite la consolidación de diversas situaciones al amparo del plan impugnado y viciado de nulidad<sup>38</sup>. Al final, ese conjunto de intereses de muy diversa entidad, se ven frustrados porque tal o cual informe no fue emitido. Cuando se anula un plan por tal circunstancia, se desconoce qué importancia real y práctica tiene ese informe en el contenido del plan, si de haberse emitido hubiera sido sustancialmente diferente. Tal y como lo expresa T. R. FERNÁNDEZ «*en la mayoría de los casos brilla por su ausencia una valoración de lo que con el vicio apreciado se ha perdido, de lo que hubiera podido variar la decisión final si dicho vicio no se hubiera cometido*»<sup>39</sup>. Asimismo, el informe sectorial puede afectar a una parte del plan (la costa, el puerto, la carretera, etc.), sin embargo el efecto invalidante se proyecta sobre todo el conjunto, sin que tenga relación alguna con otros contenidos del plan. El resultado es desproporcionado. El informe únicamente se mira asimismo, al margen de la importancia efectiva que tiene, se lleva por delante todo el plan, es decir, el conjunto de intereses que están presentes en esa ordenación y la base para futuros intereses que se generan al amparo de aquel plan. Todo ello para decir, al final, por ejemplo, que «*la ordenación propuesta no afecta al ámbito competencial al que se refiere este informe*». Por esta omisión, se anula todo un plan.

Los planteamientos doctrinales que relativizan los vicios formales se han visto reforzados por experiencias de Derecho comparado, que se alejan de una conformación formalista de la relevancia de los vicios. Existe en nuestro país alguna iniciativa normativa que va en esa línea, aunque no en el ámbito urbanístico<sup>40</sup>. A partir de todas esas aportaciones, pueden sentarse las bases para el tratamiento de los vicios formales, en particular, en el caso de los informes. Las bases para superar el talón de Aquiles del planeamiento, ante lo pertinaz de esta causa de nulidad, debe ser:

a) La omisión de un informe no debe ser causa de nulidad, salvo que implique una alteración sustancial del contenido del plan y ello siempre y cuando su estimación no cause un mayor perjuicio para la colectividad.

<sup>36</sup> Para una síntesis de la problemática con cita de la doctrina y jurisprudencia correspondiente AGOÚES MENDIZÁBAL, C. (2017): *op. cit.*, págs. 364-373. En general sobre la evolución del tratamiento de los vicios formales, GARCÍA LUENGO, J. (2017): *Las infracciones formales...*, *op. cit.*, *in totum*.

<sup>37</sup> Con este enfoque la importante aportación de LÓPEZ RAMÓN, F. (2018): *op. cit.*, 13-48, que en la línea ya manifestada anteriormente por G. DOMÉNECH PASCUAL (2002) ya citada, en la que se defendía la posibilidad de calificar algunos vicios del reglamento como anulables, pone de relieve que la consideración de todos los vicios formales como causa de nulidad absoluta se debió a una incorrecta interpretación, llevando tales efectos más allá de lo que la propia normativa establecía.

<sup>38</sup> De ahí la defensa que realiza en favor de la suspensión, CALVO ROJAS, E. (2011): «Los planes urbanísticos como disposiciones de carácter general. Problemas que suscita la declaración de nulidad de los instrumentos de planeamiento. Suspensión cautelar de la efectividad de los planes impugnados en vía jurisdiccional», en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández*, vol. I, Madrid: Civitas, págs. 821-840.

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ, T. R. (2017): *op. cit.*, pág. 147. En este mismo sentido ya expuse en otro lugar que «si se omite un informe, pero la ordenación materialmente no contraviene la competencia que defiende tal informe, no tendría que tener efecto anulatorio. Si no se afectara de forma real y efectiva la ordenación después de emitirse dicho informe, no debiera producir aquel efecto. Por otra parte, si tuviera una real repercusión debería solo tener un efecto suspensivo respecto de la ordenación del ámbito geográfico al que afecta, pero no respecto de la totalidad del plan. Todo ello con efecto transitorio hasta que sea subsanada su omisión», GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017): *op. cit.*, pág. 454.

<sup>40</sup> Me refiero en particular al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general del País Vasco. En su artículo 5 se alude a los vicios de nulidad y anulabilidad del procedimiento (la rúbrica del artículo 5.- es *Nulidad y anulabilidad en el procedimiento de elaboración de reglamentos*), permitiendo la subsanación y conservación de algunos trámites. Es cierto que en el caso de los informes preceptivos y consultas previas se siguen manteniendo como causa de nulidad absoluta. Pero resulta un avance que se plantee que dentro del ámbito reglamentario no todo es determinante de la nulidad absoluta. Es un paso verdaderamente importante, aunque insuficiente. En cualquier caso, hasta que no se dicte una norma estatal que configure los límites de la declaración de nulidad, tanto general como aplicable al planeamiento, seguirán subsistiendo prácticas e interpretaciones formalista con resultados desproporcionados.

b) Las declaraciones que reclamen la nulidad de pleno derecho por la omisión de un informe, deben considerarse fórmulas retóricas, puesto que parten de un planteamiento egoísta del valor del informe que se sobrepone a cualquier otra consideración e, incluso, al valor superior que representa el plan en sí mismo. El hecho de que los planes se desenvuelvan en el ámbito municipal, no debe desmerecer este planteamiento, puesto que los efectos del plan se van a proyectar sobre un gran número de destinatarios.

c) Un informe que no tiene repercusión sobre todo el contenido del plan, no puede generar una nulidad sobre su integridad. En su caso, sobre la parte a la que afecta, sin perjuicio de su subsanación. En este sentido, un paso en esta línea lo constituye el ejemplo proporcionado por la STSJ de Canarias de 14 de mayo de 2018<sup>41</sup> en relación con el informe preceptivo y vinculante en materia de Costas. El informe se solicitó, pero la Administración aprobó definitivamente el plan antes de que hubieran transcurrido los dos meses desde la solicitud del plan, motivo por el cual se anula éste. Sin embargo, lo llamativo del caso es que esa nulidad no se proyecta sobre todo el plan sino sobre la parte afectada por el informe, lo cual es un cambio sobre el planteamiento tradicional: *«aun cuando la jurisprudencia ha resaltado que la omisión de un informe es causa de nulidad de pleno derecho, debe considerarse también que tal omisión debe acarrear la anulación del procedimiento y su reposición al momento oportuno para que pueda suplirse tal falta emitiendo el referido informe. Ponderando ambas afirmaciones en este caso la nulidad que declaramos no afecta a la totalidad del Plan General impugnado, sino tan solo a la parte que incide sobre el dominio público marítimo-terrestre y sus zonas de servidumbre a fin de que se solicite y emita el informe previsto en el art. 117.2 de la Ley de Costas»*. Esto supone un avance sobre la situación actual, en línea con los postulados doctrinales más avanzados en la materia. Esperemos que la solución se afiance y sea aceptada por el Tribunal Supremo.

d) La omisión de informes se podrá subsanar incluso en vía judicial, permitiéndose realizar los ajustes necesarios que pudieran derivarse de la importancia del informe.

Si por vía interpretativa, a pesar de las sólidas bases doctrinales que hoy existen, no se cambia de rumbo, habrá que clarificar normativamente todas esas cuestiones. Todo ello, antes que provocar la nulidad del plan y poner en solfa todas las actuaciones públicas y privadas que se han materializado a su amparo.

## 7. EL VALOR NORMATIVO DE LO FÁCTICO A PESAR DE LA NULIDAD DEL PLAN

Un límite claro a la declaración de nulidad debe ser las situaciones fácticas generadas por el plan anulado. En este caso, se pueden diferenciar varias situaciones, incluso utilizando razonamientos que, en principio, no han sido creados para limitar los efectos de la nulidad. Son situaciones que se imponen, incluso, a lo que el propio plan determina<sup>42</sup>.

Un primer supuesto sería la naturaleza reglada del suelo urbano, tal cual ha sido repetido por la jurisprudencia. Esta doctrina debe servir para limitar los efectos de la declaración de nulidad de los planes. Si lo urbano determina el hecho fáctico de la edificabilidad o la urbanización en un determinado porcentaje, según es definido legislativamente, todo ello incluso con el límite de estar integrado en la malla urbana, es evidente que el plan no puede contradecir esa realidad. Si la contradice debe adaptarse; si se anula, en nada le afecta si se dan las circunstancias previstas normativas. Tal y como sabiamente expusieron E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *«la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra»*<sup>43</sup>.

Lo mismo puede decirse del suelo rústico o no urbanizable. Es el propio legislador el que describe las condiciones y características de esta clase de suelo, de ahí que en este caso también la jurisprudencia ha reconocido su carácter reglado.

Esta construcción jurisprudencial se ha gestado para limitar la discrecionalidad del planeamiento a la hora de elaborar el plan<sup>44</sup>. El plan debe clasificar el suelo conforme a las características y condiciones previstas normativamente, al menos en lo que respecta al suelo urbano y a determinadas categorías de suelos rústicos (p. ej. el de protección). Si esto es así, lo que vale para controlar la discrecionalidad debe valer también para limitar los efectos de la declaración de nulidad. Es decir, si una zona tiene la condición de urbana

<sup>41</sup> FJ 3.º in fine, STSJ de Canarias, núm. 117/2018 (Sala de Gran Canaria) de 14 de mayo de 2018 (núm. de procedimiento 103/2015).

<sup>42</sup> GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. (2017): *op. cit.*, págs. 434-442.

<sup>43</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R., *Curso*, T. I, *op. cit.*, pág. 510.

<sup>44</sup> Sobre el control de la discrecionalidad existe una amplia bibliografía, una parte de la más significativa se recoge al final.

o rústica porque cumple los requisitos legales, la falta de plan no puede desconocer ese hecho. El suelo seguirá siendo urbano o rústico, incluso en contra de lo que diga el plan o si este ha sido anulado.

Esta idea, del valor de lo fáctico, ha venido a reforzarse por la regulación de las situaciones básicas de suelo que realiza la normativa estatal, aunque este no fuera ni su origen ni su finalidad<sup>45</sup>. En esta regulación algo es urbanizado o rural si cumple determinadas condiciones. Lo importante en esta normativa es que la condición de urbanizado o rural se desliga de la clasificación del suelo que realice el planeamiento (cuestión urbanística). Es decir, en el esquema usado por el legislador estatal, puede darse el caso que un plan clasifique un suelo como urbano, pero en realidad no cumpla con las condiciones legales, motivo por el cual se tratará como suelo rural frente a la clasificación del plan; pero puede ser lo contrario un suelo clasificado por el plan como rústico o no urbanizable, que sin embargo esté urbanizado y edificado y, en consecuencia, estaría en la situación básica de suelo urbanizado. Esas situaciones son posibles. Lo determinante en cualquier caso es la realidad, el dato fáctico de la situación del suelo, no su plasmación en el plan a través de la clasificación<sup>46</sup>.

Esta regulación de las situaciones básicas de suelo, en las que puede darse una discordancia entre la realidad (los hechos, la situación básica de suelo) y la clasificación urbanística del plan, unida a la jurisprudencia sobre el carácter reglado tanto del suelo urbano como del suelo rústico, refuerzan la idea: si la realidad se impone al plan, porque aplica conceptos reglados predeterminados normativamente que el mismo debe respetar, también ejercerá su función cuando no hay plan (nulidad), porque la fuerza de los hechos se impondrá.

De esta manera, reforzando la fuerza de los hechos frente a las previsiones del plan, alguna norma autonómica ha clarificado que lo importante en la consideración de urbano de un suelo es precisamente esa realidad, incluso aunque el plan diga otra cosa diferente (esté mal clasificado). Así lo dispone el artículo de la Ley del Suelo y de los ENP de Canarias al establecer que *«también es suelo urbano aquel que, aun no estando clasificado por el planeamiento, reúna los presupuestos y las condiciones a que se refieren los anteriores apartados»* (art. 46.5), que recoge lo que se entiende materialmente como suelo urbano. Se imponen los hechos (lo sustantivo) frente a la declaración formal del plan. De ahí, a poder utilizar esta idea cuando se produce la nulidad del mismo, no existe mucha dificultad.

El razonamiento expuesto también puede utilizarse en relación con la creación de las infraestructuras o dotaciones colectivas que se han materializado al amparo del plan anulado, calificadas urbanísticamente como sistemas generales o dotacionales según la titularidad o ámbito al que cubren. Evidentemente, la nulidad del plan sobrevenidamente, no hará desaparecer todas esas infraestructuras o espacios colectivos al servicio de la colectividad. Son un dato fáctico también que, el futuro plan previsiblemente recogerá. Pero es más, estas infraestructuras una vez que han sido creadas y puestas en funcionamiento, serán bienes de dominio público afectas al uso o servicio público. La legislación administrativa así define este tipo de bienes, con respaldo igualmente en su configuración constitucional (art. 132 CE). La afectación, que puede ser un acto jurídico (declaración por ley o acto administrativo), puede también derivar de un dato físico (p. ej. la apertura al tráfico de una vía). Es decir, que tras la anulación del plan se da una realidad que ya no debe buscar su cobertura en el plan anulado, sino en la propia existencia del bien y en la afectación al fin constitucionalmente legítimo que cumple (el uso o servicio público, según la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional)<sup>47</sup>. Este enfoque se obvia en el análisis que se da sobre determinadas infraestructuras al

<sup>45</sup> Las situaciones básicas de suelo fueron introducidas por la reforma de la legislación de suelo del año 2007 y se recogen en la actualidad en el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Su explicación por parte de PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G. (2008): *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid: Iustel, págs. 160-173; MENÉNDEZ REXACH, A. (2008): "Las situaciones básicas de suelo", en *El nuevo régimen jurídico del suelo*, Madrid: Iustel, págs. 117-153; DÍAZ LEMA, J. M. (2008): *Nuevo Derecho del Suelo*, Madrid: Marcial Pons, págs. 95-104; BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2009): *Derecho urbanístico Común*, Madrid: Iustel, págs. 110-116; también GUERRERO MANSO, M.<sup>a</sup> C. (2011): *La ciudad existente: delimitación del suelo urbano y en situación de urbanizado*, Madrid: Iustel.

<sup>46</sup> Los autores que más influencia han tenido en esta figura, PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G. (2008): *Comentarios, op. cit.*, lo explican de esta manera: «esta distinción se corresponde con la de los medios rural y urbano, descansa simplemente sobre la realidad fáctica constatable y es ajena y previa, por ello, a las diferenciaciones propias de la ordenación territorial y urbanística» (pág. 160). De tal manera, «el suelo urbanizado resulta sin más de un dato objetivo y evidente de la realidad: la integración de los terrenos de que se trate, de forma legal y efectiva, en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Por ello, la de suelo rural comprende, en negativo, todos los terrenos en los que no se cumpla aquel dato» (pág. 161). Por ello, «todo el mundo de las cosas inmuebles reconducibles al suelo natural y construido es objeto de una summa divisio, al quedar aquéllas colocadas, por efecto de la Ley y en función exclusivamente de su estado efectivo en cada momento, bien en el medio rural, bien en el medio urbano, estando por ello todo el suelo, sin más y necesariamente, en una de las dos situaciones básicas» (pág. 162).

<sup>47</sup> Para una explicación de la institución demanial explicando la jurisprudencia sobre la afectación a cualquier fin constitucionalmente legítimo, por todos, MORILLO VELARDE, J. I. (1992): *Dominio público*, Madrid: Trivium.

anularse el plan, olvidando las consecuencias propias del carácter demanial del bien. Ni tan siquiera es el carácter indestructible de las obras públicas que utiliza la doctrina francesa. Es simplemente que el bien está vinculado a un fin público, exista o no exista plan. Puede que esa infraestructura en origen tenga su justificación en el plan; pero una vez que está creado y en funcionamiento, como tal realidad afecta a una finalidad pública, adquiere un estatus diferente como bien de dominio público, desligado de las consideraciones urbanísticas que pudieran utilizarse. El bien de dominio público es tal por su titularidad y afectación material al uso o servicio público, al margen o con independencia de su tratamiento urbanístico.

Por ello, también opera, o debería operar, como límite a la declaración de nulidad. Los bienes de dominio público en su configuración constitucional o legal, no se definen y son tales por el tratamiento que tengan en la normativa urbanística, sino porque responden a la definición constitucional o legal de los mismos, lo que trasciende a aquella configuración urbanística y a la propia declaración de nulidad del plan. Los bienes de dominio público son tales con independencia de cómo el sistema urbanístico las haya configurado, por cuanto la clave de su régimen jurídico deriva de la afectación y ésta puede ser tanto jurídica como física o material. La existencia o inexistencia del plan no altera la afectación si verdaderamente se mantiene el fin<sup>48</sup>.

En consecuencia, existen una serie de situaciones fácticas que existen incluso cuando desaparece el plan por su declaración de nulidad. Realidades que tienen su cobertura directamente en los conceptos utilizados por la legislación, sea este por la vía de la clasificación del suelo urbano o rústico, las situaciones fácticas de suelo, o la afectación demanial de conformidad con la definición constitucional o legal de este tipo de bienes. Todo ello lo es con independencia de lo que diga el plan o, de su propia existencia.

## 8. EL NUEVO PAPEL DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO

Cualquier cambio que vaya a introducirse en esta materia, incluso si viene acompañado de un respaldo legal, pasa necesariamente por el papel esencial e ineludible del juez de lo contencioso-administrativo. El éxito de revertir la situación actual exige un cambio legal y jurisprudencial evidente, que vaya en la línea de reforzar el papel del juez.

En unos sistemas, esos poderes han sido previstos normativamente (Alemania o Francia); en otros la capacidad del juez de modular los efectos de las sentencias anulatorias se han visto como una evolución natural del sistema de tutela y justicia (Italia)<sup>49</sup>. Asimismo, la experiencia de los Tribunales constitucionales y europeos nos ha acostumbrado a ver como algo normal la modulación de los efectos anulatorios de la sentencia, bien limitando sus efectos a actos firmes dictados a su amparo, a actos no firmes que pudieran seguir apareciendo de conformidad con la normativa declarada nula o, incluso, permitiendo la aplicación de la norma viciada hasta que se dicte la nueva normativa. De todo ello hay ejemplos.

Toda esta experiencia, comparada, constitucional y europea, sobre el nuevo rol del juez, debe ser aprovechada para afrontar la situación de nulidad de los planes que estamos padeciendo como sociedad. En línea con todas las medidas que ya han sido ensayadas por otros, el juez debe reforzar su papel en orden a afrontar la nulidad no sólo como órgano que constata la ilegalidad, sino que contribuye a reorientar la situación, guiando el proceso para que la situación sea superada.

Las posibilidades son enormes, destacando especialmente la capacidad para subsanar defectos dentro del proceso o la limitación de los efectos de las sentencias sobre otras normas o actos. La anulación parcial sobre determinados ámbitos o la suspensión temporal de efectos sobre los mismos. A ello se suma, la posibilidad de suspensión, ya existente y tan poco usada, que evitaría la consolidación de situaciones irreversibles. El control, incluso, de la aplicación de normas provisionales en tanto se elabore un nuevo plan.

<sup>48</sup> Un caso patológico específico lo ha comentado ESPEJO CAMPOS, A. (2017): "Dominio público y BIC como límites a la nulidad en el ámbito urbanístico", en *El alcance...*, op. cit., págs. 475-485, en relación con la biblioteca del Estado en Las Palmas de Gran Canaria, cuya demolición fue acordada judicialmente porque no se había aprobado un plan especial que había previsto el plan general. No deja de ser paradójico que un país que se encuentra por debajo de la media de la UE en comprensión lectora, se permita el lujo de ordenar la demolición de una biblioteca pública estatal financiada con el dinero de todos. Tras diversos avatares judiciales, finalmente una ley singular declara de utilidad pública a efectos expropiatorios los derechos de la sentencia para evitar la demolición (DA 69 de la Ley 48/2015 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016).

<sup>49</sup> Sobre la ampliación de los poderes del juez en Italia, AGOSTINO, M. (2013): "L'annullamento condizionato dei provvedimenti amministrativi e l'effetto conformativo della sentenza", en *Urbanistica e appalti*, núm. 1, págs. 53 y ss.; CARBONE, A. (2013): "Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori", en *Diritto Processuale amministrativo*, núm. 2, págs. 428-464; en Francia, DELESALLE, H. (2016): "Le place nouvelle du juge administratif dans le droit de l'urbanisme", en *Revue de Droit Public*, núm. 6, pág. 1.759 (citado por T. R. FERNÁNDEZ).

Ese refortalecimiento de la posición del juez se debe acompañar de una distinta aplicación de la doctrina de la nulidad sobre los planes. Es decir, no es una ampliación para anular los planes como hasta ahora, sino para corregir y reorientar la situación, permitiendo corregir en sede judicial los vicios que pudieran tener aquellos.

## 9. SOBRE LA REFORMA «NON NATA»: LAS TRES «ERRES» DE LA INVALIDEZ

El anterior Ministro de Fomento llegó a realizar una presentación de una reforma legislativa tendente a limitar los efectos anulatorios de los planes, como medio para incrementar la seguridad jurídica en este ámbito y reaccionar ante la sucesión de sentencias anulatorias de planes de todo tipo. Ello se canalizaría a través de la modificación de algunos preceptos de la ley estatal de suelo, así como la que regula la jurisdicción contencioso-administrativa. No existe un documento oficial, lo cual no obsta para que las ideas o soluciones que proponía dicha reforma sean ya conocidas<sup>50</sup>. Muchos de los remedios que se proponen, acogen planteamientos doctrinales y experiencias que previamente se habían formulado. Los cambios vendrían a operar en tres ámbitos: a) *reconsideración* de la naturaleza del plan y de las causas de nulidad aplicables a los mismos; b) *restricción* de las vías impugnatorias de los planes, tanto en lo que afecta a la acción pública como a la impugnación indirecta; c) *refortalecimiento* de los poderes del juez y del valor de los actos firmes respecto de los planes anulados.

### a) Reconsideración de la naturaleza del plan y tratamiento de las causas de nulidad

La reconsideración de la naturaleza del plan, acoge ciertas posiciones doctrinales previas que habían criticado que «todo» el plan pudiera ser considerado como norma<sup>51</sup>. La mayoría de la doctrina que se ha pronunciado sobre esa cuestión, no cuestiona tanto la naturaleza del plan, sino que todo él en su integridad sea considerado como tal, de modo que lo que se propone es una reducción del ámbito de lo normativo, excluyendo del mismo aquello que realmente no tiene esa naturaleza (estudios, informes, memoria, etc.). En línea con tales planteamientos, el esquema del que se parte es diferenciar el acto aprobatorio del instrumento, que se entiende es un acto administrativo general, de la parte normativa del plan, que se circunscribe a una serie de determinaciones. Es decir, el plan, en el esquema de la reforma que se planteaba, era un acto administrativo general que contenía determinaciones normativas. En línea con ese planteamiento, se diferencia entre la nulidad absoluta de las normas, respecto de la nulidad o anulabilidad de la parte no normativa del plan.

La nulidad absoluta de las normas se dará cuando concurra alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 47.2, esto es, las que afectan específicamente a las normas reglamentarias. En este caso, sin embargo, se introduce como novedad la posibilidad de declarar la nulidad parcial cuando el vicio afecte sólo a determinados preceptos de la disposición o a una parte o área territorial específica. Esto es muy importante en relación con los informes preceptivos y vinculantes, puesto que permitiría valorar en qué medida dicha decisión se proyecta todo el contenido del plan o únicamente sobre una parte, permitiendo restringir los efectos a la parte verdaderamente afectada (p. ej. el informe de costas o sobre determinadas infraestructuras, tales como carreteras, puertos, o informes de patrimonio que afecten únicamente a una parte localizada del plan).

<sup>50</sup> Además de las posiciones doctrinales previas para cuestiones específicas, sobre tales propuestas BASSOLS COMA, M. (2017): *op. cit.*, págs. 91-94; BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2017): "Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos", en *RDUM* núm. 311, págs. 53-56; IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2018): *op. cit.*, 231-273; GIFREU FONT, J. (2018): "La reconsideración de la naturaleza normativa de los instrumentos de planeamiento: ¿una panacea para modular el alcance y efectos del dogma de la nulidad absoluta de los reglamentos ilegales?", en *Nulidad de planeamiento y ejecución...*, *op. cit.*, 54-65.

<sup>51</sup> En este sentido destacan las posiciones de BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2009): *Derecho urbanístico Común*, *op. cit.*, pág. 130; ídem (2016): "Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico", en *El derecho de la ciudad...*, *op. cit.*, págs. 859-864, en la que defiende igualmente el carácter no normativo del aprovechamiento urbanístico (págs. 867-869); ídem (2017), "El plan urbanístico en ruina", en *Práctica urbanística*, núm. 144, pág. 2; SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014): *op. cit.*, pág. 213; IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2015): "Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente*, núm. 301, págs. 121-123; ídem (2018): *op. cit.*, 232-245. En favor de no abandonar la naturaleza jurídica reglamentaria del plan, aunque reconociendo su especialidad, L. PAREJO ALFONSO, después de una fundada argumentación, sostiene que «de la clara especificidad del planeamiento urbanístico no deriva, sin embargo, tanto la estricta necesidad de abandonar su conceptualización como norma reglamentaria, como la de la diferenciación en su seno (en sede legislativa, administrativa y de control judicial) de la diversidad de porte y alcance de las decisiones que en él se agrupan» (2017), "El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza", en *Práctica urbanística*, núm. 141, págs. 17-18. Manifestando sus dudas sobre si el cambio de naturaleza jurídica sería la solución, GIFREU FONT, J. (2018): *op. cit.*, págs. 21-65.

Por otra parte, las causas de nulidad absoluta del acuerdo de aprobación definitiva del plan, se acotan y restringen. En este sentido, la causa «prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido», únicamente se daría cuando se produjera una ausencia total y absoluta de la evaluación ambiental y estratégica (no cuando la hubiera pero se vulnerara algún trámite), cuando exista una «evidente contradicción» de los informes sectoriales respecto de la ordenación cuando ello afecte «de manera sustancial a todo el ámbito» que es objeto de ordenación. Asimismo, cuando existan vicios graves de ponderación material o sustancial entre el modelo elegido y la memoria. En cualquier caso, la nulidad será parcial cuando el vicio afecte a determinaciones concretas o a un ámbito territorial determinado, sin que dicha nulidad pueda extenderse al resto.

Es más, se entiende que los actos administrativos de ejecución y gestión se consideran como independientes del plan que han aplicado. Se evita de este modo el denominado efecto cascada o encadenado, en línea con lo que ya sucede en Francia de conformidad con la doctrina del Consejo de Estado francés.

Se completa el tratamiento de la nulidad, permitiendo la conservación de actos y trámites, pudiendo aplicarse expresamente las técnicas de conversión, conservación y convalidación, en contra de lo que hoy afirma la jurisprudencia.

### **b) Restricción de las vías impugnatorias**

Otro conjunto de medidas se centran en restringir las posibilidades impugnatorias de los planes. Ello se proyecta, esencialmente, en la acción pública<sup>52</sup> y la denominada impugnación indirecta.

Respecto de la acción pública, frente a las críticas del uso abusivo que determinada experiencia había arrojado, a) se limita a personas jurídicas sin ánimo de lucro que, a su vez, deben cumplir una serie de requisitos (tener acreditados esos fines en sus estatutos, haber sido creadas con una antelación mínima de dos años); b) los vicios a alegar únicamente pueden ser de naturaleza material o sustantiva (se excluyen los formales que es donde se ha centrado fundamentalmente esta vía); c) se evita la posibilidad de obtener cualquier beneficio económico de su ejercicio cuando se desista del recurso (evitar la práctica de los profesionales de la acción pública que desistían del recurso a cambio de una compensación económica); d) el plazo de impugnación se limita, en línea con las soluciones ya utilizadas en relación con las medidas para el restablecimiento de la legalidad, diferenciando si las obras están en curso de ejecución o están terminadas. En este último caso, el plazo para ejercer la acción será de cuatro años (plazo general para instar el restablecimiento de la legalidad).

En cuanto a la impugnación indirecta, se recoge la doctrina jurisprudencial según la cual por esta vía únicamente se puede alegar vicios sustantivos o materiales, quedando excluidos, en consecuencia, los formales. Asimismo, se limita el plazo para dicha impugnación a cuatro años a partir del día siguiente a la publicación. Transcurrido el mismo ya no cabría la referida impugnación indirecta.

### **c) Refortalecimiento de los poderes del juez y de los actos firmes**

En este caso, se permite que al tratarse de vicios formales o de procedimiento, la sentencia, fijará un plazo para que la Administración proceda a la subsanación del vicio. En ese tiempo se podrá seguir aplicando de forma provisional el plan o acto anulado, evitando con ello la reviviscencia de la normativa anterior (uno de los efectos típicos de la nulidad del planeamiento). Lo importante es que se permite la subsanación judicial del vicio, lo que viene a completarse con la posibilidad, ya citada, de la conservación de trámites y actos.

En la misma línea, la reforma refuerza el valor de los actos firmes, una de las previsiones ya contenidas en el artículo 73 LJ y del que la jurisprudencia ha realizado una amplia aplicación. La novedad vendría por aclarar que la nulidad no conllevaría la nulidad de los planes de desarrollo, salvo que la sentencia así lo declare expresamente por estar afectados por los mismos vicios. En este último caso, se debería hacer un mayor esfuerzo por clarificar esta limitación, para evitar que interpretaciones formalistas vengam a limitar los efectos de una previsión similar.

<sup>52</sup> Las críticas a la perversión que ha generado la acción pública se han extendido. En este sentido, J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN habla del sinsentido de la acción pública (2016, *op. cit.*, págs. 868-870); T. R. FERNÁNDEZ alude a los profesionales de la misma que han contribuido a generar más corrupción (2017, *op. cit.*, pág. 158); F. IGLESIAS GONZÁLEZ propone su limitación temporal (2018, *op. cit.*, págs. 274-278).

Las expuestas son medidas que, tal y como se ha adelantado, de alguna u otra manera se han venido valorando doctrinalmente, sin perjuicio de contar con apoyo en otros sistemas. De convertirse finalmente en norma y aplicarse, cambiaría sustancialmente el panorama actual. Sin duda, romper con la idea de encadenamiento o ligazón entre el plan superior y los planes de desarrollo, así como de los actos administrativos que los aplican, sería una novedad de una fuerza extraordinaria, puesto que rompería con la nulidad en cascada o encadenada que tanta inseguridad jurídica está generando. Por el momento son únicamente ideas o propuestas que se están valorando, todas con el objeto de poner coto a la anulación masiva de planes y actos en materia urbanística.

## 10. UN CAMBIO ESTÁ LLEGANDO

Nadie destruye aquello que representa un gran valor. Sin embargo, los planes pese a conciliar un conjunto de intereses contrapuestos y complejos, son fácilmente anulados. Se pueden impugnar directa e indirectamente. Existe la acción pública. Siempre hay algún requisito que no se ha cumplido. Cualquier infracción determina la nulidad. Esta, a su vez, se proyecta sobre todos los actos jurídicos que lo han aplicado. El vacío que genera la declaración de nulidad condiciona el presente y futuro de la ciudad, de los ciudadanos, de los empresarios. Una parálisis que genera inseguridad, retracción económica, pérdida de inversión y de riqueza. En fin, falta de credibilidad en el Derecho como certidumbre. Si todo puede ser subvertido muchos años más tarde de la aprobación de los planes (incluso décadas más tarde), haciendo que todo quede cuestionado en un sinnúmero de consecuencias imprevisibles, nada hemos ganado como sistema jurídico.

El reconocimiento del valor que encierra un plan, debe ser objeto de protección, más allá de los problemas formales o algunos de los incumplimientos que se hayan podido cometer en el proceso largo, complejo y tortuoso de su elaboración. ¿Por qué es más importante proteger un informe, que la protección de la confianza generada en miles de ciudadanos de un plan-norma aprobada por la Administración? ¿Por qué recaen las consecuencias de la nulidad de dicha norma sobre los ciudadanos que no han participado en la generación del vicio determinante de la nulidad? Una parte del todo (informe), no puede o no debería tener consecuencias sobre el conjunto (el plan). Hoy el plan cae y todo lo hecho queda patas arriba. ¿Es bueno para el país en su conjunto que los planes de las principales ciudades estén en entredicho? Ver el problema desde una perspectiva local o autonómica, hace perder de vista la amplitud del problema económico, social y jurídico al que nos enfrentamos como sociedad. Porque ya no se trata de si este u otro municipio se encuentra colapsado.

Si sumamos todos y cada uno de los planes de las diferentes ciudades y todos y cada uno de los planes de desarrollo y derivados de se han aprobado; si somos conscientes de la cantidad de actos jurídicos que se han ido generando con los años al amparo de dichos planes, en el conjunto del país, es una situación verdaderamente para temblar. Evidentemente, los efectos anulatorios de los planes no se quedan en el plan en sí mismo: se proyectan sobre el sector económico y social del municipio. Y si sumamos todos los municipios españoles afectados, el efecto negativo global es preocupante. Ya no se trata de que este estudio de detalle o aquel plan parcial sean ilegales, es que se está cuestionando el entero sistema y forma de planificación en su conjunto, lo que repercute sobre el tejido económico y social del país. ¿Cuánta inversión económica, tributos o puestos de trabajo se han perdido por la situación de incertidumbre generada por la anulación de los planes? Ojalá que nunca lo sepamos. Pero lo que sí se puede hacer, tal y como lo han hecho otros países y lo propone a gritos la doctrina, es poner orden y reconducir la situación.

Otros sistemas jurídicos se han dado cuenta hace tiempo, que el valor que aporta el plan en sí mismo, así como los diversos actos que lo han aplicado (licencia de obras, por ejemplo), debe de ser tutelado y protegido por encima de las irregularidades aisladamente consideradas.

Al entrar en la basílica de San Pedro en el Vaticano, a mano derecha puede contemplarse *La piedad* de Miguel Ángel. Hace años que, después de haber sufrido una agresión y tras haberla restaurado, han colocado una pantalla protectora para impedir nuevos ataques, debido al valor único que aquella escultura atesora. Los planes territoriales y urbanísticos, pese al extraordinario valor que tienen, se encuentran, se podría decir que a la intemperie, sin medidas protectoras que impidan su destrucción en términos jurídicos, circunstancia esta que se produce a través de la declaración de su nulidad. Esperemos que los planes, sin llegar a la excelencia y magnificencia de aquella escultura, tengan un mejor tratamiento en el futuro. Lo agradecerá el conjunto de la sociedad y de la economía global de nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2009): *El control de la legalidad urbanística. El Estatuto básico del empleado público*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 355 págs.
- AGOSTINO, MEALE (2013): “L’annullamento condizionato dei provvedimenti amministrativi e l’effetto conformativo della sentenza”, en *Urbanistica e appalti*, núm. 1, págs. 53-57.
- AGOÚÉS MENDIZÁBAL, CARMEN (2014): “Los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100. Homenaje a Demetrio Loperena y Ramón Martín Mateo, págs. 65-85.
- AGOÚÉS MENDIZÁBAL, CARMEN (2017): “La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos”, en LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, VILLAR ROJAS, FRANCISCO J. (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: AEPDA-INAP, págs. 361-410.
- AGUDO GONZÁLEZ, JORGE (coord.) (2018): *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Barcelona: Bosch editor, 304 págs.
- AUBY, JEAN BERNARD, PÉRINET-MARQUET, HUGUES, NOGUELLOU, ROZEN (2012): *Droit de l’urbanisme et de la construction*, 9.ª ed., Paris: Montchrestien, 1.248 págs.
- BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA (2009): *Derecho urbanístico común*, Madrid: lustel, 564 págs.
- BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA (2016): “Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico”, en *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, Madrid: INAP, págs. 859-871.
- BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA (2017): “El plan urbanístico en ruina”, en *Práctica urbanística*, núm. 144, 8 págs.
- BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA (2017): “Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos”, en *RDUM*, núm. 311, págs. 43-56.
- BARRERO RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN (2006): *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, Madrid: lustel, 344 págs.
- BASSOLS COMA, MARTÍN (2007): “Panorama del Derecho urbanístico comparado”, en *Serie Claves del Gobierno Local*, núm. 5, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 11-25.
- BASSOLS COMA, MARTÍN (2017): “La asimilación de los planes de urbanismo a normas reglamentarias y problemática jurídica de su anulación”, en SORIA MARTÍNEZ, GABRIEL, BASSOLS COMA, MARTÍN (coords.): *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 27-102.
- BELADÍEZ ROJO, MARGARITA (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, 384 págs.
- BUONFINO, ALBERTO (2014): “La disciplina della nullità provvedimento nel sistema amministrativo tedesco: spunti per un’analisi di Diritto comparato”, en *Diritto Amministrativo*, núm. 4, págs. 777-805.
- BOUYA, DRISS (2017): *Le plan local d’urbanisme à l’épreuve de la hiérarchie des normes*, These de doctorat de l’Université de Lyon, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01799567>.
- CALEGARI, ALESSANDRO (2012): *L’invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Milano: Cedam, 366 págs.
- CALVO ROJAS, EDUARDO (2011): “Los planes urbanísticos como disposiciones de carácter general. Problemas que suscita la declaración de nulidad de los instrumentos de planeamiento. Suspensión cautelar de la efectividad de los planes impugnados en vía jurisdiccional”, en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández*, vol. I, Madrid: Civitas, págs. 821-840.
- CANO CAMPOS, TOMÁS (2004): *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Madrid: Thomson-Civitas, 382 págs.
- CARBONE, ANDREA (2013): “Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori”, en *Diritto Processuale amministrativo*, núm. 2, págs. 428-464.
- CASANOVA GÓMEZ, CARMEN (2014): “La restauración del plan general de ordenación urbana de Madrid, tras la anulación parcial por resoluciones judiciales o la perpetua intirinidad del planeamiento general en nuestro país”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente*, núm. 287, págs. 35-89.
- CORDÓN MORENO, FAUSTINO (2013): *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 183 págs.
- DELESALLE, HUBERT (2016): “Le place nouvelle du juge administratif dans le droit de l’urbanisme”, en *Revue de Droit Public*, núm. 6, pág. 1.759.
- DELGADO BARRIO, JAVIER (2016): *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 121 págs.
- DESDENTADO DAROCA, EVA (1996): *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, 2.ª ed., Madrid: Aranzadi, 533 págs.
- DÍAZ LEMA, JOSÉ MANUEL (2008): *Nuevo Derecho del Suelo*, Madrid: Marcial Pons, 389 págs.
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL (2002): *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 558 págs.
- DOMÍNGUEZ BLANCO, JOSÉ MARÍA (2016): “Los límites a la acción de nulidad de títulos habilitantes”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente*, núm. 305, págs. 17-77.

- ESPEJO CAMPOS, ALICIA (2017): “Dominio público y BIC como límites a la nulidad en el ámbito urbanístico”, en LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, VILLAR ROJAS, FRANCISCO J., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa, Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: AEPDA-INAP, págs. 475-485.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, MANUEL (2002): *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Barcelona: Ateller, 463 págs.
- FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN (2013): “Renovación del derecho urbanístico en Francia y obligación de apertura de un proceso de debate y reflexión en España”, en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 29, págs. 9-11.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN (2003): “La distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado en la sentencia constitucional 54/2002, de 27 de febrero”, en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 7, págs. 91-94.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN (2013): “Proceso contencioso-administrativo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español”, en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 29, págs. 77-95.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN (2016): *Manual de Derecho urbanístico*, 24.ª ed., Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 248 págs.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN (2017): “El contencioso urbanístico y su necesaria reforma”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, págs. 137-162. DOI: 10.18042/cepc/rap.203.04.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1989): “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 61, págs. 5-16.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1998): “El Derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 99, págs. 395-403.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN (2015): *Curso de Derecho Administrativo*. I, 17.ª ed., Madrid: Civitas-Thomson Reuter, 867 págs.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, PAREJO ALFONSO, LUCIANO (1979): *Lecciones de Derecho urbanístico*. I, Madrid: Civitas, 459 págs.
- GARCÍA LUENGO, JAVIER (2017): *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015*, lustel, 222 págs.
- GEIS I CARRERAS, GEMMA (2013): *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, 2.ª ed., Barcelona: Ateller, 436 págs.
- GIFREU FONT, JUDITH (2017): “Los efectos jurídicos de la anulación del planeamiento urbanístico sobre los actos singulares de aplicación. Especial referencia a los instrumentos de ejecución y títulos administrativos habilitantes dictados a su amparo”, en SORIA MARTÍNEZ, GABRIEL, BASSOLS COMA, MARTÍN (coords.): *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 145-228.
- GIFREU FONT, JUDITH (2018): “La reconsideración de la naturaleza normativa de los instrumentos de planeamiento: ¿una panacea para modular el alcance y efectos del dogma de la nulidad absoluta de los reglamentos ilegales?”, en AGUDO GONZÁLEZ, JORGE (coord.) (2018): *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Barcelona: Bosch editor, págs. 21-65.
- GIFREU FONT, JUDITH, BASSOLS COMA, MARTÍN, MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL (2016): *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, Madrid: INAP, 1.043 págs.
- GIOVAGNOLI, ROBERTO, MORELI, SABRINA (2014): *Urbanistica e governo del territorio. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano: Giuffrè Editore, 492 págs.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL (1977): “Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 14, págs. 387-400.
- GONZÁLEZ SANFIEL, ANDRÉS M. (2011): “Invalidez sobrevinida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo”, en *Estudios sobre planeamiento territorial y urbanístico*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 285-307.
- GONZÁLEZ SANFIEL, ANDRÉS M. (2016): “El principio de especialidad como límite a la declaración de nulidad del planeamiento”, en BASSOLS COMA, MARTÍN, MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL, GIUFREU, JUDITH (coords.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Libro homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, Madrid: INAP, págs. 911-924.
- GONZÁLEZ SANFIEL, ANDRÉS M. (2017): “Límites a la declaración de nulidad del planeamiento”, en LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, VILLAR ROJAS, FRANCISCO J. (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa, Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: AEPDA-INAP, págs. 411-459.
- GUERRERO MANSO, MARÍA DEL CARMEN (2011): *La ciudad existente: delimitación del suelo urbano y en situación de urbanizado*, Madrid: lustel, 263 págs.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, FELIPE (2015): “Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente*, núm. 301, págs. 77-149.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, FELIPE (2018): “Propuestas de reformas normativas para evitar los actuales efectos de la nulidad del planeamiento urbanístico”, en AGUDO GONZÁLEZ, JORGE (coord.) (2018): *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Barcelona: Bosch editor, págs. 231-278.
- LACAVA, FILIPPO (2015): *Principio di legalità dell'azione amministrativa ed esigenze di risultato*, Roma: Aracne Editrice, 456 págs.

- LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO (2011): “El principio de no regresión en la clasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español”, en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, págs. 13-27.
- LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO (2013): *Introducción al Derecho urbanístico*, 4.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 255 págs.
- LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO (2018): “La calificación de los vicios de los reglamentos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, págs. 13-48. DOI: 10.18042/cepc/rap.205.01.
- LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, ESCARTÍN ESDUDÉ, V. (coords.) (2013): *Bienes públicos, urbanismo y medioambiente*, Madrid: Marcial Pons, 612 págs.
- LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, VILLAR ROJAS, FRANCISCO J. (2017): *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa, Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: AEPDA-INAP, 706 págs.
- MARTÍN REBOLLO, LUIS (2009): “El planeamiento municipal: perspectiva general”, en *Fundamentos de Derecho urbanístico*. I, Madrid: Aranzadi-Thomson Reuters, págs. 249-259.
- MARTÍN REBOLLO, LUIS, BUSTILLO BOLADO, ROBERTO (2009): *Fundamentos de Derecho urbanístico*. I, Madrid: Aranzadi-Thomson Reuters, 1.004 págs.
- MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL (2008): “Las situaciones básicas de suelo”, en *El nuevo régimen jurídico del suelo*, Madrid: lustel, págs. 117-153.
- MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL (2016): “Ordenación del territorio supramunicipal y urbanismo municipal: una distinción imposible a la vista de las actuaciones de interés regional”, en BASSOLS COMA, MARTÍN, MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL, GIUFREU, JUDITH (coords.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Libro homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Madrid: INAP, págs. 367-398.
- MENGOLI, GIAN CARLO (2014): *Manuale di Diritto urbanistico*, 7.ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 1.188 págs.
- MERELO ABELA, JOSÉ MANUEL (2011): *Urbanismo y justicia*, Madrid: La Ley-El consultor de los Ayuntamientos, 744 págs.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, JOSÉ IGNACIO (1992): *Dominio público*, Madrid: Trivium, 156 págs.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO (2006): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*. II, Madrid: lustel, 1.405 págs.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO (2009): *El planeamiento urbanístico*, Madrid: lustel, 268 págs.
- ORTEGA MORILLO, GABRIEL (2018): *La nulidad del planeamiento general urbanístico. Guía práctica para anular un PGOU*, Madrid: Sepin, 122 págs.
- PARDO ÁLVAREZ, MARÍA (2005): *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 671 págs.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2013): “La ordenación urbanística en Alemania (Parte I)”, en *Revista de Derecho urbanístico y medioambiente*, núm. 281, págs. 13-82.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2013): “La ordenación urbanística en Alemania (Parte II)”, en *Revista de Derecho urbanístico y medioambiente*, núm. 282, págs. 13-77.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2015): “Derecho urbanístico francés (Parte I)”, en *Revista de Derecho urbanístico y medioambiente*, núm. 301, págs. 17-76.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2015): “Derecho urbanístico francés (Parte II)”, en *Revista de Derecho urbanístico y medioambiente*, núm. 302, págs. 17-69.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO (2017): “El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza”, en *Práctica urbanística*, núm. 141, 35 págs.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO, ROGER FERNÁNDEZ, GERARDO (2008): *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid: lustel, 441 págs.
- RAMOS MEDRANO, JOSÉ ANTONIO (2015): “Los 10 errores más básicos y frecuentes en el urbanismo español”, en *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 52, págs. 3-26.
- RAMOS MEDRANO, JOSÉ ANTONIO (2017): “Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no justificar la disponibilidad de recursos hídricos”, en *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 67, págs. 4-24.
- REBOLLO PUIG, MANUEL (1998): “Artículo 73”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100 extra dedicado a la LJ, págs. 518-537.
- RENAU FAUBELL, FERNANDO (2016): “Nulidad radioactiva de los planes urbanísticos por defectos en el procedimiento de aprobación”, en *Noticias Jurídicas* accesible en abierto.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA (1998): “Líneas básicas de la legislación urbanística de la República Federal de Alemania”, en *Revista de Derecho urbanístico y medioambiente*, núm. 163, págs. 29-62.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO (1975): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos: contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho Público*, 2.ª ed., Madrid: IEA, 484 págs.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO (2014): “Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, págs. 197-215.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO (2016): “El nuevo régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, págs. 247-273.
- SAVARIT-BOURGEOIS, ISABELLE (2014): *Droit de l'Urbanisme*, Gualino.

- SCHMIDT-ABMANN, EBERHARD (2011): "L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino", en *Diritto Amministrativo*, núm. 3, págs. 471-497.
- SORIA MARTÍNEZ, GABRIEL, BASSOLS COMA, MARTÍN (coords.) (2017): *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 495 págs.
- STELLA RICHTER, PAOLO (2016): *Diritto urbanistico*, 4.ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 154 págs.
- SUAY RINCÓN, JOSÉ (2015): "Planeamiento urbanístico y recursos hídricos. Condicionantes formales y materiales", en *Planificación y ordenamiento jurídico de los recursos hídricos, Colección Derecho de Aguas 4*, Fundación Agbar-Consejo General del Poder Judicial, págs. 21-100.
- TESSARO, TIZIANO, PIOVESAN, STEFANIA (2015): *La riforma Madia del procedimento amministrativo. La legge 241/90 dopo la legge 124/2015*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 326 págs.
- TORNOS MÁS, JOAQUÍN (1982): "De nuevo sobre el control de los Decretos legislativos: la declaración de nulidad, por vicios de carácter procedimental, del Decreto de 20 de diciembre de 1974, en materia de disciplina de mercado", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 32, págs. 885-894.
- TRAYTER JIMÉNEZ, JUAN MANUEL (1996): *El control del planeamiento urbanístico*, Madrid: Civitas, 628 págs.
- VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS (1979): "En torno a la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo", en *Revista de Derecho urbanístico*, núm. 64, págs. 13-93.
- VILLAR ROJAS, F. (2017): "La ordenanza municipal con efectos de plan: un instrumento alternativo de ordenación urbanística", en *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico. Libro Homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Andavira y Fundación Democracia y Administración Local, IV, págs. 679-694.
- VILLAR ROJAS, F. (2018): "Los proyectos de interés público: «urbanismo de proyecto» versus «urbanismo de plan»", en *Estudios en homenaje al Profesor Luciano Parejo Alfonso*, págs. 2.897-2.920 (en prensa).



## Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público

Silvia Díez Sastre (España)  
Universidad Autónoma de Madrid  
silvia.diez@uam.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Silvia Díez Sastre es Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid. Es directora del Centro de Investigación sobre la Justicia Administrativa y del Máster en Contratación Pública Local del Instituto de Derecho Local de la misma Universidad. Sus líneas de investigación actuales se centran en la contratación pública, la justicia administrativa, el Derecho local y la metodología jurídica.

---

### RESUMEN

El fenómeno de la invalidez plantea numerosos interrogantes. De entre todos ellos, este trabajo analiza los efectos de la invalidez en relación con los distintos mecanismos de revisión de las decisiones contractuales en el marco de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Para ello, parte de una comprensión de la invalidez como el resultado de un juicio de ajuste de un acto al ordenamiento jurídico. Asimismo, entiende que no hay correlación entre la gravedad del vicio de invalidez –nulo o anulable– y el tipo de ineficacia que se predica en el caso concreto –ineficacia ex tunc o ineficacia ex nunc–. A partir de ahí, se analizan reacciones frente a la invalidez como la restitución de la legalidad, el resarcimiento, la retroacción de actuaciones, la cancelación del procedimiento o el mantenimiento del contrato ilegal.

### PALABRAS CLAVE

Contratos públicos; invalidez; restitución; resarcimiento; retroacción de actuaciones.

---

### ABSTRACT

The legal concept of invalidity poses many problems. Among all of them, this paper tackles the consequences stemming from invalidity according to the new Act on Public Contracts (Act 9/2017, November 8). With this aim, invalidity is construed as the result of deviation from legal requirements. Furthermore it is argued that there is no correlation between the kind of invalidity –nullity or voidability–, and the consequences deriving from it –ex tunc or ex nunc ineffectiveness–. From this perspective, different results of invalidity are analyzed, such as restoration of the prior legal situation, damages, reversal of proceedings, cancellation of proceedings and the continuation of the null contract.

### KEYWORDS

Public contracts; invalidity; restoration; damages; reversal of the proceedings.

### SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LAS PREVISIONES DEL DERECHO POSITIVO. 1. LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA INVALIDEZ. 2. EL MOMENTO EN QUE TIENEN LUGAR LOS EFECTOS DE LA INVALIDEZ. III. LOS TIPOS DE EFECTOS DE LA INVALIDEZ. 1. LOS FUNDAMENTOS DE LOS EFECTOS DE LA INVALIDEZ. 1.1. La teoría del control de la discrecionalidad. 1.2. La tutela de las posiciones

jurídico-subjetivas de los particulares. 1.3. Garantía de funcionamiento del mercado y del interés público en el contrato. 2. EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD. 2.1. La anulación. 2.2. La retroacción de actuaciones. 2.3. La condena a hacer a la Administración. 2.4. La cancelación de la licitación. 2.5. La liquidación del contrato. 2.6. La garantía de la continuidad del servicio. 3. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS. 3.1. Los daños causados al licitador. 3.2. En especial, la flexibilización de los requisitos ligados al deber resarcitorio. 3.3. Los daños causados al contratista. IV. PROBLEMAS PRÁCTICOS. 1. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE IMPOSIBLE EJECUCIÓN. 2. LA FALTA DE CAPACIDAD DIRECTIVA DE LA CONDUCTA ADMINISTRATIVA. V. CONCLUSIONES: EL DERECHO ES EFICAZ CUANDO SE APLICA A TIEMPO. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO<sup>1</sup>

El fenómeno de la invalidez plantea numerosos interrogantes referidos, fundamentalmente, a la definición del concepto de invalidez, la determinación normativa de los motivos que están asociados a ella, los procedimientos orientados a su declaración y los efectos que se derivan de los actos inválidos. Este trabajo solo analiza los efectos de la invalidez en relación con los distintos mecanismos de revisión de las decisiones contractuales en el marco de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Para ello, parte de una comprensión de la invalidez como el resultado de un juicio de ajuste de un acto al ordenamiento jurídico. Es un concepto que designa una cualidad que puede predicarse de una actuación administrativa. Se explica en un contexto de ajuste entre la realidad y la norma. Desde esa perspectiva, un acto es válido «cuando es conforme con el ordenamiento jurídico»<sup>2</sup>. Puede afirmarse entonces que la validez en sentido estricto es la conformidad (jurídicamente relevante) a las normas procedimentales o sustantivas para la producción de una actuación jurídica<sup>3</sup>. La validez se vincula, así, con «la satisfacción de las condiciones para el correcto y exitoso ejercicio de una potestad»<sup>4</sup>.

Ahora bien, ¿qué sucede en el plano de los efectos cuando un acto es inválido? Habitualmente se parte de una separación entre el plano teórico-jurídico y el plano de los hechos que impide observar el fenómeno de la invalidez en toda su extensión<sup>5</sup>. Se afirma que un acto inválido es ineficaz. Sin embargo, es evidente que la mayoría de los actos inválidos producen efectos –los produjeron antes de que se declarara la invalidez–. Es más, en muchas ocasiones, el legislador se muestra a favor de mantener los efectos derivados de los actos inválidos. Gran parte de la doctrina, influida por algunas construcciones civilistas, afirma que la nulidad produce efectos «ex tunc», mientras que la anulabilidad desplegaría efectos «ex nunc»<sup>6</sup>. Sin embargo, esta distinción no puede constatarse en la realidad. Los conceptos de invalidez e ineficacia son independientes<sup>7</sup>. Y no hay correlación entre la gravedad del vicio de invalidez –nulo o anulable– y el tipo de ineficacia que se predica en el caso concreto –ineficacia *ex tunc* o ineficacia *ex nunc*–. Ni la hay en el Derecho positivo, ni la hay en la realidad. Esta afirmación se pone especialmente en evidencia en el ámbito de la contratación pública.

Las particularidades que plantea este sector desde el punto de vista de los efectos de la invalidez pueden concentrarse en torno a dos ejes: por un lado, se trata de un procedimiento de reparto de recursos escasos, en el que las relaciones entre la Administración y los particulares adquiere un cierto grado de complejidad; por otro lado, se trata de un ámbito fuertemente europeizado especialmente en relación con los sistemas de revisión y de control de la invalidez. Seguidamente se desarrollan brevemente cada uno de ellos:

a) El procedimiento de adjudicación de contratos públicos se encuadra en un tipo procedimental específico, de carácter competitivo, que articula intereses en pugna por el reparto de un bien escaso como son los contratos públicos<sup>8</sup>. Esto significa que la declaración de invalidez de un acto dictado en ese procedimiento

<sup>1</sup> Este trabajo tiene su origen en la invitación de los profesores Santiago Muñoz Machado y Mariano López Benítez a participar en la edición de 2018 del Seminario sobre la Reforma del Estado, que se celebró en la sede del INAP en Madrid el 10 de octubre. Parte de las ideas que se recogen en este trabajo se contiene en las Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en La Laguna los días 3 y 4 de febrero de 2017, publicadas por el INAP ese mismo año.

<sup>2</sup> A. GALLEGU ANABITARTE y Á. MENÉNDEZ REXACH (2001: 195).

<sup>3</sup> J. L. PÉREZ TRIVIÑO (1999: 263); A. NIETO (1994: 10-11); M. R. ALONSO IBÁÑEZ (2017: 29).

<sup>4</sup> N. McCORMICK (2011: 207).

<sup>5</sup> J. GARCÍA LUENGO (2002: 257).

<sup>6</sup> Da cuenta de esta doctrina, M. BELADIEZ ROJO (1994: 62).

<sup>7</sup> M. R. ALONSO IBÁÑEZ (2017: 31).

<sup>8</sup> Sobre las particularidades del régimen jurídico de este tipo de actividad con carácter general, L. ARROYO JIMÉNEZ y D. UTRILLA (dirs.) (2015: *passim*); N. MALAVIYA (2009: 253).

puede afectar a varios interesados; es más, puede llegar a proyectarse sobre el contrato celebrado entre la Administración —en sentido amplio— y el contratista. De modo que la invalidez de un acto puede desencadenar al mismo tiempo un beneficio para uno o varios particulares y un perjuicio para otros; a lo que se suma la dificultad de reponer las cosas al estado anterior a la invalidez cuando la ejecución del contrato ya está avanzada o, incluso, consumada. Por otro lado, la Administración puede requerir las prestaciones que son objeto de un contrato inválido, de modo que, en ocasiones, el interés público en el mantenimiento del contrato podrá primar sobre el deber de restablecer la legalidad, eliminando los actos de un contrato inválido. Como puede apreciarse, la articulación del prisma de intereses en juego en el ámbito de la contratación plantea un reto en el análisis de los efectos de la invalidez.

b) A las particularidades de la contratación pública como vía de reparto de recursos escasos, hay que sumar, asimismo, el intenso grado de europeización de los mecanismos de recurso que se ponen a disposición de los particulares. El Derecho europeo exige a los Estados miembros el establecimiento de mecanismos de impugnación de las actuaciones contrarias a las normas europeas de contratación pública. Esos mecanismos han de ser verdaderamente rápidos y eficaces, actuando en la fase en que las infracciones aún pueden corregirse (Directiva 89/665/CEE). Mediante el diseño de los procedimientos de adjudicación en consonancia con los procedimientos de recurso, el Derecho europeo consigue condicionar los efectos derivados de la invalidez. Incluso, establece mecanismos de sanción al órgano de contratación que ha producido el acto inválido, en determinadas circunstancias. Esta regulación aporta una visión novedosa para el Derecho español. Los efectos de la invalidez no se consideran una consecuencia de la aplicación de una teoría más o menos desarrollada al respecto. Por el contrario, se analizan los efectos que han de producirse en la práctica para lograr consecuencias concretas como, por ejemplo, evitar que se celebre el contrato antes de que se haya podido impugnar por las vías adecuadas o conseguir que el órgano que dicta un acto inválido experimente algún perjuicio de esa conducta. Esta perspectiva puede ser muy útil, y no solo en el ámbito de la contratación, para abordar el fenómeno de la invalidez como un mecanismo dinámico y no como un concepto dogmático estático. De esa manera se pueden diseñar procedimientos y normas que verdaderamente contribuyan a eliminar los actos inválidos del ordenamiento jurídico, garanticen la tutela de los particulares y, además, generen incentivos en la Administración para actuar conforme a Derecho.

Sobre estos presupuestos, a continuación, se analizan los efectos de la invalidez en la contratación pública. En primer lugar, se exponen las directrices del Derecho positivo en torno a los efectos de la invalidez en materia de contratación pública. Seguidamente se hace una propuesta de ordenación de los distintos efectos de la invalidez en torno a dos ejes: restablecimiento de la legalidad y resarcimiento de daños y perjuicios. En tercer lugar, se hace alusión a algunos problemas prácticos. Finalmente, se formulan unas breves conclusiones finales.

## II. LAS PREVISIONES DEL DERECHO POSITIVO

### 1. La regulación de los efectos de la invalidez

Al igual que sus antecesoras<sup>9</sup>, la normativa vigente en materia de contratación pública contiene una serie de reglas específicas sobre las causas de invalidez de los contratos públicos —de nulidad y anulabilidad de Derecho Administrativo y de Derecho civil— y los efectos que derivan de ellas (arts. 38 y ss. LCSP). Estas reglas se recogen en el Capítulo IV, del Título I del Libro I de la Ley, titulado «régimen de la invalidez». En la nueva LCSP, el artículo 42 se dedica a los efectos de la declaración de nulidad y los efectos en supuestos de anulabilidad. El artículo 35 TRLCSP solo se refería a los efectos de la declaración de nulidad. Podría parecer, a primera vista, que el legislador ha pretendido diferenciar entre los efectos que se derivan de actos viciados de nulidad y de anulabilidad. Sin embargo, el contenido del precepto es prácticamente idéntico en ambas leyes:

«1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase

<sup>9</sup> Artículo 35 TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público); art. 35 LCSP de 2007 (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), artículo 65 TRLCAP (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas); y artículo 66 LCAP (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas).

de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y a sus consecuencias.
3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio (...).

A la vista está que el legislador no distingue entre el grado de invalidez en el que incurría el acto o el contrato que es objeto de la declaración de nulidad. Sí diferencia, en cambio, en torno al tipo de acto inválido. Si se trata de un acto precontractual, la invalidez se contagia al contrato que se haya podido celebrar con posterioridad. Si, por el contrario, el acto no es preparatorio, de lo que hay que deducir que el legislador se refiere a actos en la fase de ejecución del contrato, entonces, la invalidez solo afecta a esos actos y sus consecuencias.

En relación con los efectos concretos que se anudan a la declaración de nulidad, el legislador solo regula los referidos al contrato inválido. La primera reacción frente a la invalidez es que el contrato entre en fase de liquidación. Como consecuencia directa, las partes han de devolverse las cosas recíprocamente, esto es, las prestaciones acordadas. Pero como es habitual que no sea posible devolver la prestación ya realizada –ya sea una obra, un servicio o los bienes suministrados–<sup>10</sup>, el legislador establece que, cuando no sea posible la devolución, las partes deben devolverse el valor. En la práctica, esto significará que el contratista que ha ejecutado todo el contrato o parte del contrato, debe recibir la contraprestación correspondiente por los trabajos realizados. Además, si se producen daños entre las partes, la culpable debe indemnizarlos. De manera que habrá que atender a la responsabilidad de cada parte en el vicio de invalidez. Así pues, los efectos de la nulidad de los actos producidos en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato se consideran relevantes en la medida en que contagian al contrato celebrado con posterioridad<sup>11</sup>. Los efectos previstos se proyectan sobre la relación jurídica contractual entablada entre la Administración y el contratista. No se tienen en cuenta, con carácter general, los efectos o consecuencias que tiene la nulidad de esos actos más allá de la relación contractual.

No obstante, hay que destacar que el legislador sí apunta a la posibilidad de que el interés público module los posibles efectos de la invalidez de un contrato inválido. Para que se produzca ese efecto deben producirse graves trastornos al servicio público. Además, el mantenimiento del contrato inválido debe limitarse al tiempo necesario para adoptar medidas urgentes que remedien la situación. Sobre el alcance de esta regulación y su compatibilidad con el Derecho europeo se volverá más adelante, cuando se analice el mantenimiento de los efectos del contrato como una posible consecuencia de la invalidez.

Hasta aquí puede apreciarse cómo la regulación contenida en el actual artículo 42.1 LCSP estaba pensada para el sistema tradicional de revisión de las decisiones contractuales, mediante recursos administrativos, recursos contencioso-administrativos y revisiones de oficio. Ya se ha señalado que es un precepto que ha ido pasando de unas leyes a otras sin apenas modificaciones. Cuando se redactó esta norma, el legislador se centraba en los efectos vinculados al contrato inválido porque una posible declaración de invalidez de un acto preparatorio o del acto de adjudicación se produciría prácticamente con seguridad, cuando el contrato se hubiera celebrado y se estuviera ejecutando. De hecho, era habitual que el contrato ya estuviese ejecutado.

En este contexto, los sistemas de revisión apenas se empleaban por los candidatos y licitadores contra actos precontractuales. La litigiosidad en torno a la adjudicación de contratos públicos era meramente testimonial. Y no cabe presumir que ello se debiera a la especial corrección de los procedimientos en un sector especialmente propenso a las prácticas anticompetitivas<sup>12</sup>. A pesar de las posibles desviaciones de la regulación, los interesados no accionaban ningún procedimiento de revisión porque los recursos no eran eficaces ni precisamente rápidos. La duración de los procedimientos era extensa y apenas se adoptaban

<sup>10</sup> V. AGUADO I CUDOLÀ (2017: 251 y ss.).

<sup>11</sup> V. S. BACA ONETO (2006: 105 y ss.).

<sup>12</sup> Esta constatación aparece en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, de 27 de enero de 2011, COM(2011) 15 final, págs. 34 y ss.

medidas cautelares. Así que, dada la escasa probabilidad de obtener una resolución exitosa, se aplicaba la máxima de «no morder la mano que te da de comer». La ausencia de un sistema de tutela verdaderamente eficaz actuaba, de este modo, como un mecanismo disuasorio de la protección de los propios intereses<sup>13</sup>. Por esa razón, el legislador no alude en este precepto a la posible retroacción de actuaciones en la fase de preparación y adjudicación, que sería lo más deseable para garantizar el cumplimiento de las normas de procedimiento; o a la cancelación de la licitación, si el vicio afectaba al diseño de la licitación. El legislador no estaba pensando en un sistema de recursos rápido y eficaz. Por esa razón, la regulación legal de los efectos se queda corta en el actual contexto normativo.

Algo similar sucede con la regulación de los efectos de la invalidez de los actos que no sean preparatorios, es decir, los actos de ejecución. Según la Ley, la declaración de nulidad solo les afectará a ellos mismos y a sus consecuencias (art. 42.2 LCSP). Esta regulación podía tener sentido en un contexto en el que en la fase de ejecución solo estaban afectados los intereses del contratista y de la Administración. La nulidad de una modificación contractual solo afectaba a las partes del contrato. Sin embargo, en la actualidad, la fase de ejecución está vinculada a la adjudicación del contrato porque se entiende que en ese momento pueden ponerse de manifiesto vicios relacionados con la adjudicación. Por esa razón, las Directivas de 2014 regulan la subcontratación, la modificación del contrato y algunas causas de resolución. La situación actual del Derecho positivo en relación con los actos de ejecución es, por tanto, distinta. Así, por ejemplo, una modificación inválida del contrato puede dar lugar, no solo a la nulidad de la modificación, sino a la resolución del contrato, si no es posible continuar con su ejecución sin modificarlo (art. 203.2 *in fine* LCSP). Y la resolución del contrato conlleva también deberes indemnizatorios entre las partes, como señala el artículo 213 LCSP. Se observa, por tanto, una extensión de los efectos de la nulidad de la modificación al contrato. Esto es algo con lo que no contaba el redactor del precepto ahora recogido en el artículo 42 LCSP.

Del análisis expuesto, puede afirmarse que el legislador ha comenzado a prestar atención a los efectos derivados de la invalidez de los actos dictados en el marco del procedimiento de adjudicación de contratos públicos al introducir la regulación del denominado «recurso especial en materia de contratación» (arts. 44 y ss. LCSP) –derivado de la transposición de las denominadas «Directivas de recursos»–<sup>14</sup>. En ese momento, al regular el contenido de la resolución del recurso especial, establece los posibles efectos que pueden derivarse de un acto inválido en el seno del procedimiento de adjudicación del contrato: anulación de las decisiones ilegales, retroacción de actuaciones y, en su caso, indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al recurrente (arts. 57 y 58 LCSP). El legislador ha eliminado la posibilidad de que la resolución del recurso especial reconozca directamente el derecho a la adjudicación de uno de los licitadores –que sí estaba previsto en el art. 47.2 *in fine* TRLCSP–, aunque en el caso de que exista un derecho de unos de los licitadores al contrato, el órgano contratante deberá hacer efectivo ese derecho.

A diferencia de los efectos derivados de la anulación de un contrato público, estos efectos sí se proyectan sobre la relación de la Administración con los posibles interesados en el contrato. Y son complementarios de los efectos que puedan derivarse del contrato inválido, que pueda haberse celebrado. Pero, además, hay que tener en cuenta que estos efectos acontecen en la realidad más allá de los supuestos susceptibles de recurso especial. Estos son los efectos habituales que se derivan de la declaración de invalidez en los procedimientos de adjudicación en la jurisprudencia contencioso-administrativa; aunque la duración de los procesos hará difícil la retroacción de actuaciones o la cancelación de la licitación en la práctica en muchas ocasiones. También cuando se regula la revisión de oficio, el legislador alude, en concreto, a la indemnización como posible efecto de la declaración de invalidez (art. 41 LCSP). Y lo mismo sucede cuando se regula la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y el desistimiento del procedimiento por la concurrencia de vicios insubsanables (art. 152 LCSP).

De todo lo expuesto hasta ahora, puede constatarse claramente que el catálogo de efectos derivados de la invalidez en materia contractual va más allá de la liquidación del contrato y la indemnización de los daños producidos y que la Ley no distingue entre los efectos derivados de los actos nulos y anulables. Esta última afirmación es importante, porque demuestra la inexistencia de una correlación entre invalidez e ineficacia. La doctrina administrativista ha denunciado que no es cierto que la producción de efectos de un acto administrativo se condicione a su ajuste al ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. En muchos casos, actos inválidos producen

<sup>13</sup> Así se afirma en los Considerandos de la Directiva 89/665/CEE.

<sup>14</sup> M.ª I. GALLEGU CÓRCOLES (2011: 261). Las Directivas de recursos son las Directivas 89/665/CEE, 92/13/CEE y la Directiva 2007/66/CE, que reforma las anteriores.

<sup>15</sup> Al respecto, en extenso: T. CANO CAMPOS (2004: 194 y ss.); y (2017: 4).

efectos sin que nadie –ni el particular, ni la Administración– se dirija contra esa situación, lo que permite su consolidación. Pero es que, además, el ordenamiento jurídico prevé con normalidad que se mantengan los efectos jurídicos de actos contrarios a derecho. Así sucede cuando la Administración ejercita sus potestades de revisión. En ese caso, el legislador considera que el deber de restablecer la legalidad tiene límites. De modo que no podrá revisarse un acto cuando por prescripción de acciones, por el transcurso del tiempo o por otras circunstancias, el resultado sería contrario a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o a las leyes (art. 110 LPACAP). En el concreto ámbito de la contratación pública se admite el mantenimiento de los efectos de un contrato nulo cuando se pudiera producir un grave trastorno al servicio público (art. 42.3 LCSP)<sup>16</sup>. De modo que no es cierto que un acto inválido sea ineficaz, ni que desaparezcan los efectos que era susceptible de producir el acto anulado. Ni en el derecho positivo ni en la práctica existe una relación de causalidad entre invalidez e ineficacia<sup>17</sup>.

Desde un punto de vista metodológico, hay que tener en cuenta que la invalidez es un concepto jurídico elaborado por la dogmática clásica susceptible de aplicación dicotómica<sup>18</sup>. Un acto es inválido o no lo es. Dicho de otro modo, o es conforme con la norma del juicio de validez o no lo es. No cabe una tercera posibilidad<sup>19</sup>. La gravedad del vicio de nulidad determinará las vías que permiten impugnar el acto y el plazo para hacerlo. Pero la conclusión solo puede ser validez o invalidez. En el caso de la eficacia, sin embargo, cabe una aplicación matizada conforme a las circunstancias y los intereses en juego. De los efectos externos producidos por el acto en la realidad pueden subsistir unos y no otros<sup>20</sup>. La capacidad de configuración de los efectos va mucho más allá de decidir si se eliminan *ex tunc* o *ex nunc*. Al analizar los efectos derivados de la invalidez se realiza una ponderación de todos los intereses en juego con base en determinadas técnicas jurídicas como la de la protección de la confianza jurídica<sup>21</sup>. No hay una aplicación subsuntiva de la norma, sino una ponderación<sup>22</sup>. Por esa razón la conexión entre invalidez e ineficacia se apoya, a mi juicio, en una premisa metodológica defectuosa. De un concepto dogmático, estático, se pretenden inferir consecuencias dinámicas, ligadas a los efectos del acto.

## 2. El momento en que tienen lugar los efectos de la invalidez

En relación con el momento en que una declaración de nulidad despliega sus efectos, hay que atender a la regulación del artículo 42 LCSP. Conforme a este precepto: «[l]a declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato (...)». La literalidad de la norma parece establecer una condición para que se produzca la transmisión de los vicios de invalidez de los actos de preparación y adjudicación al contrato: la firmeza de esa declaración. Esta condición puede interpretarse como una excepción a la regla general de ejecutividad de los actos de las Administraciones Públicas sometidos a Derecho administrativo, que está prevista en la propia LPACAP (art. 98.1 c), cuando una disposición así lo establece. La LCSP establecería esa excepción al señalar que la ejecutividad de la declaración de nulidad de actos preparatorios o de adjudicación no se produce hasta que adquiere firmeza.

Esta interpretación puede tener en sentido en la medida en que la transmisibilidad de los vicios de la fase precontractual al contrato supone dotar a la Administración de la capacidad para anular el contrato sin que haya habido una revisión por parte de un juez y de que se haya garantizado la defensa del contratista. De hecho, no se reconoce en muchos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. De modo que, cuando se establece esta regulación tiene sentido que se quiera garantizar la firmeza de la declaración de nulidad antes de traspasar los efectos al contrato. En la medida en que no se señala cuál es el carácter de esa firmeza, podría entenderse que se trata de firmeza tanto en vía administrativa como judicial. Ese podría ser el sentido originario de la declaración del artículo 42 LCSP, que se dicta en un contexto en el que la tutela al licitador y la declaración de nulidad de los actos preparatorios y de adjudicación era algo totalmente excepcional. Apenas existían impugnaciones de ese tipo de actos.

<sup>16</sup> Sobre este último supuesto, J. A. MORENO MOLINA (2010: 161 y ss.).

<sup>17</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1975: 73 y ss.).

<sup>18</sup> S. DÍEZ SASTRE, (2018a: 118 y ss.).

<sup>19</sup> G. DOMÉNECH PASCUAL (2002: 212).

<sup>20</sup> Sobre la distinción entre eficacia interna y externa, R. BOCANEGRA SIERRA (2011: 784 y ss.); también, T. CANO CAMPOS (2004: 171 y ss.).

<sup>21</sup> M. REBOLLO PUIG (2009: 18); T. CANO CAMPOS (2004: 204).

<sup>22</sup> J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2006: 26-27).

El problema surge cuando la previsión tradicional de declaración de nulidad de actos precontractuales en la legislación de contratos debe compatibilizarse con la nueva regulación del recurso especial. De acuerdo con el artículo 59.1 LCSP, solo cabe recurso contencioso-administrativo contra la resolución de recurso especial. Y, conforme al artículo 59.2 LCSP, las resoluciones de los órganos de recursos contractuales serán directamente ejecutivas. En esa situación cabrían dos opciones: a) la primera es entender que esta norma relativa al recurso especial es una regla especial con respecto al artículo 42 LCSP y que tiene, por tanto, aplicación preferente, desplazando a la regulación general; pero que en el resto de casos, la firmeza se refiere a firmeza en sede judicial; o b) interpretar que, en realidad, esta regulación del recurso especial ayuda a interpretar el artículo 42 LCSP, de modo que la firmeza es firmeza únicamente en vía administrativa en todos los casos. Eso significaría que en vía de recurso ya se ha declarado la nulidad o que en vía de revisión de oficio se ha declarado la nulidad y que no caben más vías de revisión en sede administrativa.

Al respecto, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado ya sobre casos en los que se produce una declaración de nulidad de una adjudicación de un órgano de recursos contractuales y no se ejecuta, manteniéndose la ejecución del contrato<sup>23</sup>. Al respecto, señala el Tribunal que hay que atender a la finalidad del recurso, la rapidez y eficacia, así como al efecto útil del Derecho europeo. Esos objetivos no se lograrían, si los efectos de la declaración de nulidad se dilataran hasta la resolución de un posible recurso contencioso-administrativo. Aunque el Tribunal Supremo no lo señala expresamente, interpreta que la firmeza del artículo 42 LCSP es firmeza en vía administrativa cuando se trata de asuntos recurribles mediante recurso especial.

Ahora bien, puesto que el sistema de revisión de decisiones en materia contractual es complejo, surge la duda de si la solución dada para los supuestos sometidos a recurso especial, es trasladable a todos los supuestos de impugnación de decisiones contractuales. De manera que hay que analizar si, cuando hay una declaración de nulidad de una adjudicación mediante recurso de reposición, por ejemplo, se produce directamente la nulidad del contrato con los efectos que ello conlleva. Al respecto, parece que la nueva cultura de tutela precontractual que se ha instaurado a partir del recurso especial puede extenderse a cualquier tipo de revisión en vía administrativa de decisiones contractuales; siempre que sea posible ir al contencioso-administrativo, requiriendo, en su caso, una suspensión de los efectos de la declaración de nulidad. Esta interpretación puede tener encaje en el sistema de tutela de los particulares, siempre que se garantice la posibilidad de que se adopten medidas cautelares, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional<sup>24</sup>. De ese modo, se garantizaría de forma equilibrada la ejecutividad de la resolución administrativa que declara la nulidad, así como la protección del contratista que ve en peligro el contrato que ha celebrado y que puede estar ejecutando.

Algo distinto sucede en los casos en que la Administración declara la nulidad de un acto anulable en el marco del procedimiento de contratación. En esos casos, el acto es ejecutivo y surte efectos hasta la firmeza de la sentencia judicial que decida sobre la anulación del acto. La declaración de nulidad es una actuación previa a la vía contencioso-administrativa a la que no se puede dotar de los mismos efectos que una declaración de nulidad en el marco de una revisión de oficio o de la resolución de un recurso administrativo<sup>25</sup>.

### III. LOS TIPOS DE EFECTOS DE LA INVALIDEZ

#### 1. Los fundamentos de los efectos de la invalidez

Como se acaba de ver, el Derecho positivo hace alusión a posibles indemnizaciones, anulaciones, retroacción de actuaciones y mantenimiento del contrato, entre otras consecuencias, cuando regula los efectos de la invalidez y de las vías de revisión de la actuación administrativa. Pero no establece un cuadro ordenado de los efectos de la invalidez y de los tipos de supuestos en que deben producirse unos u otros. Un modo de racionalizar los efectos de la invalidez consiste en encontrar las razones que subyacen a su regulación. Con esa finalidad, aquí se proponen tres fundamentos complementarios de los efectos de la invalidez en el ámbito contractual: la teoría del control de la discrecionalidad de la Administración; el derecho de los particulares a la tutela de sus posiciones jurídico-subjetivas; y el deber de garantizar el buen funcionamiento del mercado y el interés público en la ejecución de los contratos. En seguida, se desarrolla cada uno de ellos

<sup>23</sup> Por todas, las SSTs 3014/2013 y 341/2015.

<sup>24</sup> Por todas, la STC 148/1993.

<sup>25</sup> STS 2868/2018.

brevemente. Baste apuntar ahora que, con base en estos fundamentos es posible encontrar dos ejes que explican los distintos efectos de la invalidez: las reacciones vinculadas al restablecimiento de la legalidad, y a la ponderación de intereses que se produce en esos casos; y el resarcimiento de los daños y perjuicios que puedan haberse ocasionado como consecuencia de la actuación inválida de la Administración.

### 1.1. La teoría del control de la discrecionalidad

Los efectos derivados de la invalidez de los actos en materia contractual pueden ponerse en conexión, en primer lugar, con las exigencias de la teoría del control de la discrecionalidad administrativa<sup>26</sup>. La anulación del acto o del contrato es la consecuencia inmediata de un juicio de contraste entre la realidad y la norma jurídica aplicable que constata la invalidez de un acto. Sin embargo, las demás consecuencias ligadas a esa anulación (retroacción de actuaciones, condena a hacer a la Administración, mantenimiento de los efectos del contrato o cancelación de la licitación) se explican bien desde el punto de vista del control de la discrecionalidad de la Administración. *La razón por la que se ordena una u otra consecuencia radica en la existencia o no de márgenes de discrecionalidad de la Administración, entendida como la necesidad de integrar el supuesto de hecho de una norma en sede aplicativa*<sup>27</sup>.

*Esto significa que solo cuando la decisión esté totalmente programada, esto es, cuando sea reglada, será posible anular una consecuencia jurídica determinada al supuesto de hecho planteado*<sup>28</sup>. Esto es lo que sucederá si, por ejemplo, los criterios de adjudicación eran conformes a derecho y aplicables automáticamente, pero se aplicaron mal<sup>29</sup>. En ese caso el control que puede realizarse sobre la actuación administrativa es positivo<sup>30</sup>. Existen suficientes criterios para decidir cuál era la única decisión conforme a derecho –y a la voluntad de la Administración fijada a través de los actos de preparación–. Por esa razón la Administración revisora y el juez pueden llegar a determinar cuál era la decisión que debía adoptarse y puede dictar una resolución de condena a la Administración<sup>31</sup>.

Junto a estos supuestos, es posible que en otros casos la discrecionalidad de la Administración no haya desaparecido por completo. Esto significa que, en el margen abierto por el legislador, la Administración ejerce parte de su discrecionalidad a través de los actos preparatorios del contrato, pero subsisten espacios de decisión discrecional. Esto es lo que sucede cuando se incorporan conceptos jurídicos indeterminados en los criterios de adjudicación, que han de ser objeto de un juicio de valor. En esos supuestos, la Administración debe buscar cuál es la mejor oferta en el margen de discrecionalidad abierto por ella misma. Por el contrario, *el órgano revisor solo puede desechar las decisiones que no sean «aceptables»*<sup>32</sup>. Esta es la razón que explica por qué en ese tipo de supuestos el control ejercido sobre el acto administrativo solo puede ser negativo. No cabe sustituir la decisión tomada por otra, porque solo la Administración puede decidir cuál es la decisión adecuada. *Es en este tipo de casos en los que la decisión de anulación de un acto en el marco del procedimiento de adjudicación de un contrato público debe ir acompañada de un deber de retrotraer las actuaciones al momento anterior a la comisión de la ilegalidad que ha dado lugar a la invalidez*. De ese modo se restablece la legalidad y se respeta, al mismo tiempo, el margen de discrecionalidad que solo puede ejercer la Administración.

### 1.2. La tutela de las posiciones jurídico-subjetivas de los particulares

La otra cara de la moneda de la teoría de la discrecionalidad es la protección de las posiciones jurídico-subjetivas de los particulares. *Desde este punto de vista se pone de manifiesto la insuficiencia de una construcción de los efectos de la invalidez apoyada en la mera ejecución de una declaración anulatoria*. No basta con que teóricamente puedan derivarse efectos de la invalidez. Los efectos de la invalidez exigen eficacia en la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos y no meras declaraciones cuyo valor suele ser meramente nomofiláctico. En este plano entra en juego el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE). Aunque la jurisprudencia constitucional se ha centrado en las garantías proce-

<sup>26</sup> Al respecto, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2003: 131 y ss. y 136).

<sup>27</sup> M. BACIGALUPO SAGGESE (1997: 204 y ss.).

<sup>28</sup> Se sigue en este punto la explicación y terminología de J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 170 y ss.).

<sup>29</sup> S. DÍEZ SASTRE (2012: 113 y ss.).

<sup>30</sup> J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 172).

<sup>31</sup> A. HUERGO LORA (2000: 214).

<sup>32</sup> J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016: 173).

dimentales de este derecho, es preciso asegurar un contenido sustantivo de tutela que sea verdaderamente efectiva<sup>33</sup>. En este sentido, de forma paralela a los efectos típicos de la invalidez, puede hablarse de tutela primaria o restitutoria y de tutela secundaria o resarcitoria.

El deber de restablecimiento de la legalidad interpretado en clave subjetiva se traduce en un deber de tutela restitutoria. Esto significa que, cuando se comprueba una falta de correlación entre el derecho y la realidad, es preciso corregir esa situación reponiendo al particular en su posición jurídico-subjetiva vulnerada. Para llevar a cabo esta operación es determinante analizar cuál es el contenido de la posición jurídica del particular. En el caso de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos esta operación no es sencilla. Sin ánimo de exhaustividad, puede decirse que *el particular tendrá derecho normalmente, bien a la tramitación del procedimiento conforme a derecho, bien a la adjudicación del contrato*<sup>34</sup>. La forma de restituir estas posiciones deberá ser distinta.

La anulación del acto inválido, la retroacción de actuaciones y la cancelación del procedimiento serán formas de restablecer la legalidad en el primer supuesto. Si el particular solo tiene un derecho a que el procedimiento se ajuste a derecho, el ordenamiento jurídico no puede garantizarle nada más. De modo que habrá que anular el acto y retrotraer las actuaciones para que se repitan; o cancelar directamente el procedimiento para que vuelva a tramitarse de nuevo, si se considera oportuno. Por el contrario, si la posición jurídico-subjetiva del particular encierra un derecho al contrato, la forma idónea de tutela será obligar a la Administración a que le adjudique el contrato efectivamente. En ambos casos se dispensa al ciudadano una tutela restitutoria. *Este tipo de tutela es el más eficaz de todos*, puesto que es capaz de restablecer la legalidad vulnerada. De modo que es la forma de tutela más deseable, de ahí su posible caracterización como tutela primaria, siguiendo la terminología del derecho alemán (*Primärrechtsschutz*)<sup>35</sup>. En el plano constitucional, sin embargo, no existe una preferencia general a favor de este tipo de tutela en el derecho español<sup>36</sup>.

A pesar de que la tutela primaria es la más deseable, ya se ha expuesto anteriormente, que no siempre es realizable en la práctica. El juicio sobre los efectos de un acto declarado inválido puede conducir al mantenimiento de los efectos de un contrato nulo. Pero, además, en muchos casos –salvo en los supuestos de recurso especial–, los procedimientos de revisión de los actos de adjudicación se resuelven cuando el contrato ya se ha ejecutado. En cualquiera de los casos el restablecimiento de la legalidad no es posible. Quien debió ser adjudicatario nunca podrá serlo, porque se considera que existe un interés público que prima sobre su derecho. La única protección posible que queda entonces para la posición jurídico-subjetiva de ese particular es la indemnización por los daños y perjuicios sufridos<sup>37</sup>. Asimismo, hay que tener en cuenta que la restitución puede no ser suficiente para tutelar íntegramente al particular. De forma que, aun cabiendo la restitución, se hayan causado daños concomitantes que deban ser objeto de compensación. En todos estos casos debe garantizarse al particular una tutela resarcitoria o secundaria, en la medida en que puede ser supletoria a la tutela primaria en algunos casos.

Los daños susceptibles de tutela pueden referirse a la pérdida del contrato o a los gastos de preparación y participación en la licitación. Los más problemáticos en la práctica son los daños relativos a la pérdida del contrato. El artículo 42 LCSP establece, con respecto a los efectos de la invalidez de un contrato público, que las partes deberán restituirse las cosas y, cuando no sea posible, devolver su valor. Si se traslada este mandato a los casos de invalidez de un acto preparatorio del acto de adjudicación de un contrato público resultaría que la Administración que cometió una ilegalidad debe restituir la legalidad vulnerada. *Cuando se pone de manifiesto que la legalidad vulnerada reconocía un derecho al contrato a un licitador determinado, la primera forma de restituir la legalidad es adjudicarle el contrato. Si eso no es posible, habría que devolverle su valor*. Aquí es precisamente donde encaja la jurisprudencia contencioso-administrativa que reconoce que existe un deber de indemnizar por el beneficio industrial perdido cuando ya no es posible llegar a ejecutar el contrato. El deber de indemnizar puede añadirse al deber de restituir o bien sustituirlo cuando el restablecimiento de la legalidad ya no es posible<sup>38</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia contencioso-administrativa olvida la siguiente consecuencia que se deriva de la invalidez: la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. La devolución del valor del derecho

<sup>33</sup> S. Díez Sastre (2012: 92).

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 105 y ss.

<sup>35</sup> T. Schneider (2007: 46).

<sup>36</sup> Por todas, STC 32/82, de 7 de junio de 1982.

<sup>37</sup> M.ª I. Gallego Córcoles (2012: 168 y ss.).

<sup>38</sup> S. González-Varas Ibáñez (2003: 145).

al contrato no puede agotar las posibilidades indemnizatorias de un interesado en la licitación. Esa no puede ser la única consecuencia de la invalidez. En sede resarcitoria no es necesario probar que se tenía un derecho al contrato. La indemnización no está vinculada a la imposibilidad de ejecutar el contrato en estos casos. *La indemnización se liga a la prueba de la existencia de un daño. Y esa prueba se somete a una serie de requisitos típicos de la responsabilidad de la Administración: que exista un daño efectivo, un nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido y que el daño sea imputable a la Administración*<sup>39</sup>. De forma que, aunque no se pruebe que se tenía un derecho al contrato, es posible probar que sí se ha ocasionado un daño por la pérdida del contrato. Esta cuestión se desarrolla en detalle más adelante.

### 1.3. Garantía de funcionamiento del mercado y del interés público en el contrato

Junto a los fundamentos señalados para determinar los efectos de la invalidez, cabe añadir otro más, de carácter específico en el caso de la contratación pública. Se trata del deber de protección del buen funcionamiento del mercado, que está ligado a principios garantizados en la legislación de contratación pública, como la igualdad, no discriminación, concurrencia, publicidad y transparencia (art. 1 LCSP). La razón por la que la licitación debe cancelarse en algunos casos está ligada a la imposibilidad de subsanar el procedimiento desde el punto de vista del principio de competencia o de la garantía de confidencialidad. En esa misma línea, hay que interpretar que solo a través de la eficacia de las decisiones de invalidez se infunde confianza y seguridad en los operadores económicos para incentivar su participación en procedimientos de carácter competitivo. En este punto, el derecho europeo aporta una perspectiva que puede complementar una propuesta teórica sobre los efectos de la invalidez en los procedimientos de contratación pública, tal y como se expone a continuación.

Además, junto al buen funcionamiento del mercado, hay que tener en cuenta el interés público que subyace a los contratos públicos, que satisfacen las necesidades de la Administración. En la Ley el interés público aparece como valor a tener en cuenta a lo largo de la vida del contrato. Por eso cabe tramitar de forma urgente el expediente (art. 119.1 LCSP) si hay razones de interés público. Y solo por razones de interés público cabe no adjudicar o celebrar un contrato (art. 152.3 LCSP). Pero, el interés público es especialmente importante en la fase de ejecución. Por esa razón, se prevé la prórroga *ex lege* de los contratos en ciertas circunstancias, a las que se alude más adelante (art. 29.4 *in fine* LCSP); se permite mantener los efectos de un contrato inválido (art. 42.3 LCSP); y, también se reconoce una serie de prerrogativas a favor de la Administración<sup>40</sup>.

## 2. El restablecimiento de la legalidad

El efecto inmediato de la invalidez es el restablecimiento o restitución (*restitutio in integrum*) de la legalidad y de la posición jurídica vulnerada. Esto significa que debe reponerse la situación al momento previo a la comisión de la ilegalidad. La restitución constituye una institución fundamental en el ordenamiento jurídico, de carácter transversal<sup>41</sup>. El deber de reintegrar o restablecer la legalidad surge de un juicio actual entre la realidad y el derecho<sup>42</sup>. El paso previo al restablecimiento es la anulación del acto inválido. La nulidad constituye, de este modo, la «declaración institucional de la invalidez de un acto»<sup>43</sup>. El problema es que la forma en que debe restablecerse la legalidad vulnerada y declarada no está teorizada con el mismo grado de rigor. Los efectos anudados a la anulación pueden variar según los casos y los intereses en juego. Los efectos restitutorios típicos de la declaración de invalidez de un acto en un procedimiento de adjudicación serán la anulación del acto, la retroacción de actuaciones, la obligación de la Administración a hacer<sup>44</sup>, en ciertas circunstancias, la cancelación del procedimiento y, en su caso, la liquidación del contrato. Además, hay que tener en cuenta los supuestos en que puede considerarse necesario garantizar la continuidad del servicio,

<sup>39</sup> L. MEDINA ALCOZ (2005: 204 y ss.).

<sup>40</sup> La Administración puede modificar los contratos por razones de interés público (arts. 203, 261.1 b), 262, 290.1 LCSP); decidir el reequilibrio económico del contrato (art. 261.1 c) LCSP); rescatar un contrato unilateralmente para iniciar su gestión directa (arts. 279 c), 294 c) LCSP); o suprimir la explotación de las obras o de un servicio objeto de un contrato por razones de interés público (arts. 279 d), 294 d) LCSP). Además, la Ley limita la resolución del contrato por mutuo acuerdo al interés público (art. 212.4 LCSP); o cuando hay declaración de concurso, siempre que haya garantías suficientes en la ejecución (art. 212.5 LCSP).

<sup>41</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO (1985: 508); I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2009: 47).

<sup>42</sup> I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2009: 62).

<sup>43</sup> R. LETELIER WARTENBERG (2011: 95).

<sup>44</sup> Al respecto, V. S. BACA ONETO (2006: 347 y ss., 357, 359 y ss. y 365 y ss.).

lo que conducirá a una serie de efectos diversos, previstos en el ordenamiento jurídico. Hay otros efectos, como la responsabilidad disciplinaria o penal, que también podrían considerarse efectos de la invalidez de forma indirecta<sup>45</sup>, pero a los que no se hace referencia en este trabajo.

## 2.1. La anulación

En muchos casos de la invalidez de un acto se sigue exclusivamente de una declaración de nulidad. En la jurisprudencia contencioso-administrativa, en 2017, cerca del 40% de los litigios planteados por licitadores resultó en una declaración anulatoria en primera y segunda instancia, mientras que ese porcentaje se eleva a más del 70% en casación<sup>46</sup>. El acto se declara nulo, sin que se vinculen otros efectos jurídicos a este pronunciamiento. Esta situación puede traer causa de las pretensiones del interesado, que se centraron exclusivamente en la declaración de nulidad con el fin de reclamar con posterioridad una indemnización en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero también puede suceder que exista una indeterminación restitutoria. Esto es, que se deje para el momento de ejecución de la resolución anulatoria la fijación de las concretas medidas orientadas a restablecer la legalidad perdida. El problema en estos casos está en la demora de la tutela obtenida por el particular que debe esperar, en ocasiones, a un nuevo juicio en sede de ejecución de sentencia en torno a los efectos del acto inválido<sup>47</sup>.

Así, por ejemplo, en sede contencioso-administrativa se anula la resolución administrativa que preveía un contrato de suministro por la vía del procedimiento negociado sin publicidad al considerar que, siendo el contrato armonizado, ese supuesto de utilización de ese tipo procedimental no estaba previsto en la Directiva europea aplicable<sup>48</sup>.

En el caso de los órganos de recursos contractuales no existen datos detallados sobre los efectos reconocidos en la resolución, pero es presumible que la anulación sea muy común, en combinación con otro tipo de efectos, a los que se hace referencia en seguida.

## 2.2. La retroacción de actuaciones

Puesto que la anulación del acto inválido supone teóricamente la declaración de su ineficacia, es posible que la anulación del acto esté acompañada de un deber de retrotraer actuaciones<sup>49</sup>. Esto significa que, además de anular el acto, se obliga a la Administración a situarse en el momento anterior a la comisión de la ilegalidad para que vuelva a actuar eliminando los vicios en que incurrió. De ese modo se restablece el orden jurídico. Eso es a lo que se refiere la Ley cuando obliga a que las partes se devuelvan las cosas (art. 42 LCSP) –el problema es que, normalmente, no será posible, porque las prestaciones de los contratos, una vez que se han realizado, son difíciles de devolver–. Y eso mismo dispone el legislador en relación con los recursos administrativos (art. 119.2 LPACAP). Cuando se incurra en un defecto de forma y no se considere procedente resolver sobre el fondo del asunto, se debe ordenar la retroacción de actuaciones<sup>50</sup>. También puede suceder que en sede contencioso-administrativa la sentencia anule el acto impugnado y ordene la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a la producción del vicio de legalidad identificado. Aunque en el caso de recursos interpuestos por licitadores, en 2017 solo el 10% de los casos se resolvió con una sentencia que ordenara la retroacción de actuaciones<sup>51</sup>.

La jurisprudencia reconoce en distintos supuestos el deber de la Administración de retrotraer actuaciones con el fin de tramitar el procedimiento sin los vicios identificados:

- a) En un primer grupo de casos, la retroacción de actuaciones puede conducir a un resultado distinto del procedimiento. Así sucede cuando se adjudica el contrato con base en criterios no previstos en los pliegos, lo que determina su anulación y la retroacción de actuaciones al momento anterior a la adju-

<sup>45</sup> Con respecto a la obligación de dejar sin efecto los contratos derivados de actos de corrupción: C. AYMERICH CANO (2015).

<sup>46</sup> S. DÍEZ SASTRE (2018b: 139).

<sup>47</sup> R. LETELIER WARTENBERG (2011: 110).

<sup>48</sup> SAN (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.ª), de 10 de diciembre de 2008, rec. cont.-admvo. núm. 318/2007. En un supuesto similar, la STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 30 de abril de 2008, rec. casación núm. 320/2007.

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión, J. M.ª BAÑO LEÓN (2011: *passim*).

<sup>50</sup> Al respecto, T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ (1969: 76).

<sup>51</sup> S. DÍEZ SASTRE (2018b: 139).

- dicación<sup>52</sup>. En el mismo sentido, se anula el acto de exclusión de uno de los licitadores al considerar que debía haberse subsanado el defecto de bastanteo y se ordena la retroacción de actuaciones hasta el momento previo a la exclusión obligando a incluir a las entidades excluidas<sup>53</sup>. También se anula la adjudicación y se obliga a retrotraer las actuaciones al momento previo a la apertura de proposiciones económicas cuando se considera necesario dar la posibilidad de subsanar el error cometido por uno de los licitadores en la formulación de la proposición económica<sup>54</sup>. Lo mismo sucede cuando se anula un concurso por falta de publicidad y se impone la retroacción para publicitar el contrato adecuadamente<sup>55</sup>.
- b) En un segundo grupo de supuestos, se obliga a retrotraer actuaciones para subsanar defectos formales que, en principio, no van a cambiar el resultado del procedimiento de adjudicación del contrato. Por ejemplo, cuando se anula la adjudicación de un contrato por falta de motivación de la propuesta de adjudicación y se ordena la retroacción para que se motive el acto prestando especial atención a la falta de capacidad técnica de la empresa recurrente<sup>56</sup>. O cuando falta el acto público de adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos y no se dio cuenta del contenido del informe técnico<sup>57</sup>.

En el ámbito europeo también se reconoce este efecto de la anulación de actos inválidos. Así, cuando se excluye ilegalmente a un licitador que propuso una oferta admisible, el Tribunal de Justicia entiende que los principios de igualdad de trato y no discriminación exigen que se anule la exclusión y que se repita el procedimiento de licitación. Esa obligación de repetición existe incluso cuando no pueda demostrarse que la participación de ese licitador habría cambiado el resultado de la adjudicación<sup>58</sup>.

### 2.3. La condena a hacer a la Administración

Junto a los casos expuestos, existen otro tipo de supuestos en los que se considera que la forma de restablecer la legalidad es imponer a la Administración la realización de una conducta concreta. En esos supuestos, puede que se reconozca el derecho de un tercero (normalmente el recurrente) a la adjudicación del contrato y que se obligue a la Administración a adjudicarle el contrato<sup>59</sup>.

Por ejemplo, cuando en un contrato de obras se excluyó a la recurrente por no haber probado que había realizado obras similares, se anula la adjudicación y se reconoce su derecho a la adjudicación del contrato al comprobar que su oferta era la más ventajosa. En este caso, como era previsible que en el momento de reconocer el derecho al contrato del recurrente el contrato ya estuviera ejecutado, la propia sentencia reconoce su derecho a indemnización por el lucro cesante<sup>60</sup>. O también cuando se demuestra que la Administración aplicó mal el baremo fijado en los pliegos, basado exclusivamente en criterios de aplicación automática, y resulta que la recurrente presentó la oferta económicamente más ventajosa<sup>61</sup>.

Pero lo más habitual en los casos de condena a hacer a la Administración será que, en sede de ejecución, se reconozca el derecho del contratista al pago de una cantidad reclamada previamente. En 2017, la jurisprudencia contencioso-administrativa reconoció un derecho al licitador recurrente en cerca del 60% de los casos en primera y segunda instancia<sup>62</sup>; en la mayoría de ellos se trataba de reclamaciones de cantidad.

<sup>52</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.ª), de 30 de marzo de 1998, rec. apelación núm. 3939/1992.

<sup>53</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 13 de julio de 2005, rec. casación núm. no disponible (RJ\2005\9213); STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 11 de julio de 1991, rec. apelación núm. 1539/1988.

<sup>54</sup> SAN (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 6 de febrero de 2008, rec. cont.-admvo. núm. 314/2006. En el mismo sentido, la SAN (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 8.ª), de 13 de septiembre de 2000, núm. rec. no disponible, JUR\2000\312052.

<sup>55</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 23 de abril de 2008, rec. casación núm. 3862/2006; en igual sentido, STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.ª), de 30 de septiembre de 1998, rec. apelación núm. 1296/1992; STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 20 de febrero de 1992, rec. apelación núm. 1522/1990.

<sup>56</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 14 de julio de 2009, rec. casación núm. 2610/2007. Una explicación detallada de estos supuestos, en S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2003: 136 y ss.).

<sup>57</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 6 de mayo de 2008, rec. casación núm. 4147/2006.

<sup>58</sup> STJUE de 7 de abril de 2016, C-324/14, As. *Partner Apelski Dariusz y Zarząd Oczyszczania Miasta*.

<sup>59</sup> A. HUERGO LORA (2000: 321).

<sup>60</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.ª), de 9 de julio de 1997, rec. apelación núm. 13620/1991; también la STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.ª), de 9 de octubre de 1990, rec. apelación núm. no disponible, RJ\1990\7900.

<sup>61</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 15 de noviembre de 2004, rec. casación núm. 6812/2001.

<sup>62</sup> S. Díez Sastre (2017: 139).

## 2.4. La cancelación de la licitación

En algunos supuestos la anulación de la actuación inválida va acompañada de una condena a la Administración a cancelar el procedimiento de licitación. Se trata de un tipo específico de condena a hacer a la Administración. Se trata de supuestos en los que la anulación de una pieza determinada del procedimiento impide que pueda volver a reanudarse con normalidad. No se pueden retrotraer actuaciones al momento previo a la comisión de la ilegalidad porque se afectó a un elemento esencial en la configuración de la licitación<sup>63</sup>.

Así, hay supuestos en que la retroacción de actuaciones supone volver a realizar la licitación. Por ejemplo, cuando se anula una licitación por no haber separado adecuadamente la licitación de la redacción del proyecto de obra y su ejecución. Se obliga a repetir la licitación de forma separada<sup>64</sup>. Lo mismo sucede cuando se anula un criterio de adjudicación por ser contrario a derecho. La jurisprudencia europea considera necesario cancelar la licitación y repetirla de nuevo. De lo contrario se produciría un cambio de criterios sobre la marcha que no está permitido en las reglas de contratación<sup>65</sup>. En el caso concreto de los criterios de adjudicación es necesario que se mantenga una misma interpretación durante todo el procedimiento<sup>66</sup>.

Más allá de los casos en que la anulación del acto se liga a la cancelación, hay que referirse a la posibilidad de que la invalidez lleve a la propia Administración a cancelar la licitación. El legislador prevé en la nueva LCSP que, cuando se hayan producido infracciones no subsanables en la preparación del contrato o de las normas reguladoras del procedimiento, la Administración puede desistir sin que ello impida que pueda volver a abrir una nueva licitación con el mismo objeto con posterioridad (art. 152.2 y 4 TRLCSP). Este desistimiento debe tener lugar necesariamente antes de la formalización del contrato, de acuerdo con el artículo 152.2 LCSP –anteriormente, el art. 155.2 TRLCSP establecía la adjudicación como límite para el desistimiento–. Puede entenderse, por tanto, que en el caso de que se haya producido un vicio de invalidez, la Administración puede cancelar directamente el procedimiento sin necesidad de esperar a una impugnación de un tercero o a su terminación para abrir un procedimiento de revisión de oficio. Este supuesto hay que diferenciarlo de la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, que se refiere a una ponderación del interés público que conduce a la cancelación de la licitación (art. 152.2 y 3 LCSP). No se trata, por tanto, necesariamente, de un supuesto de invalidez.

## 2.5. La liquidación del contrato

Las consecuencias que se han señalado hasta el momento afectan fundamentalmente a los casos en que la invalidez afecta a un acto de preparación o adjudicación. En estos supuestos, la invalidez de estos actos se contagia al contrato que se hubiera celebrado con posterioridad. En *esas circunstancias, así como en el caso de que el contrato devenga inválido por otras razones, la forma de restablecer la legalidad vulnerada será la liquidación del contrato, así como la restitución de las cosas que las partes hubieran intercambiado*. En caso de que no sea posible la restitución, se devolverán su valor (art. 42.1 LCSP). Esto será habitual, puesto que muy posiblemente el contrato o gran parte del contrato se habrá ejecutado y será difícil que las partes se restituyan las cosas. Por esa razón, esta obligación de devolver el valor de las cosas intercambiadas contiene un deber de que la Administración abone, en su caso, la contraprestación debida por los trabajos realizados, que será la parte del precio que corresponda. Aunque en la práctica en estos casos se invoca la teoría del enriquecimiento sin causa<sup>67</sup>, no parece necesario acudir a esta construcción, en la medida en que la propia LCSP obliga a que las partes se devuelvan las cosas o, en su caso, su valor<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> En el ámbito del derecho administrativo sancionador se defiende también la imposibilidad de retrotraer el procedimiento cuando se han vulnerado derechos fundamentales. Al respecto, en detalle, T. CANO CAMPOS (2012: 851 y ss.).

<sup>64</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 7.ª), de 17 de octubre de 2011, rec. casación núm. 2172/2009.

<sup>65</sup> STJUE de 4 de diciembre de 2003, C-448/01, As. *EVN AG, Wienstrom GmbH c. Republik Österreich*.

<sup>66</sup> STJUE de 18 de octubre de 2001, C-19/00, As. *SIAC Construction Ltd y County Council of the County of Mayo*.

<sup>67</sup> Sirva de ejemplo el Dictamen del Consejo de Estado, referencia 2490/2007, de 24 de enero de 2008, referido a un caso en el que se adjudica como contrato menor un contrato que debería haberse licitado conforme a la legislación vigente.

<sup>68</sup> En este sentido, V. S. BACA ONETO (2006: 359 y ss.); y V. AGUADO I CUDOLÀ (2017: 245 y 246).

## 2.6. La garantía de la continuidad del servicio

Otro de los posibles efectos que pueden derivarse de la invalidez de un acto o del contrato es la necesidad de garantizar la continuidad del servicio. Esto es lo que sucede cuando se pondera el deber de restablecer la legalidad y la necesidad de obtener las prestaciones derivadas del contrato, por ejemplo, para la garantía de un servicio público. En esos casos, la propia normativa, europea y nacional, prevén la posibilidad de mantener los efectos del contrato, ponderando el interés general por encima de la restitución de la legalidad vulnerada. Aunque los efectos en uno y otro caso, son distintos, como se ve más adelante.

Pero también pueden plantearse problemas de garantía de continuidad del servicio en otros casos<sup>69</sup>. Por ejemplo, cuando una licitación pública se paraliza o se retrasa debido a la existencia o posible existencia de vicios de invalidez, puede producirse un vacío en la cobertura de la necesidad pública que iba a satisfacerse con el contrato. Esta situación se agrava cuando el objeto del contrato es la prestación de un servicio público. En esos supuestos no es fácil encontrar una vía para satisfacer la necesidad de prestación del servicio durante ese periodo. Sin embargo, la legislación obliga a prestar el servicio adecuadamente. Aparece, así, una tensión entre el deber de la Administración de prestar un servicio determinado y la inexistencia de cauces legales expresamente previstos para hacer frente a esa situación. Es en este contexto donde se plantean los habituales problemas ligados a la prórroga del contrato, la tácita reconducción del mismo o el reconocimiento extrajudicial de créditos<sup>70</sup>. Seguidamente se alude a estos supuestos.

### 2.6.1. El mantenimiento de los efectos del contrato inválido

Junto a los efectos típicos derivados de la invalidez de los actos de preparación y adjudicación y de los contratos públicos, hay otras consecuencias previstas con el fin de satisfacer las exigencias derivadas de la ponderación entre el interés general en la ejecución del contrato y la protección de la legalidad. Uno de los problemas más importantes ligado a los efectos de la invalidez en los procedimientos de contratación pública es la imposibilidad de ejecutar las resoluciones anulatorias, restableciendo la legalidad vulnerada. En muchos supuestos esta situación tiene su origen en la imposibilidad material de restituir las cosas al momento previo de la infracción porque el contrato ya está ejecutado. En otros, la razón está en la necesidad de mantener la ejecución del contrato por razones de interés general. En este segundo tipo de casos no se duda de la invalidez del contrato, pero un juicio de ponderación hace primar otros intereses sobre el deber de restaurar la legalidad vulnerada. Así lo ha previsto tradicionalmente el Derecho español (art. 43 Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales) y, en la actualidad, el Derecho europeo (art. 2 *quinquies* Directiva 2007/66/CE)<sup>71</sup>.

Como se ha apuntado más arriba, conforme al artículo 42.3 LCSP, si la declaración de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público, se puede disponer la continuación de los efectos del contrato, hasta que se adopten medidas urgentes para evitar el perjuicio. De manera que no solo es posible que se mantengan los efectos que ha producido un contrato hasta que se declara inválido, sino que cabe mantener sus efectos hacia el futuro<sup>72</sup>. Esta previsión sería aplicable a todos los contratos celebrados por el sector público. Sin embargo, esta previsión no refleja suficientemente las exigencias del Derecho europeo.

La Directiva 2007/66/CE prevé una serie de casos en los que debe producirse la ineficacia del contrato por la vulneración del plazo de espera entre adjudicación y formalización del contrato; del plazo suspensivo para interponer el recurso contractual; o de las normas de publicidad del contrato, fundamentalmente. En esos supuestos, el contrato debe devenir ineficaz, salvo que concurran razones imperiosas de interés general, que justifiquen el mantenimiento de los efectos del contrato. En concreto, establece que en esos casos se considerará que los intereses económicos constituyen razones imperiosas en este sentido, en los casos excepcionales en que la ineficacia del contrato tuviera consecuencias desproporcionadas; sin que los intereses económicos ligados directamente al contrato puedan constituir razones imperiosas de interés general —es el caso de los costes derivados del retraso en la ejecución, los derivados de la convocatoria de un nuevo procedimiento, los derivados del cambio de operador económico y los vinculados a las obligaciones jurídicas derivadas de la ineficacia— (art. 2 *quinquies* 3).

<sup>69</sup> Al respecto, V. AGUADO I CUDOLÀ (2017: 236 y ss.).

<sup>70</sup> Sobre esta cuestión, con respecto a la regulación tradicional en el contrato de gestión de servicios públicos, J. F. RODRÍGUEZ-ARANA (1988: 137 y ss.).

<sup>71</sup> V. AGUADO I CUDOLÀ (2017: 247).

<sup>72</sup> S. BACA ONETO (2006: 365 y ss.).

El anterior artículo 38 TRLCSP recogía los efectos de la nulidad en esos casos. Pero ese precepto ya no tiene correspondencia en la LCSP. De modo que hay que hacer un esfuerzo por interpretar el Derecho nacional conforme a las previsiones de la Directiva. Si se incurre en una de las causas de nulidad reguladas actualmente en el artículo 39.2 c), d), e) o f) LCSP, será posible mantener los efectos del contrato cuando concorra un grave trastorno al servicio público, interpretado como razón imperiosa de interés general. En ese caso, dispone la Directiva que los Estados dispongan que se apliquen sanciones alternativas (art. 2 *sexies* 2 Directiva 2007/66/CE). En ese sentido, prevé dos tipos de consecuencias: la imposición de multas económicas o la reducción de la duración del contrato. El desarrollo de las mismas se deja a los Estados miembros. En cualquier caso, las medidas deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, para que desincentiven las conductas contrarias a Derecho. Asimismo, la norma precisa que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios no se considera una sanción adecuada.

El legislador español transponía esta regulación en el artículo 38.3 TRLCSP y, además, preveía la posible imposición de sanciones de carácter disciplinario (art. 38.4 TRLCSP). Pero esta regulación se suprime en la nueva LCSP. Ciertamente, la Comisión ha considerado recientemente que la mayoría de los Estados emplean estas sanciones de forma esporádica, porque se considera una herramienta poco eficaz, que consiste en una mera reubicación de fondos<sup>73</sup>. Sin embargo, parece que la supresión de las sanciones alternativas implica que, en los casos en que se mantienen los efectos del contrato, no se deriva ninguna consecuencia en la práctica de la declaración de invalidez del contrato. Se pierde, así, la posibilidad de que el órgano responsable de un posible vicio de invalidez experimente algún perjuicio como consecuencia de su conducta.

### 2.6.2. La prórroga «ex lege» del contrato

Se ha señalado que otros supuestos en los que pueden derivarse problemas con la continuidad del servicio, son aquellos en los que no es posible encadenar a tiempo los contratos. De modo que la Administración no tiene manera de recibir las prestaciones que requiere. Para resolver muchos de estos supuestos, el nuevo artículo 29.4 *in fine* LCSP prevé una prórroga legal del contrato cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato para garantizar la continuidad de la prestación. Para que esta prórroga se aplique, es necesario que el desajuste entre la extinción del contrato y la formalización del nuevo contrato se deba a «incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación» producidas en el procedimiento de adjudicación. Además, deben existir razones de interés público para no interrumpir la prestación. El límite de la prórroga es de un periodo máximo de nueve meses, sin que se modifiquen las condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se hubiese publicado, al menos, tres meses antes de la finalización del contrato originario. De este modo, el legislador pretende canalizar algunos de los supuestos en que, por ejemplo, se interponen sucesivos recursos especiales de contratación con efectos suspensivos, que impiden tramitar a tiempo el procedimiento de adjudicación de un nuevo contrato.

### 2.6.3. La doctrina del enriquecimiento injusto

En los casos en que la Administración no puede prorrogar legalmente los efectos del contrato a extinguir, no es infrecuente la situación en la que un particular lleva a cabo una prestación a favor de la Administración, sin que esta pueda atender la factura girada por el tercero, por no haberse seguido los procedimientos establecidos tanto en la normativa presupuestaria, como en la relativa a la contratación pública. En estos supuestos, el proveedor se encuentra con que, a pesar de haber realizado efectivamente la prestación encargada, no obtiene a cambio la contraprestación acordada. En esos casos, el tercero de buena fe que contrata con la Administración y cumple con las obligaciones a su cargo no puede verse perjudicado patrimonialmente, en el sentido de que su empobrecimiento produzca el correlativo aumento patrimonial de la Administración contratante<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE, en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública, de 24 de enero de 2017, COM(2017) 28 final, pág. 5. G. GARCÍA ÁLVAREZ (2018: 833); S. DÍEZ SASTRE, (2018c: 593).

<sup>74</sup> J. I. VALERO ESCRIBANO (2015: 163 y ss.).

A pesar de que este tipo de situaciones son relativamente habituales, no existe un precepto legal en nuestro país –a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos<sup>75</sup>– que permita resolver todos estos supuestos. Únicamente se ha previsto una posibilidad de prórroga legal, que acaba de exponerse. Más allá de los supuestos cubiertos por esa prórroga, la jurisprudencia civil ha ido configurando la doctrina del enriquecimiento injusto (como principio general y como acción) que, aun con matices<sup>76</sup>, se aplica también en el orden contencioso-administrativo desde hace décadas<sup>77</sup>. Conforme a esa doctrina deben concurrir una serie de requisitos: a) el enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos; b) el empobrecimiento de quien reclama ha de ser pecuniariamente apreciable y no debe provenir directamente del comportamiento de quien lo sufre; c) existencia de relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, dicho en otros términos, que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento; y d) la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento<sup>78</sup>.

El TS admite que basta con haber creado la apariencia de que la Administración se haría cargo de los costes para entender que se produce un enriquecimiento injusto al que debe hacerse frente<sup>79</sup>. Así sucede, por ejemplo, cuando se anuncia una modificación del contrato que no llega a formalizarse y el contratista ejecuta el contrato dando por hecho que sí está formalizada. En ese caso la Administración debe abonar los gastos derivados de esa ejecución, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto. A estos efectos, no es relevante que el contratista pudiera conocer que incurría en un exceso de gasto, como ha afirmado el TS en sentencia dictada en unificación de doctrina<sup>80</sup>.

Conforme a la jurisprudencia, no es relevante que el empresario pudiera conocer hipotéticamente las dificultades técnicas para hacer frente a las prestaciones exigidas por la Administración. Lo trascendente es que la Administración ha solicitado y aceptado los servicios prestados por el concesionario más allá de lo posible conforme al gasto anual máximo estipulado en el contrato y ello supone un enriquecimiento injusto que debe repararse. Con respecto a la cuantía que efectivamente debe satisfacerse con ocasión del enriquecimiento injusto, la jurisprudencia del TS ha señalado que únicamente cabe indemnizar por los conceptos que, efectivamente, han enriquecido a la Administración. Esto significa que no es posible indemnizar por los intereses, el IVA devengado, el beneficio industrial o los gastos generales. Únicamente deberá abonarse la cuantía correspondiente a la efectiva prestación del servicio<sup>81</sup>.

Este enriquecimiento sin causa puede resolverse tanto en el ámbito administrativo como en el judicial. En efecto, la creación jurisprudencial del concepto de enriquecimiento injusto ha cristalizado en la definición de un principio, así como en el reconocimiento de una acción específica (*actio in rem verso*), que se sustanciaría en el orden contencioso-administrativo y que prescribiría a los cuatro años, en aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 25 LGP<sup>82</sup>. Esta acción estaría a disposición del contratista que ha experimentado los daños que han dado lugar al enriquecimiento injusto de la Administración. La otra vía posible para reparar el enriquecimiento injusto de la Administración sería el reconocimiento extrajudicial de créditos. Sin embargo, esta posibilidad se ha de entender como una *ultima ratio*, que debe ir acompañada en todo caso de la regularización de la contratación del bien o servicio requerido por la Administración<sup>83</sup>.

<sup>75</sup> Es habitual citar como ejemplo de contraste de la normativa española el artículo 812 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán), en el que se consagra expresamente la obligación de restituir para quien por prestación de otro, o de otro modo a costa de este, se enriquece sin causa.

<sup>76</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª), de 15 de abril de 2002, rec. casación núm. 9281/1996, FD 4.º.

<sup>77</sup> Al respecto, por todos, M. REBOLLO PUIG (1994: 10-12 y ss.); V. AGUADO I CUDOLÁ (2017: 260 y ss.).

<sup>78</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª), de 15 de abril de 2002, rec. casación núm. 10381/1997, FD 6.º; reiterada en innumerables ocasiones como, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª), de 11 de mayo de 2004, rec. casación núm. 3554/1999, FD 4.º; y en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6.ª), de 12 de diciembre de 2012, rec. casación núm. 5694/2010, FD 5.º.

<sup>79</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5.ª), de 21 de septiembre de 2000, rec. casación núm. 7562/1994, FD 6.º.

<sup>80</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 7.ª), de 28 de enero de 2016, rec. casación para la unificación de doctrina núm. 2603/2015, FD 4.º.

<sup>81</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª), de 21 de junio de 2009, rec. casación núm. 5969/2007, FD 5.º.

<sup>82</sup> Tal y como se señaló, si bien con referencia al plazo de cinco años que se establecía en el art. 46 de la anterior Ley General Presupuestaria, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 7.ª), de 27 de enero de 2003, rec. casación núm. 2876/2000.

<sup>83</sup> Al respecto, T. MOREO MARROIG (2015: *passim*); y V. AGUADO I CUDOLÁ (2017: 266 y ss.).

### 3. El resarcimiento de daños y perjuicios

El último de los efectos típicos ligados a la declaración de invalidez es el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. Este deber indemnizatorio no es un efecto que aparezca de forma aislada con respecto al resto de efectos expuestos. De hecho, es una consecuencia complementaria a las que acaban de exponerse<sup>84</sup>. Junto a un fallo anulatorio, de retroacción de actuaciones, de condena a hacer o de cancelación del procedimiento, es posible encontrar un deber de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. En este punto, hay que diferenciar entre la tutela que requerirá el contratista que pierde el contrato –adjudicado inválidamente– y la que solicitará un licitador preterido.

#### 3.1. Los daños causados al licitador

En el primer caso, normalmente el daño alegado por el particular será el beneficio perdido por no haber obtenido el contrato. Pero también es posible que se solicite una compensación de los daños sufridos como consecuencia de la cancelación de la licitación que hizo inútiles los gastos realizados en la preparación y participación en el procedimiento<sup>85</sup>. La anulación de un acto –como puede ser el acto de adjudicación de un contrato– es compatible con la obligación de la Administración de indemnizar a quien debió ser adjudicatario<sup>86</sup>. Así, por ejemplo, cuando se anula la adjudicación y se comprueba que el recurrente tenía derecho al contrato, al haber presentado la oferta económicamente más ventajosa, al fallo de anulación del contrato y de reconocimiento del derecho del recurrente a ser adjudicatario, puede establecerse un derecho a la indemnización por el beneficio dejado de obtener, puesto que la ejecución del contrato, normalmente, ya no es posible<sup>87</sup>. Es más, puede suceder que, como consecuencia de la invalidez de un acto en un procedimiento de adjudicación se determine la anulación del acto viciado, se ordene la retroacción de actuaciones para tramitar el procedimiento conforme a Derecho y que se determine que, en caso de que el recurrente resulte adjudicatario se le indemnice por el beneficio industrial perdido (el 6% del precio de adjudicación del contrato). En estos casos se parte de la imposibilidad de que el recurrente llegue a ejecutar efectivamente el contrato cuando se vuelva a tramitar el procedimiento debido al tiempo que previsiblemente habrá transcurrido<sup>88</sup>.

El problema está en que, en muchas ocasiones la jurisprudencia exige que se pruebe el derecho del recurrente a la adjudicación del contrato para reconocer una indemnización por daños y perjuicios<sup>89</sup>. Y esta prueba entraña muchas dificultades. Esto significa que en aquellos casos en los que ya no sea posible restablecer la legalidad por alguna de las vías señaladas –retroacción de actuaciones, condena a hacer o cancelación del contrato– porque, por ejemplo, el contrato ya esté ejecutado, la invalidez puede no llegar a producir efecto alguno si no se logra probar que se habría sido el adjudicatario<sup>90</sup>. De hecho, en la práctica de la jurisprudencia contencioso-administrativa apenas se reconoce un derecho a indemnización a favor de los licitadores<sup>91</sup>. Lo que probablemente pueda estar ligado a esta exigencia excesiva de prueba del daño.

Con respecto a los conceptos indemnizables en concepto de pérdida del contrato existe una opinión unánime favorable a indemnizar el beneficio industrial perdido a quien debería haber sido adjudicatario. Ese beneficio industrial se cifra en el 6% del precio de adjudicación del contrato (art. 264.4 LCSP – anteriormente el porcentaje se refería al presupuesto de ejecución material). Se entiende, así, que se indemniza por los beneficios dejados de obtener. Este porcentaje tiene su origen en la previsión del art. 68 del Decreto 3410/1957, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratos del Estado; asimismo, se preveía en el art. 193.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Ahora bien, hay otros conceptos

<sup>84</sup> T. CANO CAMPOS (2017: 319 y ss.); S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2003: 145).

<sup>85</sup> S. Díez Sastre (2012: 279 y ss.).

<sup>86</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 7.ª), de 7 de mayo de 2012, rec. casación núm. 3819/2008.

<sup>87</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 27 de octubre de 2004, rec. casación núm. 2029/2000; y STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 7.ª), de 25 de enero de 2000, rec. casación núm. 6382/1993.

<sup>88</sup> En este sentido, la SAN (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 8.ª), de 3 de marzo de 2010, rec. cont.-admvo. núm. 32/2007. Un pronunciamiento equivalente con respecto a un contrato de obras en la STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 2 de julio de 2004, rec. casación núm. no disponible, RJ\2004\6730; también, con respecto a un contrato de obras la STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.ª), de 9 de julio de 1997, rec. apelación núm. 13620/1991.

<sup>89</sup> En esta línea, la STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 12 de mayo de 2009, rec. casación núm. 5101/2007. Al respecto, M.ª I. GALLEGO CÓRCOLES (2012: 167 y ss.).

<sup>90</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 12 de mayo de 2009, rec. casación núm. 5101/2007.

<sup>91</sup> S. Díez Sastre (2018b: 139).

que pueden ser indemnizables si logran probarse adecuadamente: por ejemplo, los daños sufridos, en su caso, por la inactividad de equipos necesarios para la ejecución del contrato y el pago del salario de quien habría ejecutado el contrato. Otro concepto cuya indemnización es más dudosa es la pérdida de negocio que se deriva de no haber accedido al contrato<sup>92</sup>.

### 3.2. En especial, la flexibilización de los requisitos ligados al deber resarcitorio

Las reglas expuestas en torno a la indemnización al licitador, deben interpretarse conforme a las exigencias del Derecho europeo. Conforme a este Derecho se deriva un deber resarcitorio de la Administración por violación de las normas en materia de contratación pública cuando concurren los requisitos generales de responsabilidad por incumplimiento: la norma violada ha de conferir derechos, debe existir un nexo causal entre el daño producido y la ilegalidad cometida y la violación debe ser suficientemente caracterizada. Todo ello en el marco de aplicación de los principios de equivalencia y efectividad<sup>93</sup>. Ahora bien, estos requisitos generales se modulan en el ámbito de la contratación pública, tanto en lo referido a la prueba del nexo de causalidad, como en lo que afecta al título de imputación del daño a la Administración:

a) El artículo 2.7 Directiva 92/13/CEE establece que «[c]uando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen ese Derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación». Esto significa que la prueba del nexo de causalidad entre el daño producido y la actuación administrativa se relaja. No es necesario demostrar que se habría obtenido el contrato, sino que se tenía una «posibilidad real» de obtenerlo. Esto no puede traducirse en un derecho a la indemnización por haber participado en la licitación. Pero sí hace posible que varios licitadores puedan recibir una indemnización en el mismo procedimiento, si todos demuestran que tenían una posibilidad real de obtener el contrato. En ese caso, la indemnización por el beneficio industrial deberá modularse en atención a las probabilidades existentes de haber obtenido el contrato<sup>94</sup>. En ese juicio sería determinante el número de participantes en la licitación, así como el tipo de contrato y los criterios de adjudicación<sup>95</sup>. Sin perjuicio de las complejidades técnicas que plantea la aplicación de esta regulación<sup>96</sup>, lo cierto es que esta regulación consigue ampliar el número de supuestos en los que es posible reconocer el derecho a una indemnización por los daños derivados de un acto inválido.

b) Otro de los criterios fundamentales de flexibilización de los requisitos que determinan el surgimiento de un deber resarcitorio es la prohibición de la culpa como título de imputación para imponer la indemnización de los daños y perjuicios irrogados. El Tribunal de Justicia ha establecido de forma reiterada que, aunque las condiciones de indemnización se determinan con base en el principio de autonomía procesal de los Estados y en los principios de equivalencia y efectividad, no cabe supeditar la indemnización a la exigencia de culpa de la Administración. Esto es así, incluso cuando el Derecho nacional establezca una presunción de culpa supeditable a la prueba en sentido contrario del poder adjudicador. Se entiende que la exigencia de culpa es contraria a la rapidez y eficacia de los recursos<sup>97</sup>. Asimismo, se interpreta que esa regulación entraña un riesgo de que el lesionado por una decisión contraria a Derecho no sea indemnizado o de que obtenga la indemnización tardíamente, debido a la dificultad para probar la culpa o dolo de la Administración<sup>98</sup>. El Derecho europeo se fija, así, en los efectos previsibles de una regulación que exija la culpa y modula las normas de responsabilidad para que en la práctica sea verdaderamente posible obtener una indemnización.

Junto a estas previsiones, hay que referirse a otro criterio que flexibiliza el surgimiento de un deber resarcitorio. El Tribunal de Justicia prohíbe a los Estados condicionar la indemnización de los daños y perjuicios causados a la declaración de la ilegalidad de la actuación dañosa, cuando la declaración de ilegalidad

<sup>92</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 27 de octubre de 2004, rec. casación núm. 2029/2000.

<sup>93</sup> STJUE de 9 de diciembre de 2010, C-568/08, As. *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie; Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV y Provincie Drenthe*.

<sup>94</sup> En detalle, L. MEDINA ALCOZ (2007: 64 y ss.).

<sup>95</sup> R. CARANTA (2011: 176).

<sup>96</sup> Al respecto, S. Díez Sastre (2012: 258 y ss.).

<sup>97</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-314/09, As. *Stadt Graz y Strabag AG, Teerag-Asgad AG, Bauunternehmung Granit GesmbH*. S. Díez Sastre (2012: 266-267).

<sup>98</sup> STJUE de 14 de octubre de 2004, C-275/03, As. *Comisión c. República Portuguesa*.

se somete a un plazo de preclusión que comienza a computarse con independencia del conocimiento de la ilegalidad por parte del afectado. De un modo similar a la prohibición de la culpa, se entiende que esa normativa nacional vulnera el principio de efectividad, en la medida en que la declaración de ilegalidad se somete a un plazo más corto que la acción indemnizatoria. Se deduce, por tanto, que esos casos una exigencia de ese tipo constituye un obstáculo que puede dificultar o hacer imposible obtener una indemnización por daños y perjuicios<sup>99</sup>.

### 3.3. Los daños causados al contratista

Por lo que respecta al deber resarcitorio de la Administración frente al contratista, hay que tener en cuenta que la indemnización estará orientada a reparar los gastos en que incurrió en la creencia de que seguiría ejecutando el contrato en el futuro y que devienen inútiles cuando debe liquidarse el contrato y adjudicarse a otro. Se trata de un daño a la confianza creada por la Administración en que podría ejecutarse el contrato conforme a se pactó en su día. Por esa razón, el concepto indemnizable son los daños a la confianza, el interés negativo<sup>100</sup>. Esos daños pueden incluir indemnizaciones a trabajadores contratados para la ejecución del contrato, gastos de mantenimiento de locales o de maquinaria, entre otros<sup>101</sup>. Ahora bien, en ningún caso incluirán una indemnización por los beneficios que se dejan de obtener con la ejecución del contrato, ya que el contratista no tenía derecho al contrato. Si se le indemnizara por este concepto, por el interés positivo, se le colocaría en una posición que no nunca le habría correspondido de haberse procedido a adjudicar el contrato de manera conforme a Derecho<sup>102</sup>.

Distintos serían los casos de resolución del contrato por causa imputable a la Administración o de rescate del contrato para proceder a la gestión directa del servicio. En esos supuestos, el contratista tenía derecho al contrato y se le despoja del mismo. De modo que habrá que indemnizarlo por los daños que se derivan de no poder continuar ejecutando el contrato. Eso incluiría el beneficio industrial derivado de la ejecución del contrato.

## IV. PROBLEMAS PRÁCTICOS

### 1. Los pronunciamientos de imposible ejecución

Como se ha visto, la declaración de invalidez puede llevar aparejados múltiples efectos dirigidos a restablecer la legalidad o resarcir los daños ocasionados. El problema está en que el momento en que se predicen esos efectos del acto inválido suele tener lugar años después de la producción del acto. Así sucede con carácter general en la jurisprudencia contencioso-administrativa. En 2017 la duración media para resolver un proceso en primera instancia ha superado los dos años, a pesar de que los tiempos de resolución han mejorado, en general, en las últimas décadas<sup>103</sup>. *En la mayor parte de estos supuestos el mero transcurso del tiempo ha hecho imposible trasladar a la realidad los efectos de la invalidez*. Dicho de otro modo, no se han podido ejecutar las medidas conducentes al restablecimiento de la legalidad<sup>104</sup>. En muchos casos el contrato ya está ejecutado, de modo que la condena a adjudicar el contrato a un tercero es de imposible ejecución. E incluso cuando el contrato está ejecutándose se plantea la duda sobre la conveniencia de anular el contrato y adjudicar el contrato a un tercero cuando puedan derivarse perjuicios importantes para el interés público<sup>105</sup>.

Así sucede, por ejemplo, cuando se adjudica un contrato de transporte escolar en septiembre de 2013 y se ordena la retroacción de actuaciones en 2015<sup>106</sup>; cuando en 2004 se licita conjuntamente la redacción de un proyecto de obra y su ejecución y se ordena la retroacción

<sup>99</sup> STJUE de 26 de noviembre de 2015, C-166/14, As. *MedEval – Qualitäts-, Leistungs- und Struktur-Evaluierung im Gesundheitswesen GmbH*.

<sup>100</sup> V. S. BACA ONETO, *La invalidez...*, cit., pág. 371 y ss.

<sup>101</sup> V. AGUADO I CUDOLÀ, "Efectos de...", cit., pág. 246.

<sup>102</sup> V. S. BACA ONETO, *La invalidez...*, cit., pág. 373.

<sup>103</sup> S. DÍEZ SASTRE (2018b: 141).

<sup>104</sup> R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN (2008: 192 y ss.).

<sup>105</sup> Al respecto, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (2003: 133 y ss.).

<sup>106</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 4 de octubre de 2016, rec. casación núm. 2903/2015.

de actuaciones para licitar separadamente ambas actuaciones en 2008<sup>107</sup>; cuando se ordena retrotraer actuaciones para permitir la subsanación de un defecto en el aval bancario presentado por un licitador 3 años y 5 meses después de que se adjudicara un contrato de obras<sup>108</sup>; y cuando en 1998 se excluye ilegalmente a un licitador y en 2005, en casación, se ordena la retroacción de actuaciones<sup>109</sup>.

Solo en los casos en que se produjo una declaración de desierto del contrato una cancelación del procedimiento que después se considera contraria a derecho es posible retrotraer el procedimiento y asegurar que quien presentó la oferta económicamente más ventajosa sea quien ejecute el contrato<sup>110</sup>. En el resto de supuestos será común que en sede de ejecución de sentencias se compruebe que ya no es posible hacer efectivo el mandato de retrotraer las actuaciones. Lo que conducirá, en su caso, a indemnizar al interesado por la parte en que la sentencia no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (art. 105.2 LJCA).

A la larga duración de los procesos se añade que en la jurisprudencia existe el convencimiento de que, en este tipo de supuestos, relativos al ejercicio de una actividad económica, no existen perjuicios de imposible reparación, de modo que no es habitual que se adopten medidas cautelares. Los jueces consideran que se trata de la adjudicación de una oferta contractual de contenido económico que siempre podrá repararse mediante una indemnización por daños y perjuicios<sup>111</sup>. Es más, llega a afirmarse expresamente que «no se deduce ninguna razón por la cual deban suspenderse unas obras públicas que en caso de prosperar el recurso daría lugar a una indemnización, determinada solamente en principio por el beneficio dejado de percibir por la demandante, sin que con ello se pudiera causar otro perjuicio al interés público»<sup>112</sup>. El resultado de esta interpretación es la imposibilidad, en la inmensa mayoría de los casos, de ejecutar una resolución dirigida a anular el acto y reponer el estado de cosas previo a la ilegalidad cometida. Únicamente pueden encontrarse supuestos en la jurisprudencia en los que con carácter excepcional se adoptan medidas cautelares, normalmente, de suspensión de la ejecución del contrato cuyos actos de preparación o adjudicación han sido objeto de recurso.

Así sucede, por ejemplo, cuando se impugna un contrato de gestión de servicio público de atención sanitaria especializada, debido a la posible pérdida de puestos de trabajo que supondría la ejecución del contrato<sup>113</sup>.

De estos datos puede deducirse claramente que la derivación de unos efectos u otros de la declaración de invalidez no es algo casual aleatorio, que depende de las circunstancias del caso. Está estrechamente ligada con el diseño de las vías de reacción frente a la invalidez. El buen funcionamiento, rápido y eficaz, de la vía de reacción frente a la ilegalidad, va a determinar unos efectos u otros. Esta relación entre los efectos de la invalidez y las vías de reacción proviene del Derecho europeo. Las razones por las que en unos supuestos la invalidez lleva aparejada en la realidad el restablecimiento de la legalidad y en otros solo conlleva una indemnización no son circunstanciales. Tampoco dependen del tipo del vicio de invalidez (nulidad o anulabilidad) en que se haya incurrido.

La práctica común de los Estados miembros mostraba que, una vez celebrado el contrato, difícilmente podría restablecerse la legalidad. Esto se explicaba por la tradición jurídica de algunos países, que niega con carácter general la transmisibilidad de los vicios del procedimiento de adjudicación al contrato<sup>114</sup>. Pero también por la consolidación progresiva de intereses en juego que pugnan con el interés en el restablecimiento de la legalidad vulnerada por un acto inválido: es el caso del interés de la Administración en obtener la prestación y el interés del contratista en llevar a término la ejecución del contrato. En ese escenario la necesaria ponderación de todos los intereses en juego puede llevar a primar otros intereses distintos del interés en

<sup>107</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 7.ª), de 17 de octubre de 2011, rec. casación núm. 2172/2009.

<sup>108</sup> SAN (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 8.ª), de 3 de marzo de 2010, rec. cont.-admvo. núm. 32/2007.

<sup>109</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 13 de julio de 2005, rec. casación núm. no disponible (RJ/2005/9213).

<sup>110</sup> STS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 4 de julio de 2007, rec. casación núm. 11256/2004.

<sup>111</sup> ATS (Sala de lo Cont.-Admvo.), de 17 de mayo de 1985, rec. apelación núm. no disponible, RJ/1985/2922; ATSJ de Cataluña (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.ª), de 15 de mayo de 2013, rec. cont.-admvo. núm. 27/2013; ATS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.ª), de 3 de septiembre de 1995, rec. núm. 9655/1991; ATS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 18 de junio de 1992, rec. núm. 11929/1990; ATS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.ª), de 2 de enero de 1992, rec. núm. 6587/1990.

<sup>112</sup> ATS (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª), de 18 de noviembre 1991, rec. núm. 6125/1990.

<sup>113</sup> AATSJ de Madrid (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 3.ª), de 27 de enero de 2014, medidas cautelares núms. 965/2013, 787/2013 y 933/2013.

<sup>114</sup> S. Díez Sastre (2012: 120).

restaurar la situación previa a la comisión de la ilegalidad. Se produce una tensión constante entre seguridad jurídica y legalidad<sup>115</sup>. De hecho, el derecho europeo reconoce abiertamente que antes de la celebración del contrato los efectos de la invalidez serán el restablecimiento de la legalidad y la indemnización por daños y perjuicios, pero que, después de ese momento, es posible reducir esos efectos a la indemnización (art. 2.6 2.º párr. Directiva 89/665/CEE). Es consciente de la dificultad existente en la realidad para derivar efectos restitutorios de un acto inválido.

El factor clave que determina que de un acto inválido se prediquen unos actos u otros no depende, por tanto, de la calificación teórica del tipo de ilegalidad cometida, sino, fundamentalmente, del transcurso del tiempo, que conduce a la firma del contrato. A diferencia del juicio de validez que es un juicio estático de la realidad y la norma vulnerada, el juicio de eficacia es un juicio dinámico que obliga a tomar en cuenta todos los intereses y derechos afectados. Por eso, hay una fase en la que «las infracciones aún pueden corregirse» (Cdo. 2.º Directiva 89/665/CEE), más allá de la cual esa misión se dificulta considerablemente por el simple devenir de los hechos. Esto explica por qué el derecho europeo pone el énfasis en la regulación del procedimiento de adjudicación (plazo de espera entre adjudicación y notificación, así como notificación a todos los afectados de la adjudicación con los motivos que la justifican- y de los procedimientos posteriores – plazos breves de interposición, efecto suspensivo automático del recurso cuando se recurre la adjudicación, medidas provisionales autónomas, antes del recurso, y resolución por un órgano imparcial– de recurso de modo que abran espacios temporales suficientes y adecuados para evitar la firma del contrato y, sobre todo, para garantizar que un posible recurso se resuelve de forma rápida y eficaz –entendiendo por eficaz, que el sentido de la resolución que ponga fin al recurso pueda ser objeto de ejecución en los términos que ella misma establezca–. Ahora bien, también hay que tener en cuenta a qué supuestos conviene extender estas vías de recurso que, son más rápidas y eficaces, pero también más costosas.

## 2. La falta de capacidad directiva de la conducta administrativa

Junto a los problemas planteados, hay que analizar los efectos típicos de la invalidez desde el punto de vista de su capacidad de dirección de la actuación administrativa. Las consecuencias derivadas de la declaración de invalidez de un acto deberían constituir un desincentivo para que la Administración cometa ilegalidades en el futuro. De hecho, un argumento a favor de mantener el concepto clásico de invalidez, entendido como desajuste de la realidad con el derecho, es precisamente el juicio de reproche que conlleva. Se entiende que una declaración de nulidad es algo similar a una sanción<sup>116</sup>. Si se ha dictado un acto nulo, con independencia de que se hayan mantenido sus efectos, la Administración debería recibir un mensaje claro de que su actuación no puede desarrollarse de ese modo.

Sin embargo, el elevado número de estimaciones en el contencioso-administrativo (superior al 40% de media en 2017) pone de manifiesto que la actuación administrativa debe continuar mejorando<sup>117</sup>. Tal vez las declaraciones de invalidez cumplen una función pedagógica en la medida en que muestran a la comunidad jurídica lo que queda fuera del derecho. Pero a efectos prácticos, la mera declaración de nulidad no parece ser un mecanismo suficientemente persuasivo para que la Administración modifique su conducta. Tampoco la obligación de tramitar de nuevo ciertas fases del procedimiento subsanando los defectos identificados parece tener ninguna trascendencia cuando no hay posibilidad de afectar al sentido de la resolución de adjudicación y, por tanto, no cabe ningún tipo de sanción «directa» o «indirecta» a la actuación administrativa. Una mera carga de repetición de trámites no puede considerarse un incentivo para que la Administración evite actuaciones inválidas. Lo mismo sucede con el deber de adjudicar el contrato a un licitador determinado, obligando a liquidar el contrato ya celebrado, o con la cancelación de la licitación. En muy pocos casos llegan a ejecutarse fallos de este tipo. En resumen, la capacidad de dirección de la configuración de los efectos de la invalidez en la actualidad es, por tanto, cuestionable.

En esta clave, el derecho europeo aporta otra perspectiva de interés, que se ha apuntado más arriba al referirse a las consecuencias derivadas del mantenimiento de los efectos del contrato. Consiste en entender la invalidez como la constatación de una infracción que debe ser «sancionada»<sup>118</sup>. Desde esta perspectiva el juicio sobre los efectos de la invalidez no puede consistir únicamente en una ponderación de

<sup>115</sup> M. BELADIEZ ROJO (1994: 263).

<sup>116</sup> T. CANO CAMPOS (2017: 9-10).

<sup>117</sup> S. DÍEZ SASTRE (2018b: 136).

<sup>118</sup> También aparece esa perspectiva en M. BELADIEZ ROJO (1994: 53).

los intereses en juego con el fin de tutelar las posiciones jurídicas de los sujetos afectados por una licitación y el interés general. Hay que atender a los resultados que esa ponderación tiene en la realidad y modularlos para garantizar que la invalidez no queda «impune». Esta visión se explica en la relación de tensión existente entre la Unión Europea y los Estados miembros a la hora de aplicar las normas de contratación pública europeas. Pero ofrece un punto de vista útil para aportar una visión más pragmática de la invalidez que atienda verdaderamente a los efectos que se producen en la realidad. Así sucede cuando prevé consecuencias alternativas que «castiguen» a la Administración cuando no es adecuado dejar sin efectos un contrato ya perfeccionado.

El derecho europeo no renuncia, por tanto, a dejar sin efectos en la realidad una declaración de invalidez cuando se ha llegado a celebrar un contrato vulnerando ciertas normas procedimentales. Si el restablecimiento de la legalidad no cabe, deben imponerse otras consecuencias. De modo que es posible ampliar el espectro de las consecuencias derivadas de la invalidez con la finalidad de lograr un verdadero «castigo» o reproche.

## V. CONCLUSIONES: EL DERECHO ES EFICAZ CUANDO SE APLICA A TIEMPO

La introducción de los nuevos mecanismos de recurso en el ámbito precontractual y contractual ha producido un cambio radical en la determinación de los efectos de los actos inválidos. Los breves plazos de resolución de los recursos<sup>119</sup>, acompañados de la adopción de medidas provisionales —entre ellas, el efecto suspensivo obligatorio cuando el recurso impugna la adjudicación— permite el restablecimiento de la legalidad antes de la celebración del contrato, así como la indemnización, en su caso, de los daños y perjuicios ocasionados. Esto supone un cambio del acento del resarcimiento (tutela secundaria) al restablecimiento de la legalidad (tutela primaria), como efecto de la invalidez<sup>120</sup>. Además, de esta manera se produce un efecto verdaderamente disuasorio de las declaraciones de invalidez. Se conoce la certeza de los efectos que pueden producirse: paralización o cancelación de las licitaciones, retroacción de actuaciones y obligación de adjudicar el contrato a un licitador determinado. Además, se crea un cuerpo de doctrina que ayuda a la interpretación de una normativa compleja y cambiante.

Los efectos deseables vinculados al verdadero restablecimiento de la legalidad solo se producen cuando se reacciona con rapidez frente a la misma. De este modo se generan mecanismos que desincentivan la comisión de ilegalidades y que, al mismo tiempo, pueden ser eficaces para evitar las prácticas corruptas en el ámbito de la contratación pública<sup>121</sup>. En resumen, puede decirse que la contratación pública nos da un ejemplo de que la configuración del procedimiento de adjudicación en consonancia con los procedimientos de recursos introducidos de la mano del derecho europeo son la prueba de que «[e]l Derecho solo es eficaz cuando se aplica a tiempo»<sup>122</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, VICENÇ (2017): “Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos”, en FERNANDO LÓPEZ RAMÓN y FRANCISCO VILLAR ROJAS (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid: INAP, págs. 223-272.
- ALONSO IBÁÑEZ, MARÍA ROSARIO (2017): “Régimen general de la invalidez de los actos administrativos y sus efectos”, en LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO y VILLAR ROJAS, FRANCISCO (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid: INAP, págs. 23-56.
- AYMERICH CANO, CARLOS (2015): *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Cizur Menor: Thomson-Reuters, Aranzadi.
- ARROYO, LUIS Y UTRILLA, DOLORES (dirs.) (2015): *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Madrid: Marcial Pons.
- BACA ONETO, VÍCTOR SEBASTIÁN (2006): *La invalidez de los contratos públicos*, Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO (1997): *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid: Marcial Pons.

<sup>119</sup> Al respecto, S. DÍEZ SASTRE (2018b: 119).

<sup>120</sup> F. WOLLENSCHLÄGER (2010: 263).

<sup>121</sup> J. M.ª GIMENO FELIÚ (2011: 196 y ss.).

<sup>122</sup> E. SCHMIDT-AßMANN (2003: 69).

- BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA (2004): “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Cizur Menor: Thomson-Civitas, págs. 329-363.
- BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA (2011): “La retroacción de actuaciones ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?”, en *REDA*, núm. 152, págs. 839-857.
- BELADIEZ ROJO, MARGARITA (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons.
- BOCANEGRA SIERRA, RAÚL (2011): “La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos”, en *REDA*, núm. 152, págs. 769-786.
- CANO CAMPOS, TOMÁS (2004): *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Madrid: Thomson-Civitas.
- CANO CAMPOS, TOMÁS (2012): “La imposibilidad de retrotraer actuaciones cuando se vulneran los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador (A propósito de las sentencias de la Audiencia Nacional, de 27 de mayo de 2009, y del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 17 de junio de 2010)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial, Volumen I. España, Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Cizur Menor: Civitas, Thomson-Reuters, págs. 841-866.
- CANO CAMPOS, TOMÁS (2017): “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”, Ponencia en el *XII Congreso de la AEPDA*, págs. 1-54.
- CARANTA, ROBERTO (2011): “Damages: Causation and Recoverable Losses”, en FAIRGRIEVE, D. y LICHÈRE, F. (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Croydon: Hart Publishing, págs. 167-184. DOI: 10.5040/9781472561046.ch-009.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1985): *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ SASTRE, SILVIA (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid: Marcial Pons.
- DÍEZ SASTRE, SILVIA (2017): “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”, en LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO y VILLAR ROJAS, FRANCISCO (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid: INAP, págs. 273-318.
- DÍEZ SASTRE, SILVIA (2018a): *La formación de conceptos en el Derecho público*, Madrid: Marcial Pons.
- DÍEZ SASTRE, SILVIA (2018b): “Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública”, en DÍEZ SASTRE, S. (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2018 (Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia)*, Madrid: Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid, CGPJ, CEPC, págs. 101-145. Disponible on line: [http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2018/09/Informe\\_CIJA\\_2018FINAL.pdf](http://cija-uam.org/wp-content/uploads/2018/09/Informe_CIJA_2018FINAL.pdf).
- DÍEZ SASTRE, SILVIA (2018c): “La invalidez de los contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 571-597.
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL (2002): *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL (2010): “El principio de presunción de validez”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Alcobendas: La Ley, págs. 1.031-1.060.
- FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN (1969): “Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo”, en *RAP*, núm. 58, págs. 49-126.
- GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO y MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL (2001): *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- GALLEGO CÓRCOLES, MARÍA ISABEL (2011): “Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad”, en GIMENO FELIÚ, J. M.ª (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor: Civitas, Thomson-Reuters, págs. 259-318.
- GALLEGO CÓRCOLES, MARÍA ISABEL (2012): “Observatorio de jurisprudencia en materia de contratos públicos”, en J. M.ª GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Cizur Menor: Civitas, Thomson-Reuters, págs. 133-178.
- GARCÍA ÁLVAREZ, GERARDO (2018): “Invalidez del contrato público”, en GAMERO CASADO, EDUARDO y GALLEGU CÓRCOLES, MARÍA ISABEL (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanc, págs. 801-834.
- GARCÍA LUENGO, JAVIER (2002): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2011): “El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ, J. M.ª (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor: Civitas, Thomson-Reuters, págs. 211-258.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO (2003): *El contrato administrativo*, Madrid: Civitas.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, RAFAEL (2008): *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- HUERGO LORA, ALEJANDRO (2000): *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Cizur Menor: Aranzadi.

- LETELIER WARTENBERG, RAÚL (2011): *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Cizur Menor: Civitas, Thomson-Reuters.
- MALAVIYA, NINA (2009): *Verteilungsentscheidung und Verteilungsverfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- MCCORMICK, NEIL (2011): *Instituciones del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- MEDINA ALCOZ, LUIS (2005): *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Madrid: Thomson-Civitas.
- MEDINA ALCOZ, LUIS (2007): *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO (2010): *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, Getafe: La Ley.
- MOREO MARROIG, T. (2015): “Reconocimiento extrajudicial de crédito. El artículo 60.2 del Decreto 500/1990, de 20 de abril, ¿bálsamo de Fierabrás de la contratación irregular?”, disponible online en [www.administracionpublica.com](http://www.administracionpublica.com).
- NIETO, ALEJANDRO (1994): “Estudio preliminar”, en Beladiez Rojo, M., *Validez y Eficacia de los Actos Administrativos*, Madrid: Marcial Pons, págs. 9-31.
- PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUIS (1999): “Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del Derecho y la dogmática jurídica”, en *Doxa*, núm. 22, págs. 263-283. DOI: 10.14198/doxa1999.22.10.
- REBOLLO PUIG, MANUEL (1994): *El enriquecimiento injusto de la Administración pública*, Madrid: Marcial Pons.
- REBOLLO PUIG, MANUEL (2009): “La nulidad en Derecho Administrativo (Consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad de los derechos fundamentales)”, en *Justicia Administrativa*, núm. 44, págs. 5-39.
- RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME (1988): *La prórroga en los contratos administrativos. Concepto, funcionalidad y régimen en los contratos de obras y en los de gestión de servicios públicos*, Madrid: Montecorvo.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO (2009): *Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Granada: Comares.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA (2016): *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO (1975): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 2.ª ed., Madrid: IEA.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO (2004): “La invalidez de los contratos públicos”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Cizur Menor: Thomson-Civitas, págs. 365-396.
- SCHMIDT-ABMANN, EBERHARD (2003): *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Madrid: Marcial Pons, INAP.
- SCHNEIDER, TOBIAS (2007): *Primärrechtsschutz nach Zuschlagerteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge. Der oberhalb der Schwellenwerte bestehende vergaberechtliche Primärrechtsschutz des nichtberücksichtigten Bieters nach Zuschlagerteilung*, Berlin: Duncker & Humblot.
- VALERO ESCRIBANO, J. I. (2015), “La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares”, en *Revista Española de Control Externo*, vol. XVII, núm. 50, mayo 2015, pág. 163 y ss.
- WOLLENSCHLÄGER, FERDINAND (2010): *Verteilungsverfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck. DOI: 10.1628/978-3-16-151277-3.



## Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo

Jesús Fuentetaja Pastor (España)  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)  
jfuentetaja@der.uned.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo (UNED). Sus principales líneas de investigación son el Derecho Administrativo Europeo (*Derecho Administrativo Europeo*, 3.ª ed. Thomson-Civitas, 2016; *La Administración europea. La ejecución del Derecho y las Políticas de la Unión*, Civitas, 2007) y el Derecho de la Función Pública [*Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas, 2018; *Derecho de la Función Pública* (junto a R. Parada), Civitas, 2017].

### RESUMEN

Aunque los Estados miembros ejecutan el Derecho de la Unión Europea conforme a su propia normativa, también en relación con la revisión de los actos administrativos que son contrarios a dicho Derecho, los principios ejecutivos europeos de equivalencia y efectividad condicionan el alcance e incluso la aplicación de la regulación nacional de revisión de actos administrativos por la propia Administración o incluso por los Tribunales. Más aún, el Derecho de la Unión puede obligar a los Estados a revisar incluso actos administrativos firmes (en particular cuando el Tribunal Justicia ha esclarecido con posterioridad la interpretación correcta de normas europeas) no sólo cuando su normativa nacional lo prevé (*Kühne*) sino también cuando el acto administrativo nacional vulnera gravemente la norma europea aún no existiendo procedimiento para revisar dicho acto incluso firme (*Byankov*).

### PALABRAS CLAVE

Principio de equivalencia; principio de efectividad; acto administrativo contrario al derecho europeo.

### ABSTRACT

Although member states implement EU Law in accordance to their procedural law, also in relation to the review of administrative decisions that are contrary to that Law, the European executive principles of equivalence and effectiveness condition the scope and even the application of the national regulation of review of administrative acts by the Administration itself or even by the Courts. In particular, Member States may be even forced to reopen a final decisions –in particular to take account of the interpretation of a relevant provision of European law which the Court has given subsequently– not only if they have the power to do so (*Kühne*) but also because of the gravity of the infringement of EU Law and requiring Administration to reopen final decisions precluding national legislation that makes no provision for regular review (*Byankov*).

### KEYWORDS

Principle of equivalence; principle of effectiveness; administrative act contrary to European law.

### SUMARIO

I. EJECUCIÓN DEL DERECHO EUROPEO Y ADMINISTRACIÓN NACIONAL. 1. PRINCIPIOS EJECUTIVOS EUROPEOS Y SISTEMA INTERNO DE REVISIÓN DE ACTOS. 2. COLISIONES Y CONTRADIC-

CIONES CON EL DERECHO EUROPEO. II. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA Y VALIDEZ Y REVISIÓN INTERNA. III. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y REVISIÓN DE ACTOS NACIONALES CONTRARIOS AL DERECHO EUROPEO. 1. CONCEPTO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. 2. EFECTIVIDAD Y CATEGORIZACIÓN DE INVALIDEZ. 3. EFECTIVIDAD Y PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN. 3.1. OBLIGACIÓN DE REVISIÓN DE ACTOS FIRMES CONFORME A PROCEDIMIENTOS INTERNOS. 3.2. DERECHO A UN PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN POR VULNERACIÓN DEL DERECHO EUROPEO. 4. EFECTIVIDAD Y EFECTOS DE LA REVISIÓN. IV. CONCLUSIONES.

## I. EJECUCIÓN DEL DERECHO EUROPEO Y ADMINISTRACIÓN NACIONAL

### 1. Principios ejecutivos europeos y sistema interno de revisión de actos

En el marco de la ejecución indirecta del Derecho europeo, según la cual la titularidad ejecutiva corresponde a los Estados miembros, las Administraciones nacionales dictan reglamentos y actos administrativos de aplicación de aquel. En el caso de que estos actos –que aplican el Derecho europeo pero que se dictan también conforme al Ordenamiento jurídico-administrativo interno– vulnerasen el Ordenamiento europeo, éste exige de los Estados que reaccionen para garantizar la legalidad europea quebrantada.

Por tanto, los Estados no sólo son responsables del cumplimiento del Derecho europeo sino también de su incumplimiento. Esto es, de prever y activar mecanismos jurídicos para restablecer la legalidad europea vulnerada por la acción administrativa nacional.

En caso de incumplimiento del Derecho europeo, tanto en el ámbito nacional como en el europeo, aquel contempla principalmente cuatro tipos de medidas. En primer lugar, las sanciones<sup>1</sup>, que el Derecho europeo sectorial (agricultura, fondos europeos, etc.) o especial (por ejemplo, protección de intereses financieros) puede prever para reprimir y disuadir a los incumplidores por su incumplimiento. En segundo lugar, procedimientos ejecutivos para declarar la irregularidad del uso de fondos europeos (por ejemplo, las liquidaciones de conformidad en el ámbito de la PAC<sup>2</sup> o las correcciones financieras de los fondos estructurales<sup>3</sup>). En tercer lugar, en caso de incumplimiento del Derecho europeo, surgiría la responsabilidad de la Unión o de los Estados, según el caso. Y, en cuarto lugar, cuando la legalidad europea sea quebrantada por normas y actos administrativos, se deberán establecer mecanismos de reacción adecuados para restablecer aquella legalidad.

Este restablecimiento de la legalidad europea vulnerada por normas o actos administrativos nacionales, puede venir determinado bien en normas europeas (v. gr. las muy precisas previsiones del Código Aduanero<sup>4</sup>), bien en normas nacionales expresa y específicamente aprobadas para garantizar la legalidad europea (v. gr. la previsión de un supuesto de nulidad de pleno derecho de los contratos administrativos declarados expresamente contrarios al Derecho europeo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). En el caso de que ni el Derecho europeo ni el nacional prevean una respuesta expresa a la restitución de la legalidad europea vulnerada, el Ordenamiento europeo se remite al sistema de garantía interna de la legalidad nacional de que disponen los Estados miembros (principio de autonomía institucional). Por tanto, el sistema nacional de invalidez y revisión de los actos administrativos nacionales se deberá aplicar en las mismas condiciones cuando esos actos administrativos nacionales vulneran el Derecho europeo (principio de equivalencia), si bien este Derecho –que, no se olvide, es el vulnerado– puede exigir correcciones al sistema interno de invalidez y de revisión si considera que la configuración de dicho sistema no responde adecuadamente a vulneración de la legalidad europea (principio de efectividad).

De lo dicho se deduce que el régimen jurídico de la validez y revisión de los actos administrativos nacionales que vulneran el Derecho europeo no constituye un sistema previamente diseñado y regulado ni por el Legislador europeo ni por el Legislador nacional sino que se limita más bien a dar cuenta de la incidencia

<sup>1</sup> Imprescindible el estudio de LOPEZ BENITEZ, M. (2008): “Marco institucional de las sanciones comunitarias”, en *Documentación Administrativa*, núm. 280-281.

<sup>2</sup> BUENO ARMILLO, A. (2013): “Una alternativa al procedimiento de incumplimiento: las correcciones financieras de la política agrícola común”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 46, págs. 29-75.

<sup>3</sup> GUILLEM CARRAU, J. (2018): “Las correcciones financieras en materia de fondos estructurales”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, págs. 281-319.

<sup>4</sup> Reglamento (952/2013/UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013 (DO núm. L 269 de 10 de octubre de 2013, pág. 1).

puntual, de carácter normativo y sobre todo jurisprudencial, de las exigencias del Derecho europeo para asegurarse que el sistema de validez y revisión interno es aplicado indistintamente respecto a actos internos y eficazmente respecto a la legalidad europea.

## 2. Colisiones y contradicciones con el Derecho europeo

Además de lo señalado respecto a los principios ejecutivos europeos como correctores de la autonomía nacional a la hora de aplicar el Derecho europeo y, en particular, por su afectación al sistema de garantía de la legalidad por los actos administrativos, es preciso señalar que al estudiar la temática relativa a la invalidez y revisión de los actos administrativos nacionales que vulneran el Derecho europeo nos encontramos no sólo con contradicciones entre dicho acto nacional y el Derecho europeo sino también con inadecuaciones o colisiones entre el sistema de ejecución (procedimientos administrativos de revisión, fundamentalmente) y la garantía de la efectividad de aquel Derecho. A su vez, la contradicción del acto administrativo puede ser directa (si es el propio acto el que contraviene la norma europea) o indirecta (si la vulneración de esta norma europea no es del acto sino de la norma europea o nacional de la que el acto administrativo nacional es aplicación).

En el caso de las contradicciones indirectas, el escenario es aún más complejo, pues es preciso distinguir las normas de las que puede ser aplicación el acto, por lo que la derivación de consecuencias de la nulidad de aquellas sobre éste va a depender decisivamente en función de que la norma sea interna o que la norma sea europea. En el primer caso, será preciso, asimismo, distinguir si se trata de una ley (que no podrá ser anulada porque la infracción del Derecho europeo no determina su inconstitucionalidad, sino su inaplicación) o de un reglamento (que sí podrá ser anulada). Mientras que en el caso de las normas europeas que son declaradas nulas por el Tribunal de Justicia, las consecuencias sobre los actos administrativos nacionales de aplicación vendrán asimismo condicionadas por el propio Derecho europeo. Más aún, es el propio Tribunal de Justicia el que puede modular los efectos en el tiempo no sólo de la anulación de la norma europea de la que es aplicación el acto administrativo nacional, sino también de los de la declaración de no conformidad con el Derecho europeo de las normas nacionales a través de recursos de incumplimiento o cuestiones prejudiciales<sup>5</sup>.

Todos estos escenarios deben ser tenidos en cuenta, pues implican a su vez la intervención de elementos que inciden decisivamente en la materia, como puede ser la eficacia y alcance de sentencias del Tribunal de Justicia que declaren la contradicción de normas europeas o nacionales con el Derecho europeo<sup>6</sup>.

## II. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA Y VALIDEZ Y REVISIÓN INTERNA

Siempre que no exista regulación europea sobre la ejecución del Derecho de la Unión o normativa nacional específica que establezca el régimen jurídico interno de dicha ejecución, el principio de equivalencia exigirá que se aplique a la ejecución del Derecho europeo el Derecho nacional establecido con carácter general para regular la ejecución del Derecho interno. Se trata, por tanto, de aplicar normativa interna reguladora de supuestos internos a supuestos europeos. Así, por ejemplo, si la normativa interna

<sup>5</sup> Así lo hizo el Tribunal de Justicia, por ejemplo, al declarar nulo el Reglamento (2772/1999/CE) del Consejo, por el que se aprobaron las normas generales de un sistema obligatorio de etiquetado de la carne de vacuno, pues consideró que su anulación podría crear un vacío jurídico que habría permitido, en particular, impugnar las decisiones que hubieran podido adoptar los Estados miembros. De ahí que, por razones de seguridad jurídica, resolvió «considerar definitivos los efectos de lo dispuesto en el Reglamento impugnado, para cuya ejecución los Estados miembros han podido adoptar decisiones que podrían ser recurridas»: *Parlamento v. Consejo*, 13 diciembre 2001 (C-93/00), *Rec.*, pág. I-10119, núm. 48. También lo hizo en relación con la anulación del artículo 7 del Reglamento (1308/2013/UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios que, en tanto en cuanto fija los precios a los que debe realizarse la intervención pública y por tanto se encamina a estabilizar los mercados agrícolas, no sólo limitó retroactivamente sus efectos sino también hacia el futuro, otorgando al Legislador un plazo de cinco meses para adoptar una nueva normativa. *Alemania v. Parlamento y Consejo*, 7 septiembre 2016 (C-113/14), núm. 84. Otro relevante ejemplo de mantenimiento de efectos del acto anulado hacia el futuro lo encontramos en *Borealis Polyolefine*, 28 abril 2016 (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 et C-391/14 à C-393/14), que anulaba con efectos diferidos a diez meses la Decisión (2013/448/UE) de la Comisión, de 5 de septiembre de 2013, relativa a las medidas nacionales de aplicación para la asignación gratuita transitoria de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

<sup>6</sup> *Vid.*, al respecto, el excelente trabajo de NUÑEZ LOZANO, C. (2017): “La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los Actos Nacionales”, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, págs. 549-614.

considera que un reglamento que vulnera una norma superior interna (Constitución o Ley, por ejemplo) debe ser declarado nulo de pleno derecho, la misma solución habrá que dar cuando el reglamento vulnera el Derecho europeo, careciendo de fundamento trasladar a este supuesto la consecuencia de la contradicción de leyes en forma de inaplicación<sup>7</sup>.

Pero a lo que no obliga el principio de equivalencia es a aplicar normativa interna reguladora de supuestos europeos de ejecución a otros supuestos europeos. Así, cuando la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público tipifica como causa de nulidad de pleno derecho «[e]l incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», constituye una norma interna finalizada a prever las consecuencias de la vulneración del Derecho europeo. Pero al tratarse de una norma interna reguladora de una consecuencia de incumplimiento del Derecho europeo, el principio de equivalencia no exige que se aplica a otros supuestos pretendidamente semejantes en caso de incumplimiento. Por ejemplo, un incumplimiento grave del Derecho europeo en materia de fondos europeos concedidos mediante subvención competitiva que conllevara que ésta no hubiera debido adjudicarse al beneficiario, declarado por el TJUE en el marco de un recurso por incumplimiento, no cabría categorizarse como supuesto de nulidad de pleno derecho de la subvención por equivalencia con la previsión positivizada en la normativa de contratos.

Cuestión diferente es que esa extensión aplicativa se llevara a cabo no por exigencia del principio europeo de equivalencia sino por mor de una interpretación analógica de la norma interna, optimizando al máximo la interpretación conforme del Ordenamiento nacional para garantizar la efectividad del Derecho europeo, que en este caso supondría apurar las posibilidades de apreciación de la semejanza de situaciones, que en última instancia es el talón de Aquiles del juicio analógico. De esta forma, cuando la Ley General de Subvenciones establece en su artículo 37.1 h) que será causa de reintegro de una subvención la declaración por la Comisión europea de que una ayuda de Estado canalizada a través de aquella es ilegal, al amparo de los artículos 87 a 89 del TFUE, está tipificando específicamente una previsión especial de ejecución del Derecho europeo por contradicción de un acto interno –la subvención– con el Derecho europeo de la Competencia. Pero esta norma interna no se debe extender y aplicar, en virtud del principio de equivalencia, a supuestos semejantes; sin embargo, podría hacerse esa extensión por analogía a supuestos donde la Comisión también declara en procedimientos administrativos que ciertas actuaciones de las Administraciones –plasmadas en actos administrativos– son contrarias al Derecho europeo. Como las declaraciones que hace la Comisión, en el marco de procedimientos de corrección financiera de los Fondos estructurales o de liquidaciones de conformidad de la Política Agrícola Común, según las cuales se han utilizado fondos europeos contraviniendo la norma sectorial europea reguladora del uso de dichos fondos.

En virtud del principio de equivalencia, se debe proceder pues a la aplicación indiferenciada de la norma nacional a los procedimientos basados en el Derecho de la Unión y a los basados en el Derecho nacional<sup>8</sup>. Por tanto, el sistema procedimental y procesal nacional se debe aplicar indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho europeo y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno<sup>9</sup>, comprendiendo todos los aspectos de dicho sistema: desde los plazos para el ejercicio de acciones o interposición de recursos<sup>10</sup> a las facultades del juez<sup>11</sup>, pasando por los requisitos para la interposición de los recursos.

<sup>7</sup> Por ejemplo, la STS de 7 de febrero de 2012, tras constatar la contradicción con el Derecho europeo del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, lo declara inaplicable, y traslada esa solución a una Orden ministerial que desarrollaba y aplicaba aquel. No obstante, los Tribunales hoy día declaran sin mayores titubeos la nulidad de pleno derecho de reglamentos contrarios al Derecho europeo, también cuando son desarrollo de leyes inaplicadas por su contradicción con aquel. Por ejemplo, a la luz de la Sentencia del TJUE *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) e.a.*, 9 junio 2016 (C-470/14), el Tribunal Supremo concluye la incompatibilidad del Real Decreto-ley 20/2011 y de la Ley 21/2014 que modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual con la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. En la medida en que el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, había sido dictado para ejecución de esas normas con rango de ley, la Sentencia considera que el mismo ha quedado sin «fundamento legal efectivo y, en consecuencia, es nulo».

<sup>8</sup> ÖBB Personenverkehr, 28 enero 2015 (C417/13), núm. 74.

<sup>9</sup> *i-21 y Arcor*, 19 septiembre 2006 (C-392/04 y C-422/04), núm. 62.

<sup>10</sup> *Rosado Santana*, 8 septiembre 2011 (C-177/10), en relación con los recursos previstos en la ley de procedimiento administrativo española.

<sup>11</sup> «Si bien el Derecho comunitario no obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a examinar de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones de la normativa comunitaria cuando el examen de dicho motivo las obligaría a exceder los límites del

Sin embargo, el principio de equivalencia no obliga a establecer regulaciones internas comunes a efectos de su aplicación al Derecho europeo, pudiéndose, por ejemplo, distinguir plazos de ejercicio de acciones diferenciando el sector privado y el sector público<sup>12</sup> o una regulación procesal diversa para la jurisdicción civil y para la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>13</sup>. Y tampoco permite elegir la modalidad más favorable de entre las existentes, violentando la regulación positiva<sup>14</sup>. Finalmente, tampoco es pertinente en situaciones que afectan a dos clases de acciones basadas ambas en una infracción del Derecho europeo<sup>15</sup>.

En relación con la temática de la invalidez y revisión de los actos administrativos contrarios al Derecho europeo, el principio de equivalencia exige la aplicación tanto de las mismas categorías sustantivas internas de invalidez según los vicios del acto como de las mismas técnicas de revisión previstas en la normativa nacional para los casos internos.

Sin embargo, en el contraste entre al acto administrativo nacional y el Derecho europeo potencialmente vulnerado es imprescindible tener en cuenta que el contenido y alcance de la norma europea viene determinado por el propio Ordenamiento europeo, no por el interno, pudiéndose dar incluso el caso de que el Tribunal de Justicia interprete normativa nacional al analizar si el acto nacional vulnera y en qué grado la norma europea. Lo cual tiene una gran trascendencia a la hora de aplicar, por ejemplo, los supuestos de nulidad de pleno derecho.

En efecto, la aplicación de las categorías internas de invalidez, con sus causas respectivas, debe hacerse sobre la base del principio de equivalencia, de manera que el supuesto de hecho se subsuma en una de ellas con independencia de que la norma infringida sea europea, aplicando la misma categoría de invalidez a las mismas vulneraciones del Derecho, sea éste nacional, sea europeo. Ahora bien, la interpretación del Derecho europeo en cada caso debe realizarse teniendo en cuenta su contenido y alcance, en particular conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Pero también el principio de equivalencia exigirá que los Tribunales europeos interpreten la norma nacional, sólo así podrá valorar si el juicio de semejanza propio de la equivalencia se ha realizado correctamente, así como si la causa de invalidez tipificada en el Derecho nacional se ha aplicado de forma adecuada a la concreta infracción del Derecho europeo. La sentencia *i-21 y Arcor*<sup>16</sup> da una buena idea de ello, cuando el Tribunal de Justicia analizó si la vulneración de la norma europea en cuestión constituía una «violación manifiesta» a efectos de la Ley de procedimiento administrativa alemana que obligara a revisar un acto administrativo firme.

El contenido y el alcance de las normas europeas presentan una particular relevancia en algunas de las causas de invalidez que determinan la nulidad de pleno Derecho del acto. Es el caso de los vicios procedimentales y de la vulneración de los derechos fundamentales.

Respecto a la cuestión del alcance de los vicios de procedimiento a efectos de determinar, por un lado, la invalidez o no de un acto y, por otro y en su caso, la categoría concreta de invalidez (nulidad o anulabilidad, en el caso español), se trata un problema constante en todo Ordenamiento jurídico. El Derecho europeo no es una excepción, ni cuando se trata de controlar sus propios actos ni cuando valora la importancia de las previsiones organizativas y procedimentales que impone a los Estados cuando ejecutan Derecho europeo.

---

litigio tal como lo habían delimitado las partes, dichos órganos jurisdiccionales deben examinar de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma comunitaria de carácter imperativo cuando, en virtud del Derecho nacional, estén obligadas o facultadas para hacerlo en el caso de una norma de Derecho interno de carácter imperativo»: *Van Schijndel y van Veen*, 14 diciembre 1995 (C-430/93 y C-431/93), *Rec.* pág. I-4705, núms. 13, 14 y 22 y *Kraaijeveld e.a.*, 24 octubre 1996 (C-72/95), *Rec.* pág. I-5403, núms. 57, 58 y 60.

<sup>12</sup> *Ministero delle Finanze v. Spac*, 15 septiembre 1998 (C-260/96), *Rec.* pág. I-4997, núms. 18-23: El principio de equivalencia «no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender a todas las acciones de devolución de tributos o exacciones percibidos en contra de las disposiciones del Derecho comunitario su régimen de repetición interno más favorable. Así pues, el Derecho comunitario no se opone a que la legislación de un Estado miembro contemple, junto a un plazo de prescripción de Derecho común aplicable a las acciones de repetición de lo indebido entre particulares, procedimientos específicos de reclamación y de recurso judicial menos favorables para la impugnación de los tributos y demás exacciones. Sólo cabría una solución distinta si dichos procedimientos fueran aplicables única y exclusivamente a las acciones de devolución de tributos o exacciones basadas en el Derecho comunitario».

<sup>13</sup> *Târşia*, 6 octubre 2015 (C-69/14), núm. 35: «el principio de equivalencia no se opone a que un juez nacional no tenga la posibilidad de revisar una resolución judicial firme dictada en un procedimiento civil, cuando esta resolución resulta incompatible con una interpretación del Derecho de la Unión adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la fecha en la que dicha resolución ha devenido firme, mientras que tal posibilidad existe en lo que atañe a las resoluciones judiciales firmes incompatibles con el Derecho de la Unión dictadas en el marco de procedimientos administrativos».

<sup>14</sup> *Ministero delle Finanze v. Spac*, 15 septiembre 1998 (C-260/96), *Rec.* pág. I-4997, núm. 18; *Dragoş Constantin Târşia*, 6 octubre 2015 (C-69/14), núm. 35.

<sup>15</sup> *ÖBB Personenverkehr AG*, 28 enero 2015 (C-417/13), núm. 74.

<sup>16</sup> *I-21 y Arcor*, 19 septiembre 2006 (C-392/04 y C-422/04).

Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia considera que un vicio de procedimiento no exige la anulación de la decisión impugnada si al tribunal le es posible concluir —sin imponer en absoluto al demandante la carga de la prueba a este respecto, sino tomando en consideración, en su caso, los elementos de prueba aportados por el promotor del proyecto o por las autoridades competentes y, más generalmente, el conjunto de los documentos del asunto que se le haya sometido— que la decisión impugnada no habría sido diferente sin el vicio de procedimiento invocado por el demandante<sup>17</sup>.

Con esto se quiere indicar que el alcance invalidante de un vicio de procedimiento dependerá de la importancia que el propio Ordenamiento europeo dé al procedimiento vulnerado, no de cómo el Ordenamiento nacional considere esa violación. Aunque, obviamente, si la propia norma europea que establece el procedimiento o el Tribunal de Justicia al interpretarla no han calificado como esencial el trámite en cuestión, será el Derecho interno y los Tribunales nacionales, precisamente en virtud del principio de equivalencia, quienes apliquen su concepción interna de los vicios de procedimiento a los supuestos europeos.

Otro tanto sucede con la causa de nulidad de pleno derecho consistente en la lesión de «los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional» [art. 47.1 a) LPAC]. Conforme al principio de equivalencia, sólo la vulneración de los derechos y libertades recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales que se correspondan con los susceptibles de amparo constitucional en el Derecho español podrá ser calificada como causa de nulidad de pleno derecho. Pero el contenido y el alcance de esos derechos será el que establezca el Tribunal de Justicia para considerar así que los derechos europeos han sido vulnerados por un acto nacional<sup>18</sup>.

Más aún, cabría cuestionarse si esa delimitación interna de los derechos y libertades cuya violación por un acto determina la mayor categorización invalidante en el ámbito interno responde a la valoración de los derechos y libertades en el Ordenamiento europeo. Además de esta dimensión sustantiva de la vulneración de derechos y libertades fundamentales, es preciso mencionar la procesal, pues si el criterio del amparo restringiría, obviamente, los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales cuya vulneración permitiría calificarse internamente como nulidad de pleno derecho. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esa equivalencia entre los derechos constitucionales susceptibles de amparo constitucional y los correspondientes de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no permite, en cambio, que éstos tengan acceso por sí mismos al Tribunal Constitucional, pues éste se considera sólo garante de los primeros. Sólo en la medida en que la vulneración de un derecho fundamental de la Unión Europea constituya al tiempo una vulneración de un derecho constitucional susceptible de amparo, será posible acceder a esta vía si un acto administrativo nacional vulnera un derecho europeo<sup>19</sup>.

El problema práctico sólo se planteará cuando el alcance de los derechos constitucionales susceptibles de amparo y el de los equivalentes de la Carta no sean coextensos, cosa que el Tribunal Constitucional parece querer evitar, como demuestra la STC 26/2014, de 13 de febrero («Melloni»), aun a riesgo de rebajar el nivel de protección interno de los derechos<sup>20</sup>. Pero desde un punto de vista teórico, cabe dudar de que la interpretación del Tribunal Constitucional de que la vulneración de un derecho europeo —de los que por semejanza serían susceptibles de amparo interno— no basta por sí misma para acceder al Tribunal Constitucional a través del recurso resulte conforme con el principio de equivalencia<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> *Gemeinde Altrip e.a.*, 7 noviembre 2013 (C72/12), núm. 53, y *Comisión v. Alemania*, 15 octubre 2015 (C137/14), núm. 60.

<sup>18</sup> La problemática del alcance de los derechos fundamentales en la Unión Europea se expone con claridad en MUÑOZ MACHADO, S. (2015): «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 19, núm. 50, págs. 195-230.

<sup>19</sup> Recuérdese la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional ya desde su Sentencia 64/1991, de 22 de marzo, según la cual «los motivos de amparo han de consistir siempre en lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 C. E. [arts. 53.2 y 161.1 b), C. E. y Título III LOTC], con exclusión, por tanto, de las eventuales vulneraciones del Derecho comunitario, cuyas normas, además de contar con específicos medios de tutela, únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el art. 10.2 C. E. Consecuentemente, el único canon admisible para resolver las demandas de amparo es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad». Concluyendo que «en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 C. E.».

<sup>20</sup> Crítico con esta Sentencia ALONSO GARCÍA, R. (2014a): *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Pamplona: Civitas.

<sup>21</sup> En idéntico sentido ARZO SANTISTEBAN, X. (2015): *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pág. 115.

### III. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y REVISIÓN DE ACTOS NACIONALES CONTRARIOS AL DERECHO EUROPEO

Ahora bien, el principio de equivalencia es necesario pero puede no ser suficiente para el Derecho europeo. Recurrir instrumentalmente a la normativa nacional correspondiente puede no garantizar el respecto formal y material de la norma europea según sea la finalidad de ésta. De ahí la necesidad de un ulterior principio corrector, que sería el de efectividad. Y es que el principio de equivalencia no deja de ser un criterio o estándar mínimo de protección o defensa del Derecho europeo en su fase de ejecución. Utilizar los mecanismos procedimentales de ejecución nacional sólo es conveniente en la medida en que se adecúen a la regulación sustantiva europea, lo que en ocasiones puede llevar a proceder a esa adecuación con el objetivo de alcanzar la máxima efectividad de aquella regulación sustantiva mediante interpretaciones de conformidad que optimicen la regulación ejecutiva nacional. Es aquí cuando entra en juego el principio de efectividad, que sin duda es el que va a afectar de manera más trascendente al sistema interno de revisión de actos contrarios al Derecho europeo.

#### 1. Concepto y alcance del principio de efectividad<sup>22</sup>

El principio de efectividad exige que aquella normativa nacional ni impida ni dificulte excesivamente la eficacia del Derecho europeo. A tal fin, el principio de efectividad exige la máxima potenciación del principio de interpretación conforme para que se pueda extraer del conjunto del Ordenamiento nacional la modalidad ejecutiva más adecuada para obtener los resultados perseguidos por el acto europeo. Y con más alcance aún que en el ámbito del principio de equivalencia, el Tribunal de Justicia procederá a interpretar el Derecho nacional para proporcionar a los Jueces nacionales parámetros desde los cuales no ya cohonstar las eventuales contradicciones entre ambos Ordenamientos<sup>23</sup> sino incluso identificar la solución aplicativa interna que permita a la norma nacional desplegar efectos de la mejor manera posible.

Se trata, por ello, de un principio de resultados, que obliga a identificar en qué consiste esa eficacia del Derecho europeo, pues su contenido variará en función del objeto de éste, según los objetivos que pretende conseguir cada disposición del Ordenamiento europeo que debe ser ejecutada por los Estados miembros, ya se trate del ejercicio por los ciudadanos de un derecho reconocido por el Ordenamiento europeo<sup>24</sup>, ya de la consecución de objetivos de las Políticas europeas, como garantizar la competencia efectiva entre empresas (lo que obliga a recuperar las ayudas de Estado ilegales concedidas<sup>25</sup> o a no obstaculizar la liberalización de un sector<sup>26</sup>), ya del correcto uso del presupuesto europeo garantizando la recuperación de fondos incorrectamente utilizados<sup>27</sup>.

Al concebirse como un principio de resultados, del principio de efectividad, se derivaría la consecuencia de reconocer a los Jueces y Tribunales, una vez concluido –implícita o explícitamente– que una norma procedimental nacional impide o dificulta excesivamente a la disposición europea desplegar sus efectos, la facultad de adoptar decisiones positivas que permitan la eficacia del acto europeo. Esta aproximación positiva al papel de los Jueces y Tribunales ha terminado por erigirse en un corolario autónomo del principio de efectividad, consagrando el principio de tutela judicial efectiva. A partir de aquí, el principio de efectividad se

<sup>22</sup> Vid. SARMIENTO, D. (2016): *El Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, págs. 424-429.

<sup>23</sup> Por ejemplo, en *Klausner*, 11 noviembre 2015 (C-505/14), en un asunto en el que un Tribunal alemán, tras comprobar que unos contratos de suministro de madera entre la Administración forestal y unas empresas constituían ayudas de Estado ejecutadas infringiendo el art. 108 TFUE, consideraba que la aplicación de una norma de Derecho nacional que tiene la finalidad de consagrar el principio de cosa juzgada le impedía extraer todas las consecuencias de esa infracción debido a la existencia de una resolución judicial nacional firme que, sin examinar si dichos contratos establecen una ayuda de Estado, declaró que éstos siguen en vigor, el Tribunal de Justicia señaló que, «aunque el órgano jurisdiccional remitente haya considerado que las excepciones al principio de cosa juzgada previstas en el Derecho procesal civil alemán no son aplicables en el presente litigio, es preciso indicar que, en virtud del artículo 322, apartado 1, de la ZPO, una sentencia sólo adquirirá fuerza de cosa juzgada material en la medida en que se haya pronunciado sobre la pretensión formulada en la demanda o en la reconvencción. Corresponde al juez remitente comprobar si dicho límite, expresamente mencionado en el artículo 322 de la ZPO, no le autoriza a interpretar esa disposición en el sentido de que cuando se alega una infracción del artículo 108 TFUE, apartado 3, tercera frase, la fuerza de cosa juzgada únicamente se extiende a las pretensiones jurídicas sobre las que se haya pronunciado el tribunal y, por lo tanto, no obsta a que un juez se pronuncie, en el marco de un litigio posterior, sobre cuestiones jurídicas respecto a las que la sentencia firme no se haya pronunciado».

<sup>24</sup> *Byankov*, 4 octubre 2012 (C-249/11), que afectaba a la libre circulación de personas y a la libertad de establecimiento.

<sup>25</sup> *Italia v. Comisión*, 7 marzo 2002 (C-310/99), *Rec.*, pág. I-2289.

<sup>26</sup> *i-21 y Arcor*, 19 septiembre 2006 (C-392/04 y C-422/04), núm. 70.

<sup>27</sup> *Países Bajos v. Comisión*, 14 abril 2011 (T-70/09), núms. 47-49.

ha aplicado para verificar la adecuación de múltiples aspectos organizativos y procedimentales de los Derechos nacionales, que abarcan desde los plazos para ejercer acciones o interponer recursos a las potestades de Jueces y Tribunales (por ejemplo, ampliando el objeto del proceso<sup>28</sup> o permitiendo la anulación retroactiva de actos administrativos<sup>29</sup>), pasando por los vicios que se pueden invocar al interponer recursos<sup>30</sup> o la revisión de actos administrativos firmes o que se benefician del principio de la cosa juzgada.

Sin embargo, el fin de la plena efectividad del Derecho europeo no justifica cualquier conclusión a la que se pueda llegar en virtud del «test de efectividad» al que se somete el Derecho nacional. Y es que, de la mentada caracterización del principio de efectividad como principio de resultados y de su aplicación por los Tribunales europeos y nacionales, se deriva una de sus consecuencias más criticadas: su potencialidad impredecible. En efecto, la comprensión radical del principio de efectividad podría abocar al cuestionamiento continuo del Derecho nacional, cuando no a su vaciamiento práctico, propiciando interpretaciones de conformidad que desbordan la legalidad positiva.

Un buen ejemplo de ello lo observamos en el caso de las consecuencias que se deben aplicar tras la constatación de nombramiento fraudulentos de funcionarios interinos por su duración absoluta (excesiva duración) o relativa (encadenamientos repetitivos), los cuales vulnerarían la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. El Ordenamiento español no ha previsto consecuencia alguna específica a tales supuestos, a diferencia de los casos en que el encadenamiento abusivo de contrataciones temporales afecta a personal laboral, para los cuales, en el ámbito de las Administraciones Públicas, se ha engendrado jurisprudencialmente el concepto de los «indefinidos no fijos». Pues bien, el Tribunal de Justicia no sólo constata el incumplimiento de la normativa española al no establecer medidas para prevenir y sancionar el abuso de nombramientos temporales encadenados sino que advierte a los Tribunales que, para alcanzar el objetivo pretendido por la Directiva, podrían aplicar a los empleados temporales de naturaleza administrativa lo que se aplica a los empleados temporales de naturaleza laboral, es decir, la transformación en indefinida de los nombramientos<sup>31</sup>, algo completamente inédito en la normativa de Función Pública española<sup>32</sup>. El Tribunal Supremo, en cambio, no ha admitido tal posibilidad y ha reconducido la solución a la propia normativa de Función Pública, considerando nulos los ceses del personal objeto de abuso por ausencia de causa válida, teniendo sólo por tales la provisión reglamentaria de la plaza o su amortización<sup>33</sup>.

## 2. Efectividad y categorización de invalidez

Dicho lo cual, y desde esta perspectiva de la máxima efectividad del Derecho europeo, no es de extrañar que se haya en ocasiones propugnado la tipificación expresa de una causa de nulidad de pleno derecho consistente en la vulneración del Derecho europeo. Esto supondría establecer un vicio de validez en función

<sup>28</sup> *Martínez Andrés*, de 14 de septiembre de 2016 (C-184/15 y C-197/15), donde una de las cuestiones que planteaba el Tribunal *a quo* afectaba específicamente a este principio de efectividad, pues hacía referencia a la necesidad de que los interesados (funcionarios interinos y estatutarios de los Servicios de Salud) tuvieran que interponer un nuevo recurso e iniciar un nuevo proceso para obtener la reparación del daño, diferente al proceso en el que se declaró abusivo el encadenamiento de nombramientos temporales. El Tribunal de Justicia considerará que «la obligación que incumbe al trabajador con contrato de duración determinada de ejercitar una nueva acción, en su caso ante un tribunal diferente, para determinar la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal». En consecuencia, «lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión»

<sup>29</sup> *Prezes Urzędu*, 13 octubre 2016 (C-231/15).

<sup>30</sup> Así, la limitación de vicios de procedimiento a la completa exclusión de éste y no a los meros defectos del mismo, privaría de efecto útil a la Directiva (2011/92/UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente [*Comisión v. Alemania*, 15 octubre 2015 (C-137/14)].

<sup>31</sup> *Martínez Andrés*, 14 septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15).

<sup>32</sup> Sobre el tema, FUENTETAJA, J. (2018): *Derecho europeo y Función Pública*, Civitas.

<sup>33</sup> Sendas Sentencias de 29 de septiembre de 2018 del Tribunal Supremo (recursos números 1305/2017 y 785/2017) descartan explícitamente el alcance del principio de efectividad hasta el extremo de desconocer los límites del Derecho y la jurisprudencia interna.

del origen formal de la norma<sup>34</sup> en lugar de las características propias del acto –sean formales, sean sustantivas–, que es el criterio que sigue nuestro Ordenamiento<sup>35</sup>, lo cual puede considerarse que «perturbaría la teoría misma sobre la invalidez de los actos administrativos», en palabras del Consejo de Estado<sup>36</sup>. Probablemente en tales propuestas late más la idea de facilitar la revisión de oficio del acto contrario al Derecho europeo<sup>37</sup> que la consideración de la gravedad en sí de la vulneración de éste, perspectiva de revisión que en todo caso siempre constituye un peligro para la interpretación de los supuestos de nulidad en la medida en que facilita las potestades de control de la Administración frente al proceso de lesividad.

Sea como fuere, teniendo en cuenta, por un lado, que el Derecho europeo no impone una categorización jurídica determinada de su vulneración y, por otro, que sólo exige de los Estados que sus sistemas garanticen que la legalidad europea violentada es adecuada y oportunamente restablecida, la problemática del acto administrativo nacional contrario al Derecho europeo no afecta tanto a la categorización de la invalidez como a las posibilidades de revisión de aquel y los efectos de ésta.

### 3. Efectividad y procedimientos de revisión

En efecto, al Derecho europeo lo que le preocupa es que los Estados, en el ámbito de la ejecución indirecta, establezcan procedimientos que garanticen el restablecimiento de la legalidad europea vulnerada por una actuación administrativa. La regulación de esos procedimientos puede incluir previsiones que limiten o incluso impidan la revisión de los actos administrativos nacionales. Así, por ejemplo, la imposición de plazos perentorios para interponer recursos<sup>38</sup> o ejercer potestades de revisión de actos anulables favorables sin duda dificultan –en aras, ciertamente, de la seguridad jurídica– la posibilidad de invalidar actos en vía administrativa o judicial, aun cuando la constatación de su ilegalidad europea es manifiesta.

Es el caso, en particular, de las contradicciones indirectas, cuando de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se deriva que la norma de la que el acto administrativo interno es aplicación es contraria al Derecho europeo. La eventual invalidez de dicho acto puede verse internamente impedida en el caso de situaciones jurídicas consolidadas que el Ordenamiento interno pretende preservar pese a su ilegalidad. Es el caso de los actos firmes y de los confirmados por sentencia judicial y que se beneficiarían de la fuerza de cosa juzgada.

El Derecho europeo, en principio, respeta los Ordenamientos internos, también en sus opciones de seguridad jurídica que impiden la revisión de los actos internos que, no obstante, son contrarios al Derecho europeo. Sin embargo, en determinadas circunstancias, el Tribunal de Justicia ha considerado que las exigencias de legalidad europea se deben imponer sobre las técnicas de preservación de la seguridad jurídica interna.

#### 3.1. Obligación de revisión de actos firmes conforme a procedimientos internos

En la sentencia *Kühne & Heitz*<sup>39</sup> el Tribunal de Justicia sentaría una doctrina que, con apenas modificaciones posteriores, establece las exigencias del Derecho europeo sobre la revisión de actos administrativos internos, si bien formularía una obligación de revisión sujetándola a unas «circunstancias» o «condiciones» que limitaban sobremanera su alcance.

Estas condiciones cumulativas serían precisadas posteriormente por el Tribunal de Justicia en diferentes sentencias que permiten entender el alcance y el fundamento de la revisión de actos firmes nacionales

<sup>34</sup> ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2013): *La revisión de actos administrativos nacionales en Derecho Administrativo Europeo. En particular la recuperación de ayudas de Estado ilegales*, Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, pág. 102.

<sup>35</sup> PARADA, R. (2018): *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 24.ª ed., EDIASA, págs. 94-121.

<sup>36</sup> CONSEJO DE ESTADO (2008): *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el Ordenamiento español*. Comentarios a este relevante informe, ORDOÑEZ SOLIS, D. (2008): «Derecho, administración e integración de España en la Unión Europea bajo el prisma del Consejo de Estado» en *Revista española de derecho europeo*, núm. 27, págs. 235-279, para quien bastaría que se asumiese que «el control jurisdiccional y también el control administrativo de los actos de las Administraciones debe incluir como motivo de nulidad la «infracción de normas de Derecho comunitario europeo»».

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (1991): «Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho comunitario» en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, págs. 281-316.

<sup>38</sup> *Rosado Santana*, 8 septiembre 2011 (C-177/10), núm. 96, que versaba sobre el plazo de dos meses para la interposición del recurso de alzada regulado por entonces en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>39</sup> *Kühne & Heitz*, 13 enero 2004 (C-453/00).

cuya vulneración del Derecho europeo se evidencia a posteriori por los Tribunales europeos. Tales condiciones son:

1. el Derecho nacional establece procedimientos que permiten a la Administración reconsiderar una resolución firme;
2. la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia; por tanto, no basta que haya adquirido firmeza por no haber sido recurrida en alguna instancia, administrativa o judicial, pues el interesado tiene que haber agotado todas las posibilidades de recurso interno que su Derecho interno le permitía<sup>40</sup>.
3. dicha sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial;
4. el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia; esta imprecisión temporal remite nuevamente al Derecho nacional para el ejercicio de acciones, con el consiguiente respeto de los principios de equivalencia y, particularmente, de efectividad, desde cuyo prisma podrá enjuiciar la razonabilidad del plazo establecido por el Derecho interno<sup>41</sup>.

El fundamento de la obligación de revisión se habría identificado con la ausencia de planteamiento de la cuestión prejudicial cuando, en principio, el órgano jurisdiccional estaba obligado a ello por resolver en última instancia, siendo así que a posteriori se reveló errónea su consideración de que el Derecho europeo aplicable no planteaba dudas de interpretación. De esta omisión del órgano jurisdiccional se derivarían no sólo el error objetivo en la interpretación del Derecho europeo sino también el perjuicio subjetivo del interesado al no poder ejercer los derechos que le reconoce el Ordenamiento europeo<sup>42</sup>.

Aquí radicaría la singularidad del alcance de la jurisprudencia *Kühne*: los Estados deben activar sus procedimientos de revisión de actos firmes que se manifiestan posteriormente contrarios al Derecho europeo porque no actuaron correctamente al no plantear la cuestión prejudicial que hubiese evitado en su día la vulneración del Derecho europeo.

Sin embargo, el punto débil de la construcción del Tribunal de Justicia radica en la deferencia que hace al Derecho nacional en cuanto es éste el que debe prever el procedimiento de revisión. De no existir tal previsión en el ámbito interno, la revisión no procede. Esta concesión al principio de autonomía procedimental de los Estados hay que entenderla como un intento de conciliar la revisión de actos firmes que impondría la legalidad y la eficacia del Derecho europeo con la seguridad jurídica de las situaciones jurídicas creadas en virtud de aquellos. En última instancia, la efectividad del Derecho europeo queda condicionada al Derecho procedimental nacional. La superación de esta condición, sin embargo, ha sido apuntada también por el Tribunal de Justicia.

### 3.2. Derecho a un procedimiento de revisión por vulneración del Derecho europeo

En el asunto *Byankov*<sup>43</sup>, relativo a una doble prohibición de salida del territorio y de expedición de pasaporte que ni siquiera fue recurrida por el interesado en su momento, el Tribunal de Justicia examina si la regulación búlgara del procedimiento administrativo para revocar actos firmes no permite salvaguardar los derechos que el Derecho de la Unión confiere, exigiendo el reconocimiento de la existencia de un deber que recaería sobre la Administración que consistiría en analizar y, en su caso, revocar un acto administrativo

<sup>40</sup> *I-21 y Arcor*, 19 septiembre 2006 (C-392/04 y C-422/04), núm. 53; *Byankov*, 4 octubre 2012 (C-249/11), núm. 51.

<sup>41</sup> *Kempter*, 12 febrero 2008 (C-2/06), núm. 59.

<sup>42</sup> En palabras del Abogado General BOLT, «en presencia de una interpretación errónea del Derecho comunitario hecha por un órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no pueden ser objeto de recurso jurisdiccional de Derecho interno y de un incumplimiento por parte de dicho órgano jurisdiccional de su obligación de presentar una petición de decisión prejudicial, prevista en el artículo 234 CE, párrafo tercero, el artículo 10 CE tiene el efecto de transformar la facultad otorgada a un órgano administrativo por su Derecho nacional en una obligación de revisar una resolución administrativa firme contraria al Derecho comunitario, revocándola o no, según resulte de dicha revisión. La solución resultante de la sentencia *Kühne & Heitz*, antes citada, permite de este modo paliar, a través del artículo 10 CE, los efectos negativos que provoca la ausencia de remisión prejudicial en la situación prevista en el artículo 234 CE, párrafo tercero, ofreciendo a los justiciables que han hecho uso de las vías de recurso establecidas en su Derecho interno una nueva posibilidad de invocar los derechos que les confiere el Derecho comunitario»: *Kempter*, 12 febrero 2008 (C-2/06), núms. 80-82.

<sup>43</sup> *Byankov*, 4 octubre 2012 (C-249/11).

contrario al Derecho europeo, aunque fuera firme. Y lo hará a partir de los principios de cooperación leal y de efectividad.

Al amparo del primero, el Tribunal de Justicia declara sin ambages «que la concurrencia de circunstancias particulares puede, en virtud del principio de cooperación leal establecido en el artículo 4 TUE, apartado 3, determinar que un órgano administrativo nacional quede obligado a revisar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza para, en particular, tomar en consideración la interpretación, realizada posteriormente por el Tribunal de Justicia, de una disposición de Derecho de la Unión pertinente».

Y aunque menciona la saga de pronunciamientos anteriores que han impuesto la revisión de actos administrativos internos por encima de su firmeza (*Kühne & Heitz; i-21 Germany y Arcor; Kempter*) o de la fuerza de cosa juzgada de la que se beneficiaban (*Lucchini*<sup>44</sup>, *Olimpiclub*<sup>45</sup>), ponderando «las particularidades de las situaciones y de los intereses en cuestión para encontrar un equilibrio entre la exigencia de seguridad jurídica y la exigencia de legalidad a la luz del Derecho de la Unión» (núm. 77), lo trascendente de la sentencia *Byankov* es que el Tribunal de Justicia se va a liberar de esas «particularidades de la situaciones» para reconocer directamente la obligación de las Administraciones nacionales de revisar actos nacionales cuya ilegalidad europea es clara e, indirectamente, el derecho de los afectados a solicitar esa revisión.

Si el principio de cooperación leal le sirvió al Tribunal para sentar las bases generales de la revisión de actos firmes contrarios al Derecho europeo, recurrirá, por su parte, al principio de efectividad para verificar la adecuación del procedimiento administrativo nacional a las necesidades ejecutivas del Derecho europeo, pero lo hará, como advertíamos, desde parámetros generales y abstractos y no tanto desde las circunstancias fácticas y jurídicas del caso. De hecho se observa claramente el contraste entre la aproximación del Abogado General y la que posteriormente llevará a cabo el propio Tribunal, a pesar de llegar a la misma conclusión de contradicción con el principio de efectividad de la regulación procedimental nacional: mientras aquel disecciona el breve plazo y la limitada legitimación activa (que excluye al destinatario del acto) para incoar el procedimiento de revisión<sup>46</sup>, el Tribunal de Justicia considera que la ausencia de procedimientos que permitan revisar prohibiciones definitivas y firmes de abandonar el territorio de un Estado, cuya ilegalidad ha sido constatada por el Tribunal de Justicia, abocan a la «negación misma de la libertad de circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros conferida por el estatuto del ciudadano de la Unión» (núm. 79).

En consecuencia, «una normativa nacional como la descrita en la resolución de remisión, en cuanto impide a ciudadanos de la Unión hacer valer su derecho a la libre circulación y a la libre residencia que les confiere el artículo 21 TFUE frente a prohibiciones territoriales absolutas adoptadas por una duración ilimitada, y a los órganos administrativos extraer las correspondientes consecuencias de un pronunciamiento jurisprudencial del Tribunal de Justicia que confirma el carácter ilícito, a la luz del Derecho de la Unión, de tal prohibición, no puede estar razonablemente justificada por el principio de seguridad jurídica y, por tanto, debe considerarse, en esa medida, contraria al principio de efectividad y al artículo 4 TUE, apartado 3» (núm. 81).

Por tanto, del derecho que el Ordenamiento europeo confiere a los ciudadanos se derivará la obligación para los Estados de revisar cualquier vulneración producida por un acto administrativo, con independencia de que sea firme y con independencia también de cuál sea la causa de esta firmeza.

De esta manera, el Tribunal se libera definitivamente de la deferencia nacional que hacía a la necesidad de que el Derecho nacional hubiese previsto vías de procedimiento de revisión. De haber seguido la estela que le trazaba el Abogado General, se podía haber limitado a considerar que tanto el plazo de un mes como

<sup>44</sup> *Lucchini*, 18 julio 2007 (C-119/05), *Rec.*, pág. I-6228, en la que el Tribunal de Justicia fallará de forma categórica que «el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada [...] cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión de las Comunidades Europeas». Un excelente comentario a esta sentencia en MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. (2007): «Res judicata pro veritate habetur c. primacía del derecho comunitario: ¿un combate por librar? (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2007, asunto C-119/05, *Lucchini*)», en *Revista española de derecho europeo*, núm. 24, págs. 521-557.

<sup>45</sup> *Olimpiclub*, 3 septiembre 2009 (C-2/08), núm. 29: «Por consiguiente, esta aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada tendría como consecuencia que en el supuesto de que la resolución judicial definitiva se basare en una interpretación de normas comunitarias relativas a prácticas abusivas en materia de IVA contraria al Derecho comunitario, la aplicación incorrecta de estas normas se reproduciría en cada nuevo ejercicio fiscal, sin que fuera posible corregir esta interpretación errónea. En estas circunstancias, debe declararse que obstáculos de tal envergadura a la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de IVA no pueden estar razonablemente justificados por el principio de seguridad jurídica y, por tanto, deben considerarse contrarios al principio de efectividad» (núm. 30).

<sup>46</sup> Conclusiones del Abogado General MENGOZZI (núms. 57-58).

la exclusión del destinatario de entre los legitimados para instar la revocación del acto contrario al Derecho europeo no superaban el «test de efectividad» por cuanto hacían imposible hacer valer el derecho de la libre circulación previsto en el Tratado europeo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia afirmará explícitamente que el Estado tiene la obligación de establecer un procedimiento de revisión de actos administrativos que sean contrarios al Derecho europeo cuando vulneren derechos atribuidos por el Ordenamiento jurídico europeo. Lo que correlativamente implica el derecho de los titulares de tales derechos vulnerados a solicitar la revisión de los actos, con independencia de la firmeza de los mismos.

El problema es la identificación de la «circunstancias particulares»<sup>47</sup> que determinarían la obligación de las Administraciones nacionales de revisar actos firmes (incluso por no haber sido recurridos) y el correlativo derecho de los interesados a solicitar esa revisión. Es algo que el Tribunal de Justicia aún no ha definido y probablemente lo vaya haciendo a base de sentencias cuando considere tanto el carácter manifiesto como la gravedad de la vulneración del Derecho europeo.

#### 4. Efectividad y efectos de la revisión

Si ya en materia de revisión el Derecho europeo tiene una incidencia relevante al relativizar técnicas basadas en la seguridad jurídica (como la firmeza de los actos o la fuerza de cosa juzgada de las sentencias) cuando concurren circunstancias particulares en su vulneración por actos administrativos nacionales dictados en el marco de la ejecución directa, también en relación con los efectos de la eventual invalidez de dichos actos podemos observar unas exigencias particulares.

En efecto, el principio de legalidad europeo, articulado respecto a los Ordenamientos nacionales vía principios de primacía y de eficacia directa, impone que el restablecimiento de la dicha legalidad vulnerada se produzca con efectos no de la declaración de ésta sino desde que la norma europea infringida fue dictada. Esta eficacia *ex tunc* de la invalidez de los actos administrativos nacionales contrarios al Derecho europeo sería consecuencia de las exigencias inherentes al principio de legalidad europea, cuyas excepciones sólo pueden ser amparadas por el propio Ordenamiento europeo, no por el nacional.

Ciertamente, el Derecho europeo no ha regulado de manera sistemática y exhaustiva las excepciones al principio de legalidad basadas en el principio de seguridad jurídica, por lo que –siempre en virtud de la remisión que implica el principio de autonomía de los Estados en la ejecución del Derecho europeo– asume, en principio, las opciones internas de mantenimiento de situaciones creadas al amparo de normas o actos posteriormente declarados inválidos. Sin embargo, una vez constatada la ilegalidad europea de un acto nacional, el Ordenamiento europeo exige que las consecuencias de aquella ilegalidad se vean removidas desde que la norma vulnerada fue dictada.

Esta eficacia *ex tunc* sería una exigencia inherente a la propia institución de la invalidez<sup>48</sup>, que en el caso del Derecho europeo se manifiesta no sólo en el ámbito del Derecho de la Administración europea (donde la invalidez es siempre *ex tunc*<sup>49</sup>) como en el del régimen jurídico de la ejecución por los Estados del Derecho europeo.

En efecto, desde una perspectiva estrictamente europea, el principio de legalidad impondría que toda vulneración del Derecho europeo se vea remediada y las consecuencias que resuelven dicha vulneración se extiendan durante todo el tiempo que ésta se produjo. Esa misma exigencia del principio de legalidad europea la proyectaría el Tribunal de Justicia sobre la anulación de actos nacionales contrarios al Derecho europeo. La concepción que tiene el Tribunal de Justicia del principio de legalidad europea, articulado en relación con los Estados a través de los principios de eficacia directa y de primacía, le llevaría a considerar que la contradicción entre el acto nacional –normativo o singular– y el acto europeo –normativo o singular– debe conducir siempre a que las consecuencias jurídicas en forma de invalidez –aunque también de ineficacia– que se establezcan lo sean en toda su extensión temporal, para impedir que se mantengan con carácter general situaciones jurídicas creadas como consecuencia de vulneraciones del Derecho europeo.

<sup>47</sup> *Incyte*, 20 diciembre 2017 (C-492/16)

<sup>48</sup> Las reflexiones doctrinales recientes sobre la materia destacan precisamente esta dimensión institucional a la hora de determinar la eficacia temporal de la invalidez, negando así la simplista división dicotómica entre los efectos temporales de la nulidad de pleno de derecho y de la anulabilidad. Por todos, REBOLLO, M. (2016): “La invalidez del acto administrativo”, en REBOLLO, M., CARBONELL, E. (coords.), *Derecho Administrativo. Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, Tecnos, pág. 108 y ss; CANO, T. (2017): “El laberinto de la invalidez. Algunas pistas para no perderse”, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, págs. 57-116.

<sup>49</sup> FUENTETAJA, J. (2016): *Derecho Administrativo Europeo*, 3.ª ed., Civitas, págs. 313-334.

Esto se puede deducir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando señala que, con carácter excepcional y en virtud del principio de seguridad jurídica, únicamente el propio Tribunal de Justicia puede «suspender provisionalmente el efecto de exclusión que ejerce una norma de la Unión directamente aplicable sobre el Derecho nacional contrario a ella»<sup>50</sup>, lo que abarcaría el mantenimiento de los efectos de una disposición nacional contraria al Derecho con efectos prospectivos<sup>51</sup>, pero también retroactivos, para no cuestionar los actos dictados al amparo de la norma contraria al Derecho europeo si ello fuese contraproducente para la propia efectividad de éste, matizando los principios de legalidad europea y de primacía.

En los asuntos *Inter-Environnement Wallonie y Terre wallonne*<sup>52</sup> y *Association France Nature Environnement*<sup>53</sup>, el Derecho procesal belga y francés, respectivamente, permitían a los jueces modular la eficacia retroactiva de la anulación de normas, permitiendo discrecionalmente señalar qué situaciones jurídicas se podían considerar definitivas y, por tanto, no afectadas por la anulación. El Tribunal de Justicia advierte que —en caso de normas anuladas por vulnerar Derecho europeo— esa potestad discrecional de señalar el mantenimiento de efectos definitivos por aplicación de dichas normas implicaría privar de eficacia a las normas europeas vulneradas, por lo que «puede autorizarse excepcionalmente a un órgano jurisdiccional nacional, habida cuenta de la existencia de una consideración imperiosa relacionada con la protección del medio ambiente, a que aplique la disposición nacional que le habilita para mantener determinados efectos de un acto nacional anulado, siempre que se cumplan determinados requisitos»<sup>54</sup>.

Estos requisitos son: primero, que la disposición de Derecho nacional impugnada constituya una medida de transposición adecuada del Derecho de la Unión en materia de protección del medio ambiente; segundo, que la adopción y la entrada en vigor de una nueva disposición de Derecho nacional no permitan evitar los efectos perjudiciales en el medio ambiente que se derivan de la anulación de la disposición de Derecho nacional impugnada; tercero, que la anulación de esta última tenga como consecuencia crear un vacío legal por lo que respecta a la transposición del Derecho de la Unión en materia de protección del medio ambiente que resulte más perjudicial para el medio ambiente en el sentido de que dicha anulación supondría una menor protección, y vulneraría incluso el objetivo esencial del Derecho de la Unión; y cuarto, que el mantenimiento excepcional de los efectos de la disposición de Derecho nacional impugnada sólo cubra el tiempo estrictamente necesario para que se adopten las medidas que subsanen la irregularidad declarada»<sup>55</sup>.

Por tanto, la voluntad del Tribunal de Justicia es que, en principio, sólo él pueda «reconocer a un órgano jurisdiccional nacional, caso por caso y con carácter excepcional, la facultad de determinar los efectos de la anulación de una disposición nacional juzgada incompatible con el Derecho de la Unión»<sup>56</sup>.

Es decir, en principio las consecuencias jurídicas que se prevean como respuestas a la vulneración del Derecho europeo deben remover cualquier efecto temporal pasado que se derive de dicha vulneración, atribuyendo, por tanto, eficacia *ex tunc* a la anulación de actos contrarios al Derecho europeo. Consecuencia de ello sería la inadecuación de la eficacia *ex nunc* de los efectos de la invalidez de los actos administrativos contrarios al Derecho europeo.

Todo ello tiene una particular importancia en el marco de las contradicciones indirectas, en particular cuando la contradicción directa lo es de la norma interna con la norma europea y la ilegalidad de aquella afecta a los numerosos actos administrativos dictados a su amparo. Esta contradicción de la norma interna puede ser apreciada directamente al proceder a su aplicación, pero normalmente mediará un pronunciamiento expreso del Tribunal de Justicia —en particular, a través de cuestiones de interpretación y de recursos por incumplimiento— en el que declare la incompatibilidad de la norma interna con el Derecho europeo. A partir de la sentencia del Tribunal de Justicia, tanto Jueces y Tribunales como Administraciones públicas deben extraer las consecuencias que se derivan de aquella, primero anulando —si pueden— o inaplicando —en

<sup>50</sup> «En efecto, si los órganos jurisdiccionales estuvieran facultados para otorgar primacía a las normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión, aunque fuera con carácter provisional, se estaría actuando en menoscabo de la aplicación uniforme de este último ordenamiento»: *Association France Nature Environnement*, 28 julio 2016 (C379/15), núm. 33.

<sup>51</sup> *Winner Wetten*, 8 septiembre 2010 (C409/06), núm. 67.

<sup>52</sup> *Inter-Environnement Wallonie y Terre wallonne*, 28 febrero 2012 (C41/11).

<sup>53</sup> *Association France Nature Environnement*, 28 julio 2016 (C379/15).

<sup>54</sup> *Association France Nature Environnement*, 28 julio 2016 (C379/15), núm. 33.

<sup>55</sup> *Association France Nature Environnement*, 28 julio 2016 (C379/15), núm. 43.

<sup>56</sup> *Association France Nature Environnement*, 28 julio 2016 (C379/15), núm. 34. Ello sin perjuicio de su doctrina del acto claro que le exonere de plantar la cuestión prejudicial, pero en tal caso «puesto que el principio de primacía del Derecho de la Unión puede resultar vulnerado a consecuencia del ejercicio de esa facultad excepcional, sólo cuando el antedicho órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que el ejercicio de tal prerrogativa no plantea ninguna duda razonable cesará la obligación de someter la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Además, esa ausencia de duda razonable debe haber resultado probada de forma fehaciente» (núm. 52).

todo caso— la norma declarada incompatible con el Derecho europeo y, segundo, trasladando los efectos de esta anulación o inaplicación a los actos administrativos que han sido dictados al amparo de esa norma.

Y ello teniendo en cuenta que las sentencias del Tribunal de Justicia, al interpretar una norma europea y declarar incompatible con ella la norma nacional, producen efectos no desde la fecha de la sentencia sino desde la fecha en que fue aprobada la norma europea que había sido incumplida por la norma nacional, con independencia de que la sentencia se pronuncie como consecuencia de un recurso por incumplimiento o del planteamiento de una cuestión prejudicial<sup>57</sup>. Así, en relación con esta última, el Tribunal de Justicia señala con firmeza que la interpretación que da el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho europeo «aclara y especifica, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como ésta debe o habría debido entenderse y aplicarse desde el momento de su entrada en vigor»<sup>58</sup>.

Estos efectos retroactivos obligarían, por tanto, a revisar las situaciones jurídicas creadas al amparo de la norma nacional, por cuanto constituirían igualmente aplicaciones contrarias al Derecho europeo. En efecto, «la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el Juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando, por otra parte, se reúnan los requisitos necesarios para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma»<sup>59</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El Derecho europeo ha limitado la propia remisión que realiza a los Derechos Administrativos nacionales de regular la ejecución indirecta del Derecho europeo por las Administraciones nacionales. Y lo hace también verificando si el régimen jurídico de la invalidez y de la revisión nacional se aplica por igual a las vulneraciones del Derecho europeo por actos nacionales (principio de equivalencia) y no impide o dificultad que la legalidad europea despliegue sus efectos (principio de efectividad).

A partir de aquí, la tensión estructural que subyace en todo sistema de invalidez y revisión entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica presenta complejidades añadidas por cuanto la legalidad europea propende a no verse excepcionada por la seguridad jurídica interna. Sin embargo, a falta de un régimen consistente europeo que regule la ejecución que hacen los Estados del Derecho europeo, las soluciones alcanzadas por el Tribunal de Justicia para relativizar las técnicas jurídicas internas que articulan esa seguridad jurídica (en particular, la firmeza de los actos administrativos y las potestades de conservación de situaciones creadas al amparo de actos contrarios al Derecho europeo) no dejan de resultar insatisfactorias por su imprecisión. Si el Derecho europeo no quiere o no puede regular positivamente un sistema procedimental para que los Estados garanticen la legalidad europea, debe aclarar cuándo se puede sacrificar la seguridad jurídica nacional en aras de la legalidad europea, precisando, en particular, cuáles son esas «circunstancias particulares» que obligan a las Administraciones nacionales a revisar actos nacionales por vulnerar el Derecho europeo, incluso sin procedimiento interno previo.

<sup>57</sup> Esta eficacia *ex tunc* de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido acogida por nuestro Tribunal Constitucional, reconduciéndola al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a una resolución judicial fundada en Derecho, pues lo contrario supondría aplicar leyes contrarias al Derecho europeo: «La declaración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de que esa norma es contraria al Derecho comunitario impone a los órganos jurisdiccionales españoles (incluidos, desde luego, este Tribunal) la obligación de inaplicarla, extrayendo de esta operación jurídica las consecuencias oportunas»: SSTC 145/2012, de 2 de junio y 232/2015, de 5 de noviembre. Al respecto, el excelente trabajo de ARROYO, L. (2016): *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución Española*, Marcial Pons, págs. 73-118.

<sup>58</sup> *Amministrazione delle finanze dello Stato v. Denkavit italiana*, 27 marzo 1980 (61/79), Rec. pág. 1.205, núm. 15.

<sup>59</sup> *Amministrazione delle finanze dello Stato v. Denkavit italiana*, 27 marzo 1980 (61/79), Rec. pág. 1.205, núm. 15.



## Anulación, revocación y revisión de oficio en el régimen del reintegro previsto en la Ley general de subvenciones

Ana María Becerra Gómez<sup>1</sup> (Perú)  
Universidad de Piura  
anamaria.becerra@udep.pe

### NOTA BIOGRÁFICA

Ana María Becerra Gómez es Abogada por la Universidad de Piura (Perú) y Máster en Estudios Jurídicos Avanzados por la Universidad de Valladolid (España). Profesora ordinaria auxiliar de Derecho administrativo en la Universidad de Piura (Perú). Actualmente es doctoranda en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Valladolid (España) con beca otorgada por la Fundación Carolina desarrollando su investigación sobre la revisión de oficio en el Derecho administrativo español.

### RESUMEN

En el presente artículo, a partir de un breve examen del ámbito objetivo de aplicación de la Ley General de Subvenciones, se analiza críticamente las causas de reintegro de las subvenciones, previstas en los artículos 36 y 37 de dicha Ley. Este análisis tiene como finalidad determinar la regulación de las figuras de anulación y revocación de actos administrativos en el régimen del reintegro y, además, establecer los reales alcances de la revisión de oficio en ese mismo contexto.

### PALABRAS CLAVE

Anulación; revocación; revisión de oficio; reintegro; Ley general de subvenciones.

### ABSTRACT

In this paper, on the basis of a brief review of the objective scope of application of the Spanish General Subsidies Act, the causes of reimbursement of subsidies, as provided for in articles 36 and 37, are critically analyzed. The purpose of this analysis is to determine the regulation of the institutions for invalidation and revocation of administrative acts in the reimbursement of subsidies regime and, furthermore, to establish the actual scope of ex officio review in that same context.

### KEYWORDS

Invalidation; revocation; ex officio review; reimbursement.

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES. III. LA OBTENCIÓN DEL REINTEGRO O DEVOLUCIÓN DE LAS SUBVENCIONES COMO PERSPECTIVA DOMINANTE DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES EN EL TRATAMIENTO DE LA ANULACIÓN Y DE LA REVOCACIÓN DE LAS SUBVENCIONES A QUE SE APLICA. 1. UBICACIÓN SIS-

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Piura (Perú). Doctoranda de Derecho Público en la Universidad de Valladolid.

TEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE LA ANULACIÓN DE LOS ACTOS DE OTORGAMIENTO DE SUBVENCIONES EN LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES. 2. NOCIÓN Y RÉGIMEN DE REINTEGRO. 3. CAUSAS LEGALES DETERMINANTES DE LA OBLIGACIÓN DE REINTEGRO POR INCUMPLIMIENTOS DE BENEFICIARIOS Y ENTIDADES COLABORADORAS. a) Artículo 37.1.b): El incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención. b) Artículo 37.1.c): Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta ley, y en su caso, en las normas reguladoras de la subvención. c) Artículo 37.1.d): Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 4 del artículo 18 de esta ley. d) Artículo 37.1.e): Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 14 y 15 de esta ley, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales. e) Artículo 37.1.f): Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención. f) Artículo 37.1.g): Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales. g) Artículo 37.1.i): En los demás supuestos previstos en la normativa reguladora de la subvención. IV. AUSENCIA DE CUALQUIER REGULACIÓN DE LA REVOCACIÓN DE SUBVENCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO O DE LA ENTIDAD COLABORADORA Y SU SUSTITUCIÓN PURA Y SIMPLE POR LA OBLIGACIÓN DE REINTEGRO. V. CONTENIDO DE LA REGULACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO. 1. REMISIÓN GENERAL EXPLÍCITA A LA LEY 30/92, AHORA LEY 39/2015, Y A LA CAUSA ESPECÍFICA DE NULIDAD RADICAL ESTABLECIDA TRADICIONALMENTE EN LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA, TANTO EN CUANTO A LA REVISIÓN DE OFICIO COMO EN CUANTO A LA ACCIÓN DE LESIVIDAD. 2. DOS EXCEPCIONES EN LAS QUE SE DECLARA NO PROCEDENTE LA REVISIÓN DE OFICIO PARA OBTENER EL REINTEGRO DE LA SUBVENCIÓN ILEGAL. a) Artículo 37.1.a) LGS. 14. b) Artículo 37.1.h) LGS. VI. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico español, no existe una regulación general sobre ayudas públicas. Sin embargo, sí hay una regulación sobre un tipo de ellas: las subvenciones en la Ley General de Subvenciones (en adelante, LGS). Se trata de una Ley cuyo objeto, según el artículo 1, es la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas, régimen estructurado, fundamentalmente, en tres partes: procedimiento de concesión y gestión, reintegro y control financiero de subvenciones.

En el contexto de este régimen, pretendemos analizar críticamente las causas de reintegro de las subvenciones (título II) previstas en los artículos 36 y 37 LGS. Con dicha finalidad, este trabajo se inicia con un breve examen del ámbito objetivo de aplicación de la LGS (con particular referencia al concepto legal de subvención), para pasar a un análisis de la noción y las causas legales de la obligación de reintegro (con el fin de categorizarlas adecuadamente en el marco de la anulación y la revocación de actos administrativos) y finalizar con un sucinto estudio sobre el ámbito de aplicación de la revisión de oficio en materia de reintegro de subvenciones.

## II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES

El ordenamiento jurídico español regula la figura de la subvención en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS). En su artículo 2 establece el concepto de *subvención*, señalando que

se trata de una entrega dineraria sin contraprestación directa de los beneficiarios, sujeta al cumplimiento de determinados objetivos, actividades, comportamientos (realizados o por realizar) que tengan por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o la promoción de una finalidad pública.

Como podemos apreciar, no estamos ante una Ley de ayudas públicas, sino precisamente ante una Ley de subvenciones, en sentido estricto<sup>2</sup>. Por lo tanto, si no hay una entrega dineraria no estaríamos, en principio, ante una subvención. Sin embargo, la propia LGS establece en su quinta disposición adicional que, se «aplicará esta ley, en los términos que se desarrollen reglamentariamente, cuando la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero».

Cabe anticipar que, aun teniendo en cuenta lo dispuesto en la quinta disposición adicional a la que hemos hecho referencia, el concepto de subvenciones formulado por la LGS es mucho más reducido que el de *ayuda estatal* a que se refiere el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en sus artículos 107 y siguientes (en adelante TFUE), aunque ciertamente las ayudas públicas más frecuentes tomen la forma de subvenciones en el sentido de esta Ley.

En efecto, ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se incluyen en la noción de *ayuda estatal* todas «las decisiones de los Estados miembros que, persiguiendo objetivos sociales y económicos que les son propios, por medio de actos unilaterales ponen a disposición de las empresas o de otros sujetos de derecho recursos o les facilitan ventajas destinadas a favorecer la realización de los objetivos económicos y sociales perseguidos»<sup>3</sup>. Es, pues, evidente, que la noción de subvención de la LGS tiene un alcance más restringido, puesto que comporta una entrega o aportación dineraria, sin comprender cualquier otro tipo de beneficio económico<sup>4</sup>.

La entrega dineraria como elemento característico del concepto de subvención –como veremos que también ocurre con cualquier otra modalidad de ayuda pública, que por ello tienen naturaleza distinta, de suyo, que la donación civil– por lo demás, debe cumplir con un requisito de afectación, es decir, debe estar vinculada al cumplimiento de un determinado fin, que puede ser la ejecución de un determinado proyecto, la realización de una determinada actividad, la observancia de un determinado comportamiento, etc. Y es precisamente esta afectación lo que legitima el otorgamiento dinerario –o el beneficio económico de que se trate, en caso de otras ayudas– correspondiente. Asimismo, es requisito necesario que la entrega dineraria, además de estar afecta a un fin concreto, se realice sin contraprestación directa por parte del beneficiario. En ese sentido, las obligaciones o cargas que asume el beneficiario no se traducen en *contraprestaciones* –y menos aún de valor equivalente– a favor del otorgante de la subvención<sup>5</sup>.

Conviene advertir que, en el apartado 4 del mismo artículo 2 de la LGS, se excluyen de la noción de subvención los supuestos siguientes:

- a) Las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social.
- b) Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, en los términos establecidos en su normativa reguladora.
- c) En la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos.
- d) Las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio.
- e) Las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo.
- f) Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial.

<sup>2</sup> Cfr. SESMA SÁNCHEZ, B. (2011), “El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción”, en *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor: Aranzadi, pág. 249.

<sup>3</sup> Sentencia “*Denkavit Italiana*” de 27 de marzo de 1980, FJ 31. Disponible en: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979CJ0061:ES:PDF>].

<sup>4</sup> Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005), “El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la ley”, en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Navarra: Aranzadi, pág. 30. En ese mismo sentido, LÓPEZ RAMÓN, F. (2004), “Ámbito de aplicación de la Ley general de subvenciones”, en *RAP*, núm. 165, pág. 46.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El concepto de...”, cit., págs. 35-37.

- g) Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social.
- h) El crédito oficial, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito.

La Ley señala que estos supuestos no tienen carácter de subvención; sin embargo, se podría haber prescindido en rigor de dicha enumeración en la medida en que ninguno de ellos podría ser considerado subvención porque no calza en el concepto legal que se recoge en el artículo 2.1 LGS. En ese sentido, como señala parte de la doctrina, esta enumeración legal podría considerarse ejemplificativa y podría haber incorporado otros supuestos que tampoco son calificables como subvención<sup>6</sup>.

Además de esa lista de supuestos que no tienen carácter de subvención, la LGS precisa supuestos calificados como subvenciones «no comprendidas» y «excluidas» de su ámbito de aplicación. A las primeras hace mención la Ley en los apartados 2 y 3 del artículo 2 y a las segundas se refiere el artículo 4. En ese sentido, considera no comprendidos en el ámbito de aplicación los dos siguientes supuestos:

«las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública»

«las aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias, realicen las entidades que integran la Administración local a favor de las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local».

Al igual que cuando comentamos aquellas que la ley señala que «no tienen carácter de subvención», en estrictos términos no puede decirse que en estos dos supuestos estemos ante subvenciones que queden excluidas del ámbito de aplicación de la Ley porque así lo determina ella misma, sino que se trata de supuestos que no califican como subvención, de acuerdo con el concepto legal recogido en la norma<sup>7</sup>. En fin, lo que quiere dejar claro la legislación es que estos supuestos no se someten a la Ley, están fuera de su ámbito de aplicación.

Ahora bien, como mencionamos antes, en el artículo 4 LGS se establecen unos supuestos que según el tenor literal quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley. Esos supuestos son los siguientes:

a) Los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario. Según los términos en los que está redactada esta exclusión, parecería que tanto el concepto de subvención como el de premio son equiparables. Sin embargo, sobre lo que se entiende por premio nada dice la LGS. Aunque no se señala un concepto determinado de premio, la LGS en su disposición adicional 10<sup>o</sup>, «se refiere a unos determinados tipos de premios que, no obstante, dada su descripción, termina englobando o alcanzando a cualesquiera premios»<sup>8</sup>. En efecto, la norma bajo la rúbrica de «Premios educativos, culturales científicos o de cualquier otra naturaleza», señala lo siguiente:

«Reglamentariamente se establecerá el régimen especial aplicable al otorgamiento de los premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza, que deberá ajustarse al contenido de esta ley, salvo en aquellos aspectos en los que, por la especial naturaleza de las subvenciones, no resulte aplicable»

De la redacción un tanto imprecisa de la norma, podemos concluir que la equiparación entre premio y subvención no es plena y ello se refleja en lo que dispone la propia LGS, pues excluye del ámbito de aplica-

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de...», cit., pág. 40.

<sup>7</sup> Puede verse una explicación detallada de estos supuestos en FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de...», cit., págs. 40-42 y 46-59.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de...», cit., pág. 42. El autor deja ver que hay una falta de precisión en el legislador porque la disposición adicional a la que hacemos referencia en el texto «al prever que el correspondiente desarrollo reglamentario pueda no ajustarse a la LGS vincula tal posibilidad a que dicha Ley no resulte aplicable por la especial naturaleza de las subvenciones, lo que hace dudar de si los premios son subvenciones, aunque de especial naturaleza y, por ello no pueden en todo quedar sujetos a la LGS o sí, por el contrario, al no ser subvenciones, la regulación reglamentaria de los mismos solo deberá ajustarse en la medida en que la referida regulación no se refiera a aspectos específicos y singulares de las subvenciones».

ción, de una parte a los premios otorgados sin mediar solicitud del beneficiario, y, al mismo tiempo, habilita al Gobierno para que establezca, en el régimen jurídico de todos los demás, las especificidades que en su regulación se precisen. Parece ser que lo más lógico hubiera sido que el legislador estableciera que a los premios no se les aplicase las disposiciones de la LGS porque no pueden calificarse como subvenciones, según el concepto legal, con independencia de que medie o no solicitud del premiado. Dicha previsión, no sería obstáculo para que la legislación específica sobre premios siga algunas de las reglas propias de las subvenciones *stricto sensu*<sup>9</sup>.

b) Las subvenciones previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

c) Las subvenciones reguladas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos.

d) Las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, en los términos previstos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, así como las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Asambleas autonómicas y a los grupos políticos de las corporaciones locales, según establezca su propia normativa.

Estos tres últimos supuestos que la norma califica como excluidos, en la realidad no calzan en el concepto de subvenciones que la propia ley recoge, puesto que no cumplen con el requisito de afectación. Por lo tanto, aun cuando la LGS no hubiere recogido expresamente su exclusión, no por ello habrían quedado sujetas al régimen general de las subvenciones porque se trata de aportaciones dinerarias que cuentan con una regulación específica en la legislación electoral y en la de financiación de partidos políticos y grupos parlamentarios<sup>10</sup>.

Pensamos que, esta regulación recogida en la norma es poco sistemática, en la medida que tal como está previsto pareciera que los supuestos «no comprendidos en el ámbito de aplicación» y los supuestos «excluidos» son categorías diferentes; sin embargo parecen ser lo mismo, por lo que para una regulación más sistemática hubiera sido mejor recogerlos en un mismo artículo<sup>11</sup>. Aunque, pensamos, el término «no comprendidos» podría hacer referencia a aquellos supuestos que no se comprenden en el concepto de subvención mientras que el considerar que un determinado supuesto es «excluido» puede querer decir que aunque pudiese comprenderse en el concepto, no se someten a la Ley por otras razones.

### III. LA OBTENCIÓN DEL REINTEGRO O DEVOLUCIÓN DE LAS SUBVENCIONES COMO PERSPECTIVA DOMINANTE DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES EN EL TRATAMIENTO DE LA ANULACIÓN Y DE LA REVOCACIÓN DE LAS SUBVENCIONES A QUE SE APLICA

El reintegro de las subvenciones tiene una regulación en un título específico de la LGS. En efecto, el título II LGS trata esta figura y estructura su contenido en 2 capítulos. El capítulo I, de acuerdo a lo recogido

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de...», cit., pág. 43.

<sup>10</sup> Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El concepto de...», cit., pág. 44.

<sup>11</sup> Al parecer esta previsión por parte de la LGS, es consecuencia de la observación realizada por el Consejo de Estado al anteproyecto de la misma, que en su texto original no incorporaba las distinciones a las que hemos hecho referencia. Concretamente el Consejo de Estado en su Dictamen 1756/2003 de 26 de junio, hizo la siguiente observación: «El artículo 4 del anteproyecto enumera una serie de ayudas y prestaciones a efectos de excluirlas expresamente del ámbito de la nueva Ley.

Entre estos casos, los contemplados en las letras a) a h) no constituyen verdaderas exclusiones, sino supuestos que en ningún caso estarían incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley por no tratarse de subvenciones en el sentido que el artículo 2 del anteproyecto las define. Es el caso, por ejemplo, de las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social (a), las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España (b), las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002 (d), las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial (f), o los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social (g).

Sí son verdaderas exclusiones (en la medida en que son supuestos que podrían eventualmente calificarse de subvenciones en el sentido del artículo 2, pero que no quedan sujetas a la nueva Ley por disponer de una normativa específica) los supuestos contemplados en las letras i) a l) del artículo 4: premios que se otorgan sin la previa solicitud del beneficiario (i), subvenciones previstas en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y en la Ley Orgánica de Financiación de partidos políticos (j y k), y subvenciones a los grupos parlamentarios (l).

En consecuencia, deberían eliminarse de este artículo 3 los supuestos contemplados en sus letras a) a h). Si se estima necesario hacer una referencia a ellos, a efectos de mayor claridad, en el texto del anteproyecto, podría incluirse en el artículo 2, indicando que «no tienen carácter de subvenciones» tales supuestos».

en el acápite cuarto de la parte expositiva de la propia ley, versa sobre el régimen general de reintegros y el capítulo II, sobre las líneas básicas del procedimiento de reintegro y la competencia para exigirlo. Tal como está estructurada la norma, parece buscar sobre todo la efectividad de reintegro en los casos de ilegalidad o improcedencia que contempla, interesándose sólo secundariamente de la anulación, en su caso, de las correspondientes subvenciones. Es indicativo que la Ley se ocupe de la anulación de las subvenciones dentro del capítulo dedicado al reintegro, por más que ciertamente el reintegro pueda ser, en determinados supuestos, consecuencia de la anulación de una subvención ilegal que hubiera sido efectiva.

Ahora bien, al tratar sobre la revocación de las subvenciones, conviene entender previamente a la *revocación* como la extinción unilateral, por parte de la Administración, de la eficacia *pro futuro* de los actos administrativos que constituyan su objeto y de la relación jurídica en su caso generada por ellos, por resultar, en palabras de LAGUNA DE PAZ «ilegales o inoportunas, por falta de cobertura normativa (cambio legislativo o de circunstancias), por cambio de criterios de apreciación o por incumplimiento de su titular»<sup>12</sup>. Considerándose esta definición, la norma no señala específicamente el régimen legal y los supuestos en los que se puede revocar una subvención. De hecho, no hay mención alguna explícita a la revocación. Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 37 LGS se desprende que algunas de las causas que la norma llama «de reintegro» son típicos supuestos de revocación de las subvenciones. Concretamente aquellas causas que se refieren al incumplimiento por parte del beneficiario de la subvención, que ciertamente, darán lugar al reintegro, habrían de producirlo en razón de la revocación de la subvención, más no de su anulación porque ninguna de esas causas se configura como de nulidad o anulabilidad de su concesión.

Siendo este el panorama, procederemos a analizar algunos puntos que pueden ayudarnos a la comprensión de la figura del reintegro y la relación que tiene con la anulación o la revocación de los actos administrativos. Ello, naturalmente, en la medida en que el acto de concesión de una subvención sea un acto administrativo.

## **1. Ubicación sistemática de la regulación de la anulación de los actos de otorgamiento de subvenciones en la Ley General de Subvenciones**

Como lo mencionamos anteriormente, el título II de la LGS trata sobre el reintegro, ocupándose en realidad de dos figuras distintas: la invalidez de las resoluciones que otorgan subvenciones (artículo 36) y el reintegro (artículo 37 y ss.). Consideramos que ambas figuras, reintegro y anulación, responden a un régimen jurídico diferente; sin embargo habría que buscar una razón por la cual el legislador ha decidido tratar el régimen de anulación en el título y capítulo del régimen general del reintegro.

La doctrina ha manifestado que lo que podría justificar que bajo dicho título se hayan tratado estas figuras parece ser el hecho de que ambas dan lugar a la obligación de devolver lo recibido en concepto de subvención. Para el caso de la invalidez del acto de concesión, la obligación de devolver lo percibido es una de sus consecuencias eventuales, mientras que para el reintegro, es su consecuencia por antonomasia, por no decir que consiste pura y simplemente en eso mismo<sup>13</sup>.

## **2. Noción y régimen de reintegro**

Como hemos mencionado anteriormente, la figura del reintegro la encontramos regulada en el título II de la LGS. En dicho título se integran dos capítulos, el primero que regula el régimen general del reintegro (artículos 36 a 40) y el segundo que regula el procedimiento de reintegro de las subvenciones (artículo 41 a 43). Además de estos preceptos, la figura del reintegro se encuentra regulada en el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante RLGS). Específicamente en el título III de dicho precepto reglamentario se regula el reintegro de las subvenciones.

El reintegro es pura y simplemente la devolución del dinero percibido en concepto de subvención. Esa devolución puede darse como consecuencia de la obligación de devolver que se deriva de la anulación de una subvención que hubiera llegado a hacerse total o parcialmente efectiva, o de la que derive de la revocación ulterior a su dispensación efectiva total o parcial.

<sup>12</sup> LAGUNA DE PAZ, J. (2006), *La autorización administrativa*, Cizur Menor: Thomson – Civitas, pág. 330.

<sup>13</sup> Así lo señala, REBOLLO PUIG, M. (2005), “El reintegro de subvenciones”, en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Cizur Menor: Aranzadi, pág. 407.

En efecto, el reintegro puede generarse por dos motivos:

1. por la anulación del acto administrativo por el que se concede la subvención, pues al no existir ya el título que sustenta la subvención, parece lógico que como efecto propio de la anulación del acto se produzca el reintegro; y
2. por la existencia de causas, que la LGS llama de reintegro –que bien podrían ser, la mayoría de ellas, causas de revocación– basadas en el incumplimiento de las obligaciones del beneficiario o de los objetivos de la subvención.

Por lo tanto, si se anula o se revoca la subvención, la consecuencia será la misma: el reintegro. Es decir, la devolución de las cantidades que se hayan recibido en concepto de subvención<sup>14</sup>. Sin embargo, la sistemática normativa no es lo suficientemente clara.

A continuación nos referiremos a las causas de reintegro que recoge la LGS en su artículo 37. No sin antes dejar anotado que la regulación del reintegro que se hace en ese artículo 37 –que alguna doctrina considera en sentido restringido– prescinde de la incidencia en la validez del acto administrativo de concesión de la subvención. En efecto, el artículo 36.5 LGS referido a la invalidez señala que al concurrir alguna de las causas del artículo 37 LGS –entiéndase este *concurrir* para el caso que alguna de las causas del artículo 37 entre además en una de las causas del artículo 36, referidas a la invalidez de la subvención– no procederá la revisión de oficio, sino solamente el procedimiento de reintegro. Esto que mencionamos puede producir un choque con el régimen general de la invalidez, sobre todo con el de la nulidad de pleno derecho, puesto que, aun cuando se podría eliminar el acto del ordenamiento jurídico, eso no será posible. En principio, porque la misma ley establece que no procederá la revisión de oficio porque concurre al mismo tiempo una de las causas de reintegro establecidas en el artículo 37 LGS.

### **3. Causas legales determinantes de la obligación de reintegro por incumplimientos de beneficiarios y entidades colaboradoras**

En este apartado nos referiremos a aquellas causas de reintegro de las subvenciones que, en su formulación legal, no tienen relación expresa alguna con la validez del acto de concesión, pero que determinan la procedencia del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas con los correspondientes intereses de demora por concurrir, en principio, algún tipo de incumplimiento<sup>15</sup>. Decimos que en principio estas causas de reintegro se derivan de algún tipo de incumplimiento porque en los supuestos regulados en los apartados a) y h) no estamos ante ningún tipo de incumplimiento de obligaciones derivadas del otorgamiento de la subvención, sino más bien ante posibles causas de anulación del acto administrativo de concesión, si bien, por expreso mandato de la norma, se les excluye de la posibilidad de revisión de oficio y se señala que ha de procederse a la recuperación de lo indebidamente percibido a través del procedimiento de reintegro. En ese sentido, a continuación, trataremos solamente las causas de reintegro que se derivan de algún tipo de incumplimiento de las obligaciones por parte del beneficiario, dejando para un apartado posterior el análisis de aquellas causas de reintegro reguladas en los apartados a) y h) del mencionado artículo 37 LGS.

#### **a) Artículo 37.1.b): El incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención**

Una de las obligaciones que asume el beneficiario de la subvención, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14.1.b) LGS es cumplir «los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención».

Asimismo, esta causa de reintegro debemos concordarla con lo establecido en el artículo 91 RLGS que señala lo siguiente:

*«El beneficiario deberá cumplir todos y cada uno de los objetivos, actividades, y proyectos, adoptar los comportamientos que fundamentaron la concesión de la subvención y cumplir*

<sup>14</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., págs. 60-61.

<sup>15</sup> Cfr. RODRIGO LAVILLA, J. (2011), "Revocación y reintegro de subvenciones", en *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor: Aranzadi, pág. 506.

*los compromisos asumidos con motivo de la misma. En otro caso procederá el reintegro total o parcial, atendiendo a los criterios establecidos en las bases reguladoras de la subvención».*

En ese sentido, independientemente de la naturaleza jurídica de las obligaciones asumidas por el beneficiario de la subvención, de acuerdo a lo establecido en los preceptos mencionados, resulta indiscutible que su incumplimiento conllevará la obligación de restituir los fondos percibidos, ello en la medida que en el acto de concesión de la subvención quedan establecidos los objetivos, proyectos o programas a ejecutar por lo que su no realización o realización parcial determinará, en cada caso, el reintegro ya sea total o parcial de lo percibido<sup>16</sup>. Y es que en la relación jurídico-subvencional, la afectación de la subvención a la actividad o finalidad pública supone, por un lado, la obligación del beneficiario de atenerse a ella (ejerciendo el derecho recibido solo para la realización de la actividad a la que está afectado) y, por otro, la potestad de la Administración de exigir que se respete y cumpla la afectación y, en su caso, revocar la ayuda concedida<sup>17</sup>. Por lo tanto, el reintegro en este caso se producirá cuando el beneficiario incumpla con su parte de la relación jurídico-subvencional<sup>18</sup>.

El cumplimiento de los compromisos asumidos por el beneficiario debe hacerse en los términos que constan específicamente en el acto de concesión de la subvención y en la normativa específica aplicable, puesto que aun cuando se ejecuten actividades o proyectos distintos y con ello se cumpla el fin público perseguido por la subvención, procederá igualmente el reintegro. Ello es así porque el compromiso asumido por el beneficiario, y al que la ley le otorga relevancia jurídica así como también efectos resolutorios, es el objetivo, actividad, proyecto o comportamiento que se fijó en la concesión<sup>19</sup>.

Según lo establecido por este precepto legal, debemos tener en cuenta que el incumplimiento por parte del beneficiario de la subvención puede ser total o parcial, de manera que en caso de tratarse de un incumplimiento parcial, se aplicará el principio de proporcionalidad, que determinará la cuantía que deberá reintegrarse<sup>20</sup>.

**b) Artículo 37.1.c): Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta ley, y en su caso, en las normas reguladoras de la subvención**

A través de la obligación de justificación se acredita la realización de la actividad o del comportamiento de que se trate, así como también el importe de los gastos concretos por la realización de la actividad o el cumplimiento de las cargas impuestas al beneficiario de la subvención<sup>21</sup>. Esta obligación de justificación, tal como establece la causa de reintegro que comentamos, se encuentra regulada en el artículo 30 LGS. Este artículo a su vez señala que la obligación de justificación se realizará en los términos que reglamentariamente se establezcan. En efecto, el artículo 69 RLGS establece cuáles son las modalidades de justificación de las subvenciones: cuenta justificativa, en sus distintas modalidades, la acreditación por módulos y la presentación de estados contables. En ese sentido, si el beneficiario de la subvención incumple con esa obligación de justificación, ya sea total o parcialmente, la consecuencia jurídica será la obligación de reintegro de las cantidades percibidas.

En cualquier caso, la carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación le corresponde al beneficiario de la subvención, de modo que si no existe tal justificación, se entenderá que la actividad o gasto tampoco existen<sup>22</sup>.

Esta causa de reintegro, tiene su desarrollo reglamentario en el artículo 92 RLGS. Este precepto reglamentario considera, a su vez, dos situaciones de incumplimiento de la obligación de justificación:

<sup>16</sup> Cfr. AA.VV. (2004) *Comentarios prácticos a la nueva Ley general de subvenciones*, Valladolid: Lex Nova, págs. 323-324.

<sup>17</sup> Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L. (1989), "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública", en *Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid: Civitas, pág. 761, en relación con el contenido esencial de las ayudas públicas.

<sup>18</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., pág. 109.

<sup>19</sup> Cfr. AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 324. En ese mismo sentido, MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., págs. 109-110.

<sup>20</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., pág. 111.

<sup>21</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., pág. 113.

<sup>22</sup> En ese sentido, AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 326 y MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., pág. 114. Así también, STS 4558/2003 de 30 de junio, FJ 3, «la prueba de que las condiciones establecidas para el disfrute de las subvenciones han sido cumplidas corresponde al beneficiario de éstas, en cuyo perjuicio corre, por tanto, la ausencia o insuficiencia de dicha prueba».

1. Cuando transcurrido el plazo otorgado para la presentación de la justificación, ésta no se hubiera efectuado.
2. Cuando la Administración, en sus actuaciones de comprobación o control financiero, detectara que en la justificación realizada por el beneficiario se hubieran incluido gastos que no respondieran a la actividad subvencionada, que no hubieran supuesto un coste susceptible de subvención, que hubieran sido ya financiados por otras subvenciones o recursos, o que se hubieran justificado mediante documentos que no reflejaran la realidad de las operaciones.

Respecto a la primera de las situaciones recogidas por el RLGS, la doctrina se ha cuestionado, qué sucede en aquellos casos en los que se produce una justificación tardía de la subvención, ¿se trata, en efecto, de una falta de justificación? o, por el contrario, ¿estamos ante un supuesto distinto a efectos de reintegro? La doctrina considera que una vez que ha vencido el plazo previsto en la norma para cumplir con la obligación de justificación y ésta no se hubiere llevado a cabo, «habrá que entender producido el incumplimiento y, en consecuencia, concurrente la causa de reintegro»<sup>23</sup>. Del mismo modo lo ha entendido el Tribunal Supremo, señalando en una de sus sentencias que «han de cumplirse las condiciones de fondo, pero también han de cumplirse las condiciones formales que se establezcan relativas al tiempo y forma»<sup>24</sup>.

El segundo supuesto es diferente del comentado anteriormente, ya que se habría realizado la justificación de la subvención, pero en un posterior procedimiento de comprobación dicha justificación es cuestionada. En este caso, lo normal será que antes de decretar el reintegro de la subvención se conceda la posibilidad de subsanar los defectos apreciados en la justificación<sup>25</sup>.

Podemos concluir, entonces, que el espíritu de la Ley es recoger el supuesto de falta de justificación incluyendo en él tanto a la ausencia de justificación como a la realización de la misma fuera del plazo establecido para ello. Afirmamos lo anterior teniendo en cuenta que la propia Ley establece, en el literal c) del artículo 57, que la falta de justificación del empleo dado a los fondos recibidos una vez transcurrido el plazo establecido para su presentación constituye una falta grave y, del mismo modo, el literal a) del artículo 56 establece que constituye infracción leve la presentación fuera de plazo de las cuentas justificativas de la aplicación dada a los fondos percibidos.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el RLGS establece en el apartado 3 del artículo 70 la posibilidad de otorgar al beneficiario de la subvención una última oportunidad para presentar la justificación. En ese sentido, se le otorga al beneficiario un plazo adicional e improrrogable de quince días, pasados los cuales sin haberse presentado la justificación procederá el reintegro. Por el contrario, si en dicho plazo el beneficiario cumple con su obligación de justificación no se exigirá el reintegro pero podrán imponerse las sanciones que procedan<sup>26</sup>.

#### **c) Artículo 37.1.d): Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 4 del artículo 18 de esta ley**

Esta causa de reintegro tiene su origen en el incumplimiento de la obligación recogida en el apartado 4 del artículo 18 LGS, que establece que los beneficiarios de una subvención deberán dar «la adecuada publicidad del carácter público de la financiación de programas, actividades, inversiones o actuaciones de cualquier tipo que sean objeto de subvención, en los términos reglamentariamente establecidos».

A su vez el artículo 93 RLGS establece que:

«procederá el reintegro por incumplimiento de la adopción de las medidas de difusión de la financiación pública recibida cuando el beneficiario no adopte las medidas establecidas en las bases reguladoras ni las medidas alternativas propuestas por la Administración y previstas en el artículo 31.3 de este Reglamento».

Es precisamente ese artículo 31 del Reglamento el que desarrolla la obligación de adecuada publicidad por parte del beneficiario, concretando que se procederá al reintegro si no se da la publicidad debida ante

<sup>23</sup> AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 328. Así también, REBOLLO PUIG, M., "El reintegro de subvenciones...", cit. pág. 438, «según la LGS procederá la devolución aunque finalmente quede perfectamente acreditado que se ha realizado la actividad que fundamenta la subvención».

<sup>24</sup> STS 4553/2005 de 07 de julio, FJ 4.

<sup>25</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., pág. 117.

<sup>26</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., pág. 118.

el requerimiento último del órgano concedente para que en el plazo no superior a quince días se proceda a la misma<sup>27</sup>.

Esta causa de reintegro ha sido criticada por un sector de la doctrina, pues entiende que el reintegro aquí juega como una sanción que sería muy severa y hasta desproporcionada, puesto que se trata del incumplimiento de una obligación formal donde normalmente el beneficiario tendrá que devolver el dinero que percibió aun cuando se haya empleado en la actividad subvencionada, lo cual puede suponerle un perjuicio grave<sup>28</sup>. Esa misma crítica fue emitida por el Consejo de Estado en su momento, «podría reconsiderarse establecer entre las causas de reintegro de la subvención el incumplimiento de una obligación de carácter accesorio como es la de adoptar las medidas de difusión contenidas en el artículo 18.4 de la Ley (letra d) del apartado 1 del artículo 37). Habida cuenta la naturaleza de esta obligación, podría tipificarse su incumplimiento como infracción administrativa, en lugar de como causa de reintegro»<sup>29</sup>.

En cualquier caso, consideramos que, muy especialmente, en esta causa de reintegro habrá de prestarse atención al principio de proporcionalidad a fin de cuantificar las cantidades que, en cada caso, tengan que reintegrarse<sup>30</sup>.

**d) Artículo 37.1.e): Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 14 y 15 de esta ley, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales**

Para la configuración de esta causa de reintegro, se requiere la concurrencia simultánea de tres circunstancias: 1) En primer lugar se requiere una conducta activa de la Administración por la que intente la comprobación de la subvención; 2) Asimismo, se requiere de una conducta, activa o pasiva, por parte del beneficiario o entidad colaboradora, que en este caso concreto, y a tenor de lo establecido en el precepto legal, podrá ser: resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de control financiero, incumplimiento de obligaciones contables, registrales o conservación de documentos; 3) Finalmente, la norma establece una exigencia adicional, sin la cual no se podría configurar esta causa de reintegro: es necesario que la conducta del beneficiario o entidad colaboradora tenga como resultado la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos, el cumplimiento del objeto de la subvención, la realidad de las actividades subvencionadas o su adecuada financiación<sup>31</sup>.

La concurrencia de este último requisito lo recalca especialmente la exposición de motivos de la norma en su apartado IV como si se tratara de una nota común a las causas de reintegro. En ese sentido, la resistencia, excusa o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero por parte de la Administración, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentación, solamente darán lugar al reintegro cuando no existan medios alternativos que puedan ser empleados por la Administración para alcanzar el objeto de dichas actividades<sup>32</sup>.

Finalmente, estas conductas a que hace referencia esta causa de reintegro están delimitadas en el artículo 56 LGS, en cuyo literal g), establece que constituyen, entre otras, resistencia, obstrucción, excusa o negativa las siguientes conductas:

«No aportar o no facilitar el examen de documentos, informes, antecedentes, libros, registros, ficheros, justificantes, asientos de contabilidad, programas y archivos informáticos, siste-

<sup>27</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., pág. 119.

<sup>28</sup> En ese sentido, REBOLLO PUIG, M., "El reintegro de subvenciones...", cit. pág. 440, «no se trata de devolver un dinero que se percibió y que, a fin de cuentas, no se ha empleado en realizar la actividad subvencionada, sino que en todos estos el beneficiario habrá gastado toda la subvención y normalmente mucho más en el proyecto previsto de modo que la devolución de la subvención puede suponerle un perjuicio grave».

<sup>29</sup> DCE 1756/2003 de 26 de junio, sobre Anteproyecto de la Ley general de subvenciones.

<sup>30</sup> En ese sentido, AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 329.

<sup>31</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., "El reintegro de subvenciones...", cit. pág. 438 y AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 329.

<sup>32</sup> AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 329.

mas operativos y de control y cualquier otro dato objeto de comprobación; no atender algún requerimiento; la incomparecencia, salvo causa justificada, en el lugar y tiempo señalado; negar o impedir indebidamente la entrada o permanencia en locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que existan indicios probatorios para la correcta justificación de los fondos recibidos por el beneficiario o la entidad colaboradora o de la realidad y regularidad de la actividad subvencionada; las coacciones al personal controlador que realice el control financiero».

Asimismo, la norma prevé que estas conductas constituyen infracciones administrativas. En efecto, las conductas descritas se considerarán infracciones muy graves, de acuerdo a lo establecido en el artículo 58.c) LGS, cuando imposibiliten de todo punto la comprobación del empleo dado a los fondos percibidos en concepto de subvención así como el cumplimiento de la finalidad de la misma. Sin embargo, cuando esas conductas no impidan el control, se entenderá que se ha configurado una infracción leve<sup>33</sup>.

**e) *Artículo 37.1.f): Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención***

Esta causa de reintegro se configura automáticamente a través del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración o de los compromisos asumidos con motivo de la concesión de la subvención por parte de las entidades colaboradoras o beneficiarios. No se requiere que concurra, además, un impedimento para la verificación de algún aspecto de la subvención o del destino de los fondos percibidos, bastando, en este supuesto, simplemente que el incumplimiento se refiera a obligaciones o compromisos que afecten el modo en que se ha de conseguir el objetivo, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento requerido con motivo de la concesión de la subvención<sup>34</sup>.

Por lo tanto, podemos afirmar que a esta causa de reintegro se le da el mismo tratamiento que aquella establecida en el literal b) del artículo 37.1 LGS, es decir incumplimiento del objetivo o no realización de la actividad que motivó la concesión de la subvención<sup>35</sup>. En ese sentido, esta causa de reintegro que comentamos viene a ser una concreción de aquella que se configura por el incumplimiento total o parcial del objetivo, o la no realización de la actividad, proyecto o conducta (Artículo 37.1.b. LGS); de modo que se da el mismo tratamiento al cumplimiento defectuoso del objetivo, conducta, actividad o proyecto, que a su cumplimiento total o parcial<sup>36</sup>.

**f) *Artículo 37.1.g): Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y beneficiarios, así como de los compromisos por éstos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales***

Esta causa de reintegro, en sus términos, se parece mucho a la comentada anteriormente, pero exige, además del incumplimiento, de las obligaciones o compromisos, que se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos, el cumplimiento del objeto de la subvención, la realidad de las actividades subvencionadas o su adecuada financiación. En ese sentido, seguirá el mismo tratamiento que el supuesto de resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de comprobación y control<sup>37</sup>.

Asimismo, podemos mencionar que la jurisprudencia ha interpretado uniformemente esta causa de reintegro, entendiendo que «de la recta interpretación de las normas anteriores reguladoras de las bases de

<sup>33</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., pág. 121.

<sup>34</sup> Cfr. AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 330.

<sup>35</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., pág. 126.

<sup>36</sup> Cfr. AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 330.

<sup>37</sup> Cfr. AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 330.

las convocatorias de tales ayudas públicas y de la jurisprudencia existente sobre esta materia, se desprende que, como regla, cualquier incumplimiento de las obligaciones o condiciones establecidas para el disfrute del beneficio habilitaba a la Administración para un pronunciamiento que obligara a la devolución de lo percibido o disfrutado»<sup>38</sup>.

#### g) **Artículo 37.1.i): En los demás supuestos previstos en la normativa reguladora de la subvención**

Esta última causa de reintegro prevista por la Ley constituye una cláusula de cierre, por la que se remite expresamente a la normativa reguladora de la subvención para que en función de su especial naturaleza o fines pueda prever causas de reintegro distintas de las contenidas en el artículo 37 LGS<sup>39</sup>.

Aunque la remisión, en los términos que hace el precepto legal bajo análisis, es bastante amplia, consideramos que la previsión de nuevas causas de reintegro no debería hacerse a través de normas reglamentarias, pues estaríamos antes previsiones que superarían lo regulado por la propia Ley.

### IV. AUSENCIA DE CUALQUIER REGULACIÓN DE LA REVOCACIÓN DE SUBVENCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL BENEFICIARIO O DE LA ENTIDAD COLABORADORA Y SU SUSTITUCIÓN PURA Y SIMPLE POR LA OBLIGACIÓN DE REINTEGRO

Hemos dicho antes que la LGS regula, bajo el título que lleva por nombre “Del Reintegro de subvenciones”, la invalidez y la obligación de reintegro propiamente dicha.

Ahora bien, como hemos anotado ya, en el apartado anterior, la norma en el artículo 37 establece unos supuestos tasados en los que procede la obligación de reintegro. La gran mayoría de esos supuestos, como hemos podido analizar, se originan por el incumplimiento de las obligaciones o compromisos asumidos por el beneficiario o entidad colaboradora. Por lo tanto, se trata en estricto, de supuestos en los que no se cuestiona la validez del acto de concesión de la subvención<sup>40</sup>, pero en un momento posterior, es decir, ya en la relación jurídica, en los efectos *nacidos* como consecuencia del acto administrativo de concesión se ha dado una circunstancia –el incumplimiento de la obligación o compromiso asumido– que genera que la efectividad de la subvención sea improcedente (o que se pierda, en una u otra medida, el derecho a la subvención).

Siendo ello así, lo procedente en este caso sería que los efectos de la subvención que han devenido en ilegales, se eliminen del mundo jurídico, precisamente a través de la figura de la *revocación*. En efecto, como se explicó en un apartado anterior<sup>41</sup>, la revocación de la subvención no mira en nada a la validez del acto de concesión de la subvención sino que, por el contrario, supone dejar sin efecto la subvención –entendida como la relación jurídica nacida del acto de concesión– por incumplimiento por parte del beneficiario de compromisos previamente adquiridos y que debía cumplirlos una vez que se le hubiera concedido la subvención<sup>42</sup>.

Ahora bien, aunque teóricamente esto tendría que ser así, vemos que la LGS, en ningún momento, a lo largo de todo su articulado recoge la figura de la revocación. Sin embargo, pensamos que cuando la norma regula las causas de reintegro de las subvenciones, lo que realmente hace es regular la revocación por incumplimiento (salvo los supuestos contemplados en las letras a y h del artículo 37 que pensamos más bien, constituyen supuestos de invalidez del acto de concesión). En ese sentido, cuando el RLGS desarrolla

<sup>38</sup> STS 4558/2003 de 3.º de junio, FJ 3. En ese mismo sentido, STS 3402/2003 de 20 de mayo de 2003, FJ 2.

<sup>39</sup> Cfr. AA.VV. *Comentarios prácticos a la nueva Ley...*, cit., pág. 332, aunque estos autores por la forma en que plantean el análisis de esta causa de reintegro dejan abierta la posibilidad de que se pueda prever una causa de reintegro a través de cualquier tipo de norma, incluso, reglamentaria. Planteamiento con el que no estamos de acuerdo, pues pensamos que la inclusión de nuevos supuestos de reintegro, tendrá que hacerse a través de norma con rango de Ley; en ese sentido, REBOLLO PUIG, M., “El reintegro de subvenciones...”, cit. pág. 442.

<sup>40</sup> Cfr. RODRIGO LAVILLA, J., “Revocación y reintegro...”, cit., pág. 506, destaca que los supuestos de reintegro considerados por la norma son aquellos en los que «pese a la validez originaria» de la concesión de la subvención «se debe proceder al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas junto con los correspondientes intereses de demora al existir alguna desviación respecto del deber ser de la subvención digna de reproche».

<sup>41</sup> Vid. introducción del apartado III, *supra*.

<sup>42</sup> En ese sentido, MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit., págs. 80-81, «la revocación de la subvención presupone que el acto de concesión es válido y conforme a Derecho, pero sin embargo la ayuda se deja sin efecto porque el beneficiario incumple las obligaciones y compromisos previamente contraídos»; también, RODRIGO LAVILLA, J., “Revocación y reintegro...”, cit., pág. 474.

una de esas causas de reintegro, utiliza significativamente, aunque sin rigor, el término revocación como sinónimo o equivalente<sup>43</sup>.

Parece que habría sido más acertado, en la medida que contribuiría a una mayor claridad, que el legislador plasmara una regulación con mayor precisión terminológica. De modo que, lo que aparece regulado como reintegro, sea tratado como una consecuencia jurídica que puede darse, ya sea porque la subvención era inválida y se anula, o porque se ha producido un incumplimiento de las obligaciones o compromisos asumidos por el beneficiario o entidad colaboradora que ha justificado la revocación de los efectos de la subvención.

## V. CONTENIDO DE LA REGULACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO

### 1. Remisión general explícita a la Ley 30/92, ahora Ley 39/2015, y a la causa específica de nulidad radical establecida tradicionalmente en la Ley General Presupuestaria, tanto en cuanto a la revisión de oficio como en cuanto a la acción de lesividad

El artículo 36 LGS señala que la invalidez del acto de otorgamiento de la subvención puede deberse a alguna de las siguientes causas:

- causas de nulidad o anulabilidad contempladas en el artículo 62.1 de la Ley 30/92 (actuales artículos 47.1 y 48 de la Ley 39/2015); y,
- la concesión de la subvención con insuficiente crédito presupuestario de acuerdo a lo establecido en el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria.

Recordemos por lo demás que el artículo 36 LGS contempla, en su apartado 5, la posibilidad de que una causa de invalidez sea al mismo tiempo causa de reintegro conforme al artículo 37 de la misma ley, para cuyo caso se dice que no procederá la revisión de oficio.

Asimismo, podemos dejar apuntado que la LGS no ha establecido ninguna causa de invalidez específica, ya sea de nulidad o anulabilidad, por infracción del Derecho comunitario. Sin embargo, sí ha previsto unas causas de reintegro por ello en el artículo 37.1.h) y 41.2 LGS<sup>44</sup>.

Pensamos que, de acuerdo a lo expresamente previsto por la propia LGS, se puede inferir que el régimen de invalidez de las subvenciones regulado en el artículo 36 se enmarca en el régimen general de invalidez de la Ley 39/2015. El legislador, al declarar expresamente la aplicabilidad del artículo 62 de la Ley 30/92 (actual artículo 47 LPAC) no ha querido quebrar el régimen general de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. En ese sentido, consideramos que se trata de una postura acertada, en la medida que el acto de concesión de la subvención es, verdaderamente, un acto administrativo, y por lo tanto, si concurre alguna de las causas de nulidad previstas en el régimen general, se produce también la nulidad de la resolución que otorgó la subvención, que en definitiva es también un acto administrativo<sup>45</sup>.

En principio, sería posible incluir en este régimen general aquellas subvenciones que la Unión Europea reputa ilegales, es decir, frente a ellas serían de aplicación todos los medios de reacción para anular actos administrativos. Por ello, cualquier legitimado podrá interponer recursos administrativos o ejercer la acción de nulidad del artículo 106 LPAC o recurrir en vía contencioso-administrativa. Del mismo modo, la Administración pública tiene el deber de proceder de conformidad con los artículos 106 y 107 de la misma ley, según concurren a su juicio causas de nulidad o de anulabilidad<sup>46</sup>. No obstante, ciertamente, en las disposiciones de la Ley 39/2015 sobre validez y sobre revisión de oficio de los actos administrativos no se establece expresamente la posibilidad de que la causa de invalidez del acto administrativo interno sea una infracción del

<sup>43</sup> Así lo hace el artículo 31 RLGS, cuando desarrolla la obligación de difusión de la subvención a cargo del beneficiario, en la parte final del literal a) del apartado 3 del mencionado artículo precisa: «No podrá adoptarse ninguna decisión de *revocación o reintegro* sin que el órgano concedente hubiera dado cumplimiento a dicho trámite» (la cursiva es nuestra).

<sup>44</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., "El reintegro de subvenciones", cit. pág. 414.

<sup>45</sup> Cfr. RODRIGO LAVILLA, J. (2011), "Revocación y reintegro de subvenciones", en *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor: Aranzadi, pág. 479.

<sup>46</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., "El reintegro de subvenciones..." op. cit. págs. 414-415. El autor señala que es precisamente esa referencia a la revisión de oficio lo que expresamente señala la LGS en su artículo 36.3, pero cree que junto a esa posibilidad que tiene la Administración para instar la revisión de oficio o declarar la lesividad del acto, también existe la posibilidad de conseguir la anulación de la subvención ilegal para cualquier legitimado.

Derecho de la Unión Europea ni tampoco regula de manera específica los instrumentos jurídicos para depurar los actos administrativos internos dictados en infracción del Derecho de la Unión Europea<sup>47</sup>.

Es en este marco jurídico de la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad reguladas por la Ley 39/2015, donde se inserta la invalidez de las subvenciones. De hecho la propia LGS al regular el régimen de invalidez de la subvención expresamente remite a las causas de nulidad y anulabilidad contenidas en la LPAC. Sin embargo, esta remisión que resulta tan simple y armoniosa, a primera vista, no lo es del todo en la realidad.

## **2. Dos excepciones en las que se declara no procedente la revisión de oficio para obtener el reintegro de la subvención ilegal**

El artículo 36.5 LGS establece que «no procederá la revisión de oficio del acto de concesión cuando concurra alguna de las causas de reintegro contempladas en el artículo siguiente». Por lo tanto, si al lado de una de las causas de invalidez determinantes de nulidad de pleno derecho se configura, además, una causa de reintegro de las contempladas en el artículo 37 LGS, no procederá la revisión de oficio, sino que se preferirá ir directamente al procedimiento de reintegro.

La solución que plantea el citado artículo 36.5 LGS, en sí misma, no parece ocasionar ningún problema. Es más, se puede considerar, hasta cierto punto, muy acertada para lograr el cumplimiento del Derecho comunitario (Artículo 37.1. h). No obstante, en realidad se trata de una solución que podría comportar una excepción a la regla que establece que la Administración pública tiene la potestad de revisar de oficio sus actos nulos. Así, en este supuesto planteado por la norma, no sólo no tiene dicho deber, sino que tiene vedada tal posibilidad<sup>48</sup>.

Esta disposición del artículo 36.5 LGS puede traer ciertas dificultades en la aplicación de la norma, sobre todo porque los supuestos contemplados en los literales a) y h) del artículo 37 LGS cuestionan la validez del acto de concesión. En ese sentido, REBOLLO PUIG plantea algunas cuestiones<sup>49</sup>:

1. Una primera cuestión es la prescripción del reintegro. Si esto ha ocurrido, ¿puede procederse a la revisión de oficio? Esta pregunta tiene relevancia para la concurrencia de las causas de reintegro con aquellas de nulidad de pleno derecho, pues en estas últimas la revisión de oficio puede realizarse en cualquier momento mientras que el reintegro está sometido a los plazos establecidos en el artículo 39 LGS. Sostener que por concurrir las causas, no es posible realizar la revisión de oficio y menos el reintegro porque ha prescrito la potestad de la Administración para instarlo sería insostenible, puesto que se estaría poniendo a salvo al beneficiario incluso de las consecuencias de la nulidad de pleno derecho. Por lo tanto, lo establecido por el artículo 36.5 LGS debe ser interpretado restrictivamente, de manera que, si ha prescrito el reintegro, será posible y hasta obligado, proceder a la revisión de oficio.
2. Asimismo, se advierte lo siguiente: si la Administración intenta la vía del reintegro sin éxito, porque no se comprueba la existencia de una de las causas del artículo 37, ¿puede después iniciar la revisión de oficio o la declaración de lesividad?

Salta a la vista una respuesta afirmativa. En el supuesto que se plantea, la existencia de una causa de reintegro suponía un «obstáculo» para la revisión de oficio conforme a lo establecido por el artículo 36.5 LGS. Pero una vez comprobada la inexistencia de tal causa, se abre la posibilidad de iniciar el procedimiento correspondiente para la anulación del acto de concesión.

Si la subvención es nula de pleno derecho no habrá inconveniente respecto al trascurso del tiempo; pero si lo que había era un vicio de anulabilidad, existiría el límite temporal de cuatro (04) años (impuesto por el artículo 107 LPAC) que muy probablemente haya transcurrido mientras se tramitaba el procedimiento de reintegro.

En este supuesto cree REBOLLO PUIG, que es posible aceptar que la tramitación del procedimiento de reintegro interrumpe el plazo cuatrienal del artículo 107 LPAC puesto que no se pudo empezar el de declaración de lesividad hasta que se esfumó la apariencia obstativa del artículo 36.5 LGS.

Según estas apreciaciones, el artículo 36.5 LGS posibilita acudir a la vía del reintegro, aun cuando concurra con alguna causa de invalidez, que incluso podría ser alguna de nulidad de pleno derecho; pero

<sup>47</sup> ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2013), *Revisión de actos administrativos nacionales en Derecho Administrativo Europeo*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 95-96.

<sup>48</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., "El reintegro de subvenciones..." op. cit. pág. 423.

<sup>49</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., "El reintegro de subvenciones..." op. cit. pág. 424-426.

no quiere decir que, sea imposible seguir la vía para declarar la invalidez por medio de la revisión de oficio<sup>50</sup>.

Por otro lado, pensamos que lo establecido por el artículo 36.5 LGS sobre la no procedencia de la revisión de oficio, tiene sentido en la medida que, ninguna de las causas de reintegro establecidas en el artículo siguiente se configurarían como una causa de nulidad de pleno derecho de las reguladas en el artículo 47 LPAC. Siendo ello así, no es posible que proceda revisión de oficio alguna, pues, según lo establecido por el artículo 106 LPAC, solamente está prevista para los actos viciados de nulidad radical.

Hemos mencionado antes que la mayoría de las causas que la norma señala como de reintegro –que bien podrían ser causas de revocación– presuponen la validez de la concesión de la subvención. Sin embargo, pensamos que merecen especial atención las establecidas en los literales a) y h), que no parten precisamente de la validez del acto administrativo de concesión, sino que más bien tienen como punto de partida la invalidez del acto. Pese a ello el legislador las ha incluido como supuestos en los que procederá el reintegro de la subvención, sin ser necesaria la anulación de los actos administrativos.

### a) Artículo 37.1.a) LGS

El literal a) establece que se procederá al reintegro en el caso que se haya dado la «*obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido*». Lo establecido en este precepto es claro, puesto que si no se tiene las condiciones necesarias para ser beneficiario de una subvención y pese a ello se ha obtenido, a través de la obrepción o subrepción, resulta más que lógico que se tenga que devolver las cantidades percibidas.

Sin embargo, no deja de parecer obvio, también, el hecho que el acto que concedió la subvención era contrario al ordenamiento jurídico, al momento de dicha concesión y, por lo tanto, inválido.

Ahora bien, si esto es así, ¿en qué causa de invalidez de las reguladas en la Ley 39/2015, podemos encajar este supuesto? En un primer momento podemos afirmar, que encajaría en la causa de nulidad recogida en el artículo 47.1.f) LPAC<sup>51</sup>: «*los actos expresos o presuntos dictados contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*». La dificultad que podemos encontrar aquí es determinar cuándo el falsear u ocultar condiciones para la obtención de la subvención implica una carencia de requisitos esenciales, además de la dificultad para determinar cuáles son los requisitos esenciales que se deben cumplir para la obtención de una subvención, teniendo en cuenta, además que, cuando el artículo 9 LGS regula los requisitos para la concesión de una subvención discrimina los requisitos entre esenciales y no esenciales.

Y si en el supuesto que comentamos, se ha adquirido la subvención con la carencia de un requisito que puede considerarse no esencial, queda claro que nos apartamos del supuesto recogido en el artículo 47.1.f) LPAC, por lo tanto, lo más probable será que, tratándose de un requisito no esencial, estemos ante el supuesto de anulabilidad del artículo 48.1 LPAC. Asimismo, debemos tener en cuenta que la causa de reintegro que analizamos exige un plus de *engaño* que no se recoge en la causa de nulidad de la LPAC.

Pese a este razonamiento, está claro que el legislador ha querido excluir para este supuesto la posibilidad de revisión de oficio y proceder directamente al reintegro. Sin embargo, aun cuando no se declara formalmente la anulación del acto administrativo de concesión se llega a la consecuencia práctica de la misma, puesto que lo que en definitiva se busca es que se devuelvan las cantidades abonadas en concepto de subvención. En este caso en concreto, más que revisar la legalidad y validez del acto, se está castigando la conducta antijurídica del beneficiario cuando solicitó la subvención falseando u ocultando datos esenciales<sup>52</sup>.

Siendo esto así, y para darle un sentido propio a esta causa de reintegro, podríamos insistir en que lo fundamental no son los vicios del propio acto subvencional, sino más bien el comportamiento del beneficiario cuando pidió la subvención y, por lo tanto, es esto último y no aquello lo que será objeto del procedimiento de reintegro y de la resolución que le ponga fin<sup>53</sup>. La existencia de ese plus de engaño en esta causa de reintegro, permite darle un perfil propio e intentar alejarla de la causa de revisión de oficio del artículo 47.1.f) LPAC<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., “El reintegro de subvenciones”, cit. pág. 426.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pág. 436.

<sup>52</sup> En este sentido, advierte MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit. pág. 108: “... esta causa requiere una conducta que implica cierto dolo; ya sea como acción –la ley se refiere a falsear– o como omisión –la ley se refiere a ocultar–.

<sup>53</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., “El reintegro de subvenciones”, cit. pág. 437.

<sup>54</sup> Cfr. MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit. págs. 107-108.

Asimismo, la doctrina ha entendido que, si de la propia solicitud del interesado se dedujeran los errores, incorrecciones o contradicciones, que finalmente llevaran a la Administración a conceder indebidamente la subvención, ésta solo podría ser objeto de declaración de invalidez y no de reintegro<sup>55</sup>. Esto es así porque se entiende que en tales casos, la Administración debería haber aclarado la situación antes de conceder la subvención. Lo contrario, desde luego, dejaría entrever una conducta negligente de la Administración en el procedimiento de concesión de la subvención que impedirá que la ilegalidad del acto de concesión le sea imputable al perceptor.

Esta construcción, por tanto, parece descansar en la idea de que si la Administración debía haber detectado los errores en la solicitud y no lo hizo, esa ilegalidad no sería imputable al solicitante, y ahora beneficiario de la subvención, sino que se trataría de una negligencia en el actuar administrativo, de lo cual se deduciría la improcedencia del reintegro.

Queda claro que en el supuesto de este literal a) se exige ese elemento intencional de engaño. Asimismo, según la redacción del texto, se deduce que si esos datos falseados u ocultados se hubieran conocido, la concesión de la subvención habría sido imposible. Si se entiende esto así, estaría quedando fuera de la causa de reintegro el supuesto en el que el falseamiento u ocultamiento de los datos no tuviese como objeto la concesión de la subvención, para la cual si reuniría los requisitos necesarios, sino más bien el obtener una cuantía mayor a la que finalmente le correspondería.

Esto ocurriría, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que para la obtención de una ayuda a la producción se declara que la cantidad de producción es superior a la real, de manera que se obtiene una ayuda mayor a la que le correspondería. Este *vacío* legal, en ocasiones, podrá suplirse con el artículo 37.3 LGS, que establece que «*procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada*»<sup>56</sup>. Aunque esto es una salida, sería más armónico dar una respuesta global al problema planteado.

## b) Artículo 37.1.h) LGS

Este literal del artículo 37 establece como causa de reintegro «*la adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro*».

Desde luego, esta causa no es una de aquellas que justifique el régimen jurídico de reintegro propiamente dicho<sup>57</sup>. Respecto a este precepto legal debemos aclarar que los artículos 87 a 89 a que se refiere la LGS son actualmente los artículos 107 a 109 TFUE. Asimismo, las decisiones de las que se puede derivar una necesidad de reintegro pueden ser, al hilo de lo establecido en el Reglamento 659/1999, cuando se trata de una ayuda *ilegal*, es decir, aquellas concedidas por los Estados miembros sin informar previamente a la Comisión, o que aun habiendo informado no se ha esperado el tiempo previsto para entender la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior y, por tanto, proceder a su concesión, y un tercer supuesto del que se puede derivar una necesidad de reintegro es aquel que se vincula a las ayudas aplicadas de manera abusiva.

Como podemos apreciar, en este supuesto, la causa por la que se exige la obligación de reintegro, se origina en el acto de otorgamiento de la subvención, por lo tanto, se trataría de una causa de invalidez. Sin embargo, veremos que en el ordenamiento administrativo español tenemos ciertas dificultades para encajar este supuesto en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho y, en consecuencia, cumplir en todo momento con la obligación comunitaria de recuperación de ayudas.

## VI. CONCLUSIONES

1. En el ordenamiento jurídico español, no existe una regulación general sobre ayudas públicas. Sin embargo, sí hay una regulación general sobre un tipo de ellas: las subvenciones en la LGS.

<sup>55</sup> En ese sentido puede verse: BUENO ARMIJO, A. (2011), *El reintegro de subvenciones en la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la política agraria común*, Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, pág. 356; MARTÍNEZ GINER, L., *El reintegro de las subvenciones...*, cit. pág. 108.

<sup>56</sup> BUENO ARMIJO, A., *El reintegro de...*, cit. pág. 357.

<sup>57</sup> En ese sentido: REBOLLO PUIG, M., "El reintegro de subvenciones", cit., pág. 437 y BUENO ARMIJO, A., *El reintegro de...*, cit. pág. 391.

2. El concepto legal de subvención se encuentra previsto en el art. 2.1 LGS. En esta Ley, además, se enumeran varios supuestos que, según expresa la norma, no tienen carácter de subvención («no comprendidos en el ámbito de aplicación») o, siendo considerados «subvenciones» por otras normas, no tienen dicha naturaleza para los fines de la LGS («excluidos»). Se trata, sin embargo, de una regulación poco sistemática, en la medida en que, tal como está previsto, pareciera que ambos tipos de supuestos son categorías diferentes; no obstante, parecen ser lo mismo porque en ningún caso calzan en el concepto legal de subvención del artículo 2.1 LGS. Por tanto, para una regulación más sistemática hubiere sido mejor recogerlos en un mismo artículo.

3. La Ley regula, en el *título sobre el reintegro* dos regímenes: el de invalidez y el de reintegro. Cuando la norma establece el régimen de invalidez de las subvenciones, hace una remisión al régimen general de invalidez de los actos administrativos (ex artículo 36 LGS). Por su parte, cuando se regula las causas de reintegro, lo que en realidad hace es regular la revocación por incumplimiento (aun cuando la Ley no hace referencia expresa a dicha figura jurídica), salvo los casos contemplados en las letras a y h del artículo 37. Estos últimos supuestos constituyen, más bien, supuestos de invalidez del acto de concesión.

4. Por lo anterior, habría sido más acertado que el legislador recoja una regulación con mayor precisión terminológica. De ese modo, el reintegro debería ser tratado como una *consecuencia jurídica* que puede tener lugar, por la *invalidez y anulación* de la subvención o por el incumplimiento de las obligaciones o compromisos asumidos por el beneficiario o entidad colaboradora que justifica la *revocación* de los efectos de la subvención.

5. El artículo 36.5 LGS prevé que la revisión de oficio del acto de subvención no procede cuando, junto a una de las causas de invalidez, se configura además una causa de reintegro establecida en el art. 37 LGS. En este caso, la Administración deberá dirigirse directamente al procedimiento de reintegro. Aunque esto podría comportar una excepción a la regla según la cual la Administración tiene la potestad de revisar de oficio sus actos nulos, se ha resaltado que, al menos en materia de prescripción y de inexistencia de causa de reintegro, la Administración conserva la mencionada potestad. De este modo, prescrito el reintegro o comprobada la inexistencia de la causa de reintegro, la Administración puede revisar de oficio el acto de concesión, iniciando el correspondiente procedimiento para su anulación.



## El documento administrativo electrónico defectuoso: ¿una nueva categoría?

Antonio David Berning Prieto (España)  
Universidad Pablo de Olavide  
aberning@upo.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciado en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide (2010), Máster Universitario en Derechos Fundamentales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (2012), Máster Universitario en Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Pablo de Olavide (2014), beneficiario de FPU en el periodo 2014-2018, actualmente Colaborador en el Área de Derecho Administrativo (Departamento de Derecho Público) de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide, centra sus líneas de investigación fundamentalmente en administración electrónica.

---

### RESUMEN

El presente trabajo pretende, a la vista de la novedosa regulación jurídico-administrativa de los requisitos documentales en soporte electrónico, efectuar una propuesta para distinguir conceptualmente aquellos vicios que pueden afectar a los documentos administrativos en general de los que afectan a los actos administrativos en particular, calificando de forma distinta unos y otros con el fin de concluir determinando las consecuencias que en uno u otro caso debe conllevar la apreciación de tales vicios. De este modo se consigue dar un tratamiento adecuado a esta novedosa situación que puede presentarse y proporcionar seguridad jurídica en la actuación administrativa.

### PALABRAS CLAVE

Documento; acto; electrónico; invalidez; defectuoso; perfecto.

---

### ABSTRACT

In view of the new administrative law regulation of the requirements imposed on administrative documents in electronic support, the present work aims at making a proposal to distinguish conceptually those vices that may affect the administrative documents in general from those that affect administrative resolutions in particular, interpreting them differently in order to conclude determining the consequences that in each case should lead to the appreciation of such vices. We succeed thus in giving a suitable treatment to this new situation that can arise in practice, and to provide legal certainty in the administrative activity.

### KEYWORDS

Document; resolution; electronic; invalidity; defective; perfect.

### SUMARIO

I. EL CONCEPTO DE DOCUMENTO. II. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO. III. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO DEFECTUOSO. IV. LAS COPIAS ELECTRÓNICAS DEFECTUOSAS. V. LOS VICIOS DOCUMENTALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO. VI. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CARÁCTER DOCUMENTAL DEL ARTÍCULO 26.2 LPAC. VII. CONCLUSIONES.

## I. EL CONCEPTO DE DOCUMENTO

El documento ha sido, tradicionalmente, el medio a través del cual el hombre ha plasmado la información susceptible de conservación, precisamente para conseguir el almacenamiento de la misma y hacerla perdurar en el tiempo y, como indica (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, 2011: 542), ha servido históricamente a la humanidad para registrar datos, originalmente como inventario de bienes entre otras finalidades, evolucionando especialmente en las épocas griega y romana hasta erigirse en el elemento base de las relaciones jurídicas. El concepto de documento es relevante, como apunta (HEREDIA HERRERA, 2007: 14), ya que «los nombres de las cosas son esenciales para el conocimiento de estas», por lo que debe en primer lugar identificarse qué debe entenderse por «documento».

Acudiendo en primer lugar al concepto incluido en el Diccionario de la Real Academia Española<sup>1</sup>, según el cual el término proviene del latín *documentum*, se puede definir, empleando una de las acepciones más acordes al fin del presente trabajo, como «escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo». La doctrina también ha proporcionado otras conceptualizaciones del término y, en este sentido, (CRUZ MUNDET, 2009: 64) lo identifica con el soporte de actividades internas, predecibles y reguladas, como lo son la información que contienen, y otros autores como (SENDÍN GARCÍA, 2009: 55-56), con la conjunción material de tres elementos: el soporte, la información o mensaje que transmite, y la fijación de dicha información en el soporte.

Por su parte, (GAETE GONZÁLEZ, 2009:121) establece que los elementos del documento son:

1. Elemento corporal: lo identifica el autor como el cuerpo del documento, que comprende a su vez dos aspectos:
  - a) *Corpus*, como el documento físicamente considerado. Debe tenerse en cuenta que la concepción tradicionalmente admitida de «documento físico» debe entenderse superada en la actualidad, puesto que el documento «electrónico» está formado (codificado) por bits, que son una combinación de dígitos –ceros y unos (0, 1)–, que requieren la intervención de un sistema informático para descodificarlos y transformarlos a un lenguaje inteligible por humanos.
  - b) Graña, como medio de expresión que se incorpora al cuerpo del documento por parte de su autor, integrado a su vez por dos aspectos: el estático, como medio de producción de las formas, y el dinámico, como enlace entre la mente del autor y el documento, que se transmite posteriormente a los destinatarios.
3. Elemento intelectual: comprende tanto la conciencia o intención expresiva al momento de elaborar el documento, como la expresividad explicativa del autor dirigida al destinatario. Este elemento comprende a su vez aspectos como la expresión del pensamiento del sujeto o su significación jurídica, y la reconocibilidad, esto es, la existencia de hechos jurídicos y elementos formales, entre otros, resultando relevante de estos últimos la fijación en el documento de la información. El soporte electrónico es, en este sentido, un nuevo medio en virtud del cual se genera un documento a partir de la plasmación, a través de programas y sistemas informáticos, de la información que contiene.

Conforme con lo expuesto, cualquier documento, público o privado, puede encontrarse en soporte físico (impreso en papel) o electrónico (en una unidad de almacenamiento), sirviendo en ambos casos de forma idéntica a su finalidad.

## II. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

Como es sabido, la entrada en vigor<sup>2</sup> de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC, en adelante), ha supuesto un cambio de paradigma en

<sup>1</sup> Se puede consultar la versión online del Diccionario de la Real Academia Española a través de la dirección web: <http://dle.rae.es/?id=E4EdgX1> (última consulta efectuada el 31-10-2018).

<sup>2</sup> Debe tenerse en cuenta que, si bien la Disposición final séptima establecía su entrada en vigor al año de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE), dicha disposición ha sido objeto de modificación a tenor del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el sentido de que las previsiones relativas

el funcionamiento *ad intra* y *ad extra* de las Administraciones Públicas, ya que de la potestativa tramitación electrónica de procedimientos se ha pasado al otro extremo, esto es, a su preceptividad, llegando incluso a obligarse a determinados sujetos y colectivos a relacionarse electrónicamente con la Administración, al presumírseles dotados de medios y conocimientos suficientes para ello.

Por ende, la Administración Pública tiene dos cometidos claramente diferenciados pero interrelacionados entre sí e incluso dependientes el uno del otro: transformar su gestión interna a una íntegra tramitación electrónica, y habilitar canales de comunicación y relación electrónica con los ciudadanos para permitir la bidireccionalidad comunicativa y procedimental, plasmando todos los actos, documentos y actuaciones en soporte electrónico. Y se dice «todos» porque, a pesar de que la LPAC no establezca la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración a todas las personas físicas (sí lo hace respecto a las personas jurídicas), a la Administración sí se le obliga a tramitar electrónicamente todos los procedimientos, estableciéndose la diferencia en la notificación, que en el caso de los no obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración se efectuará tanto en papel como electrónicamente (a través de la sede electrónica), mientras que a los obligados se les efectuará siempre a través de medios electrónicos (artículo 42.1 LPAC).

Ello conlleva la necesidad del legislador de establecer determinados requisitos que deben cumplir las diversas caras del prisma, las cuales, en conjunción, dan forma a la administración electrónica, una de las cuales es la documentación administrativa, ahora generada en su totalidad en soporte electrónico.

En la vigente normativa reguladora del procedimiento administrativo se contienen las exigencias impuestas a todo documento administrativo, concretándose en el artículo 26.2 LPAC, al disponerse que:

«Para ser considerados válidos, los documentos electrónicos administrativos deberán:

- a) Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.
- b) Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico.
- c) Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos.
- d) Incorporar los metadatos mínimos exigidos.
- e) Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.

Se considerarán válidos los documentos electrónicos que, cumpliendo estos requisitos, sean trasladados a un tercero a través de medios electrónicos».

Como puede apreciarse, la normativa reguladora del procedimiento administrativo ha impuesto a las Administraciones Públicas la obligación de observar determinadas prescripciones a la hora de generar documentos administrativos, como condicionantes para lo que el legislador ha venido a denominar de «validez», a saber:

- Conservación de información en un soporte electrónico conforme a un formato determinado que pueda tratarse e identificarse diferenciadamente.
- Incorporación de datos de identificación que lo diferencien del resto.
- Inclusión de referencia temporal, sin que se exija por tanto la necesidad de sello electrónico de tiempo o *time stamping*.
- Asignación de los metadatos mínimos exigidos.
- Incrustación de la firma electrónica que proceda.

Se exigen, por tanto, una serie de requisitos para entender válidamente generado un documento administrativo en soporte electrónico, algunos de ellos de contenido evidente, como que el documento contenga algún tipo de información, siendo por tanto el objeto material del documento administrativo, según (SANZ LARRUGA, 2017: 938), cualquier información o actuación procedente de una Administración identificada y diferenciada, pudiendo un mismo documento formar parte de dos expedientes administrativos electrónicos distintos (artículo 70.3 LPAC), por ejemplo, gracias a que la Ley exige que disponga de datos de identifica-

---

al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producirán efectos con posterioridad a lo inicialmente previsto, concretamente a partir del 2 de octubre de 2020.

ción que lo hagan único e individualizado, y otros menos evidentes para un ciudadano común pero necesarios, como la incorporación de los metadatos, (al menos los mínimos obligatorios previstos por las normas técnicas de interoperabilidad, en especial la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico, aprobada mediante Resolución de la Secretaría de Estado para la Función Pública de 19 de julio de 2011) gracias a los cuales se puede, por ejemplo, distinguir un documento original de su copia (ya que un documento electrónico puede tener infinitas instancias de sí mismo, dado su soporte), y se podrá igualmente hacer constar el órgano del que proviene, así como el expediente original en el que se encontraba.

Alguno de estos requisitos tiene una relevancia capital, como la incorporación de la firma electrónica, la cual proporciona al documento características fundamentales tan necesarias como la integridad, autenticidad y autoría del mismo, garantizando de este modo, entre otros, que el documento no ha sido modificado desde el momento en que se generó, mientras que otros requisitos, a pesar de su importancia, no han sido objeto, a mi juicio, de una adecuada regulación normativa, como la mera exigencia de referencia temporal a todo documento administrativo, sea cuál sea la naturaleza de éste. A este respecto, lo deseable hubiese sido la previsión de algunos supuestos en que resultase preceptiva la inclusión de un sello electrónico de tiempo, a efectos de incrementar sus facultades probatorias, en aquellos casos en que la relevancia del mismo o la posible afectación de derechos de terceros así lo exigiese ya que, como es bien sabido, se trata de un certificado electrónico en el que una autoridad (tercero) debidamente acreditada proporciona una suerte de fe digital del momento exacto en el que ha sido incorporado dicho certificado al documento.

Por último, debe tenerse en cuenta que las normas técnicas de interoperabilidad «derivadas» del Esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, tales como las de Expediente Electrónico, Digitalización de Documentos, Catálogo de Estándares, de Gestión de Documentos Electrónicos o de Modelos de Datos, entre otras, aprobadas mediante sendas resoluciones de la Secretaría de Estado para la Función Pública, establecen requisitos adicionales específicamente desarrollados para cada ámbito concreto de aplicación que deben observarse en aras a una correcta generación de documentos en soporte electrónico.

### III. EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO DEFECTUOSO

A pesar de que el legislador ha considerado procedente el establecimiento de requisitos de «validez» de los documentos administrativos cuando son generados en soporte electrónico en el anteriormente citado artículo 26.2 LPAC, lo cierto es que los términos «validez» e «invalides» son calificaciones que deben reservarse, bajo mi punto de vista, para los actos administrativos como tipología específica documental, y que identifican una concreta institución jurídica que no ha sido concebida para cualquier tipología documental.

Y es que lo que, en definitiva, aquí se defiende, es que los vicios de que puede adolecer un acto administrativo no deben confundirse con aquellos que pueden afectar a cualquier otro documento generado por la Administración y, por tanto, su calificación no puede ser la misma.

La (in)validez es una institución jurídica concebida para una concreta categoría documental: el acto administrativo, y a éste debe reservarse, debiendo por tanto establecerse una denominación distinta para aquellos casos en los que cualquier otro documento administrativo en soporte electrónico, distinto del acto, incumple cualquier requisito de los establecidos en el artículo 26.2 LPAC con carácter general.

En este sentido, el que suscribe considera que el documento administrativo electrónico debe calificarse, en caso de verificar todos los requisitos del precitado artículo 26.2 LPAC, como «perfecto», mientras que, en caso contrario, sería «defectuoso».

Para la elección del término, tras consultar el Diccionario de la Real Academia Española<sup>3</sup>, se ha advertido que el adjetivo «defectuoso», proveniente del latín *defectus*, en una de sus acepciones es «imperfecto», por lo que, tomando así mismo el antónimo de este último, se estima que los documentos administrativos en general deben ser denominados «defectuosos» o «perfectos», en función de si adolecen o no de algún vicio, respectivamente.

Así, partiendo de la base de que el incumplimiento de determinados requisitos del artículo 26.2 LPAC no es baladío, y debe contemplarse una calificación específica para el documento viciado que debe diferir

<sup>3</sup> Puede consultarse la versión *online* del mismo en la dirección web: <http://dle.rae.es/?id=C1jRL3D> (última consulta efectuada el 31-10-2018).

de la específicamente concebida para los actos administrativos (invalidez), debe ponerse de manifiesto que la denominación propuesta no resulta totalmente abstracta y sin precedentes, sino que la misma ya está contemplada en el ordenamiento jurídico en materia de notificaciones, las cuales se califican por la doctrina como «defectuosas» cuando incumplen determinadas prescripciones normativas (MARTÍN DELGADO, 2017: 2.151; GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, 2017: 561-562 ).

Dicho incumplimiento no provoca, como es unánimemente admitido por la doctrina, la invalidez del acto, sino que se califica la notificación como «defectuosa», y se le priva al acto de su facultad de desplegar los efectos que le son inherentes, esto es, impide que el mismo sea eficaz, sin que en ningún momento resulte afectada su validez.

Por otra parte, cuando el artículo 26.2 LPAC enumera los requisitos de «validez», se estima igualmente que alguna consecuencia deberá conllevar su incumplimiento, a pesar de que no haya sido objeto de regulación expresa por parte del legislador.

Si fuese un acto administrativo, para determinar dicha consecuencia lo primero que se requiere sería su calificación como nulo o anulable, para, acto seguido, prever determinadas consecuencias inherentes a dicha calificación; de tratarse de cualquier otro documento administrativo, al no existir categorías como éstas ni estimarse en este caso necesario, se considera adecuado englobarlas todas en la de documentos «defectuosos», lo cual igualmente deberá llevar aparejadas determinadas consecuencias, como se verá.

También podrían aparecer defectos de escasa gravedad, al igual que los actos administrativos pueden presentar meras irregularidades no invalidantes, que podrían ocasionar la generación de un documento administrativo electrónico meramente «irregular», no perfecto ni defectuoso, que la Administración podría corregir de oficio o a instancia del interesado en cualquier momento, de la misma forma que con aquéllos.

Del mismo modo, si bien es cierto que merece ser criticada la decisión del legislador de ubicar sistemáticamente los requisitos de los documentos administrativos electrónicos en sede de la actividad de las Administraciones Públicas, concretamente en las normas generales de actuación (Capítulo I del Título II de la LPAC), en lugar de ubicar su contenido en un Título y/o Capítulo independiente dedicado a la regulación de los documentos administrativos y sus copias, lo cual hubiese resultado en una regulación uniforme y con mejor sistemática tanto de sus requisitos y exigencias como de las consecuencias o efectos de su inobservancia, no lo es menos que dicha decisión parece apoyar la propuesta aquí presentada de reconocer el documento electrónico defectuoso como un nuevo concepto dogmático, distinto del acto administrativo inválido, e independiente de las causas o vicios de nulidad y anulabilidad actualmente reconocidas pero que, a su vez, de afectar a actos administrativos, sí podría dar lugar a estos vicios, como se verá.

#### **IV. LAS COPIAS ELECTRÓNICAS DEFECTUOSAS**

Al igual que los documentos administrativos en soporte electrónico, el régimen de realización de copias ha sido objeto de una novedosa regulación llevada a cabo en el artículo 27 LPAC, distinguiendo hasta cinco tipologías. Además de los requisitos específicos regulados en este precepto, debe tenerse en cuenta que también se han establecido requisitos adicionales específicos en la Norma Técnica de Interoperabilidad de Procedimientos de copiado auténtico y conversión entre documentos electrónicos así como en la de Digitalización de Documentos, aprobadas ambas mediante Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública.

De la misma forma que los documentos administrativos en soporte electrónico con carácter general, la copia electrónica es, en realidad, un documento administrativo que cumple determinadas características, las cuales le confieren, en caso de verificarse, la calificación y cualificación de auténtica, puesto que adquieren de esta forma un valor probatorio reforzado, al haber sido expedidas por el funcionario público habilitado para la expedición de copias auténticas, cuya intervención proporciona una especie de fe pública en relación con la identidad entre el original y la copia.

Pues bien, en caso de incumplir las copias realizadas por las Administraciones Públicas algún requisito de los específicamente previstos para cada una de las tipologías reguladas en la Ley, la misma no podría considerarse auténtica y, por ende, quedará desprovista de su valor probatorio adicional, debiendo otorgarsele similar valor que a la copia privada.

Por su parte, en caso de incumplir la copia cualquiera de los requisitos documentales previstos en el artículo 26.2 LPAC el cual, como se ha visto, resulta de aplicación a todo documento, también al «documento-copia», la misma deberá calificarse como defectuosa, mientras que, si reúne todos aquellos requisitos, la

copia será perfecta ya que, al tratarse, en definitiva, de un documento administrativo electrónico, no de una institución en sí misma como sucede con el acto administrativo, se estima adecuado adoptar la terminología general propuesta para el mismo.

También, como en el caso de los documentos administrativos en soporte electrónico en general, pueden presentarse vicios de menor calado que no provoquen que la copia devenga defectuosa, sino que deben considerarse igualmente meras irregularidades que dan lugar a una copia meramente irregular, debiendo en este caso procederse a su subsanación por parte de la Administración, de oficio o a instancia de interesado.

Evidentemente, la calificación de una copia como defectuosa o meramente irregular dependerá, en definitiva, de la gravedad del vicio de que adolezca, en función del requisito incumplido y la función que el mismo ostenta en relación con el documento-copia.

Aunque el examen pormenorizado de todos los supuestos que pueden darse en la práctica en relación con tales requisitos excedería de los límites propios del presente trabajo<sup>4</sup>, baste ejemplificar al respecto que no puede asimilarse, por ejemplo, la ausencia de firma electrónica, que no es sino un certificado electrónico emitido por un prestador de servicios de confianza, a la ausencia del metadato que identifica al documento como «original» o «copia», puesto que la primera garantiza la integridad, autenticidad y autoría del documento-copia, mientras que el segundo es un mero descriptor del tipo documental concreto de que se trata, por lo que las consecuencias en cada caso no pueden ser las mismas.

Otro supuesto que podría darse sería la digitalización de un original con una resolución distinta a la mínima exigida en la Norma Técnica de Interoperabilidad de Digitalización de Documentos, caso en el que la misma sería defectuosa si impidiese visualizar su contenido correctamente, mientras que si fuese posible el acceso al contenido constituiría una mera irregularidad susceptible de subsanación y la copia no devendría defectuosa.

## V. LOS VICIOS DOCUMENTALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo, entendido éste, siguiendo la definición de ZANOBINI adaptada por (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2013: 591), como toda declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria, en la actualidad aparece con la especialidad de ser dictado en soporte electrónico perteneciendo, por tanto, a la categoría genérica del documento administrativo electrónico, toda vez que se trata, en definitiva, de un tipo específico documental.

Por ende, todo acto administrativo dictado en soporte electrónico, como documento administrativo electrónico, deberá cumplir no sólo los requisitos tradicionales en relación con sus elementos subjetivo, objetivo, causal y formal, sino que además deberá cumplir los requisitos que se exigen, con carácter general, a todo documento administrativo electrónico en el artículo 26.2 LPAC.

Por tanto, al encontrarnos ante un acto administrativo en soporte electrónico, no puede obviarse que el mismo podría sufrir alteraciones debidas no únicamente a su condición de acto, sino también a la de documento, y que ello podrá conllevar también especialidades que deben ser tenidas en cuenta, a pesar de no haber reparado en ello el legislador.

En este sentido, se ha obviado total y absolutamente en la regulación de la invalidez de la LPAC toda referencia al incumplimiento del artículo 26.2 incluso para el caso de que afectase no ya a los documentos administrativos, sino a los propios actos administrativos, lo cual resulta del todo reprochable, en tanto en cuanto que se deja al arbitrio de la interpretación que efectúen los distintos órganos, administrativos y judiciales, en relación con las concretas consecuencias que su ausencia o incorrección implican, provocando así una evidente inseguridad jurídica a los administrados e incluso a las Administraciones Públicas, difícil de salvar en la práctica.

En el caso del acto administrativo, sin perjuicio de la crítica que merece así mismo la prácticamente idéntica regulación de la institución por parte del legislador respecto a la regulación previa de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –a salvo la impericia consistente en la calificación como nula de las infracciones reglamentarias

<sup>4</sup> Para el examen en profundidad de tales cuestiones procede remitir a la tesis doctoral del autor: BERNING PRIETO, A. D. (en prensa): *Validez e invalidez de actos y documentos administrativos en soporte electrónico*, Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor (Navarra).

del artículo 37.2 LPAC, probablemente originada por un malogrado intento de incorporar en la legislación procedimental determinadas previsiones específicas del artículo 23.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, el cual disponía que «son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento, aunque hayan sido dictadas por órganos de igual o superior jerarquía que el que lo haya aprobado», como ha tenido ocasión de apuntar (GALÁN VIOQUE, 2017: 2.031-2.032)–, lo cierto es que el incumplimiento de los requisitos documentales puede afectar a su validez, provocando que un acto administrativo dictado cumpliendo todos los requisitos propios de éste, adolezca de nulidad o anulabilidad por no observar, al ser generado en soporte electrónico, alguno de los requisitos establecidos en el artículo 26.2 LPAC.

Por tanto, en primer lugar, hay que tener en cuenta que, para calificar un acto inválido como nulo o anulable sobre la base de los defectos documentales, es preciso integrarlo en los tradicionales vicios de invalidez relacionados en los artículos 47 y 48 LPAC, esto es, deben subsumirse en éstos los relativos a su carácter de documento.

Y, en segundo lugar, en función de su gravedad, cada supuesto habrá de reconducirse a una u otra categoría (nulidad o anulabilidad) para conferirles el correspondiente régimen jurídico en cuanto a las consecuencias o efectos de la declaración de invalidez, que es precisamente lo que debió llevar a cabo el legislador al regular los requisitos de todo documento administrativo, ya que la ausencia de regulación ha dado lugar a una laguna jurídica difícil de salvar garantizando la seguridad jurídica si no existen unas claras consecuencias o efectos para el caso de su incumplimiento, con distinción en función de si afecta a un documento o a un acto administrativo, como se viene defendiendo.

Así, en relación con los actos administrativos que adolecen de defectos documentales, debe partirse de la dicción del artículo 48.2 LPAC, en virtud del cual el defecto de forma sólo determina la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados ya que, en principio, fuera de estos supuestos, el acto adolecería de una mera irregularidad no invalidante.

Si bien podría defenderse que cualquier defecto vinculado a los requisitos del artículo 26.2 LPAC estaría siempre relacionado con la forma del documento y, por ende, podría incardinarse en los conocidos vicios de forma, debe examinarse convenientemente cada uno de ellos para determinar si realmente hay un vicio de carácter material, superando el estrictamente formal, al incumplirse alguno de ellos, o si, aun siendo de carácter formal, el vicio realmente impide al acto administrativo final alcanzar su fin o provoca indefensión a los interesados y, por ende, adolece de anulabilidad, superando así la mera irregularidad no invalidante.

Para no resultar excesivamente abstracto, conviene en cualquier caso exponer algún ejemplo, como sería la utilización de un formato determinado para dictar el acto administrativo ex artículo 26.2.a) LPAC, distinto a los previstos en las diversas normas técnicas. En este supuesto, en principio, dicho vicio documental no comportaría más que una mera irregularidad no invalidante; no obstante, sería un vicio de forma que daría lugar a la anulabilidad del acto en el caso de que el mismo careciese de los requisitos esenciales para alcanzar su fin o produzca indefensión a los interesados. Igualmente, en el caso ya comentado anteriormente de ausencia de firma electrónica, el acto devendría inválido (anulable) por resultar imposible garantizar la integridad, autenticidad y autoría del mismo, a cuyo fin responde la incorporación de tales certificados electrónicos.

## **VI. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE CARÁCTER DOCUMENTAL DEL ARTÍCULO 26.2 LPAC**

En relación con las consecuencias o efectos de la calificación de un acto administrativo como «inválido» o un documento administrativo como «defectuoso» sobre la base de defectos documentales por incumplimiento del artículo 26.2 LPAC, al encontrarse ambos en soporte electrónico, se parte de la premisa de que tales vicios exceden de las meras irregularidades, las cuales no darían lugar a ninguna consecuencia jurídica más allá de la obligación de corrección o subsanación por parte de la Administración en cualquier momento.

Así, en primer lugar, debe considerarse que, de tratarse de un acto administrativo, más allá de la consideración de los vicios meramente formales que constituyen irregularidades no invalidantes (salvo que causen indefensión o impidan al acto alcanzar su fin ex artículo 48.2 LPAC), cuando los vicios están relacionados con los requisitos de todo documento administrativo en soporte electrónico del artículo 26.2 LPAC

dará lugar a alguna de las conocidas graduaciones de la invalidez, esto es, nulidad absoluta o anulabilidad, en función de la gravedad del vicio, cuyo examen detenido excedería los límites del presente trabajo<sup>5</sup>, al tratarse de múltiples supuestos los que podrían darse.

En cuanto a los efectos o consecuencias propias de la invalidez, deben distinguirse, con (CANO CAMPOS, 2017: 1.909), entre los efectos de carácter material y los aspectos temporales derivados de dicha invalidez.

Aunque el Derecho establece determinados requisitos de validez y, en caso de incumplimiento, el acto viciado no debería desplegar efectos como principal y directa consecuencia del mero hecho de estar viciado, la presunción de validez de los actos y su ejecutividad como privilegio otorgado por el ordenamiento jurídico a la Administración hacen que, hasta que no se declare por el órgano competente en cada caso, ya administrativo, ya judicial, dicha invalidez no opera materialmente y, por ende, el acto sigue siendo válido a efectos prácticos y desplegando los efectos materiales que le son inherentes, motivo por el cual resulta patente que las tradicionales propiedades que caracterizan y vienen distinguiéndose para ambas categorías de la invalidez (tales como que la nulidad absoluta opera *ipso iure* o que su apreciación es meramente declarativa, en contraposición a la anulabilidad) no tienen virtualidad práctica real, siendo en realidad una rémora teórica del origen de la institución, que se remonta al Derecho Romano en el ámbito de las relaciones privadas, posteriormente adoptado por el Derecho Público.

Por tanto, una vez declarada su invalidez (y no antes), el acto deja de ser eficaz y, por ende, no podrá continuar desplegando efectos. No obstante, se plantea el interrogante de qué ocurre exactamente con los efectos que ya ha desplegado durante su previa ejecutividad y ejecutoriedad inmediatas, producto de la presunción de su validez, esto es, los aspectos temporales a que se refería CANO CAMPOS, puesto que, lo conveniente y deseado por el Derecho, es la eliminación de todo efecto ilegalmente producido, sin perjuicio de la vocación de permanencia de los actos.

Esta vocación se materializa en las técnicas de conservación y sanación de los actos viciados cuando concurren determinadas circunstancias, así como los límites a la extensión de la nulidad o anulabilidad de los actos (artículos 49 y ss. LPAC) u operan los límites generales del artículo 110 LPAC en materia de revisión, así como principios como el de buena fe, proscripción del enriquecimiento injusto o el de confianza legítima, lo cuales permiten en determinados supuestos la conservación del acto ilícito.

En segundo lugar, de tratarse de un documento administrativo en soporte electrónico, la cuestión es que, como se ha defendido, no es posible aplicar al mismo las categorías propias de la invalidez de los actos administrativos y, por ende, de incurrir en alguno de los vicios examinados, dará lugar a un documento defectuoso o meramente irregular. En el primer caso, siempre y cuando los vicios de que adolezca ostenten cierta relevancia o gravedad, puesto que las irregularidades se reservan a aquellos incumplimientos del ordenamiento jurídico que no adquieran especial relevancia, no afecten a derechos de terceros ni les produzcan indefensión.

Por tanto, al tratarse de vicios de cierta gravedad, y dan por tanto lugar a la calificación del documento administrativo electrónico como defectuoso o del acto como inválido, las consecuencias también deberán ser proporcionales a dicha gravedad, sin que se estime adecuado mantener los efectos materiales que un documento perfecto o un acto válido desplegarían en la realidad jurídica de haber sido generados con pulcra observancia de los requisitos del artículo 26.2 LPAC.

En el caso del documento administrativo electrónico defectuoso, se considera que la principal consecuencia o efecto de dicha calificación debe ser la ineficacia del documento, de forma que el mismo no pueda desplegar los efectos que le son inherentes.

Dado que el documento electrónico defectuoso no debe desplegar efectos, la actuación necesaria por parte de la Administración autora del mismo será la subsanación de los defectos de que adolezca el mismo, para así poder continuar, en su caso, con la tramitación del procedimiento administrativo en el que se ha generado aquél ya que, de tratarse, por ejemplo, de informes preceptivos, toda decisión posterior podría devenir viciada también en caso de no procederse a la debida subsanación, con los consiguientes perjuicios para el interés público que dicha situación podría originar. Por tanto, una actuación responsable por parte de la Administración resulta en este punto, subsanando el defecto, resulta totalmente exigible e imprescindible.

---

<sup>5</sup> Dicha cuestión ha sido también ampliamente desarrollada en la tesis doctoral del autor, para cuya referencia *vid. supra* nota al pie anterior.

## VII. CONCLUSIONES

Dada la novedosa regulación de los requisitos de los documentos administrativos electrónicos y la ausencia de una regulación de las consecuencias en caso de incumplimiento distinta a la regulación de los vicios de los actos administrativos, se propone la distinción de ambas categorías: la del documento electrónico defectuoso por incumplir alguno de los requisitos del artículo 26.2 LPAC, de un lado, y la del acto administrativo inválido por adolecer de algún vicio de nulidad o anulabilidad conforme a los artículos 47 y 48 LPAC, respectivamente, de otro.

En este sentido, también las copias electrónicas, como documentos administrativos que, en definitiva, son, también pueden ser defectuosas de incumplir alguno de los requisitos de carácter documental y, en determinados supuestos, ante el incumplimiento de requisitos tales como la realización por personal funcionario habilitado, perderán su carácter de auténtica, pasando a tener el valor de meras copias privadas.

Por su parte, en el caso de los actos administrativos, a los tradicionales vicios que provocan su invalidez deberán adicionarse los regulados con carácter general para los documentos electrónicos en el artículo 26.2 LPAC y, en función de la gravedad de los mismos o la posible afectación de derechos de terceros, graduarlos, siendo no obstante la anulabilidad la regla general, a tenor del artículo 48.1 LPAC.

También debe reconocerse, en estos casos, la posible existencia de meras irregularidades, que en el caso del documento electrónico o las copias no los convierten en defectuosas, ni en el caso del acto administrativo provocan su invalidez, sino su carácter «irregular», pudiendo rectificarse en cualquier momento ex artículo 109.2 LPAC, previsto actualmente sólo para los actos administrativos, por lo que sería también deseable que se hiciese alguna previsión expresa para los documentos administrativos y las copias, en aras a una mayor seguridad jurídica.

Al respecto, se propone también una regulación diferenciada de las meras irregularidades no invalidantes que afectan a los actos administrativos, y aquellas irregularidades que afectan al documento administrativo en general y, por tanto, no lo hacen defectuoso, sino irregular. Por supuesto, al tratarse el acto administrativo de un documento administrativo, los motivos que provoquen la irregularidad del documento administrativo podrían afectar también al acto; sin embargo, los motivos afectantes al acto administrativo únicamente serían de aplicación a éste, dada su especificidad y naturaleza especial dentro del concepto genérico de documento administrativo (dicho esto con la salvedad de los actos administrativos no documentados, como órdenes orales o acústicas), y su regulación especial en el artículo 109.2 LPAC.

En el escenario electrónico ante el que nos encontramos, mantener la tradicional regulación de la invalidez de los artículos 47 y 48 LPAC, así como de las meras irregularidades no invalidantes del artículo 109.2 LPAC, propias hasta ahora, como se ha dicho, del acto administrativo, para su aplicación, por analogía, a los documentos administrativos electrónicos en general, no es lo más coherente de acuerdo con una buena técnica legislativa, más aún cuando la LPAC ha regulado, en su artículo 26.2, requisitos específicos aplicables a éstos.

Una conveniente regulación diferenciada no sólo redundará en beneficio del interés público, sino que beneficiará a las Administraciones Públicas, al poder actuar con uniformidad ante las diversas situaciones que en la práctica puedan darse, y proporcionará al mismo tiempo a los administrados la debida seguridad jurídica del que el ordenamiento jurídico-administrativo y aquéllas son garantes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANO CAMPOS, T. (2017): “Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general”, en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CRUZ MUNDET, J. R. (2009): *Qué es un archivero*, Asturias: Trea.
- GAETE GONZÁLEZ, E. A. (2009): *Instrumento público electrónico*, Barcelona: Bosch.
- GALÁN VIOQUE, R. (2017): “Anulabilidad e irregularidades no invalidantes”, en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tomo II, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2017): *Manual básico de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2013): *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Civitas.

HEREDIA HERRERA, A. (2007): *¿Qué es un archivo?*, Asturias: Trea.

MARTÍN DELGADO, I. (2017): “Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas”, en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

SANZ LARRUGA, F. J. (2017): “Gestión documental”, en GAMERO CASADO, E. (dir.): *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

SENDÍN GARCÍA, M. A. (2009): *Régimen jurídico de los documentos. Aspectos administrativos, civiles, penales y procesales*, Granada: Comares.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2011): “Documentos y archivos electrónicos”, en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.): *Administración electrónica y ciudadanos*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Civitas.



## La revocación en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Patricia Calvo López (España)  
Universidad de Santiago de Compostela  
patriciacalvo@avogacia.org

### NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Derecho con la especialidad en Derecho Público y Premio Extraordinario en el Máster de Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas, ambos títulos otorgados por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctoranda en Derecho, Área de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela. Abogada en ejercicio.

---

### RESUMEN

El objeto de la presente comunicación consiste en mostrar la situación actual en que se encuentra el instituto de la revocación, en el ámbito del procedimiento administrativo común, después de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Para ello, se expondrá su ubicación sistemática dentro de la citada Ley, junto a la regulación del régimen de la invalidez, y se describirán las novedades, o ausencia de las mismas, contenida en la referida norma.

### PALABRAS CLAVE

Invalidez, ineficacia, interés público, legalidad, oportunidad.

---

### ABSTRACT

The purpose of this text is to explain the current status of the revocation, within the scope of the common administrative procedure, after the *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* comes into force. For this, its systematic location will be exposed within the aforementioned Law, together with the regulation of the disability regime, and the novelties, or absence thereof, contained in said norm will be described.

### KEYWORDS

Disability; ineffectiveness; public interest; legality; opportunity.

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DE LA REVOCACIÓN DENTRO DEL RÉGIMEN DE LA INVALIDEZ. III. LA REVOCACIÓN EN LA LPAC: AUSENCIA DE DESARROLLO. IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN

La revocación está presente en el Ordenamiento jurídico español desde hace largo tiempo, quizás la prueba más significativa de ello sea la previsión del artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (desde ahora, RSCL), cuya vigencia se mantiene actualmente. Este precepto prevé específicamente la respuesta revocatoria, para el caso de las licencias que fueran otorgadas, cuando se produjera el incumplimiento de las condiciones a que estuvieran subordinadas, así como cuando se diera un cambio de circunstancias, por desaparición de las que motivaron el otorgamiento de la licencia o por el surgimiento posterior de otras que si hubieran existido al momento de dicho otorgamiento habrían justificado la denegación. Del mismo modo, el referido precepto ampara la aplicación del instituto revocatorio para los casos en que la Administración Local adopte nuevos criterios de apreciación, al tiempo que alude a la posibilidad de restituir «las cosas al ser y estado primitivo» cuando las licencias fueran otorgadas por error. Finalmente, el artículo 16 del RSCL reconoce el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionaran por la pérdida de efecto de las licencias para los casos del cambio de criterios de apreciación, así como en los casos de licencias otorgadas erróneamente.

Pocos años después del citado Reglamento se aprobó la Ley de procedimiento administrativo de 1958. Dicha Ley prometía a través de su exposición de motivos que «La Ley se ocupa por primera vez de un modo completo en nuestro ordenamiento jurídico de las potestades de la Administración respecto de sus propios actos, distinguiendo los supuestos de nulidad, anulación, revocación y rectificación de errores materiales y de hecho». No obstante, esta norma se limitó, en su artículo 112, a señalar que «Las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes». Es evidente que tal previsión dista mucho de constituir un régimen jurídico completo de la revocación.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), norma que sucede a la de 1958, también dedica a la institución revocatoria un único precepto, el artículo 105, sin contener, tampoco, la conceptuación de la revocación, ni exponer su régimen jurídico. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPAC), no varía esta situación, sino que reproduce, podría decirse que, sin cambios, el contenido del artículo 105 de la LRJPAC, que ahora encontramos en el artículo 109 de la LPAC. La única novedad consiste en una acotación temporal en el ejercicio de la acción revocatoria por parte de la Administración, antes abierta a «cualquier momento», y ahora, sujeta, aunque también lo estaba antes (*ex* artículo 106 LRJPAC), a los plazos de prescripción.

Habida cuenta de la carencia de una regulación acabada de la revocación, tiende a confundirse este instituto con otros conceptos cercanos, tales como el de la anulación, de los que conviene distinguirse, y dejar ya apuntada la diferencia esencial. Así, señala GONZÁLEZ PÉREZ (GONZÁLEZ PÉREZ, 1950: 150), citando a ROMANELLI, que mientras que «la anulación es la eliminación de un acto jurídico inválido del mundo del Derecho», «la revocación no supone un acto inválido, sino válido. Por ello, mientras la anulación encuentra siempre su fundamento en una causa extemporánea y consustancial a la emisión del acto, la revocación “encuentra su fundamento en causas sobrevenidas y objetivamente ciertas, que justifican la eliminación de un acto, válidamente nacido, de la vida jurídica.»

A los efectos de distinguir la anulación de la revocación, en el sentido apuntado por GONZÁLEZ PÉREZ, resulta ilustrativa la aclaración que efectúa CANO CAMPOS (CANO CAMPOS, 2017) sobre el concepto de validez y eficacia, de manera que distingue entre régimen de validez, en cuanto conjunto de requisitos necesarios para afirmar la validez de un acto; régimen de invalidación, como sistema de control o procedimiento para la declaración de la invalidez, y régimen de eficacia, referido a los efectos de la declaración de invalidez. Insiste CANO CAMPOS en que, un acto puede ser inválido, pero que, sin embargo, resulte inatacable su eficacia porque, por ejemplo, no se ha interpuesto el correspondiente recurso en plazo contra ese acto. En esos casos, señala el autor que, «no es que el acto haya devenido válido por el transcurso del tiempo, sino que no cabe la posibilidad de determinar administrativa o judicialmente si existe o no la causa de nulidad, por lo que quedarán consolidados los efectos que hayan derivado del acto.» (CANO CAMPOS, 2017: 7).

El supuesto de la revocación sería el contrario, un acto que nace válido pero que va a ser privado de eficacia.

Ante la insuficiencia de la regulación legal evidenciada, en cuanto al procedimiento administrativo común se refiere, pues existe regulación de la revocación en la normativa sectorial, resulta de interés, para aproximarse al concepto de la revocación, advertir cuáles son los motivos por los que cabría revocar un acto administrativo.

Los motivos por los cuales un acto puede ser revocado pueden reconducirse a dos bloques, la revocación por motivos de legalidad y la revocación por motivos de oportunidad, siempre posteriores al nacimiento del acto administrativo válido. ALMEIDA CERREDA (ALMEIDA, 2010: 1.121 y ss.) describe los supuestos en que un acto inicialmente válido podría ser revocado, tratándose de un acto favorable para el interesado, al ponderarse junto al principio de irrevocabilidad de los actos favorables el principio de servicio objetivo a los intereses generales, que acoge el artículo 103.1 de la Constitución Española. En primer lugar, se hallarían «los supuestos en los que se incumplen por el administrado las condiciones inherentes al acto favorable dictado<sup>1</sup>», puntualizando que el término «condición» ha de entenderse en el sentido de «situación o circunstancia indispensable para la existencia de otra, y no con el significado de acontecimiento futuro e incierto del que por determinación legal o convencional depende la eficacia inicial o la resolución posterior de ciertos actos jurídicos»<sup>2</sup> En segundo lugar, un acto sería revocable cuando «se produce una modificación de las circunstancias en atención a las cuales se ha dictado el acto». Finalmente, el citado autor alude a los casos en que la Administración, «en aras a prestar un mejor servicio público, decide cambiar los criterios conforme a los cuales se ha dictado el inicial acto favorable».

Igualmente, interesa apuntar otros supuestos en que se puede producir la revocación de actos favorables a los interesados, tales como, siguiendo a ALMEIDA CERREDA (ALMEIDA, 2010: 1.130), los supuestos en que al propio particular interese la revocación de un acto, porque, por ejemplo, ya no obtiene provecho del acto y su mantenimiento le produce un coste. En este caso, se impone el principio de disponibilidad de los derechos sobre el principio de irrevocabilidad de actos favorables, debiendo entender que, naturalmente, al interés público conviene, o no le es perjudicial, dejar sin efectos el acto. Y, para terminar, se encuentran entre los supuestos de revocación, los casos legalmente previstos como sanción, en que ante la concurrencia de determinada circunstancia se impone la consecuencia sancionadora de la revocación del acto, que no deben ser confundidos con la revocación por incumplimiento de las condiciones impuestas, como recuerda ALMEIDA con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2005, donde se destacan las características del derecho administrativo sancionador frente a la revocación por incumplimiento de condiciones, tales como sujeción a los principios de legalidad y tipicidad, procedimiento especial –sancionador– (antes, en la Ley 30/1992, especialidad del procedimiento común, ahora, con la Ley 39/2015, y junto a la responsabilidad patrimonial, procedimiento especial), principio de responsabilidad y culpabilidad, y plazos específicos de prescripción.

Sin perjuicio de reconocer la existencia de la revocación de actos favorables en el Ordenamiento jurídico español, lo cierto es que el artículo 109.1 de la LPAC sólo se refiere, al igual que lo hacía el artículo 105 de la LRJPAC, a los actos de gravamen o desfavorables para los interesados, lo que, por parte de la doctrina, ha sido visto como la consagración normativa del principio de irrevocabilidad de los actos favorables (ALMEIDA, 2010: 1.111). A pesar de la literalidad del artículo 105 de la LRJPAC, en el Ordenamiento jurídico español existen numerosas demostraciones, dentro de la legislación sectorial, de la revocabilidad de actos favorables (*vid.* ALMEIDA, 2010: 1.123).

Además de circunscribir la revocación a los actos desfavorables, el artículo 109, al igual que su predecesor, 105, impone como requisitos a la revocación que ésta no constituya dispensa o excepción no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al Ordenamiento jurídico. Imponiendo, finalmente, y agotando la regulación legal existente de la revocación en el ámbito del procedimiento administrativo común, un límite temporal a la revocación, «que no haya transcurrido el plazo de prescripción». Cabe destacar que este límite temporal representa el único cambio del régimen normativo común de la revocación observado tras la derogación de la LRJPAC y la entrada en vigor de la LPAC, pues el artículo 105 de aquélla permitía a las Administraciones Públicas «revocar en cualquier momento», a salvo los límites del artículo 106 (prescripción de acciones, transcurso del tiempo u otras circunstancias por las que su ejercicio resultara contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes) que se entendían aplicables a la facultad revocatoria y que hoy reproduce el artículo 110, por lo que no se puede entender que exista un verdadero cambio en la regulación, sino que el límite de la prescripción ya se entendía aplicable, se dijera o no de forma directa en el propio precepto que se refiere expresamente a la revocación.

<sup>1</sup> IGLESIAS GONZÁLEZ (IGLESIAS, 2017: 78 y ss.) se refiere también a los supuestos de incumplimiento sobrevenido de los requisitos exigidos, como supuestos susceptibles de ser conceptuados bajo el paraguas de la revocación, se trata de actos cuyos requisitos se atendieron inicialmente, pero dejaron de cumplirse después de nacido el acto, por lo que éste puede revocarse.

<sup>2</sup> En este mismo sentido, IGLESIAS GONZÁLEZ (IGLESIAS, 2017: 86 y ss.) sustituye el término «condición» por el de «obligación» impuesta al interesado.

## II. LA REGULACIÓN DE LA REVOCACIÓN DENTRO DEL RÉGIMEN DE LA INVALIDEZ

La nueva Ley reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, acoge, al igual que su predecesora, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el único precepto que se refiere a la revocación de actos (artículo 109) dentro del Capítulo I, del Título V, esto es, contemplándose dentro del régimen de la revisión de oficio de los actos administrativos.

Inicialmente, podría pensarse que la ubicación del precepto que la LPAC dedica al instituto de la revocación no se encuentra justificado, por cuanto la revocación presupone la existencia de un acto válido en origen, como se ha señalado anteriormente, y por tanto, distanciado de los supuestos de nulidad y anulabilidad a que se refiere el Capítulo I, del Título V. No obstante, hay que destacar que perfeccionada la revocación, el acto originalmente válido devendrá ineficaz, y esta importante consecuencia, la de la ineficacia del acto administrativo, que determina que deje de producir efectos, es la que acerca el instituto revocatorio a los supuestos en los que se priva de eficacia al acto, luego de examinar los requisitos de validez en origen (nulidad y anulabilidad).

Asimismo, si acudimos a los códigos de procedimiento de los Estados de nuestro entorno jurídico, señaladamente, Portugal, Italia y Francia, observamos como, al igual que en España, el instituto revocatorio se regula junto al régimen de la invalidez o seguidamente a él. Así, en el Decreto/ Ley 4/2015, por el que se aprueba el Código del Procedimiento Administrativo de Portugal, se regula la revocación, dedicándole la Sección IV, «*Da revogação do acto administrativo*», luego de exponer el régimen de la invalidez (Sección III), dentro del Capítulo II, «*Do acto administrativo*», que se inscribe en la Parte IV del Código, «*Da actividade administrativa*». Igualmente, junto a la regulación de la revocación, a la que el Código portugués destina diez artículos (138-147), la Sección IV se cierra con el artículo 148, dedicado a la rectificación de errores, guardando así paralelismo con la LPAC, que en el apartado 2 de su artículo 109 se refiere, precisamente, a la rectificación de los errores materiales o de hecho, que sin embargo no comparten naturaleza jurídica con la revocación. En el caso de Italia, la Ley 241/1990, que aprueba la «*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*», con las modificaciones operadas por el artículo 14 de la Ley 15/2005, introduce en la Ley 241/1990 el Capítulo IV *bis* (artículos 21 *bis* a 21 *nonies*), rubricado «*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso.*», cuyo gráfico título evidencia la regulación conjunta que se viene afirmando. Por su parte, el «*Code des relations entre le public et l'administration*», de 2015, sin recoger la revocación expresamente, atiende en su Título IV a «*La Sortie de vigueur des actes administratifs*», refiriéndose a la *abrogation* (modificación o desaparición en el futuro del acto administrativo) y al *retrait* (modificación o desaparición retroactiva de una decisión administrativa) de forma vinculada.

## III. LA REVOCACIÓN EN LA LPAC: AUSENCIA DE DESARROLLO

A la hora de abordar las novedades introducidas por la LPAC en materia de revocación, cabe referirse más bien a la inexistencia de novedades respecto de la regulación contenida en la LRJPAC. Como ya se ha advertido, el único cambio que presenta el artículo 109 de la LPAC respecto del artículo 105 de la LRJPAC reside en que éste otorgaba la facultad de revocar el acto en cualquier momento, mientras que aquél introduce la limitación temporal derivada de la prescripción, en cuanto garantía de seguridad jurídica, si bien, ya se entendía entonces de aplicación por determinación del artículo 106 de la LRJPAC, cuyo contenido se reproduce ahora en el artículo 110 de la LPAC, que igualmente se dice de aplicación a las «*facultades de revisión establecidas en este Capítulo*».

La referida situación ha merecido la crítica de la doctrina que no deja de apuntar a la oportunidad perdida por el legislador para acabar con la ambigüedad que persigue a esta figura a la hora de interpretar su alcance y fundamento, además de la falta de sistematización y clarificación conceptual, como señalan ALENZA GARCÍA (ALENZA, 2017: 183) e IGLESIAS GONZÁLEZ (IGLESIAS, 2017: 61).

Así, la regulación de la revocación en el ámbito del procedimiento administrativo común se residencia en la ausencia de regulación completa y acabada, lo que plantea serios problemas a la hora de articular y aplicar el instituto revocatorio. Como enseña ALENZA (ALENZA, 2017: 188), en primer lugar, la LPAC no determina cuál es el órgano competente para la revocación. Asimismo, se critica que la acción revocatoria se circunscriba a la actividad de oficio de la Administración y no se prevea la revocación a solicitud de los

interesados, abriendo la posibilidad de su ejercicio por vía del derecho de petición (ALENZA, 2017: 189), aunque esta vía observará limitaciones frente a los supuestos en que se encuentra expresamente previsto la actuación de los particulares con el efecto de iniciar un procedimiento, en este caso, el que conduzca a la declaración de la ineficacia del acto originariamente válido. Como ya se ha advertido, y señala el citado autor, en la previsión del artículo 109 de la LPAC se dejan al margen de la revocación los actos favorables a los interesados. Ciertamente que no existe un procedimiento estandarizado para los supuestos de revocación, aunque se salvaría el defecto de regulación específica por medio de la aplicación del procedimiento administrativo común –iniciación, instrucción, finalización–, (ALENZA, 2017: 204). Finalmente, queda sin resolver si la revocación del acto tendrá efecto retroactivo o no y la posibilidad de recurrir la resolución que acuerde la revocación a lo que tampoco se da respuesta concreta (ALENZA, 2017: 208), así como la relación de la revocación con la responsabilidad patrimonial, que sí está prevista para la anulación de actos.

#### IV. CONCLUSIONES

Como conclusiones a esta comunicación sobre la situación de la regulación de la revocación en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, cabe destacar, en primer lugar, la insatisfactoria respuesta a la doctrina que tiene reiteradamente mostrado la necesidad de completar el régimen jurídico de la revocación dentro del procedimiento administrativo común, acabando con la ambigüedad que reinaba hasta el advenimiento de la Ley 39/2015 y que, sin embargo, se mantiene sin cambios.

En segundo lugar, afirmar la correcta ubicación de la revocación, dentro de la regulación del régimen de la invalidez, tal y como respalda el derecho comparado, aunque con ciertas matizaciones en atención a algún problema concreto que dicha situación pueda plantear.

#### V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALENZA GARCÍA, J. F. (2017): *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Pamplona: Aranzadi, S.A.U.
- ALMEIDA CERREDA, M. (2010): "El principio de irrevocabilidad de los actos favorables", en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Madrid: La Ley.
- CANO CAMPOS, T. (2017): "El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse", en *Indret*, núm. 4, págs. 1-53.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1950): "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española", en *RAP*, núm. 1, págs. 149-161.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2017): *La revocación de actos administrativos favorables*, Valencia: Tirant lo Blanch.



## La revocación de actos dictados al amparo de normas tributarias no conformes al Derecho de la Unión Europea a la luz de las recientes reformas normativas

Juan Calvo Vérguez (España)  
Universidad de Extremadura  
jucaver@unex.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Juan Calvo Vérguez es Profesor Titular de Universidad, contando con acreditación de ANECA a Catedrático de Universidad. Algunas de sus principales líneas de investigación son las relativas a la aplicación del principio de reserva de ley en materia tributaria, la financiación autonómica y local, el control presupuestario de los Entes públicos, el régimen fiscal de las entidades financieras o la recapitalización de las entidades bancarias, por citar las más relevantes.

---

### RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar el alcance del vigente art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, encargado de regular de forma expresa la responsabilidad del Estado cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea. Con carácter previo se analiza el proyectado art. 219 bis de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que finalmente no salió adelante.

### PALABRAS CLAVE

Unión Europea; revocación; Ley General Tributaria; responsabilidad patrimonial del Estado Legislador; declaración de inconstitucionalidad.

---

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the scope of the current art. 32 of Law 40/2015, of October 1, on the Legal Regime of the Public Sector, in charge of expressly regulating the responsibility of the State when the damages derive from the application of a norm with the rank of a law declared unconstitutional and when the damages derive from the application of a rule contrary to European Union law. With prior carácter it is analyzed the projected art. 219 bis of Law 58/2003, of December 17, General Tax, which finally did not succeed.

### KEYWORDS

European Union; revocation; General Tax Law; patrimonial liability of the Legislative State; declaration of unconstitutionality.

### SUMARIO

I. ALCANCE DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LGT. II. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA REGULACIÓN INICIALMENTE PROYECTADA. III. LA ACTUAL REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 32 DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

## I. ALCANCE DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LGT

Como seguramente se recordará el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) redactado en su día preveía modifica los arts. 119 y 120 de la citada Ley 58/2003 con la finalidad de eliminar la posibilidad de solicitar una devolución mediante el denominado método de responsabilidad patrimonial del Estado por actos del poder legislativo en el ámbito tributario. De acuerdo con la citada regulación proyectada cuando, como consecuencia de una autoliquidación, se hubiesen aplicado normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al derecho de la Unión Europea y se pretendiera exigir la responsabilidad patrimonial al legislador, el único procedimiento que podría instarse sería el de rectificación de autoliquidaciones, lo que limitaría la cantidad de años que se podrían exigir.

En efecto, la citada regulación proyectada preveía la modificación de los arts. 119 y 120 de la LGT para eliminar la posibilidad de solicitar una devolución mediante el citado método de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos del poder legislativo en el ámbito tributario. De este modo si, a resultados de la práctica de una autoliquidación, se hubiesen aplicado normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al ordenamiento comunitario y se pretendiera exigir la responsabilidad patrimonial al legislador, el único procedimiento que podría instarse sería el de rectificación de autoliquidaciones, lo que limita la cantidad de años que se pueden exigir.

De acuerdo con la regulación normativa diseñada por aquel entonces se incorporaba un nuevo apartado 4 en el art. 120 de la LGT, regulador de las «Autoliquidaciones», a través del cual se efectuaba una remisión al procedimiento establecido en el nuevo art. 219 *bis* 2 y 3 de la Ley, al objeto de poder llevar a cabo la rectificación de las autoliquidaciones efectuadas por los obligados en las que se hubiese aplicado normas tributarias declaradas no conformes al Derecho de la Unión Europea. Dicho apartado 4 incorporado al art. 120 de la LGT presentaba la siguiente redacción: «4. Cuando como consecuencia de una autoliquidación del obligado tributario en la que se hayan aplicado normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea, se pretenda exigir responsabilidad patrimonial del Estado legislador, el único procedimiento que podrá instarse será el de rectificación de autoliquidaciones al que se refiere el apartado anterior, resultando de aplicación lo establecido en el artículo 219 *bis*.2 y 3 de esta ley en lo relativo a los efectos temporales y prescripción.».

Ha de advertirse además que la citada reforma afectaría a los actos de la Administración tributaria posteriores al 1 de enero de 2015. En todo caso dicha regulación proyectada contemplaba las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado referidas a actos de la Administración tributaria no limitando el derecho a reclamar y otorgando una mayor seguridad jurídica a esas reclamaciones, ya fuesen por inconstitucionalidad o por infracción del Derecho Comunitario.

Con carácter adicional la citada regulación proyectaba introducir un nuevo y específico procedimiento de revocación de los actos dictados al amparo de normas tributarias declaradas no conformes al Derecho de la Unión Europea, disponiéndose a tal efecto la modificación de los arts. 213 y 216 de la LGT, así como la incorporación de un nuevo art. 219 *bis* y la introducción de un conjunto de normas complementarias de carácter transitorio recogidas en el número 6 de la Disposición Transitoria Única del Proyecto de Ley.

La modificación introducida en el art. 213 de la LGT presentaba un carácter meramente técnico. A través de su apartado segundo<sup>1</sup> se incorporaba la posibilidad de que las resoluciones firmes de los órganos económico-administrativos y los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones sobre los que hubiera recaído una resolución económico-administrativa fuesen revisados en vía administrativa mediante la revocación de los actos dictados al amparo de normas declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea del art. 219 *bis* de la Ley 58/2003. Esta posibilidad de revisión contemplada en el citado apartado 2 del art. 213 de la LGT resultaba respaldada además por la modificación de la letra d) del art. 216 de la Ley, la cual tenía por objeto la creación de un nuevo procedimiento especial de revisión de los relacionados en ese mismo art. 216 de la Ley referido a la «Revocación de los actos dictados al amparo de normas declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea del art. 219 *bis* de la Ley».

<sup>1</sup> Como es sabido este precepto alude a los denominados «Medios de revisión», integrados por el recurso de reposición y las reclamaciones económico administrativas.

De este modo, a través de las modificaciones proyectadas de manera coordinada en los citados arts. 213.2 y 216 d) de la LGT se incorporaba a los denominados procedimientos especiales de revisión un nuevo procedimiento de revocación, recogido en la letra d) del art. 216 de la Ley y desarrollado en el art. 219 *bis*, cuyo título era el de «Revocación de actos dictados al amparo de normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea». Se trataba, en líneas generales, de un nuevo procedimiento de revocación de carácter paralelo al regulado en el art. 219 de la Ley 58/2003, referente a la «revocación de actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones».

El citado art. 219 *bis*, relativo a la revocación de actos dictados al amparo de normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea, presentaba la siguiente redacción: «1. La Administración tributaria revocará sus actos en beneficio de los interesados cuando hubiesen sido dictados al amparo de normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea. También se revocarán los actos sobre los que hubiera recaído resolución económico-administrativa.

*La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria que pudiera derivarse de la inconstitucionalidad, ilegalidad o no adecuación al Derecho de la Unión Europea de las normas tributarias, se determinará exclusivamente a través de este procedimiento, salvo lo establecido en el artículo 120.4 de esta ley.*

*2. La resolución que se dicte estará condicionada por los efectos retroactivos que se deriven de la sentencia que declare la inconstitucionalidad o la ilegalidad de la norma o su no conformidad con el Derecho de la Unión Europea.*

*Para la determinación de los efectos retroactivos se atenderá al contenido de la sentencia y, en el caso de que ésta no contenga pronunciamiento al respecto, a la doctrina de los tribunales en materia de inconstitucionalidad, ilegalidad o no adecuación de la norma al Derecho de la Unión Europea.*

*3. La revocación de los actos dictados al amparo de normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción desde que se haya producido el último acto con facultad interruptiva de la misma dictado con anterioridad a la sentencia que hubiese declarado la inconstitucionalidad, ilegalidad o no conformidad al Derecho de la Unión Europea.*

*4. El procedimiento para declarar la revocación a que se refiere este artículo podrá iniciarse:*

- a) Por acuerdo del órgano que dictó el acto o de su superior jerárquico.*
- b) A instancia del interesado.*

*Será competente para declararla el órgano que se determine reglamentariamente, que deberá ser distinto del órgano que dictó el acto.*

*En el expediente se dará audiencia a los interesados. En todo caso deberá emitirse informe por el órgano con funciones de asesoramiento jurídico, que podrá tener carácter individual o genérico, sobre la procedencia de la revocación. Cuando se pretenda la revocación de actos confirmados por resoluciones económico-administrativas, se solicitará informe al Tribunal que dictó la resolución.*

*5. El plazo máximo para notificar resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento.*

*Transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa, se producirán los siguientes efectos:*

- a) Si el procedimiento se hubiese iniciado de oficio se producirá la caducidad del mismo, sin que ello impida que pueda iniciarse de nuevo otro procedimiento con posterioridad.*
- b) Si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia del interesado se considerará desestimada la solicitud por silencio administrativo.*

*6. La resolución expresa o presunta o el acuerdo de inadmisión a trámite de las solicitudes de los interesados pondrán fin a la vía administrativa.».*

Como fácilmente puede colegirse, el art. 219 *bis* de la LGT a través del cual se creaba este nuevo procedimiento de revocación susceptible de iniciarse a instancia del interesado en el caso de actos basados en ilícitos comunitarios constaba de seis apartados. El primero de ellos regulaba el objeto de la revocación, previéndose en el mismo la posibilidad de que la Administración tributaria revocara sus propios actos en beneficio de los interesados cuando hubiesen sido dictados al amparo de normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea. Con carácter adicional se revocarían los actos sobre los que hubiera recaído resolución económico-administrativa.

Ahora bien ya en el art. 219 de la Ley se establecía la posibilidad de instar la revocación de los actos administrativos que infringen manifiestamente la Ley. Y, tal y como ha precisado MENÉNDEZ MORENO<sup>2</sup>, mediante la adopción de un criterio de interpretación extensivo cabría la posibilidad de estimar que estos actos revocables al amparo de lo dispuesto en el art. 219 de la Ley comprendiesen también los supuestos a que se refiere el objeto de revocación del nuevo procedimiento del art. 219 *bis*.

A diferencia de lo que sucede en el art. 219.2 de la LGT nada se señalaba en el citado art. 219 *bis* proyectado acerca de la prohibición de que la revocación pudiera constituir dispensa o exención no permitida por las normas tributarias o ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. Cabía estimar, en consecuencia, que los supuestos que constituían el objeto de revocación del art. 219 *bis* no tenían estos límites que contemplaba el párrafo segundo del art. 219.1 de la Ley, los cuales se aplican únicamente en el procedimiento general de revocación. En consecuencia dichos supuestos podrían ser revocados en todo caso ya que, por su propia naturaleza, no pueden constituir ninguna de las situaciones que se acaban de mencionar de dispensa, exención o vulneración de la igualdad, el interés público o el ordenamiento. La ausencia de toda regulación al respecto parecía que podía ser interpretada como un motivo expreso de exclusión de la prohibición de revocación si concurrían tales supuestos.

No obstante, dado que tanto el procedimiento del art. 219 como el regulado en el art. 219 *bis* son instruidos en beneficio de los interesados, podrían revocarse aquellos actos de gravamen que recayesen sobre esos interesados así como sobre que la Administración someta a revisión, ya se tratase de actos y resoluciones económico-administrativas que resultasen firmes como si no lo fuesen, sin perjuicio del límite de los efectos temporales y del plazo de prescripción establecido al efecto.

El proyectado art. 219 *bis*.1 de la LGT regulaba las consecuencias o el alcance del procedimiento de revocación en él contemplado, precisando a tal efecto que la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria que pudiera derivarse de los tres supuestos que constituyen su objeto (la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la no adecuación al Derecho de la UE de las normas tributarias), se determinaría exclusivamente a través de este procedimiento, salvo lo establecido en el art. 120.4 de la Ley. Así las cosas cuando en el procedimiento de rectificación de las autoliquidaciones previsto en art. 120.3 de la Ley los obligados tributarios hubiesen aplicado normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la UE y pretendieran exigir responsabilidad patrimonial del Estado legislador resultaría de aplicación lo establecido en el art. 219 *bis*.2 y 3 de la LGT en lo relativo a los efectos temporales y prescripción.

El apartado segundo del proyectado art. 219 *bis* de la LGT se remitía, para la determinación de los efectos retroactivos que pudieran derivarse de la sentencia en cuestión, en ausencia de pronunciamiento al respecto, a la doctrina de los tribunales en materia de inconstitucionalidad, ilegalidad o no adecuación de la norma al Derecho de la Unión Europea.

Respecto de los efectos retroactivos de la resolución del procedimiento de revocación el proyectado art. 219 *bis* disponía que dichos efectos quedarían condicionados por los que se derivasen de la sentencia que declarara la inconstitucionalidad o la ilegalidad de la norma o de su no conformidad con el Derecho de la Unión Europea. Y, en cuanto a la determinación de los efectos retroactivos de las sentencias, el segundo párrafo del citado art. 219 *bis* manifestaba que si en las referidas sentencias no se hiciera pronunciamiento al respecto se atendería a la doctrina de los tribunales en materia de inconstitucionalidad, ilegalidad o no adecuación de la norma al Derecho de la Unión Europea. Coincidimos en este punto con MENÉNDEZ MORENO<sup>3</sup> cuando afirma que se trataba de un supuesto de norma en blanco que dejaba en gran medida sin determinar un aspecto tan relevante como el de los efectos retroactivos de la resolución del procedimiento de revocación del proyectado art. 219 *bis*.

Por su parte el apartado 3 de este art. 219 *bis* de la LGT proyectado se refería a la posibilidad de interponer el recurso de revocación en él contemplado, señalando al respecto que el mismo solo se podría interponer mientras no hubiese transcurrido el plazo de prescripción desde que se hubiera producido el último acto con facultad interruptiva de la misma dictado con anterioridad a la sentencia que hubiese declarado la inconstitucionalidad, ilegalidad o no conformidad al Derecho de la Unión Europea. El citado apartado 3 del precepto

<sup>2</sup> MENÉNDEZ MORENO, A. (2014): "La proyección del Derecho de la Unión Europea en la reforma de la Ley General Tributaria. Especial referencia al nuevo procedimiento de revocación de los actos dictados al amparo de normas tributarias no conformes al Derecho de la Unión Europea", en *Quincena Fiscal*, núm. 17 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)).

<sup>3</sup> MENÉNDEZ MORENO, A. (2014): "La proyección del Derecho de la Unión Europea en la reforma de la Ley General Tributaria. Especial referencia al nuevo procedimiento de revocación de los actos dictados al amparo de normas tributarias no conformes al Derecho de la Unión Europea", *ob. cit.* (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)).

proyectado limitaba automáticamente los efectos *ex tunc* de la sentencia que hubiese declarado la inconstitucionalidad, la ilegalidad o no conformidad al Derecho de la Unión Europea al plazo de prescripción incluso en el supuesto de que el propio Tribunal Constitucional o el propio TJUE admitiesen dichos efectos *ex tunc* de la sentencia, desconociendo a tal efecto la competencia exclusiva que ostenta nuestro Tribunal Constitucional para interpretar la Constitución y la determinación de sus efectos<sup>4</sup>. Y es que, mientras que la firmeza de los actos y de las resoluciones económico-administrativas no impide la posibilidad de su revocación, el transcurso del plazo de prescripción –calculado conforme al criterio que se recogía en el artículo 219.bis.3– sí que hace imposible la revocación. Este mismo criterio se encuentra recogido en el apartado 2 del art. 219 de la LGT, de conformidad con el cual la revocación sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción. En efecto, aun siendo posible revocar los actos firmes, no pueden revocarse los prescritos. Ahora bien debe precisarse que el citado art. 219.2 de la Ley 58/2003 no hace referencia alguna a la forma de computar el plazo de prescripción, al que sí aludía, como se ha señalado, el proyectado art. 219 bis de la LGT.

A la iniciación del procedimiento para declarar la revocación se refería el apartado 4 del proyectado art. 219 bis, previéndose a tal efecto la posibilidad de que esa iniciación se produjese por acuerdo del órgano que dictó el acto o de su superior jerárquico y también «a instancia del interesado». Esta doble posibilidad de iniciar el procedimiento proyectado representaba una novedad respecto del contenido del art. 219.3 de la LGT, a cuyo tenor el procedimiento de revocación se iniciará siempre de oficio. El citado apartado 4 del art. 219 bis se encargaba de regular la tramitación del nuevo procedimiento, disponiéndose al respecto que en el expediente se daría audiencia a los interesados, debiendo emitirse informe por el órgano en funciones de asesoramiento jurídico, que podría ser individual o genérico, sobre la procedencia de la revocación. Se trataba por tanto de un conjunto de apreciaciones que ya figuraban recogidas en el art. 219 de la Ley 58/2003. Ahora bien, como novedad el proyectado art. 219 bis.4 de la LGT añadía que cuando se pretendiese la revocación de actos confirmados por resoluciones económico-administrativas se solicitaría informe al Tribunal que dictó resolución. Como es lógico en estos supuestos habría de otorgarse audiencia al interesado, al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio y que tendría como fundamento evitar la indefensión de los interesados. El hecho de que hubiera de contarse además con el informe del órgano asesor garantizaba la legalidad del procedimiento. Dicho informe no tendría carácter vinculante, si bien habría de motivar la resolución que hubiera de dictarse, evitando con ello la sospecha de arbitrariedad del órgano decisor.

El apartado 5 de este art. 219.bis de la LGT establecía el plazo de resolución expresa, que sería de seis meses, en sintonía con el plazo general de las actuaciones de la Administración en el ámbito tributario regulado en el art. 104.1 de la LGT. El cómputo de dicho plazo se iniciaría desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento, previéndose también los efectos del transcurso del mismo sin que se hubiera notificado resolución expresa. A tenor de dichos efectos, habiéndose el procedimiento de oficio se produciría la caducidad del mismo, sin que ello impidiese que pudiera iniciarse de nuevo otro procedimiento con posterioridad. Y si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia del interesado se consideraría desestimada la solicitud por silencio administrativo.

Recuérdese a este respecto que en el procedimiento de revocación que regula el art. 219 de la Ley 58/2003 se prevé únicamente la caducidad del procedimiento en aquellos casos en los que no se produzca su resolución expresa. Y ello en tanto en cuanto nada se dispone en el mismo acerca de la posibilidad de que el procedimiento pueda iniciarse a instancia del interesado, al no hallarse recogida dicha posibilidad. Debido a ello tampoco cabe la desestimación por silencio negativo, consecuencia lógica de lo anterior, al igual que sucede con la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento después de su caducidad, que tampoco resulta completada en el art. 219.

Finalmente señalaba el apartado 6 del proyectado art. 219.bis de la LGT que la resolución expresa o presunta o el acuerdo de inadmisión a trámite de las solicitudes de los interesados pondría fin a la vía administrativa. Por su parte el art. 219 de la LGT no contiene a este respecto referencia alguna a la inadmisión de las solicitudes de los interesados las cuales, insistimos, no se hallan previstas. Tal y como señala MENÉNDEZ MORENO<sup>5</sup>, dado el carácter especial de los procedimientos de revocación, parece razonable que no exista más que una instancia administrativa que sustancie y resuelva esta clase de procedimientos.

<sup>4</sup> Como es sabido el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que el TJUE es el único competente para determinar el alcance temporal de sus sentencias, estableciéndose, como regla general, los efectos *ex tunc*.

<sup>5</sup> MENÉNDEZ MORENO, A. (2014): "La proyección del Derecho de la Unión Europea en la reforma de la Ley General Tributaria. Especial referencia al nuevo procedimiento de revocación de los actos dictados al amparo de normas tributarias no conformes al Derecho de la Unión Europea", *ob. cit.* (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)).

Por otra parte a este procedimiento especial de revocación regulado en el proyectado art. 219.bis de la LGT le serían de aplicación las normas comunes del Capítulo I del Título V de la LGT (relativo a la «Revisión en vía administrativa»), comprensivo de los arts. 213 a 215, ambos inclusive. A resultas de la aprobación de este procedimiento se había previsto la derogación del procedimiento de anulación contra las resoluciones de los tribunales económico-administrativos, el cual se regulaba en el apartado 6 del art. 239 de la LGT.

La reforma proyectada debía afectar a los actos de la Administración tributaria posteriores al 1 de enero de 2015. A este respecto la Disposición Transitoria Única del Proyecto de Ley de reforma de la LGT preveía, en su número 6, que lo contemplado en el art. 219 bis (así como en los arts. 213.2 y 216 de la Ley 58/2003) resultara de aplicación en relación con las normas cuya declaración de inconstitucionalidad, ilegalidad o no conformidad al Derecho de la Unión Europea se produjese a partir de la entrada en vigor de la misma, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El apartado 6 de la citada Disposición Transitoria Única del Anteproyecto preveía por tanto que lo dispuesto en el art. 219 bis de la Ley 58/2003 fuese aplicable en relación con las normas cuya declaración de inconstitucionalidad, ilegalidad o no conformidad al Derecho de la Unión Europea se produjese a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley. No existía en consecuencia un régimen transitorio que permitiera a los interesados disponer de un plazo suficiente, después de la adopción de ésta, para poder presentar las solicitudes de responsabilidad patrimonial que pudieran interponer al amparo de la anterior normativa, viéndose por tanto afectadas acciones aún no entabladas en el momento de la entrada en vigor del nuevo plazo relativas a cantidades pagadas cuando el antiguo plazo era aplicable<sup>6</sup>.

De cualquier manera la regulación proyectada no limitaba sino que establecía un procedimiento específico y no el genérico previsto al efecto en la normativa administrativa aplicable. Se contemplaban así en la LGT las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado referidas a actos de la Administración tributaria. No se limitaba el derecho a reclamar, sino que se otorgaba mayor seguridad jurídica a esas reclamaciones, ya fuesen por inconstitucionalidad o por infracción del Derecho Comunitario, en opinión de la Administración tributaria.

En consecuencia de la redacción inicialmente proyectada se desprendía que en el procedimiento de revocación los interesados solamente podrían elevar una petición (en ejercicio del derecho que reconoce el art. 29 de la Constitución y que desarrolla el art. 10.1 del Real Decreto Real 520/2005, de 13 de mayo) dirigida al órgano administrativo que hubiese dictado el acto que se pretendiera revocar, la cual podría o no elevar al órgano reglamentariamente encargado de instruir y resolver el procedimiento que, de acuerdo con el art. 219.3 de la LGT, habría de ser distinto del órgano que dictó el acto, siendo además, a tenor de lo establecido en el art. 10.2 del RGRVA, el superior jerárquico del que lo hubiese dictado.

## II. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA REGULACIÓN INICIALMENTE PROYECTADA

Tal y como hemos tenido ocasión de analizar en el Epígrafe precedente de este trabajo en su día el Anteproyecto de Ley de reforma de la LGT introdujo un nuevo art. 219 bis denominado «revocación de actos dictados al amparo de normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea» con la finalidad de regular un nuevo y único procedimiento en vía administrativa destinado a exigir la responsabilidad del Estado legislador en materia tributaria.

Con carácter adicional se añadía un nuevo apartado d) en el art. 216 de la LGT que incorporaba un nuevo supuesto de revocación de los actos dictados al amparo de las normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o contrarias al Derecho de la Unión Europea y de un apartado 4 en el art. 120 que esta-

---

<sup>6</sup> Tal y como quedó reflejado en el Voto particular formulado por la Vocal Sra. Sáez Rodríguez, al Informe del Anteproyecto de la Ley de Modificación parcial de la Ley 58/2003 aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión celebrada el 30 de septiembre de 2014 el plazo general de un año que se pretendía eliminar «(...) Resulta esencial para interponer esta clase de reclamaciones y evitar la prescripción, dados los retrasos de los procedimientos judiciales, señaladamente los de inconstitucionalidad o los de desconformidad con el derecho de la UE. Con la eliminación de este plazo se evita o, al menos, se obstaculiza la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado legislador vía prescripción de acciones en claro perjuicio para los ciudadanos». A través del citado Voto Particular venía así a señalarse que el Anteproyecto parecía confundir la revisión de actos administrativos con la responsabilidad patrimonial del legislador en la que no se pide la revisión de actos administrativos, sino la correspondiente responsabilidad patrimonial por la actuación contraria a Derecho de la Administración, en este caso por el uso de la potestad legislativa. En esta misma línea se situaría también el Informe del Consejo de Estado al referido Anteproyecto de dicha Ley (número de expediente 130/2015, de 9 de abril de 2015).

blecía que cuando como consecuencia de una autoliquidación del obligado tributario en la que se hubiesen aplicado normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea se pretendiera exigir responsabilidad patrimonial del Estado legislador el único procedimiento que podría instarse sería el de rectificación de autoliquidaciones.

De este modo tenía lugar la creación de un nuevo mecanismo especial de revisión cuya finalidad era la revocación de actos dictados al amparo de normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea. El nuevo procedimiento creado al efecto suprimía *ad futurum* el derecho a instar la responsabilidad patrimonial del Estado para recuperar las cuotas tributarias satisfechas como consecuencia de liquidaciones o autoliquidaciones en las que se hubiesen aplicado normas tributarias declaradas inconstitucionales, ilegales o no conformes al Derecho de la Unión Europea. En efecto, a partir de la entrada en vigor de la citada modificación este nuevo procedimiento de revocación sería el único que podría instarse para recuperar esas cantidades indebidamente abonadas.

Tradicionalmente cuando una determinada norma tributaria es declarada inconstitucional, ilegal o contraria al Derecho de la Unión Europea el obligado tributario tiene –salvo que se hubieran limitado los efectos temporales de la sentencia– dos posibles alternativas. En primer lugar, si aún no hubiesen transcurrido los cuatro años de prescripción, instar un procedimiento de devolución de ingresos indebidos de esas cantidades. Y, en segundo término, en caso de hallarse prescrita dicha opción, recuperar las cuotas indebidamente ingresadas en aplicación de la norma declarada nula mediante el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial contra el Estado legislador. Pues bien a resultas de esta modificación proyectada, si bien se mantenía el procedimiento de devolución de ingresos indebidos para recuperar las cantidades abonadas en ejercicios no prescritos, se eliminaba la posibilidad de exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el supuesto de prescripción, sustituyéndose dicha alternativa por el nuevo procedimiento de revocación de actos, cuyos requisitos y plazos temporales resultaban más exigentes y exiguos que los que la doctrina y la jurisprudencia venían exigiendo a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador<sup>7</sup>.

Y es que, mientras que al amparo de la regulación tradicionalmente aplicable el plazo para hacer efectiva dicha responsabilidad patrimonial es de un año a contar desde la firmeza de la sentencia que declarase la norma inconstitucional, ilegal o no conforme al Derecho de la Unión Europea, la posibilidad de acudir al nuevo procedimiento de revocación de actos proyectado al efecto sólo sería viable mientras no hubiese transcurrido el plazo de prescripción a contar desde que se hubiera producido el último acto con facultad interruptiva de la misma dictado con anterioridad a la sentencia. Significa ello que la posibilidad de recurrir a la revocación de actos únicamente constituiría una alternativa en tanto en cuanto entre la sentencia y el último acto del administrado tendente a discutir la legalidad de la norma que establece el impuesto no hubiesen mediado más de cuatro años. En otro caso se entendería prescrita la posibilidad de reclamar cualquier tipo de resarcimiento del Estado.

Por otra parte, y desde una perspectiva procedimental, la condición de órgano competente para la resolución del expediente recaía en la propia Administración tributaria, mientras que, como es sabido, el órgano competente para resolver la responsabilidad patrimonial del Estado legislador es el Consejo de Ministros. Tenía lugar por tanto la introducción de una variación en la competencia que, a nuestro juicio, podía terminar conduciendo a la práctica desaparición de las estimaciones en vía administrativa, ya que sería quien hubiese aplicado y recaudado el tributo quien, al menos en primera instancia, habría de reconocer la procedencia de su devolución.

En todo caso la aplicación de este mecanismo proyectado no resultaba inmediata ya que, de conformidad con lo establecido en el apartado 6 de la Disposición Transitoria Única del Anteproyecto de Ley de reforma de la LGT, la sustitución de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el procedimiento de revocación de actos se produciría respecto de normas cuya declaración de inconstitucionalidad, ilegalidad o no conformidad al Derecho de la Unión Europea tuviese lugar a partir de la fecha de entrada en vigor de la modificación, lo que se produciría, al amparo de lo señalado en la Disposición Final Octava de dicho texto, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Ya en su día el Consejo de Estado, a través de su Dictamen núm. 130/2015, de 9 de abril de 2015, se encargó de precisar que desde un punto de vista lógico hubiera sido más procedente cambiar el orden de la rúbrica del proyectado art. 219.*bis*, al objeto de que el mismo aludiese a actos declarados ilegales, in-

<sup>7</sup> Véase en este sentido FERNÁNDEZ-MIER GARCÍA, J. (2014): "Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el ámbito tributario", en *Revista Iuris & Lex*, núm. 117, pág. 42.

constitucionales o contrarios al Derecho de la Unión Europea. Opinaba además el Consejo de Estado en el citado Dictamen que «No debe incrustarse el régimen de la responsabilidad del Estado legislador entre los supuestos de revisión extraordinaria de actos administrativos firmes. Si bien en la práctica, la elección de una u otra vía puede llevar a similares consecuencias, no es del todo cierta esta “intercambiabilidad” en lo que hace a las exigencias formales, ni a las temporales, ni a los cauces a seguir (...) La revocación persigue corregir la ilegalidad y la responsabilidad del legislador atiende a la reparación de los perjuicios sufridos por esa ilegalidad». Téngase presente a este respecto que el citado precepto no parecía diferenciar con claridad entre la revisión de actos administrativos (y, en particular, el procedimiento de revocación), de una parte, y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, de otra.

Por otra parte puso de manifiesto el supremo órgano consultivo en el citado Dictamen que, por lo que respecta a los medios de iniciación del procedimiento, existía una contradicción entre la redacción del apartado 1 del art. 219 *bis* del Anteproyecto y el apartado 4 del citado precepto, a través del cual se permitía que el procedimiento se iniciase de oficio o a instancia del interesado, mientras que el apartado primero preveía únicamente el inicio de oficio de este procedimiento. A mayor abundamiento para el Consejo de Estado el art. 219 *bis* no preveía que la Administración pudiera revocar sus actos, sino que caracterizaba este supuesto como una «revisión debida», no contemplando la facultad de actuación de la Administración. Con carácter adicional el Consejo de Estado manifestó su disconformidad con el hecho de que el apartado 5 del art. 219 *bis* no estableciese el carácter preceptivo del informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico, a diferencia de lo que disponía el art. 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual art. 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Desde nuestro punto de vista una cuestión esencial de cara a garantizar el éxito de este procedimiento era que el interesado ostentara una verdadera acción o facultad de iniciar el procedimiento, de manera que no quedara la eficacia revisora del mismo condicionada, en último término, a la decisión final de la Administración. Y ello con independencia del necesario ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el plazo de un año a contar desde el momento en que se hubiese conocido la existencia del pronunciamiento comunitario que anulara el precepto en cuestión.

La regulación del procedimiento previsto al efecto en el citado art. 219 *bis* para depurar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el ámbito tributario limitaba el plazo para solicitar la responsabilidad patrimonial, el cual quedaba circunscrito al plazo de prescripción desde que se hubiera producido el último acto con facultad interruptiva de la misma norma dictado con anterioridad a la sentencia que hubiese declarado la ilegalidad, inconstitucionalidad o no conformidad con el ordenamiento comunitario. A estos efectos la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, ilegalidad o no conformidad con el Derecho de la Unión Europea carecía de efectos interruptivos<sup>8</sup>.

Ciertamente el apartado 1 del art. 219 *bis* LGT contenía una disminución de las situaciones revisables en relación con el régimen contenido en la Ley 39/2015, al excluir todos aquellos supuestos afectados por la cosa juzgada de la posibilidad de solicitar una indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. La desestimación de la petición del interesado no podría ser recurrida, ya que el derecho de petición no es equivalente a una acción que pueda instar la iniciación del procedimiento. Su desestimación no tendría carácter resolutorio ni podría ser susceptible de recurso, ni en la vía administrativa ni en la jurisdiccional. Ahora bien en nuestra opinión la posibilidad de iniciación de oficio del procedimiento de revocación prevista en el proyectado art. 219 *bis* equivaldría al reconocimiento de una acción en favor de los interesados, pudiendo la desestimación de esta última ser objeto de impugnación, al objeto de salvaguardar los derechos de los particulares.

Por otra parte, tanto en el procedimiento regulado en el art. 219 de la LGT como en el recogido en el proyectado art. 219 *bis* de la Ley se establecía que la competencia para declarar la revocación correspondería al órgano que se determinara reglamentariamente el cual, como es lógico, habría de ser distinto del órgano que hubiese dictado el acto.

<sup>8</sup> Véase en este sentido PÉREZ BERNABEU, B. (2016): “La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el ámbito tributario”, en *Quincena Fiscal*, núm. 3 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)). A juicio de esta autora «La desaparición de este artículo 219 bis en el Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la LGT es positiva, pues nunca llegamos a compartir los motivos que aducía el Anteproyecto en su Exposición de Motivos para justificar la regulación de un régimen jurídico específico que se apartara del que con carácter general se prevé en la normativa administrativa, pues ni consideramos que la complejidad ni especificidad ni la complejidad lo justifican, ni creemos que existiera una situación de vacío legal, a la vista de las distintas solicitudes de indemnización que, a lo largo de los años, se han ido instando y resolviendo bajo la normativa general».

Recapitulando, con la finalidad de dotar al sistema tributario de una herramienta específica que permitiese recomponer la situación en aquellos supuestos en los que un acto de la Administración Tributaria deviene no conforme a Derecho como consecuencia de que la norma a la luz de la cual ha sido dictado hubiese sido declarada no conforme con el ordenamiento jurídico, ya fuese el interno (a través de una declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad) o el ordenamiento de la Unión Europea (no conformidad con dicho ordenamiento), se establecía que se podría obtener la reparación del daño causado como consecuencia de dicho acto administrativo en aquellos supuestos en los que no pudiese operar la devolución de ingresos indebidos ordinaria por haber adquirido firmeza el acto administrativo en cuestión. Dicho mecanismo revocatorio pretendía sustituir, exclusivamente en el ámbito tributario, al procedimiento que en la actualidad, y con carácter general para el conjunto de los actos administrativos, se conforma a través de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Ahora bien si resultase de aplicación el mecanismo de la prescripción no sería posible la revocación.

Por lo que respecta a aquellos supuestos en los que no existiese acto administrativo, esto es, a aquellos casos en los que el acto o actuación que se derivara de la aplicación de la norma declarada no conforme a Derecho no hubiese sido dictado por la Administración sino que hubiera sido materializado por el obligado tributario (piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se ha presentado una autoliquidación) se preveía la posibilidad de rectificar autoliquidaciones en el supuesto de que las mismas hubiesen sido presentadas al amparo de normas declaradas, de nuevo, ilegales, inconstitucionales o no conformes al Derecho de la Unión Europea.

Desde nuestro punto de vista a la luz de esta regulación proyectada cabía plantearse cómo entrarían a resolver los tribunales los eventuales recursos que pudieran llegar a plantearse sobre la legalidad de este procedimiento de revocación ya que, a la luz de la doctrina tradicional elaborada por nuestro Tribunal Supremo, todo acto de aplicación de una norma declarada inconstitucional, ilegal o no conforme al Derecho de la Unión Europea es nulo de pleno derecho y, en consecuencia, la acción para instar la declaración de nulidad de esos actos no podría ser sometida a un plazo en su ejercicio, no hallándose de este modo sujeta a prescripción. En cambio la regulación recogida en el Anteproyecto de Ley sometía a plazo el ejercicio de la acción de nulidad.

En suma, cabía plantearse hasta qué punto se introducían en la regulación de este nuevo procedimiento un conjunto de limitaciones cuestionables frente a las posibilidades de revisión que ya ofrece el procedimiento general de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. Finalmente el citado art. 219 *bis* terminó siendo retirado del texto definitivo del Proyecto de Ley de Reforma Parcial de la Ley General Tributaria<sup>146</sup> que fue finalmente aprobado por Ley 34/2015, de 21 de septiembre.

### **III. LA ACTUAL REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 32 DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO**

En la actualidad es el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el encargado de regular de forma expresa la responsabilidad del Estado cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea. Con carácter general a través de la citada regulación se persigue igualmente restringir la extensión y amplitud con la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había interpretado la responsabilidad del Estado Legislador como consecuencia de Leyes declaradas inconstitucionales.

Señala concretamente este art. 32 de la Ley 40/2015 en sus apartados 3 a 6<sup>9</sup> lo siguiente: «3. *Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.*

*La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos previstos en los apartados anteriores:*

<sup>9</sup> Con carácter previo en sus dos primeros apartados se refiere este art. 32 de la Ley 40/2015 a la responsabilidad patrimonial de la Administración reconociendo el derecho de los particulares a acceder a una indemnización cuando sus bienes y derechos sufran algún detrimento que no tengan la obligación de soportar por el funcionamiento anormal o normal de la Administración, siempre y cuando el daño o perjuicio sea «efectivo, evaluable económicamente e individualizado» y resulte ajeno al ámbito de la fuerza mayor.

- a) *Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.*
- b) *Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.*

4. *Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.*

5. *Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:*

- a) *La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.*
- b) *El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.*
- c) *Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.*

6. *La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa»<sup>10</sup>.*

Adviértase por tanto como el número 3.º del art. 32 de la Ley 40/2015 regula la responsabilidad derivada de una actuación legítima y legal de la Administración por aplicación de normas no expropiatorias de derechos que generen un perjuicio que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar, quedando condicionado el derecho a la indemnización por los propios actos legislativos que ocasionan el perjuicio lo reconozcan. En efecto, se limita el derecho a la reparación a que el legislador reconozca el derecho a la indemnización dentro de la misma norma que genera el perjuicio. No obstante, y tal y como precisa CAMPOS MARTÍNEZ<sup>11</sup>, el párrafo segundo del citado precepto plantea una responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador relativa a aquellos supuestos cuya responsabilidad se origina de la declaración de ilegalidad, antijuridicidad o ilegitimidad de la norma, a saber, la responsabilidad por los daños derivados de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y la responsabilidad por los daños derivados de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea.

Por su parte el número 4.º del citado art. 32 de la Ley 40/2015 delimita un nuevo requisito exigido para que el particular pueda acceder a la indemnización cuando el daño se produzca de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, como es el relativo a la obtención, en cualquier instancia, de sentencia firme desestimatoria en un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada. Ahora bien a tenor de lo señalado por el art. 34 de la citada Ley la indemnización sólo resultará posible si la sentencia de que se trate hubiese sido dictada dentro de los cinco años anteriores a la declaración de inconstitucionalidad<sup>12</sup>. Se limitan pues los efectos temporales a los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia, previéndose además que,

<sup>10</sup> Añade además el número 8.º de este precepto que el Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. Y el número 9.º de dicho precepto establece que el procedimiento a seguir en estos supuestos será el previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, estableciese el antiguo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).

<sup>11</sup> CAMPOS MARTÍNEZ, Y. A. (2016): “La incidencia del artículo 32 de la Ley 40/2015 sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria, ¿crónica de una muerte anunciada?”, en *Nueva Fiscalidad*, núm. 5, pág. 168.

<sup>12</sup> El citado art. 34 de la Ley 40/2015, refiriéndose a la indemnización, señala en el párrafo segundo de su apartado 1 que en los casos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere los apartados 4 y 5 del art. 32 serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

con carácter excepcional, la interpretación que en el ejercicio de su competencia lleva a cabo el Tribunal de Justicia tenga efectos *ex tunc*, a diferencia de lo que se deriva de la jurisprudencia del TJUE, a la luz de la cual el incumplimiento por parte de un Estado Miembro tiene efectos *ex tunc*, si bien excepcionalmente el Tribunal de Justicia podrá limitar los efectos temporales de sus sentencias<sup>13</sup>.

El número 5.º del citado precepto establece por su parte los requisitos exigidos para que el particular pueda acceder a la indemnización cuando el daño se origine de la declaración de vulneración del Derecho de la Unión Europea. Al margen de que se haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada, se requiere que la norma en cuestión tenga por objeto conferir derechos a los particulares, así como la debida caracterización del incumplimiento y la existencia de una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Así las cosas, siendo la lesión consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la UE procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se haya alegado la infracción del Derecho de la UE posteriormente declarada. No obstante también será necesario que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que el incumplimiento esté suficientemente caracterizado. Además, ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la UE y el daño sufrido.

Adviértase por tanto que, mientras que tratándose de una responsabilidad originada por la aplicación de normas declaradas vulneradoras del Derecho de la UE se exige el cumplimiento de los requisitos planteados por el TJUE para la declaración de vulneración del Derecho de la UE, hallándose el origen de dicha responsabilidad en la inconstitucionalidad de las mismas no se determinan qué requisitos han de ser aplicados, entendiéndose con ello que serán los propios del ordenamiento jurídico interno. Tal y como apunta CAMPOS MARTÍNEZ<sup>14</sup> «El artículo 32 en su numerales 4 y 5, establece, para los dos supuestos de responsabilidad originada en la ilegalidad de la norma, el sometimiento como requisito previo a la acción, la obtención por parte del particular, en cualquier instancia, de sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, en donde se hubiera alegado la inconstitucionalidad o vulneración del Derecho de la UE posteriormente declarada. Lo que puede llegar a ser considerado como un límite restrictivo a la acción de responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador desarrollada por el Tribunal Supremo, que va a impedir la consecución del restablecimiento de las situaciones perjudiciales y la tutela judicial efectiva, como fin último de esta institución».

Al amparo de lo establecido por el apartado quinto de este art. 32 de la Ley 40/2015 «Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

<sup>13</sup> En palabras de MERINO JARA, I. (2018): "Editorial", en *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, pág. 14, «Lo que es regla, según la jurisprudencia comunitaria, se convierte en la normativa interna en excepción».

<sup>14</sup> CAMPOS MARTÍNEZ, Y. A. (2016): "La incidencia del artículo 32 de la Ley 40/2015 sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria, ¿crónica de una muerte anunciada?", *ob. cit.*, pág. 170. Opina asimismo este autor en su trabajo "La responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador por la recuperación de las ayudas de estado declaradas ilegales e incompatibles con el Derecho de la Unión Europea" (2017), *Quincena Fiscal*, núm. 13 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)), refiriéndose al alcance de este art. 32 de la Ley 40/2015, que «esta figura no presenta un desarrollo legislativo afianzado, ya que su nacimiento, evolución y consolidación lo debíamos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, a través de sus decisiones y con las deficiencias propias del desarrollo pretoriano de la acción, había soportado y consolidado dicha responsabilidad con fundamento en una serie de principios generales del Derecho, principios constitucionales y principios del Derecho de la Unión Europea, desde los cuales entendía la necesidad de establecer una vía que permita resarcir los perjuicios ocasionados por la aplicación y promulgación de normas que generen una carga que los particulares no tienen la obligación de soportar, y que considerábamos válidos»; añade este autor en otra parte de su último trabajo que «Desafortunadamente los diversos intentos que propendían por la necesaria integración de la figura dentro del ordenamiento nacional han dejado entrever un interés más orientado a restringir su alcance que a desarrollar una regulación que permita el restablecimiento de las situaciones perjudiciales originadas de la declaración de antijuridicidad, ilegalidad o ilegitimidad de las normas tributarias, dentro de un sistema que propende a la distribución justa de las cargas públicas».

- c) *Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares».*

Por último, de acuerdo con lo dispuesto por el número 6.º del art. 32 de la Ley 40/2015 las decisiones del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de las normas internas, al igual que las decisiones del TJUE, producirá efectos desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado o, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa. Los efectos desde la publicación se producen tanto hacia adelante (eficacia prospectiva) como hacia atrás (eficacia retrospectiva), no siendo éstos condicionados.

Por su parte la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, relativa a los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea, establece que aquellos procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial derivados de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea que resulten iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015 se resolverán de acuerdo con la normativa vigente en el momento de su iniciación.

Adviértase por tanto que, al amparo de la citada reforma, la responsabilidad del Estado legislador solo podrá surgir cuando que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada. Se limita así la posible exigencia de responsabilidad a los supuestos en los que el obligado tributario, habiendo cumplido con la obligación de pago de un tributo posteriormente declarado inconstitucional con anterioridad a dicha declaración, hubiera actuado bien solicitando la nulidad de la liquidación bien la rectificación de la autoliquidación antes de la prescripción y, ante la denegación, hubiera acudido a los órganos jurisdiccionales y solicitado el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que hubiese sido rechazada.

Tal como ha precisado a este respecto CALATAYUD PRATS<sup>15</sup>, mientras que durante la vigencia de la anterior regulación la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitía que los obligados tributarios solicitaran y obtuvieran el reintegro de las cantidades pagadas como consecuencia de la aplicación de un tributo declarado inconstitucional en aquellos supuestos en los que existiera una sentencia firme, un acto firme o una obligación prescrita mediante el ejercicio de una acción de responsabilidad, la reforma introducida por la Ley 40/2015 ha limitado dicha posibilidad a aquellos supuestos en los que el obligado hubiera tratado de impedir el pago del tributo mediante la impugnación de la liquidación ante los tribunales y solicitando el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, sin lograrlo. A tal efecto resultará exigible que quien solicite la indemnización haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad o infracción del Derecho de la Unión Europea. De este modo, siendo invocado un perjuicio derivado de la aplicación de una norma reaccionando contra dicha aplicación mediante la interposición de los correspondientes recursos resultará exigible la interposición de recurso contencioso-administrativo y que éste haya sido desestimado.

El art. 32 de la Ley 40/2015 no sólo se limita a establecer un requisito de procedibilidad similar al aplicado por la Administración Tributaria o el Consejo de Estado, sino que de igual manera plantea un trato diferenciado a los dos supuestos de responsabilidad del Estado-Legislador por normas declaradas antijurídicas o ilegítimas, cuando ya el TJUE y el Tribunal Supremo se han encargado de poner de manifiesto que son acciones de similar naturaleza que requieren de un trato equivalente.

En suma el art. 32 de la Ley 40/2015 (vigente con efectos desde el 2 de octubre de 2016<sup>16</sup>) establece que la responsabilidad del Estado legislador podrá surgir tanto en aquellos supuestos en los que el daño

<sup>15</sup> CALATAYUD PRATS, I. (2016): "La responsabilidad del estado legislador tributario", en *Quincena Fiscal*, núm. 12 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)). En opinión de este autor «En el caso de aquellos sujetos que dejaran que su derecho a la rectificación prescribiera o que permitieran que el acto deviniera firme, por no recurrirlo o no acudir a los tribunales, se entiende que, en ningún caso, podrán solicitar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Ello sin perjuicio claro está de aquellos supuestos en los no haya transcurrido más de cuatro años desde la presentación de la autoliquidación hasta la declaración de inconstitucionalidad del tributo autoliquidado, pues en estos supuestos, y salvo que la Sentencia del Tribunal Constitucional lo limite, será siempre posible solicitar la rectificación de la autoliquidación».

<sup>16</sup> Como es sabido este artículo derogó el art. 139.3 de la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en virtud del cual «Las Administraciones Públicas indemnizarán a

ocasionado derive de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional como cuando aquel proceda de la aplicación de una norma contraria al ordenamiento comunitario. Con carácter adicional prevé el citado precepto tanto si la lesión producida resulta ser consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional como si se origina a resultas de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea solo procederá la obtención de indemnización cuando el particular haya obtenido sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto contra la actuación administrativa que hubiese originado el daño, habiéndose argumentado a tal efecto la inconstitucionalidad o la infracción del ordenamiento comunitario declarada al efecto.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Ley 40/2015 exige, de cara al nacimiento de la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad por ley declarada inconstitucional, que el obligado hubiera tratado de impedir el pago del tributo mediante la impugnación de la liquidación ante los tribunales solicitando el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad a tal efecto sin lograrlo. Y se requiere como requisito para poder exigir responsabilidad por ley contraria a Derecho Comunitario que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Con carácter adicional será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: la norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares; el incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado; y debe existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

No será posible por tanto el ejercicio de una acción de responsabilidad por ley contraria a Derecho Comunitario en caso de que existiera una sentencia firme desestimatoria en la que, sin embargo, no se hubiera alegado la infracción del citado ordenamiento en caso de que la liquidación sea firme (equivalente a la cosa juzgada), o bien en caso de que la obligación estuviera prescrita. Debe pues haberse invocado, con carácter previo a la declaración de responsabilidad, el posible quebrantamiento de los derechos y libertades comunitarias en la vía judicial precedente.

En todo caso las exigencias requeridas para que nazca la responsabilidad del Estado Legislador por infracción del Derecho Comunitario son equivalentes a las exigidas para que quepa la responsabilidad por leyes declaradas inconstitucionales. Ahora bien sin perjuicio de lo anterior creemos que debe reflexionarse acerca de si exigir que el obligado tributario haya recurrido en vía jurisdiccional y que, además, haya alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea podría llegar a considerarse un requisito que hace imposible o excesivamente difícil el derecho del ciudadano<sup>17</sup>. Y ello teniendo presente que, con carácter general, la jurisprudencia comunitaria tiene declarado que para obtener la devolución de las cantidades ingresadas en aplicación de tributarios contrarios a Derecho Comunitario es necesario acudir a los requisitos materiales y formales fijados por las diferentes legislaciones nacionales, los cuales no pueden ser menos favorables que los exigidos a las reclamaciones similares de naturaleza interna ni quedar configurados de manera tal que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

En este sentido fecha 19 de junio de 2017 se conoció que la Comisión Europea había abierto expediente contra el Reino de España por las medidas legales adoptadas para restringir y dificultar las posibilidades de reclamar una indemnización al Estado cuando la Administración infringe el Derecho Comunitario. A través de una carta de emplazamiento de fecha 14 de junio de 2017 la Comisión Europea advertía al Gobierno español de los daños que, sobre los derechos ciudadanos, producía la regulación introducida, señalando que «*Las normas españolas en materia de responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la UE establecidas por el legislador español son contrarias a los principios de equivalencia y/o efectividad*».

En opinión de la Comisión la regulación establecida en el art. 32 de la Ley 40/2015 determina que resulte excesivamente difícil comprometer la responsabilidad del Estado por una infracción de la legislación

---

*los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos».*

<sup>17</sup> Véase en este sentido CALATAYUD PRATS, I. (2016): "La responsabilidad del estado legislador tributario", *ob. cit.*, (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)).

de la UE, habiéndose establecido unas condiciones más duras para reclamar a raíz de una infracción de la legislación europea que cuando se trata de una infracción de la legislación española. Y ello en tanto en cuanto cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional se requiere que concurren los requisitos del apartado 4 del art. 32.4 de dicha Ley, entre los cuales no se pide cualificación especial alguna de la inconstitucionalidad de la norma, lo que podría resultar contrario al principio de equivalencia. A mayor abundamiento la citada regulación interna limitaría de antemano el alcance las Sentencias del TJUE.

A tenor de lo declarado por la Comisión las actuales disposiciones nacionales sobre el régimen jurídico y sobre los procedimientos administrativos comunes para el Sector público limitan la autonomía procesal y material de los Estados miembros en relación con las condiciones que rigen las indemnizaciones por daños causados por actos legislativos, habiéndose establecido unas condiciones menos favorables en lo relativo a la responsabilidad por una infracción de la legislación de la UE que por la responsabilidad debida a una infracción de la Constitución e introduciéndose condiciones de procedimiento que no son acordes con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la UE, haciendo que resulte excesivamente difícil comprometer la responsabilidad del Estado por una infracción de la legislación de la UE, lo que tiene una repercusión negativa en la efectividad del Derecho de la UE.

Tal y como hemos tenido ocasión de analizar de cara a poder solicitar una indemnización tras un fallo del TJUE la norma española aprobada exige haber reclamado y ganado con anterioridad ante un tribunal nacional, fijando además un plazo para reclamar de un año a partir de la sentencia del Tribunal europeo, de manera que los damnificados más recientes tal vez ni siquiera habrían tenido tiempo de defenderse a nivel nacional. Así las cosas atendiendo a la citada regulación podría resultar indefensa gran parte de la población perjudicada por una norma ilegal, salvo que hubiesen recurrido de manera previa para protegerse.

No obstante el principio de equivalencia se respetaría al establecerse como condición en el art. 32.5 de la Ley 40/2015 que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Dichas condiciones resultan similares a las previstas para el supuesto de que la lesión sea consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada constitucional (art. 32.4 de la Ley antes referida). Ahora bien tal y como ha señalado MERINO JARA<sup>18</sup> exigir el agotamiento previo de las vías de recurso discutida en el litigio principal podría no respetar el principio de efectividad.

De cualquier manera a resultas de la apertura del citado expediente la Comisión concedió al Reino de España un plazo de dos meses para efectuar alegaciones. El Ejecutivo español disponía así de un plazo de dos meses para presentar sus observaciones sobre el incumplimiento denunciado. En caso de no facilitar respuesta alguna o de que ésta fuese insatisfactoria la Comisión podría emitir un dictamen motivado, paso previo a la presentación de un recurso contra España ante el TJUE en caso de no modificarse la legislación española para adaptarse a los principios comunitarios. En definitiva, si el conflicto se mantuviese la Comisión podría presentar una denuncia ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

---

<sup>18</sup> MERINO JARA, I. (2018): "Editorial", *ob. cit.*, pág. 13. Precisa no obstante este autor que «(...) Se respetaría el principio de equivalencia pese a requerirse una previa sentencia del Tribunal de Justicia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea de la ley nacional, puesto que también se exige una sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley». En todo caso, a su juicio, no es descartable que el propio Tribunal Supremo acabe planteando cuestión prejudicial si llega a la conclusión de que algunos de los aspectos de la nueva regulación no son compatibles con el Derecho de la Unión Europea.



# Una aproximación a la revisión de oficio de los actos administrativos en el Derecho chileno<sup>1</sup>

Álvaro Roberto Delgado Lara (Chile)  
Universidad Bernardo O'Higgins  
alvaro.delgado17@gmail.com

## NOTA BIOGRÁFICA

Profesor de Derecho Administrativo. Doctorando en Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba. Magister en Derecho LLM, mención Derecho Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

---

## RESUMEN

Este trabajo explora y explica en qué consiste la revisión de oficio de los actos administrativos en el derecho chileno, mediante un examen de las diversas vías y causales para obtener la extinción de los actos administrativos establecidas en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos. Finalmente, se evidencia que la revisión de oficio en Chile se debe entender como un género del cual se desprenden tres especies (invalidación, revocación y aclaración de puntos oscuros o corrección de erratas).

## PALABRAS CLAVE

Invalidación; Revisión de Oficio; Revocación.

---

## ABSTRACT

This document explores and explains what is the administrative review of administrative acts in Chilean law, through an examination of the various forms and causes to obtain the extinction of the administrative acts established in the Law of Bases of Administrative Procedure. It concludes with the evidence that the review administrative in Chile is a genre that has three species (invalidation, revocation and clarification of obscure points or correction of errors).

## KEYWORDS

Invalidation; Administrative Review; Revocation.

## SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. LAS VÍAS ADMINISTRATIVAS DE REVISIÓN Y LAS CAUSALES DE ELIMINACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LBPA. 1. LA EXTINCIÓN NATURAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. 2. LA EXTINCIÓN PROVOCADA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. 3. LAS VÍAS DE REVISIÓN REGULADAS EN LA LBPA. a) La invalidación. b) La revocación por motivos de oportunidad. c) Las vías recursivas administrativas. d) La aclaración de puntos oscuros, dudosos y rectificación de meros errores. III. LA REVISIÓN DE OFICIO EN SENTIDO AMPLIO. UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN ARMÓNICA PARA EL DERECHO CHILENO. 1. LA INVALIDACIÓN COMO UN SUPUESTO DE REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. 2. UNA JUSTIFICACIÓN DE POR QUÉ LA LBPA NO CONSIDERÓ A LA INVALIDACIÓN DENTRO DEL CITADO PÁRRAFO 4.º DEDICADO A LA REVISIÓN DE OFICIO. IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca dentro de mi tesis doctoral que se encuentra en actual desarrollo.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se afirma que en los derechos comparados con una mejor técnica legislativa, la revisión de oficio se suele emplear exclusivamente para referirse a la eliminación de los actos administrativos por iniciativa propia de la Administración Pública y por estrictas razones de ilegalidad (Bocanegra, 2012: 213 y 215). Así queda, por tanto, reservado el término revocación para referirse solo al retiro de un acto administrativo por motivos de mérito, conveniencia u oportunidad. Por lo mismo, Rebollo y Carbonell (2016: 173) han expresado que en el derecho administrativo español «por revisión de oficio de los actos administrativos hay que entender la reconsideración por iniciativa de la propia Administración de sus actos por considerarlos ilegales desde su origen y con el objeto de declarar por sí misma su invalidez originaria». Esto, aun cuando la Ley española núm. 39/2015 incluya bajo el epígrafe revisión de oficio, de su capítulo I (Arts. 106 a 111), del título V, a otras figuras que no son revisión de oficio propiamente tal, como son la revocación por motivos de oportunidad (Art. 109.1) y la rectificación de erratas (Art. 109.2). El fundamento de tal aseveración radica, como bien lo complementa Esteve (2012: 237), en que de la mencionada ley se desprende que «la revocación de los actos es cuando se produce su desaparición por razones de oportunidad: no se advierte vicio alguno en un acto perfectamente ajustado a la legalidad vigente, pero por razones de reconocida conveniencia, la Administración pretende revocarlo, que desaparezca». En cambio, «la revisión de oficio se plantea por razones de estricta legalidad: se considera que el acto que se pretende revisar incurre en algún tipo de vicio o contravención a la legalidad vigente» (Esteve, 2012: 237).

La doctrina alemana, representada para estos efectos por Maurer (2012: 285), no difiere en lo absoluto de lo expuesto, pues nos explicita que la revisión de oficio (*rücknahme*) es un término que se ha circunscrito únicamente para identificar el retiro o eliminación en sede administrativa de aquellos actos administrativos que son originalmente antijurídicos (§ 48)<sup>2</sup>. En cambio, la expresión revocación (*widerruf*) es empleada para referirse al retiro de aquellos actos que originalmente son conforme a derecho, es decir válidos, pero que con el paso del tiempo y por diversas circunstancias se han vuelto inoportunos (§ 49)<sup>3</sup>.

De ese modo, se aprecia que un aspecto más o menos asentado en los citados derechos comparados es que la noción de revisión de oficio está rigurosamente ceñida para referirse a la extinción de los actos administrativos que han sido elaborados en forma irregular. Esto es ilegales o contrarios a derecho<sup>4</sup>. Por tanto, la noción de revisión de oficio está ligada a la de invalidación o anulación de un acto administrativo por iniciativa propia de la Administración. Por lo mismo, la distinción entre revisión de oficio y revocación está centrada en las diversas motivaciones concurrentes para la extinción del acto, vale decir ilegalidad o inoportunidad, según corresponda.

Sin embargo, en el derecho chileno pareciera que la regulación legal de la revisión de oficio va por el lado opuesto. Así se entrevé de una primera lectura de la Ley núm. 19.880/2003 de Bases de los Procedimientos Administrativos (en adelante LBPA), en la que, si bien son tres las instituciones que aparecen en esta Ley (Estas son la invalidación<sup>5</sup>, la revocación por motivos de oportunidad y la aclaración de puntos dudosos u oscuros o rectificación de erratas), se puede observar que curiosamente dicha ley ha dejado a la invalidación fuera del apartado específicamente destinado a la revisión de oficio y, en su lugar, ha situado solo a la revocación y a la aclaración o rectificación de erratas.

En efecto, el capítulo IV de la LBPA, cuya designación es «revisión de los actos administrativos», posee cuatro párrafos. En el primero, denominado como «principios generales», se halla la institución de la invalidación de los actos administrativos (Art. 53). En el segundo y tercer párrafo existen otras figuras distintas, pero con las cuales la invalidación guarda alguna afinidad, como son los recursos administrativos de repo-

<sup>2</sup> VwVfG, § 48. «Revisión de un acto administrativo ilegal.

(1) Un acto administrativo ilícito puede, en todo o en parte, incluso después que se haya vuelto inimpugnable ser retirado con efectos para el futuro o para el pasado. (...)». La traducción es nuestra.

<sup>3</sup> VwVfG, § 49. «Revocación de un acto administrativo legal.

(1) Un acto administrativo legal no favorable puede, incluso desde que sea inimpugnable, ser revocado en todo o en parte con efectos para el futuro, excepto cuando un acto administrativo con el mismo contenido debiera ser dictado nuevamente o si una revocación es inadmisibles por otras razones.

(2) Un acto administrativo legal y favorable puede, incluso después de que se haya vuelto inimpugnable, ser completa o parcialmente revocado con efecto para el futuro (...). La traducción es nuestra.

<sup>4</sup> Téngase en consideración que a lo largo de este trabajo se empleará el término ilegal en su sentido amplio, es decir como sinónimo de cualquier antijuridicidad o contrariedad a derecho.

<sup>5</sup> Por ahora, anótese que invalidación es la denominación que el derecho chileno ha otorgado a la anulación de los actos administrativos en sede administrativa. (REYES, 2002: 138).

sición, jerárquico (Art. 59) y extraordinario de revisión (Art. 60). Finalmente, el párrafo cuarto, titulado como «de la revisión de oficio de la Administración», se dedica a la revocación por motivos de oportunidad (Art. 61) y a la aclaración de puntos oscuros o rectificación de meros errores (Art. 62).

Otro antecedente relevante es que el vocablo revisión no ha sido una expresión habitual en la legislación, jurisprudencia o doctrina administrativa chilena. Menos aún lo ha sido el enunciado revisión de oficio. Más bien ha acontecido que la doctrina nacional ha referido y tratado a la invalidación dentro de la teoría de las causales de extinción de los actos administrativos, pero sin hacer referencia alguna a la noción de revisión de oficio (Cfr. Aróstica, 1984: 433-448; Silva, 1995: 152-153; o Abarca, 2015: 99). De ahí que se puede afirmar que la inserción de este enunciado en el ordenamiento jurídico chileno se debe a una auténtica innovación realizada por la LBPA e importada desde el derecho comparado, pero sin una adecuada correspondencia.

De esta manera, si se pretende comprender el significado o sentido de revisión de oficio en el derecho administrativo chileno, lo anterior se vislumbra como un verdadero problema. Especialmente si se observa que las leyes no ofrecen ninguna definición de revisión de oficio, sino que el único antecedente que se tiene sobre esta expresión es que ha sido utilizada por la LBPA como el epígrafe del párrafo 4.º («De la revisión de oficio de la Administración»)⁶. Siendo así, nos urge determinar en qué consiste y cómo se estructura la revisión de oficio en la LBPA. Como también determinar si la invalidación, a pesar de no hallarse dentro del citado párrafo 4.º, igualmente, puede ser considerada como un supuesto de revisión de oficio.

A nuestro entender, la respuesta se encamina, en primer lugar, por sostener que aun cuando la historia legislativa de la LBPA evidencia que el derecho hispano ha sido su principal modelo (Biblioteca del Congreso Nacional, 2003: 69, 99, 129, 135 y 179), de su examen, se observa que la revisión de oficio chilena no se condice exactamente con su homóloga hispana. Esto, porque más bien al parecer el legislador chileno solamente se ha servido de las denominaciones que utiliza el derecho comparado, pero en cuanto a la estructura del régimen de revisión de los actos administrativos lo ha configurado de una manera heterogénea. En ese sentido, se afirma que en el derecho administrativo chileno la revisión de oficio es un género que contiene tres especies menores. Esto es la invalidación, la revocación por motivos de oportunidad y la aclaración de puntos oscuros o rectificación de erratas.

En este orden de ideas, para delimitar estos problemas es un presupuesto necesario efectuar algunas precisiones conceptuales previas que permitan distinguir e individualizar a las diversas instituciones relacionadas con la revisión de oficio que contempla la LBPA. Para, luego, exponer los argumentos que establecen un concepto de revisión de oficio más amplio que el previsto por los aludidos derechos comparados, pero que se ajusta en mejor forma a la peculiar regulación chilena y que permite a la invalidación reconstituirse como un supuesto más de revisión de oficio.

## II. LAS VÍAS ADMINISTRATIVAS DE REVISIÓN Y LAS CAUSALES DE ELIMINACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LBPA

### 1. La extinción natural de los actos administrativos

La doctrina chilena ha identificado que los actos administrativos pueden extinguirse por dos causales primordiales. Una es la extinción natural o normal, que se caracteriza porque el acto perezca cuando «se ha dado cumplimiento a su contenido u objeto» (Bermúdez, 2011: 129). De ahí que ha sido identificada como aquella extinción que se produce por el agotamiento del acto y que se determina porque la «eficacia (del acto) se va yendo paulatinamente en el tiempo, en la medida que se van produciendo los efectos previstos y queridos por el órgano emisor» (Olguín, 1961: 32). Flores (2016:192) completa lo anterior y formula que el acto administrativo también se extingue naturalmente con la operatividad de una cláusula accesoria que contenga un plazo o una condición. Por ejemplo, esto suele suceder con el nombramiento de un empleado público contratado a un plazo determinado, el que se extingue *ipso iure* una vez que transcurra el tiempo. En ocasiones es la ley la que fija este plazo o dispone un límite a dicho plazo<sup>7</sup>. Por tanto, la extinción natural

<sup>6</sup> Anótese que la historia de la LBPA es estéril en este punto, pues no aporta más antecedentes que explicitar que el texto se mantuvo prácticamente idéntico durante toda la discusión legislativa. Así se puede cotejar en Biblioteca del Congreso Nacional, 2003: 96, 121, 254, 306, 316, 335, 347, 398, 426 y 450.

<sup>7</sup> V. g. la Ley núm. 18.834, de 1989, art. 10, dispone que «los empleos a contrata, durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley (...)» (*sic*).

de los actos administrativos se caracteriza por ocasionarse sin necesidad de que otro acto intervenga en el asunto. De modo que basta el mero trascurso del tiempo o la verificación de la condición para que el acto se extinga por el solo ministerio de la ley.

## 2. La extinción provocada de los actos administrativos

La extinción provocada o anticipada es precisamente lo opuesto a la extinción natural o normal, pues aquí hay un elemento diferenciador. Este es el advenimiento de una nueva declaración de voluntad de la Administración Pública o de un tribunal de justicia que dispone la destrucción de un acto administrativo anterior (Olguín, 1961: 34). Sentado esto, es menester señalar que alguna doctrina administrativa chilena, inexactamente a nuestro entender, suele indicar que las causales que motivan la extinción de los actos administrativos son la invalidación, la revocación por motivos de oportunidad, la caducidad y la nulidad judicial. Así, por ejemplo, lo ha expresado Caldera (2001: 123), quien inmediatamente agrega que «las tres primeras casuales indicadas: la invalidación, la revocación y la caducidad son resueltas por la Administración directamente; en cambio la nulidad, es decretada por la Jurisdicción (...)»<sup>8</sup>.

De ahí que lo mencionado requiere de ciertas precisiones. En efecto, si observa con detención se puede advertir que la doctrina citada asemeja las causales o razones que motivan la extinción del acto administrativo con las vías o los medios destinados a obtener tal extinción. A nuestro entender, esa asimilación no es del todo correcta, pues son realmente causales de extinción provocada o anticipada de los actos administrativos la ilegalidad, la pérdida del mérito, oportunidad o conveniencia, el incumplimiento de ciertas condiciones, o la comisión de conductas ilícitas, pues cada una de aquellas, en la medida que la ley lo disponga, servirán de justificación para disponer la extinción de un acto administrativo. En cambio, las vías son los procesos administrativos o procedimientos administrativos<sup>9</sup> por los que, justificados en alguna de las mencionadas causales, se emite una nueva declaración de voluntad que disponga la destrucción de un acto administrativo anterior<sup>10</sup>. Seguidamente, se puede afirmar que no es lo mismo indicar que la invalidación, la anulación y la revocación son causales de extinción (erradamente a nuestro parecer), que apuntar (como se sugiere) que la extinción del acto se produce por su anulación, invalidación o revocación.

En este orden de ideas, podemos organizar a las vías existentes en el ordenamiento jurídico chileno para obtener la eliminación anticipada de los actos administrativos en razón de la sede y la respectiva causal de extinción. Así, en primer lugar, se sitúa la vía judicial que contempla únicamente a la anulación por razones de ilegalidad. En segundo lugar, está la vía administrativa. Esta admite ser clasificada según la causal que sea precedente. Invalidación o eliminación por razones de ilegalidad; revocación en sentido estricto, vale decir por motivos de oportunidad; revocación-sanción, por la comisión de una conducta ilícita administrativa tipificada y así sancionada por la ley; revocación por caducidad del acto, es decir cuando se ha incumplido ciertas condiciones exigidas por la ley o por el mismo acto; y las vías recursivas, que en el caso chileno permiten la eliminación del acto tanto por ilegalidad como inconveniencia.

## 3. Las vías de revisión reguladas en la LBPA

En el contexto descrito, y para una mejor comprensión del asunto, pasamos a un breve análisis de las instituciones que se encuentran reguladas por capítulo IV de la LBPA, denominado «revisión de los actos administrativos». Estas son la invalidación, la revocación por motivos de oportunidad, la revocación en vía recursiva administrativa y, ahora, agregamos la aclaración de puntos oscuros o corrección de meros errores.

<sup>8</sup> En el mismo sentido, MORAGA (2010: 256 y 257) y CELIS (2016: 56).

<sup>9</sup> Anótese, que en el derecho administrativo chileno se reserva el enunciado *procedimientos administrativos* para cualquier medio destinado a la elaboración, modificación o extinción de un acto administrativo, incoado y resuelto por la Administración Pública. En cambio, la expresión *procesos administrativos* se emplea para referirse a las vías judiciales de impugnación de un acto administrativo (FERRADA, 2011: 253).

<sup>10</sup> En ese entendido, nos parece razonable que la jurisprudencia nacional manifieste que «(...) la resolución de un acto administrativo (...) propio del derecho público, cuya extinción sólo puede acontecer por tres vías, a saber: por la vía natural, que opera con el agotamiento o cumplimiento del acto; por la vía administrativa, mediante la invalidación o revocación; y por la vía judicial a través de la declaración efectuada al efecto por sentencia legalmente pronunciada». Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de julio de 2012, rol núm. 4120-2012. co. 4.º.

### a) **La invalidación**

Esta es la denominación que recibe en sentido estricto la vía provocada o anticipada de extinción de los actos administrativos por razones de ilegalidad congénita y que se caracteriza por operar de oficio o a petición de parte en sede administrativa (Letelier, 2002: 699). Su regulación legal está prevista en el conciso artículo 53 de la LBPA:

«Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario».

De ahí que la doctrina chilena suele aseverar que «la invalidación consiste en la extinción del acto administrativo en razón de haber sido dictado éste en contra del ordenamiento jurídico, producto de un acto posterior en sentido contrario de la propia Administración Pública que lo ha dictado» (Bermúdez, 2005). En consecuencia, la primera particularidad de la invalidación que aflora, es que esta se trata de una forma de anulación de los actos administrativos viciados<sup>11</sup>. En ese sentido, «existe una identidad sustancial entre la invalidación y la nulidad (jurisdiccional), toda vez que ambas se constituyen en el efecto jurídico de un actuar ilegal (...). Sin perjuicio de concurrir una diferencia adjetiva desde el punto de vista de la sede y el procedimiento para requerir su declaración o su constatación» (Lara y Guerrero, 2011: 38). Por tanto, se desprende que la invalidación, al igual que en la nulidad jurisdiccional, posee un semblante sustancial y uno adjetivo.

En el aspecto sustantivo, la invalidación se justifica por la existencia de un acto administrativo ilegal en su sentido amplio o contrario a derecho, conforme a la expresión que emplea el citado Art. 53 de la LBPA<sup>12</sup>. Por consiguiente, la regla general que se desprende del mencionado precepto es que una infracción a cualquier cuerpo normativo podría provocar la invalidación de un acto administrativo. Por ello, no necesariamente debe tratarse de una contravención a ley en su sentido estricto, sino que también es motivo suficiente para invalidar, por ejemplo, la constatación de una infracción a la Constitución o un reglamento administrativo (Cárcamo, 2013). Luego, la excepcionalidad para invalidar prevista por la LBPA está dada, más bien, por la naturaleza o calidad del vicio que genera la afectación del acto. En efecto, conforme se desprende del inciso 2.º Art. 13 de la LBPA<sup>13</sup>, tratándose de actos administrativos poseedores de algún vicio de fondo o contrario al derecho sustantivo, en principio, son siempre invalidantes<sup>14</sup>. En cambio, si se trata de un vicio de procedimiento o de forma, la LBPA arremete disponiendo que estos no son invalidantes y por el contrario son esencialmente subsanables, pero en la medida que no se afecten intereses de terceros ni se refieran a

<sup>11</sup> Empero, cabe destacar que la doctrina chilena ha reservado el vocablo nulidad para referirse exclusivamente a la vía jurisdiccional de extinción de los actos administrativos, pero con un exclusivo fin didáctico de diferenciarla de la vía administrativa para anularlos (OÑATE, 2013: 35).

<sup>12</sup> Es menester destacar que los supuestos de la invalidación son los mismos que la anulación judicial. Tales supuestos, en general, han sido acotados por el máximo tribunal. Así este ha expresado que «(...) de acuerdo con la jurisprudencia asentada por esta Corte –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación– la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable» (sic). Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 7 de marzo de 2018, rol núm. 34.277-2017. Co. 9.º.

<sup>13</sup> Ley núm. 19.980, de 2003, Art. 13 inc. 2.º. «El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afecten intereses de terceros».

<sup>14</sup> La LBPA no ha establecido restricción alguna para invalidar, así se puede observar de su texto; sin embargo, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha establecido ciertas restricciones al ejercicio de dicha potestad en razón de principios como la buena fe, la confianza legítima, la seguridad jurídica y los derechos adquiridos. Ejemplificador en ese aspecto es su Dictamen núm. 96.610, de 2010. «(...) cabe recordar que la jurisprudencia de esta Contraloría General, contenida, entre otros, en los dictámenes núms. 82.062, de 2013 y 2.420, de 2014, ha manifestado que la potestad invalidatoria de la autoridad tiene como límite aquellas situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la actuación legítima de los órganos de la Administración, de manera tal que las consecuencias de una medida de esta naturaleza no pueden afectar a terceros que adquirieron derechos de buena fe al amparo del acto impugnado (...)» (sic).

un requisito esencial del acto previsto por el legislador, como ocurre, por ejemplo, con la carencia de motivación de los antecedentes y fundamentos que sirvieron de base para la dictación del acto<sup>15</sup>. De lo cual se desprende que no todo vicio de forma afectará la validez del acto administrativo.

En cuanto a su aspecto adjetivo, «la invalidación supone tanto un procedimiento administrativo como un acto administrativo final invalidatorio» (Bermúdez, 2005). Esto porque, si bien implica el ejercicio de una potestad de la Administración Pública para eliminar aquellos actos propios contrarios a derecho, dicha potestad no se ejerce inmediatamente, sino que debe concretarse mediante un procedimiento administrativo previo y que culmine con una declaración administrativa de invalidez contenida en el respectivo acto administrativo. De ahí, que la invalidación también se conciba como una expresión de la autotutela declarativa, por la cual la Administración, sin necesidad de tener que requerir la intervención de los tribunales de justicia ni el requerimiento de un tercero, resuelve la extinción de un acto administrativo. En ese sentido, la invalidación ha sido conceptualizada como «el poder o facultad de la Administración Pública de volver sobre sus actos propios –ya sea de oficio o a petición de parte–, para revisar y retirar por sí misma actos administrativos viciados, irregulares o contrarios al ordenamiento jurídico, mediante un acto invalidatorio de signo contrario» (Millar, 2013: 383). Por consiguiente, la invalidación en el sentido estricto se refiere a la eliminación en vía administrativa por razones exclusivamente de ilegalidad.

### **b) La revocación por motivos de oportunidad**

La doctrina nacional ha precisado que el concepto de invalidación se opone al de revocación. Así bien lo expresa Letelier (2002: 699), quien manifiesta que «podrá existir revocación cuando a través de un acto (normalmente discrecional) se priva de efectos a otra actuación en razón del mérito». En ese entendido, cabe precisar que el derecho administrativo chileno ha procurado reservar el vocablo revocación para referirse específicamente al retiro por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia. Esto con el objetivo de poder diferenciarla del retiro por razones de legalidad que ya hemos especificado como invalidación.

Empero, cabe destacar que la distinción entre el empleo de las expresiones invalidación y revocación no es algo caprichoso ni una sutileza seguida por la doctrina y la jurisprudencia chilena, sino que surgió en las Primeras Jornadas Chileno-Uruguayas de Derecho (1958), en las que se acordó, con el fin de unificar el lenguaje doctrinario, que la invalidación consistiría en «la acción de retirar la Administración sus actos administrativos antijurídicos (...)» (Soto, 1989: 476 y 477). Así, el vocablo revocación se reservaría exclusivamente para el retiro de actos administrativos válidos, pero que han perdido el mérito en razón de los intereses generales y por ello se han vuelto inconvenientes o inoportunos.

Posteriormente, dicha terminología fue incorporada en el Dictamen núm. 89.271, de 1966, de la Contraloría General de la República<sup>16</sup>. De esta manera, la distinción en comento tuvo rápidamente aplicación en la práctica y jerga administrativa chilena, pero sin un sustento normativo de carácter general que las contemplara (Marín, 2002). Lo cual perduró hasta la dictación de la LBPA que finalmente adoptó tal distinción conforme se aprecia en sus Arts. 53 y 61.

Ahora bien, aun cuando el Art. 61 de la LBPA no ha definido en qué consiste la revocación, sino que solamente ha dispuesto cuándo no es procedente<sup>17</sup>, se desprende tanto de la historia legislativa de la LBPA

<sup>15</sup> «(...) se exige que los actos de los órganos de la Administración del Estado tengan una motivación y un fundamento racional, ya que, conforme al principio de juridicidad, es necesario acreditar que estos no obedecen al mero capricho de la autoridad, sino que a hechos efectivos que le otorgan legitimidad al acto, situación que en la especie se cumpliría al tenor de lo que le fue informado a la recurrente en la carta de aviso previo de despido». Contraloría General de la República, Dictamen núm. 61.517, de 2012.

<sup>16</sup> Esta institución es un órgano administrativo dotado de autonomía constitucional, frente al poder ejecutivo y demás órganos públicos. Es por tanto independiente de todos los ministerios, autoridades y oficinas de la Administración y del Estado. Respecto a sus atribuciones, estas han sido clasificadas en función jurídica, función de auditoría y función contable. La función jurídica, que es la que nos interesa, consiste en realizar el control de legalidad de los actos administrativos, mediante un pronunciamiento contenido en actos denominados dictámenes, los cuales a su vez conforman lo que se conoce como jurisprudencia administrativa. Estos dictámenes en su esencia son actos de juicio, es decir aquellos actos en que un órgano administrativo expresa el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, pero por disposición legal deben ser obedecidos necesariamente por las Administraciones Públicas.

<sup>17</sup> Ley núm. 19.880, de 2003, Art. 61. «Procedencia. Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado.

La revocación no procederá en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente;
- b) cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o
- c) cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto».

(Biblioteca del Congreso Nacional, 2003: 89, 172, 221, 370 y 376), como también de una interpretación armónica y coherente de sus diversos preceptos, que si una institución (invalidación) es por motivos de ilegalidad o contrariedad a derecho, la otra (revocación) por tanto es por motivos de oportunidad<sup>18</sup>.

La revocación por motivos de oportunidad también se particulariza por consistir en una manifestación de la autotutela declarativa, pues la Administración Pública que dictó el acto, sin necesidad de requerimiento de parte alguna y sin la intervención de los tribunales de justicia, sino que solo sometiéndose al respectivo procedimiento administrativo destinado a elaborar una nueva declaración de voluntad, puede disponer el retiro de un acto válido y eficaz en razón del interés público (Madariaga, 1993: 101).

Con todo, corresponde hacer mención que el vocablo revocación no solamente ha sido empleado en el sentido estricto al que hemos aludido, sino que también como equivalente a la expresión de retiro, vale decir como un concepto genérico que sirve para individualizar a cualquier eliminación provocada en la vía administrativa, sin importar la razón invocada para ello<sup>19</sup>. De ahí que –aun cuando nos parece que dicha noción de revocación no es la más acertada, pues puede inducir a errores<sup>20</sup>– se debe dejar anotado que en Chile existen otras modalidades de eliminación que también suelen ser denominadas como revocación, como es la revocación-sanción o la revocación por caducidad, pero que en atención a que su estudio se aleja del objeto de este trabajo, en esta ocasión, no le prestamos atención.

### c) Las vías recursivas administrativas

La doctrina comparada ha manifestado que el recurso administrativo «es un medio de revisión de los actos inválidos por la Administración, iniciado a instancia de un sujeto legitimado para ello y sujeto a un plazo de interposición» (Gamero y Fernández, 2009: 495). En ese sentido, lo manifestado por la citada doctrina está en concordancia con la regulación de la LBPA<sup>21</sup>. Por ello, un elemento de la esencia del recurso administrativo es que este constituye un instrumento impugnatorio del que pueden hacer uso principalmente los particulares o una Administración Pública ajena a la que dictó el acto. En efecto, esto se desprende de una interpretación lógica de la LBPA que indica, por un lado, quién es el sujeto legitimado para recurrir (Art. 21<sup>22</sup>) y, por otro, concede a la Administración autora otros medios idóneos para eliminar un acto. Así acontece que si el órgano de la Administración Pública que dictó el acto estima que este es ilegal deberá invalidar (Art. 53 LBPA) o si lo estima importuno deberá revocar (Art. 61 LBPA). Lo mismo, si se percatara de erratas deberá rectificar (Art. 62. LBPA), pero no recurrir en contra de sí misma.

En cuanto al objetivo de los recursos, si bien en principio es la impugnación de un acto administrativo en sede Administrativa, por disposición del citado Art. 15 de la LBPA no todos los actos administrativos son impugnables por medio de esta vía, sino que solamente aquellos de carácter terminal o resolutorio, es decir «que contienen el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo que suscitó el procedimiento de gestión» (Cordero, 2003: 164). Asimismo, la LBPA permite excepcionalmente la impugnación de los actos

<sup>18</sup> Así se ha visto reflejado en una reiterada e uniforme jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que por ejemplo ha expresado que «la revocación consiste en la necesidad de retirar un acto administrativo, que es válido, del ordenamiento jurídico, dejándose sin efecto por la propia autoridad que lo dictó, en consideración a que vulnera el interés público general –esto es, por razones de justicia y no de legalidad–, decisión que, por ende, se funda en razones de mérito, conveniencia u oportunidad, entendiéndose limitada por la consumación de los efectos de aquel o por la existencia de derechos adquiridos (...)». Dictamen núm. 96.610, de 2015. Este mismo, hace referencia a otros dictámenes anteriores como son los números 2.196, de 1993; 2.641, de 2005; 8.058, de 2009; 35.081, de 2014; y 59.466, de 2015.

<sup>19</sup> La doctrina comparada ha conceptualizado a la revocación genérica como «la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario» (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2002: 651).

<sup>20</sup> Ejemplificador es lo que acontece con la potestad contemplada y denominada como revocación en el Decreto Ley núm. 1.094, de 1975, sobre extranjeros en Chile, que permite a la autoridad administrativa eliminar, por sí misma, los visados otorgados a extranjeros que han ingresado o que permanecen en Chile en razón de supuestos que poseen diversas naturalezas jurídicas. De ahí que es posible hallar supuestos fundados no solo en motivos de oportunidad (lo que sería revocación propiamente tal), sino que también de ilegalidad (invalidación) y sancionatorios (revocación-sanción) (DELGADO, 2018: 1-31).

<sup>21</sup> Ley núm. 19.880, de 2003, Art. 15 inc. 1.º. «(...) Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales».

<sup>22</sup> Ley núm. 19.880, de 2003, Art. 24. «Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.
2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

de mero trámite, pero en la medida que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión<sup>23</sup>.

Respecto al motivo que induce la interposición del recurso, el derecho administrativo chileno no hace distinción y por tanto se ha entendido que el sujeto afectado puede solicitar en su recurso tanto una invalidación como una revocación o una rectificación (Cordero, 2003: 160). Finalmente, es preciso señalar que la LBPA contempla con carácter ordinario al recurso de reposición<sup>24</sup> y al jerárquico<sup>25</sup>. Con carácter excepcional al recurso de revisión extraordinario que solamente permite invocar algunos concretos motivos tasados por la ley<sup>26</sup>.

#### d) La aclaración de puntos oscuros, dudosos y rectificación de meros errores

La LBPA no ha restringido la noción de revisión únicamente para referirse a instancias de eliminación. Esto porque también es posible incoar, de oficio o petición de parte, un procedimiento de revisión, pero destinado a efectuar aclaraciones, meras correcciones de equivocaciones o errores no esenciales contenidos en el acto, como los aritméticos o materiales. Así lo dispone su Art. 62, inserto dentro del párrafo 4.º destinado a la revisión de oficio, el que expresa que «(...) en cualquier momento, la autoridad administrativa que hubiere dictado una decisión que ponga término a un procedimiento podrá, de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo».

En ese entendido, se aprecia que la LBPA amplía la noción de revisión de oficio, a una institución que no constituyen una especie de eliminación, sino que una vez solucionado el error o aclarado el punto dudoso, la irregularidad se habrá subsanado y por ende no se afectará en nada la subsistencia del acto revisado, sino que por el contrario se consolidará su permanencia.

### III. LA REVISIÓN DE OFICIO EN SENTIDO AMPLIO. UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN ARMÓNICA PARA EL DERECHO CHILENO

Llegado a este punto, es menester recordar lo anunciado al principio de esta obra, vale decir que pareciera que la decisión legislativa chilena ha ido por el lado contrario a lo que se ha determinado como revisión de oficio por el derecho hispano que le ha servido de modelo. Es decir, de una primera lectura, aquello que la LBPA ha designado como revisión de oficio es la revocación por motivos de oportunidad y la aclaración de puntos dudosos o rectificación de errores, pero no así a la invalidación. En efecto, si bien dichas instituciones se encuentran dentro del capítulo IV de la LBPA, denominado revisión de los actos administrativos, el problema surge porque el Art. 53, que contempla exclusivamente a la invalidación, está ubicado en el párrafo 1.º, titulado principios generales, y no en el párrafo 4.º, denominado como revisión de oficio. De ahí que,

<sup>23</sup> Ley núm. 19.880, de 2003, Art. 15 inc. 2.º. «Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión».

<sup>24</sup> Ley núm. 19.880, de 2003, Art. 59 inc. 1.º. «(...) El recurso de reposición se interpondrá dentro del plazo de cinco días ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna; en subsidio, podrá interponerse el recurso jerárquico».

<sup>25</sup> Ley núm. 19.880, de 2003, Art. 59 inc. 2.º. «Rechazada total o parcialmente una reposición, se elevará el expediente al superior que corresponda si junto con ésta se hubiere interpuesto subsidiariamente recurso jerárquico».

<sup>26</sup> Ley núm. 19.880, de 2003, «Párrafo 3.º. Del recurso extraordinario de revisión.

Artículo 60. En contra de los actos administrativos firmes podrá interponerse el recurso de revisión ante el superior jerárquico, si lo hubiere o, en su defecto, ante la autoridad que lo hubiere dictado, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias.

a) Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento;

b) que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieren documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento;

c) que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y

d) que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

El plazo para interponer el recurso será de un año que se computará desde el día siguiente a aquél en que se dictó la resolución en los casos de las letras a) y b). Respecto de las letras c) y d), dicho plazo se contará desde que la sentencia quede ejecutoriada, salvo que ella preceda a la resolución cuya revisión se solicita, caso en el cual el plazo se computará desde el día siguiente al de la notificación de ésta.

aun cuando el Art. 53 concede a las Administraciones Públicas la facultad para invalidar de oficio sus actos contrarios a derecho, se advierte en el citado párrafo 4.º ausencia de normas que hagan alguna referencia a la invalidación.

En ese entendido, se considera que es necesario hallar una interpretación que permita también redimir, en algo, la verdadera naturaleza jurídica de la revisión de oficio, es decir que permita considerar a la invalidación, al menos, como uno más de sus supuestos. Algunas voces en el derecho administrativo chileno se han pronunciado sobre la materia (Fortes: 2006). Estas sugieren considerar que la noción de revisión de oficio de los actos administrativos puede llegar a ser entendida como el *genus*, es decir el género común del que posteriormente se podrían diferenciar dos especies. Estas serían la revocación y la invalidación. Aunque esa propuesta no es fiel reflejo de la revisión de oficio originaria, vale decir tanto de la hispana o la alemana, que se refieren exclusivamente al retiro por causas de ilegalidad, se considera suficientemente aceptable para la realidad jurídica chilena, ya que recobraría en algo el verdadero significado de la noción de revisión de oficio. Esto, especialmente, porque la evidencia legislativa no deja mucho margen para discrepar que la revocación por motivos de oportunidad y la aclaración de puntos dudosos o rectificación de errores no sean unos supuestos de revisión de oficio y por tanto es casi imposible descartarlas. Por ende, la solución que vislumbramos se inclina por sostener que la revisión de oficio en Chile es un género común que engloba varias especies.

De esta manera, consideramos que es más viable hallar una justificación que permita incorporar a la invalidación como uno más de los supuestos de revisión de oficio, que enfocarnos en negar que la revocación y la aclaración de puntos dudosos o rectificación de errores, para el derecho administrativo chileno, sean unos supuestos de revisión de oficio. Para validar tal conjetura corresponde, por tanto, esclarecer ciertas interrogantes. Una tiene relación sobre si efectivamente la invalidación, a pesar de no estar consagrada en el aludido párrafo 4.º, dedicado a la revisión de oficio, se puede considerar como uno de sus supuestos. La otra interrogante es hallar alguna explicación que justifique porqué la LBPA no consideró a la invalidación dentro del citado párrafo 4.º.

## 1. La invalidación como un supuesto de revisión de oficio de los actos administrativos

En efecto, aun cuando la institución de la invalidación de los actos administrativos ha sido incorporada dentro del párrafo 1.º, que como hemos indicado ha sido denominado como «principios generales», se pueden hallar argumentos de texto y semánticos suficientes para considerarla como uno de los supuestos de revisión de oficio.

En primer lugar, se debe anotar que la condición de revisión de oficio de la invalidación viene definida por el mismo tenor literal del Art. 53. Así, se puede observar que dicho precepto ha facultado a las Administraciones Públicas para que puedan invalidar sus actos contrarios a derecho tanto a petición de parte como de oficio. En ese sentido, la expresión de oficio es determinante para nuestro análisis, pues está en plena concordancia con el significado que le otorga la Real Academia Española<sup>27</sup>, vale decir el enunciado de oficio indica que se habilita a las Administraciones Públicas para reaccionar e impulsar la revisión de algún acto que se estime viciado, sin la necesidad de tener que ser requeridas por algún tercero. Esta idea se reafirma por un criterio ya asentado en la Contraloría General de la República, que considera que si la Administración se ha percatado de algún vicio invalidante, le surge una obligación ineludible de restaurar el imperio del derecho quebrantado, mediante la respectiva invalidación del acto viciado. Por tanto, la Administración deberá iniciar el procedimiento de revisión de oficio sin más trámite que solo atenerse a las respectivas normas procedimentales<sup>28</sup>. Así, aun cuando el tenor literal del Art. 53 de la LBPA señala que «la autoridad administrativa podrá invalidar (...)» y con ello pareciera que se le otorga una potestad de ejercicio meramente facultativo, la existencia de un acto viciado de tal gravedad que genere una verdadera contrariedad al derecho, en realidad, implica un imperativo jurídico para el órgano administrativo emisor del acto o su superior jerárquico, en su caso, de disponer su invalidación (Cárcamo, 2013). Entender lo contrario, significaría que el ejercicio de la potestad invalidatoria quedaría entregado a la discreción o mera voluntad de la Administración y, con ello,

<sup>27</sup> De oficio: «dicho de una diligencia, que se practica judicialmente sin instancia de parte». Real Academia Española (2018).

<sup>28</sup> «(...) si la Administración hubiese detectado vicios que afectaran la legalidad de la adjudicación y del posterior contrato, lo que procedía era iniciar un proceso de invalidación dentro de los dos años siguientes a la notificación de los actos». Contraloría General de la República, Dictamen núm. 76.032, de 2015.

se vulneraría abiertamente el principio de juridicidad en el caso que esta última decida no invalidar, debiendo haberlo hecho<sup>29</sup>.

Por otro lado, la regulación que la LBPA ha hecho respecto a la aclaración de puntos oscuros o rectificación de meros errores también es determinante para afirmar que la invalidación es un supuesto más de revisión de oficio. Esto, porque a pesar de que la aclaración de puntos oscuros o rectificación de erratas esté consagrada en el aludido párrafo 4.º destinado a la revisión de oficio, el Art. 62 indica que, además de proceder de oficio, esta podrá ser solicitada a requerimiento de parte<sup>30</sup>. Así se vislumbra cierta flexibilidad de la LBPA respecto a lo que sus títulos o epígrafes realmente dicen contener. De esta manera, si el mencionado Art. 62, inserto en el párrafo destinado a la revisión de oficio, permite que la aclaración de puntos oscuros o rectificación de erratas pueda ser a petición de parte, por tanto, resulta lógico que la invalidación, aunque esté fuera del párrafo 4.º destinado a la revisión de oficio, también pueda ser considerada como uno de sus supuestos.

Por consiguiente, al permitir la LBPA que el procedimiento de invalidación en contra de un acto ilegal sea por iniciativa de la propia de la Administración –esto es de oficio– se desprende una consecuencia ineludible. Esta es la restitución de la invalidación como un supuesto más de revisión de oficio de los actos administrativos.

## 2. Una justificación de por qué la LBPA no consideró a la invalidación dentro del citado párrafo 4.º dedicado a la revisión de oficio

A nuestro parecer, la respuesta de por qué la LBPA ha dejado fuera a la invalidación del párrafo destinado a la revisión de oficio, se debe a dos razones.

La primera, se inclina por interpretar que la intención del legislador chileno fue disponer que la revocación por motivos de oportunidad no pueda ser requerida a petición de parte, sino que únicamente pueda operar de oficio. A diferencia de la invalidación, la cual puede acontecer tanto de oficio como a petición de parte. En efecto, «cuando el legislador regula la invalidación se refiere al retiro de actos administrativos por causa de ilegalidad; mientras que, cuando regula la revocación, da un sentido estricto al término, sólo comprensivo del retiro de actos administrativos por causa de mérito, oportunidad o conveniencia. Quedando claro, que el criterio de distinción entre ambas expresiones es objetivo, es decir, basado en el motivo o fundamento que autoriza el ejercicio de cada uno de los poderes respectivos» (Millar, 2008: 25 y 26). De esta manera, se vislumbra que el objeto de la revocación y, por ende, del principal supuesto de revisión de oficio escogido por la LBPA, es la extinción de un acto administrativo válido en conformidad a un criterio subjetivo de la propia Administración, derivado de su ineludible deber de tutelar los intereses generales y satisfacer las necesidades públicas siempre cambiantes. De ahí que el sentido que toma el concepto de revisión de oficio al vincularlo al de revocación es de un examen o análisis, pero no retrospectivo, sino que coetáneo o presente. Por ende, lo que se revisa, no son los elementos que conformaron o elaboraron el acto, sino que la conveniencia de conservar el acto y la correlativa producción de efectos hacia el futuro en relación a circunstancias coetáneas al tiempo que se decide su eliminación.

En ese sentido, si la razón o causa de la revocación propiamente tal es consecuencia de la calificación del mérito, oportunidad o conveniencia que una Administración realiza de un acto administrativo, supone por tanto que dicha apreciación consiste en una prerrogativa discrecional inherente a la función administrativa y que cada Administración podrá ponderar conforme a lo que a ella le parezca más correcto en razón del bien común o específico del organismo. De ahí que, como bien lo afirma la doctrina nacional, ocurre que «a diferencia de la potestad invalidatoria, se reconoce que la revocación administrativa constituye una manifestación específica de la apreciación del interés general en un momento determinado, que el legislador le entrega en forma exclusiva y excluyente a los órganos administrativos, para que a través del ejercicio de

<sup>29</sup> «(...) en armonía con lo dispuesto en los artículos 6.º y 7.º de la Constitución Política de la República y 2.º de la ley núm. 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que consagran el principio de juridicidad, la autoridad se encuentra en el imperativo de invalidar sus actos ilegales, con el propósito de restablecer el orden jurídico quebrantado por una decisión contraria a derecho, en tanto que con esa medida no se lesionen los derechos adquiridos por terceros». Contraloría General de la República, Dictamen núm. 52.771, de 2011.

<sup>30</sup> Ley núm. 19.880, de 2003, Art. 62. «Aclaración del acto. En cualquier momento, la autoridad administrativa que hubiere dictado una decisión que ponga término a un procedimiento podrá, de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieran de manifiesto en el acto administrativo».

la potestad revocatoria aprecien y califiquen la vigencia de un determinado acto administrativo frente a los cambios de circunstancias que lo convierten en incompatible con el interés general» (Flores, 2016: 202).

En este orden de ideas, evidentemente es posible advertir que ciertamente un particular podrá efectuar alguna petición de revocación de un determinado acto administrativo. Sin embargo, aquello debe concebirse exclusivamente como comprensible de un mero ejercicio del derecho de petición que todos pueden hacer a la autoridad<sup>31</sup>, y el que necesariamente deberá tener una respuesta por parte del órgano requerido<sup>32</sup>, pero no por ello implicará un compromiso y un deber de revocar. Esto porque «la posibilidad de exigir una revocación obligatoria, significaría una intromisión en la función de administrar, puesto que es el sujeto administrativo quien puede y debe apreciar el interés público, obrando en consecuencia» (Olguín, 1961: 186).

De esta manera, resulta que para la LBPA solamente es la autoridad administrativa quien, en exclusividad, posee la discrecionalidad de impulsar de oficio el procedimiento administrativo de revocación de un acto administrativo y, luego, conforme a la valoración que esta tenga sobre la conveniencia o mérito que reporta la conservación del acto, para el resguardo de los intereses generales o específicos del órgano, decidirá si lo extingue. Situación en la que no se encuentra la invalidación, ni la aclaración de puntos oscuros o rectificación de erratas, pues constatada la existencia de alguna irregularidad ineludiblemente deberá invalidar, aclarar o rectificar, según corresponda.

Ahora bien, ciertamente lo idóneo habría sido que el legislador incluyera a la invalidación dentro del párrafo 4.º denominado de la revisión de oficio y, al igual que la rectificación de erratas, permitiera a través de la respectiva clausula excepcional la posibilidad de que la invalidación también se pudiera pedir a requerimiento de parte, es decir que se hubiera mantenido la misma redacción, pero dentro del aludido párrafo.

Sin embargo, la realidad normativa no es así. De ahí que aún es menester responder el porqué de la inclusión de la invalidación en el párrafo 1.º de los «principios generales».

Así, según nuestro juicio, la segunda razón consiste en que la interpretación idónea se encamina por entender que la invalidez de un acto administrativo no solo puede ser alegada mediante el procedimiento administrativo destinado específicamente para ese efecto (nos referimos al del Art. 53 de la LBPA), sino que también puede ser el fundamento de cualquier recurso administrativo. Así, aparece como una consecuencia lógica que la inclusión de la invalidación en un párrafo denominado «principios generales» se debe a que son reglas comunes tanto para los recursos administrativos como para la revisión de oficio. Esto es, que se puede producir invalidación por motivos de legalidad tanto al hilo de un recurso administrativo, pero que también se puede producir de oficio.

Por tanto, conforme a lo expuesto, se visualiza que una explicación coherente que permita comprender el sistema de revisión de oficio elaborado por la LBPA, es que esta no puede ser concebida como una versión idéntica a lo que acontece en sus homologas hispana o alemana. De ahí que, debe ser entendida más bien como un género, del cual se extraen tres especies menores. En primer lugar, la invalidación o revisión por motivos de ilegalidad. En segundo lugar, la revocación por motivos de oportunidad. Y en tercer lugar, la aclaración de puntos dudosos o rectificación de meros errores.

#### IV. CONCLUSIONES

La revisión de oficio de los actos administrativos chilena ha sido configurada por el legislador de una manera heterogénea en cuanto a su estructuración. Por tanto no se condice exactamente con su homóloga hispana que le ha servido de principal modelo. En ese sentido, se ha establecido que –en el derecho administrativo chileno– la revisión de oficio se debe concebir como un género que contiene tres especies menores, vale decir a la invalidación, a la revocación por motivos de oportunidad y a la aclaración de puntos oscuros o rectificación de erratas.

<sup>31</sup> En la doctrina chilena, se ha sostenido que todo ciudadano tiene el derecho a hacer peticiones a la Administración sobre cualquier materia de interés general. Este derecho está consagrado en la Constitución y entre dichas peticiones, la posibilidad de solicitar que se revoque un determinado acto por ser inoportuno (OLGUÍN, 1961: 111).

<sup>32</sup> «No obstante, considerando que el derecho de petición consagrado en el artículo 19 núm. 14 de la Carta Fundamental, conlleva la obligación de los entes públicos de responder las solicitudes de los administrados, lo que en derecho proceda, deben por ello adoptar en un plazo prudencial, una determinación frente a lo pedido, sea acogiendo o denegando lo solicitado, o bien, cuando carezcan de competencia deben limitarse a declarar ese hecho, dándose debido conocimiento de la respuesta al solicitante, la que por razones de certeza y buena técnica administrativa debe constar por escrito». Contraloría General de la República, Dictamen núm. 1.422, de 2002.

Esto lo hemos fundamentado en que calificado que la evidencia legislativa no deja mucho margen para negar que la revocación por motivos de oportunidad y a la aclaración de puntos oscuros o rectificación de erratas sean verdaderas especies de revisión de oficio, se ha estimado que es más razonable justificar que la invalidación, aun cuando no está en el párrafo destinado a la revisión de oficio, si es otro de sus supuestos.

Para lo anterior, se ha recurrido a una interpretación que va más allá del mero tenor del Art. 53 de la LBPA, pues este solamente expresa una consecuencia ineludible. Esto es que la condición de oficio de la invalidación emana de su propia naturaleza, pues si la Administración que dictó el acto se percató de la existencia de la anomalía, le surge el deber de reestablecer el imperio del derecho, es decir debe invalidar el acto viciado sin la necesidad de tener que esperar el requerimiento de parte alguna. Así, con ese razonamiento se restituye a la invalidación como un supuesto más de revisión de oficio.

Asimismo, se ha establecido que para la LBPA la autoridad administrativa es la única que posee la discrecionalidad de impulsar de oficio el procedimiento administrativo de revocación de un acto administrativo, conforme a la valoración que esta tenga sobre la conveniencia o mérito que reporta la conservación del acto, para el resguardo de los intereses generales o específicos del órgano, y decidir si lo retira o extingue. De ahí que se comprende su designación como revisión de oficio.

Finalmente, se ha establecido que si se interpreta que la decisión del legislador chileno fue considerar que las reglas fijadas a la invalidación son normas generales (o sea aplicables tanto para la modalidad de oficio como para la vía recursiva), se justifica que la invalidación haya quedado fuera del citado párrafo 4.º denominado «revisión de oficio».

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABARCA, J. (2015): “La invalidación administrativa en materia ambiental”, en *Revista Ius Publicum*, núm. 34, págs. 99-110. [16-09-2018] Disponible en web: <http://www.ust.cl/wp-content/uploads/sites/6/2017/12/IUS-PUBLICUM-N%C2%B0-34-2015.pdf>.
- ARÓSTICA, I. (1984): “La extinción de los actos administrativos y la jurisprudencia reciente de los tribunales de justicia”, en *Revista chilena de Derecho*, vol. 11, núm. 2/3, págs. 433-448.
- BERMÚDEZ, J. (2005): “El Principio de Confianza Legítima en la actuación de la Administración como límite a la Potestad Invalidatoria”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* [online], vol. 18, núm. 2. DOI: 10.4067/S0718-09502005000200004.
- BERMÚDEZ, J. (2011): *Derecho administrativo general*. Santiago: Legal Publishing.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2003): *Historia de la Ley*, núm. 19.880, que establece base de los procedimientos administrativos que rigen de los órganos de la administración del Estado. [16-01-2018] Disponible en web: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5844/>.
- BOCANEGRA, R. (2012): *Lecciones sobre el acto administrativo*. Pamplona: Aranzadi.
- CALDERA, H. (2001): *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II. Santiago: Parlamento Ltda.
- CÁRCAMO, A. (2013): “La potestad invalidatoria de la Administración del Estado a diez años de la entrada en vigencia de la ley núm. 19.880. Una revisión de sus principales aspectos”, en *Diario Constitucional.cl*. [20-05-2018] Disponible en web: <http://diarioconstitucional.cl/articulos/la-potestad-invalidatoria-de-la-administracion-del-estado-a-diez-anos-de-la-entrada-en-vigencia-de-la-ley-n-19880-una-revision-de-sus-principales-aspectos/>.
- CELIS, G. (2016): *Acto y procedimiento administrativo*. Santiago: El Jurista.
- CORDERO, L. (2003): *El procedimiento administrativo*. Santiago: LexisNexis.
- DELGADO, A. (2018): “El sentido de la expresión revocación de visados, contenida en el Decreto Ley de Extranjería”, en *Revista Derecho y Crítica Social*, vol. 4, núm. 1, págs. 1-31. [10-10-2018] Disponible en web: <https://derechocriticasocial.files.wordpress.com/2018/09/1-delgado1.pdf>.
- ESTEVE, J. (2012): *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- FERRADA, J. C. (2011): “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 36, núm. 1, págs. 251-277. DOI: 10.4067/S0718-68512011000100007.
- FLORES, J. C. (2016): “La caducidad de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 30, núm. 2, págs. 225-249. DOI: 10.4067/S0718-09502017000200010.
- FORTES, A. (2006): “Estudio sobre la revocación de los actos administrativos”, en *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 19, núm. 1, págs. 149-177. DOI: 10.4067/S0718-09502006000100007.
- GAMERO, E. y FERNÁNDEZ, S. (2009): *Manual básico de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2002): *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas.
- LARA, J. L. y GUERRERO, G. (2011): “Aspectos críticos de la invalidación administrativa en la Ley 19.880: Análisis en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República a 8 años de su vigencia”, en *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, núm. 1, págs. 17-44. DOI: 10.5354/0719-1731.2011.21153.

- LETELIER, R. (2002): “Un mal día no es eterno: Seis alcances en materia de invalidación y nulidad de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, vol. 212, núm. 2, págs. 693-730. [20-10-2018] Disponible en web: <http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2804>.
- MADARIAGA, M. (1993): *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MARÍN, U. (2002): “Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativo”, en *Revista de derecho del Consejo de Defensa del Estado*, núm. 2. [10-02-2018] Disponible en web: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/185d04b4-96ad-46ab-a207-adedc82b25fe9/3.pdf?MOD=AJPERES>.
- MAURER, H. (2012): *Derecho administrativo alemán*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- MILLAR, J. (2008): *La potestad invalidatoria en el derecho chileno* (tesis doctoral). Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. [10-10-2018] Disponible en web: <http://repositorio.conicyt.cl/handle/10533/179627>.
- MILLAR, J. (2013): “El procedimiento administrativo de invalidación y los procesos de nulidad ante los tribunales de justicia”, en VV.AA., FERRADA, J. C. (coord.): *La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno*, págs. 379-374. Santiago: Legal Publishing.
- MORAGA, C. (2010): *Tratado de derecho administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado*, Tomo VII. Santiago: Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- OLGUÍN, H. (1961): *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- OÑATE, E. (2013): “La nulidad de Derecho público, una sanción de excepción”, en VV.AA., FERRADA, J. C. (coord.): *La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno*, págs. 29-47. Santiago: Legal Publishing.
- REBOLLO, M. y CARBONELL, E. (2016): “La revisión de oficio”, en VV.AA., REBOLLO, M. y CARBONELL, E. (coords.): *Derecho administrativo, Tomo II: Régimen jurídico básico y control de la Administración*, págs. 197-216. Madrid: Tecnos.
- REYES, J. (2002): *Invaldación de actos administrativos*. Santiago: LexisNexis.
- SILVA, E. (1995): *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO, E. (1989): “Invalidación de los actos administrativos”, en *Revista chilena de derecho*, núm. 16, págs. 475-485. [15-06-2018] Disponible en web: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649667>.



## Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos<sup>1</sup>

Mariano López Benítez (España)  
Universidad de Córdoba  
ad1lobem@uco.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba con Premio Extraordinario. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba. Como principales líneas de investigación desarrolla las siguientes: Administración y Derechos Fundamentales; Organización Administrativa; Derecho Administrativo económico; Derecho urbanístico; y Contratación Pública.

---

### RESUMEN

Aunque en materia de invalidez de los actos administrativos, nuestras Leyes de Procedimiento Administrativo parecen partir de la existencia de unas nítidas diferencias entre la desviación de poder y la prevaricación administrativa, lo cierto es que las páginas de la jurisprudencia contencioso-administrativa rezuman interferencias y entrecruzamientos muy notables entre ambas categorías. En ocasiones, ello da lugar además a contradicciones muy patentes entre lo que declaran respectivamente las jurisdicciones penal y contencioso-administrativa. El propósito de este artículo pretende dar noticia sobre este problema y esbozar algunas soluciones al respecto.

### PALABRAS CLAVE

Desviación de poder; prevaricación administrativa; invalidez de los actos administrativos.

---

### ABSTRACT

The Spanish laws on administrative procedures depart from a clear-cut distinction between misuse of power and administrative malfeasance for what regards the invalidity of administrative acts. Notwithstanding this, the case-law shows usual and important interferences and overlaps between the two categories, which results sometimes in blatant contradictions between the decisions of the administrative and the criminal courts. This article first explores this problem and then proceeds to sketch some proposals to solve it.

### KEYWORDS

Misuse of power; administrative malfeasance; invalidity of administrative acts.

I. Continuando los paradigmas clásicamente consolidados por nuestras normas de procedimiento administrativo, la LPAC considera nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta» [art. 47.1 d)], y estima, en cambio, anulables los actos de la Administración «que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder» (art. 48.1). Aunque, en el plano práctico, pese a lo que un tanto apriorística-

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2015-67695-C2-2-P, “Administración Pública y Derechos Fundamentales: nuevas perspectivas”.

mente se afirma, se da una notoria aproximación entre los efectos de la nulidad y la anulabilidad<sup>2</sup>, también es verdad que entre una y otra subsisten algunas diferencias importantes, como las relativas a la posibilidad de convalidar los actos anulables, o al carácter imprescriptible del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad. Con tales matices y dejando al margen el supuesto de las irregularidades no invalidantes, existen, por tanto, dos regímenes de invalidez de los actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico. Dos regímenes –el de la nulidad y el de la anulabilidad– que el legislador parece haberlos entendido nítidamente diferenciados y sin posibles zonas de entrecruzamiento o de confusión, como prueba el hecho de que la primera se construya sobre supuestos de hecho cerrados mientras que la segunda se formule sobre supuestos bastante más abiertos («cualquier infracción del ordenamiento jurídico»).

Sin embargo, en ocasiones, estas nítidas fronteras parecen difuminarse, ya que no hay que descartar que un acto que se dicte mediando desviación de poder encierre asimismo una conducta delictiva. No obstante, su suerte final, esto es, la de ser considerado como un acto administrativo nulo o anulable se hará depender en muchas ocasiones de los cauces procesales que, al respecto, se hayan seguido. En esta breve comunicación me fijaré en un aspecto concreto de este problema: en el contraste existente entre actos administrativos incurso en desviación de poder y actos administrativos cuyo dictado obedece a una prevaricación administrativa o aparezcan dictados a consecuencia de ésta.

II. Entre ambos tipos de actos inválidos, hay, en principio, una diferencia formal y competencial importante en orden a su declaración: la desviación de poder puede declararla el juez administrativo y entra, por tanto, plenamente dentro de sus facultades jurisdiccionales; en cambio, la prevaricación administrativa, por constituir un delito, sólo puede acordarla el juez penal<sup>3-4</sup>. Precisamente, este es uno de los expresos límites que el art. 3 a) LJCA pone al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>5</sup>. Las formas mediante las que puede llegarse a la declaración de este delito de prevaricación administrativa son variadas: en primer lugar, puede ocurrir que unas acciones u omisiones administrativas se residencien

<sup>2</sup> Al respecto, véase REBOLLO PUIG, M. (2018): *Derecho Administrativo. Régimen jurídico básico y control de la Administración* (dir. por M. Rebollo Puig y D. Vera Jurado y coordinado por M. Rebollo Puig y E. Carbonell Porras), 3.ª ed., Madrid: Tecnos, págs. 110-112. De particular interés a este respecto, es el documentado estudio de Tomás CANO CAMPOS que se incluye en este mismo número de Documentación Administrativa.

<sup>3</sup> Aunque no es una cuestión pacífica, doctrinalmente se han formulado excepciones a este aserto. MORCILLO MORENO, J. (2007): *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, Madrid: La Ley, plantea la siguiente cuestión: «...ante el advenimiento de ciertos acontecimientos de naturaleza imprevisible es posible que el proceso penal no pueda ya finalizar al devenir imposible su continuación. En tales supuestos, ¿cuál es la suerte que deberá correr la tramitación del procedimiento administrativo en orden a la declaración de nulidad de un acto administrativo constitutivo de infracción penal o dictado como consecuencia de ésta? ¿Deberá mantenerse la suspensión del mismo *sine die* –con la inherente consecuencia de mantener indefinidamente la ilegalidad de un acto administrativo ante la imposibilidad de que exista un pronunciamiento penal al respecto– o, por el contrario, podría admitirse que la propia Administración y, en su caso, los propios jueces administrativos de modo excepcional pudieran manifestarse acerca de la concurrencia de ilicitud en el acto en cuestión a los solos efectos de declarar su nulidad?» (pág. 482). A esta pregunta respondieron E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, en el sentido de que «tal declaración puede ser imposible cuando el autor muera antes de dictarse la sentencia penal o sea inimputable o no sea habido, circunstancias todas ellas que no tienen porqué impedir las consecuencias estrictamente administrativas de su acción, si ésta es, en efecto, una acción antijurídica y está tipificada como delito en las Leyes penales» [vid. en la actualidad, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 18.ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, 2017, págs. 676 y 677]. Por ello, asumiendo esta posición, J. MORCILLO, *op. cit.* pág. 483, añade que «si el juez penal declarase en su resolución la concurrencia de alguna causa eximente, entendemos que no haría falta pronunciamiento prejudicial alguno por parte de la Administración o, en su caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa desde el momento en que el juez penal, aunque exima de condena al presunto autor de la infracción, es lo cierto que sí puede hacer constar en la sentencia que el hecho constitutivo de la infracción penal y la participación en él del funcionario –y, por tanto, el que serviría para sustentar la declaración de nulidad con base en el artículo 62.1 d) Ley 30/1992– se produjo (ello al margen de la suerte penal que haya acompañado al sujeto en cuestión».

<sup>4</sup> De gran interés es lo razonado por la SAP de Zaragoza, núm. 210/2015, de 31 de julio, rec. Apelación 133/2015, Ponente: Murillo y García Atance, ECLI: ES: APZ: 2015: 1707. Ante la alegación de las partes de que la jurisdicción penal no es competente para examinar el delito de prevaricación administrativa, la Audiencia sostiene que «debe ser desestimada totalmente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, a tal respecto, viene considerando que el delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder (SSTS 773/2014, 28/2010 y 259/2015). Interpuesta y admitida querrela criminal por delitos de prevaricación no existe con carácter necesario una cuestión prejudicial administrativa, sino que de lo que se trata es de dilucidar si existió o no arbitrariedad o abuso de poder en la persona acusada y ello al margen de la actuación contencioso-administrativa que pueda tener lugar».

<sup>5</sup> Justificado, como nos recuerda COSCULLUELA MONTANER, L. (2018): *Manual de Derecho Administrativo*, 29.ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, pág. 578 en la preferencia de la jurisdicción penal sobre cualquier otra.

autónoma y directamente ante el juez penal para que sea éste quien, a través del correspondiente proceso penal, determine si aquéllas constituyen o no delito de prevaricación administrativa. La conclusión del proceso penal y la sentencia condenatoria que, en su caso, en el seno del mismo se dicte, servirá, a su vez, de base para que posteriormente la Administración declare la nulidad del acto administrativo constitutivo de prevaricación o producido como consecuencia de ésta. Normalmente, el cauce empleado para ello será el de la revisión de oficio (art. 106.1 LPAC), no sólo por resultar muy probable que hayan transcurrido ya los plazos de caducidad existentes legalmente para la interposición de los recursos ordinarios por parte de los particulares, sino también muy fundamentalmente por el carácter obligado que el ejercicio de la potestad revocatoria tiene en estos casos para la Administración. Mas, junto a ello, no es infrecuente que el propio juez penal, a la vez que condena a una autoridad o funcionario por prevaricación, anule también el acto administrativo que ellos dictaron y que constituye el objeto mismo de la conducta delictiva. Estas últimas extensiones de la jurisdicción penal, objeto de una cierta comprensión por parte de la doctrina administrativa cuando se trata de actos administrativos en sí mismos constitutivos del delito de prevaricación, por entender que suponen «la aplicación de la legalidad administrativa en el marco de un proceso punitivo», merecen, en cambio, mayores reproches cuando el juez penal anula actos que son consecuencia de la prevaricación cometida, pero que ni han sido objeto de enjuiciamiento directo en el proceso penal, ni han ofrecido tampoco la posibilidad a los terceros afectados o beneficiados por dichos actos de ejercer sus facultades de defensa<sup>6</sup>.

Por otro lado, la declaración penal del delito de prevaricación administrativa puede producirse porque la intervención del juez penal se excite desde el proceso contencioso-administrativo en que se esté conociendo acerca de un acto o inactividad de la Administración. Surge así lo que procesalmente se conoce como cuestión prejudicial penal devolutiva. Sobre ella, la jurisprudencia contencioso-administrativa tiene establecido que la mera petición de plantear la suspensión por existir una cuestión prejudicial penal por parte de uno de los litigantes no impone al Juez o Tribunal contencioso-administrativo la necesaria suspensión de oficio del proceso contencioso-administrativo. Es necesario que éstos aprecien «indicios serios sobre hechos posiblemente delictivos y, además, de influencia decisiva sobre la cuestión principal debatida en el proceso contencioso-administrativo»<sup>7</sup>. Por consiguiente, no siempre que exista prevaricación administrativa tiene porqué existir también causa de nulidad del acto administrativo, ya que, según la jurisprudencia

<sup>6</sup> Esta es la opinión conciliadora que, por ejemplo, expresa MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, XII, 4.ª ed., Madrid: Boletín Oficial del Estado, p. 200: «El precepto que examinamos [art. 62.1 d) Ley 30/1992] diferencia entre los actos constitutivos de infracción penal y los dictados como consecuencia de la misma. Es más fácil que la sentencia penal pueda pronunciarse sobre la invalidez de los actos administrativos en el primer caso, en el que el acto correspondiente será necesariamente nulo por determinación del artículo 62.1 d) que ahora examinamos, de manera que la decisión sobre este extremo del tribunal penal solo supondrá la aplicación de la legalidad administrativa en el marco de un proceso punitivo, lo que no tiene nada de extraordinario sino que es absolutamente común (asuntos tributarios, medioambientales y urbanísticos, y otros muchos en los que los tipos penales se integran mediante remisiones a la legalidad administrativa), que en el caso de los actos dictados como consecuencia de una infracción penal. Estos últimos no tienen porqué ser necesariamente objeto de enjuiciamiento en el proceso penal, e incluso, pueden no llegar a ser conocidos por el tribunal que está enjuiciando el delito».

Por el contrario, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, I, 18.ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, pág. 675, afirman que el art. 3 LECrim, «no extiende la competencia de los Tribunales penales a la declaración de nulidad de los actos administrativos implicados en el proceso penal, sino que limita expresamente el conocimiento y valoración de los mismos al solo efecto de represión, esto es, a efectos de la constatación del delito y de la imposición de la pena correspondiente, para llegar a las cuales es imprescindible el juicio previo de la legalidad de aquellos actos. Se perfila así con toda nitidez una solución distinta a la que venimos criticando, una solución que remite necesariamente a la incoación posterior a la sentencia penal y sobre la base de ésta de un procedimiento administrativo específicamente dirigido a la anulación de los actos administrativos prejudicialmente valorados por aquella sentencia, procedimiento en el que habrán de estar presentes como interesados necesarios los terceros a cuyo favor deriven derechos de aquellos actos (...) y en el que podrían y deberían modularse los efectos de la declaración de nulidad en los términos del artículo 110».

<sup>7</sup> STS de 2 de octubre de 2001, Sala 3.ª, rec. cas. 4630/1997, Ponente: Maurandi Guillén: «A) La lectura de lo establecido en los arts 10.4 LOPJ y 4 LJCA no permite interpretar, como parece sostenerse por el recurrente de casación, que el mero planteamiento de una cuestión prejudicial penal, por uno de los litigantes, imponga al tribunal contencioso-administrativo la necesaria suspensión de oficio del proceso contencioso-administrativo, y aunque no conste la iniciación de un proceso penal.

A falta de esa iniciación, la suspensión de oficio requeriría, en su caso, para resultar justificada o procedente, que el tribunal contencioso-administrativo apreciara indicios serios sobre hechos posiblemente delictivos, y, además, de influencia decisiva sobre la cuestión principal debatida en el proceso contencioso-administrativo.

B) No consta que antes de dictarse la sentencia aquí recurrida de casación se hubiera acreditado ante la Sala “a quo” la iniciación de un proceso penal, y tampoco las actuaciones de instancia permiten apreciar esos indicios que resultarían inexcusables.

El contenido de ese polémico “Acuerdo de Gobierno” no revela una presión sobre la voluntad de alguno de los firmantes, ni tampoco la promesa de una entrega inequívocamente ilegal como contraprestación del apoyo político que en dicho pacto se conviene.

contencioso-administrativa, es fundamental que «la resolución penal sea imprescindible para la del recurso contencioso-administrativo por existir una relación directa entre las cuestiones»<sup>8</sup>. La determinación de esta correspondencia directa entre los dos tipos de procesos es eminentemente casuística y tiene mucho que ver con las circunstancias concretas del caso y con los requisitos propios de la prevaricación administrativa<sup>9</sup>. Por otra parte, la exigencia de que exista esta relación directa y decisiva entre lo que determine la resolución penal y lo que deba decidir la jurisdicción contencioso-administrativa evita también que la mera invocación de una cuestión prejudicial penal se transforme en manos de las partes en una artimaña procesal dirigida

Lo que aparece es un proyecto de acción política sobre determinados problemas del municipio, aunque esté formulado en términos muy genéricos, y un compromiso de asignar determinadas funciones de gobierno municipal, pero este último tampoco presenta visos de necesaria ilegalidad.

C) El impulso procesal corresponde al órgano jurisdiccional, no a las partes litigantes (arts. 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 307 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que estas últimas no pueden imponer a aquél el curso que ha de darse al proceso.

Por tanto, conferido traslado al Ayuntamiento para que formalizara la contestación a la demanda, este trámite debió realizarlo, y de esta obligación no le eximía ese planteamiento de cuestión prejudicial penal que formuló. La apreciación de la existencia o no de tal prejudicialidad es competencia exclusiva del Tribunal, y, por esta razón, el demandado debió prever el eventual fracaso de su planteamiento y presentar con carácter subsidiario la correspondiente contestación. Y si no lo hizo así sólo a él le son imputables las consecuencias de su inactividad».

<sup>8</sup> STS 13 de septiembre de 2002, Sala 3.ª, rec. cas. 2347/1998, Ponente: Martín González: «Ha de destacarse, en primer término, que tal cuestión de suspensión o paralización del proceso contencioso-administrativo por razón de la existencia de un procedimiento penal por prevaricación y tráfico de influencias ante un Juzgado de Instrucción contra determinados concejales, fue contundentemente resuelta, con argumentos exhaustivos, por cierto, en el Auto de la Sala de Instancia de 8 de enero de 1998 en el sentido de que no procedía la suspensión del proceso contencioso-administrativo, contra la que, también por cierto, cabía recurso de súplica, que no se interpuso, pese a que consta notificado y a que su contenido fue bien conocido –o pudo serlo– por la parte que ahora, en casación, parece oponerse a él, de modo que, a efectos de este recurso de casación, bien cabe entender que obtuvo firmeza y que, en definitiva, la no suspensión o paralización del proceso contencioso-administrativo es una decisión que ahora resultaría inobjetable, en principio, mas, para agotar la cuestión, cabe invocar también que, a tenor de los arts. 4.1 de la Ley de esta Jurisdicción y 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ciertamente exceptúan la excepción de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales de carácter penal (en términos equivalentes a los de los arts. 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que resulta de aquéllos no es ni puede ser nunca cobijo de una artimaña procesal frecuente consistente en promover una querrela penal para obtener una suspensión deseada, puesto que sólo habrá lugar a esta suspensión o paralización del recurso contencioso-administrativo cuando la causa penal ostente tal relieve que, sin su previo conocimiento y decisión en el ámbito del proceso penal, resulte imposible decidir sobre lo planteado en el recurso contencioso-administrativo –o, dicho de otro modo– cuando la resolución penal sea imprescindible para la del recurso contencioso-administrativo, por existir una directa relación entre las cuestiones, lo que aquí obviamente no sucede, sea cual sea el resultado de la causa penal, puesto que lo que se halla en juego son aspectos que, relacionados con el Decreto impugnado, implican o pueden implicar violación de fundamentales derechos, al privarse a unos Concejales de la posibilidad de debatir y de votar en una moción de censura, que es lo que, juntamente, se ventila en el proceso contencioso-administrativo, como explica con acierto la Sala de Instancia en el Auto de 8 de enero de 1998 con argumentos que esta Sala comparte, y cuando el objeto de la cuestión penal no incide en el ámbito de este recurso, lo que impone la desestimación de tal primer motivo de la casación».

<sup>9</sup> Paradigma de lo que se dice podría ser el caso contemplado por la STSJ Galicia, núm. 733/2014, de 10 de diciembre, Sala de lo Contencioso, rec. Apelación 240/2014, Ponente: Chaves García, ECLI: ES: TSJGAL: 2014: 8604. El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Pontevedra, de 31 de marzo de 2014 había acordado la suspensión del proceso seguido ante él, por existir una cuestión prejudicial penal (en concreto, existían unas diligencias previas ante el Juzgado de Instrucción núm 2 de los de Pontevedra). El acto administrativo del que conocía el Juzgado de lo Contencioso era la Resolución de 23 de octubre de 2012, confirmada en alzada, por la que se elevaban a definitivas las puntuaciones otorgadas a los aspirantes presentados a la convocatoria para la provisión del puesto de Jefe del servicio de Psiquiatría de un determinado complejo hospitalario. La Administración recurre el Auto del Juzgado de lo Contencioso, por estimar improcedente el planteamiento de la cuestión prejudicial. Argumento que el TSJ rechaza en los siguientes términos: «...la cuestión prejudicial requiere la mera influencia decisiva de la cuestión penal sobre la contencioso-administrativa hasta el punto que el legislador ha otorgado prevalencia y prioridad a esa valoración efectuada en la causa penal, lo que resulta especialmente patente en el caso ahora analizado puesto que la demanda contencioso-administrativa gira en torno a un posible plan preconcebido para sortear los principios de mérito y capacidad, constando la denuncia por comisión de delitos de prevaricación, tráfico de influencias y falsedad documental frente al Gerente del Complejo Hospitalario [...] y los miembros de la Comisión de Evaluación de los méritos de los dos candidatos a la plaza de Jefe del Servicio de Psiquiatría [...] turnada al Juzgado de Instrucción núm 2 [...] es clara la conexión e incidencia directa de las actuaciones penales con la actuación administrativa impugnada [...] En el caso que nos ocupa, el núcleo de la decisión administrativa cuestionada (adjudicación de plaza de Jefe de Servicio), se vincula a dos actuaciones administrativas que están teñidas de discrecionalidad, o sea, se amparan en una potestad con amplio margen de libertad y confianza en el recto criterio de quien la usa (en particular el diseño o impulso de la convocatoria y su concreta aplicación por la Comisión al valorar los aspirantes) de manera que el ataque penal sobre la posible parcialidad y predeterminación de la actuación impugnada sobre la posible parcialidad y predeterminación de la actuación impugnada por posible prevaricación, tráfico de influencias o falsedad reviste influencia directa pues su apreciación o estimación penal comportaría no solo la nulidad de la actuación administrativa por fuerza del art. 61, apartado d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sino que privaría de toda legitimidad a la potestad discrecional que desembocó en la actuación impugnada, además de desvelar la existencia de motivos de abstención (...) y encerrar el vicio de la desviación de poder. Asimismo, hacemos notar que la base de la suspensión del litigio es la existencia de un escenario fáctico común, sin que resulte admisible que unos mismos hechos puedan existir y no existir según la jurisdicción que los enjuicie».

a suspender y paralizar el proceso contencioso-administrativo<sup>10</sup>. Evidentemente, la determinación de si la decisión penal tiene o no una influencia decisiva en el proceso contencioso-administrativo es una decisión que compete al juez contencioso-administrativo, y que presenta un alto grado de discrecionalidad<sup>11</sup>

III. Advertida esa influencia decisiva entre la resolución penal y la contencioso-administrativa, y a falta de una regulación propia en la LJCA, el régimen jurídico de la cuestión prejudicial penal se atiene a lo previsto en los arts. 40 y 41 LEC<sup>12</sup>. En virtud del apartado 2.º del primero de estos preceptos la suspensión de las actuaciones contencioso-administrativas se condiciona, por una parte, a que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso contencioso-administrativo; y, por otra parte, según ya hemos anticipado, a que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto contencioso-administrativo<sup>13</sup>.

Además, la existencia de una cuestión prejudicial no determina por sí sola y desde el mismo instante en que se aprecia, la suspensión del proceso contencioso-administrativo, la cual «se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia» (art. 40.3 LEC), extendiéndose esta suspensión hasta que se acredite que el juicio criminal haya terminado o que se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación (art. 40.6 LEC)<sup>14</sup>. Sólo para los casos en que la suspensión venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados, la suspensión «se acordará, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto» (art. 40.4 LEC).

IV. Junto a los dos vías indicadas, habría también un tercer camino para que el juez penal aprecie la concurrencia, en su caso, de un delito de prevaricación administrativa. Consiste esta posibilidad en que, con posterioridad a la anulación de un acto en vía contencioso-administrativa, se lleve la actuación administrativa ante la jurisdicción penal con vistas a que ésta declare la existencia de responsabilidad penal para con respecto a los autores del acto administrativo anulado. La procedencia de esta vía requiere algunas matizaciones. La primera y más evidente es que no toda anulación de un acto administrativo permite sin más al juez penal estimar que existe prevaricación<sup>15</sup>. Para ello, es preciso que se den los requisitos propios de la prevaricación administrativa y, de entre ellos, es necesario que se de un verdadero «torcimiento del derecho» y no cualquie-

<sup>10</sup> De «artimaña procesal» se habla precisamente en el fundamento transcrito en nota anterior de la STS de 13 de septiembre de 2002.

<sup>11</sup> Con gran claridad lo expresa MORCILLO MORENO, J. (2007): *Teoría y práctica...*, pág. 290, quien señala además los límites de tal discrecionalidad: «con todo, la apreciación de la existencia o no de prejudicialidad es algo discrecional por parte del juez, sin que a ello obste la existencia de recursos contra la decisión que aquél adopte. Así, suscitada una cuestión penal en el seno de un proceso contencioso-administrativo, al juez administrativo corresponde únicamente, en uso de una facultad discrecional, determinar si tal cuestión de naturaleza penal reúne o no los requisitos que la convierten en prejudicial respecto al objeto principal del proceso administrativo; pero, constatado el vínculo prejudicial, finaliza la discrecionalidad del juez administrativo dejando paso a la obligación de éste de suspender, llegado el momento procesal oportuno, el proceso administrativo para la correcta resolución de la cuestión prejudicial por el juez penal».

<sup>12</sup> Sobre esta supletoriedad, véase SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2010): «Comentario al art. 4º», en *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario*, Madrid: lustel, págs. 114-119.

<sup>13</sup> Como relata MORCILLO, J. (2007): *Teoría y práctica...*, págs. 291-293 y nota 282, en virtud de lo prevenido en el art. 40.1 LEC, el planteamiento de la cuestión prejudicial puede hacerse de oficio por el juez administrativo, poniendo –mediante providencia– los hechos presumiblemente delictivos en conocimiento del Ministerio Fiscal. Éste emitirá dictamen al respecto, «no tanto sobre existencia de la cuestión prejudicial –pues tal extremo corresponde de un modo discrecional al juez–, cuanto sobre la procedencia o no de la formación de la causa penal». A la vista del dictamen, el juez contencioso-administrativo instará del juez penal la incoación del proceso penal, «tras, cuya acreditación podrá el juez, en el momento procesal oportuno, acordar la suspensión del proceso principal».

<sup>14</sup> Aunque referida al derogado art. 362 LEC, hay una buena exposición de las posiciones jurisprudenciales seguidas con respecto a los momentos para el planteamiento de la cuestión prejudicial penal en la STSJ Islas Canarias 569/2004, de 21 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. 726/2001, Ponente: Suárez Tejera.

<sup>15</sup> Como dice la SAP de Cantabria, núm. 12/2004, de 28 de mayo, proc. Abreviado 8/1997, Ponente: De la Hoz de la Escalera, «no hay duda de que aquel acto administrativo, decisorio y positivo y apto en principio para ser base de un delito de prevaricación, no era ajustado a Derecho, pero tal realidad jurídica actualmente conocida no es bastante para poder afirmar la perpetración del delito, pues, como queda dicho, es preciso constatar además de forma indudable que la resolución es injusta, arbitraria en notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico, que suponga, como indican muchas sentencias del TS, entre ellas, la de 25 de septiembre de 2001, un verdadero torcimiento del Derecho».

En el supuesto contemplado por la sentencia parcialmente transcrita, el Tribunal Contencioso-Administrativo había anulado el acto, puesto que los funcionarios municipales no podían paralizar unas obras de Red Eléctrica porque la competencia era estatal. Sin

ra otra ilegalidad administrativa<sup>16</sup>. Por tanto, la posición del juez penal resulta aquí completamente autónoma e independiente con respecto a lo que haya podido decir al respecto la jurisdicción contencioso-administrativa cuando anuló el acto. Tal autosuficiencia del juez penal es además trasunto de la posición que, en general, ostenta a la hora de plantear o no una prejudicialidad administrativa con arreglo a lo dispuesto en los arts. 3 y 4 LECrim. En este sentido, la jurisprudencia penal se muestra extraordinariamente cicatera a la hora de admitir que el juez penal plantee una prejudicialidad administrativa que le ayude a apreciar si se dan o no los elementos de la prevaricación administrativa o de cualquier otro delito<sup>17</sup>: como regla, la jurisprudencia penal sostiene que el juez penal, por sí mismo y sin plantear prejudicial administrativa alguna, debe condenar o sobreseer, según aprecie o no con plena autonomía la concurrencia de los requisitos del delito de prevaricación<sup>18</sup>. Con rotundidad lo expresa, por ejemplo, la SAP de Sevilla 193/2000, de 18 de septiembre<sup>19</sup>.

Mas, junto a la matización indicada, cabe formular otra segunda. La anulación del acto en vía contencioso-administrativa ha podido destapar y poner de relieve los elementos suficientes para que pudiera entablarse posteriormente una acción penal contra la autoridad o el funcionario que dictaron el acto anulado por entender que en su dictado hubiese podido mediar un delito de prevaricación administrativa. En tales casos,

embargo, desde el punto de vista hermenéutico, la cuestión competencial era tan compleja que la valoración e interpretación realizadas por los funcionarios «no era en absoluto irrazonable, absurda y sin sentido».

<sup>16</sup> SAP 12/2004, de 28 de mayo.

<sup>17</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado...*, pág. 199, dice que «la autosuficiencia de la jurisdicción penal se ha exacerbado hasta el extremo de que solicitar de ella la suspensión del procedimiento para que otra jurisdicción resuelva previamente cualquier extremo jurídicamente conflictivo sería un desconocimiento de sus comportamientos habituales verdaderamente ingenuo». Esta libertad sólo encontraba una excepción con respecto a los delitos de intrusismo profesional, ya que durante una época la jurisprudencia constitucional estimaba los recursos de amparo interpuestos contra sentencias condenatorias por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 30/1996, 50/1996, 91/1996, 102/1996 y 255/2000), al apreciar contradicción entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa sobre la validez del título empleado para el ejercicio de la profesión, lo que en la práctica se traducía en que el juez penal se veía obligado a plantear una prejudicial administrativa devolutiva para que la jurisdicción contencioso-administrativa se pronunciase sobre la validez administrativa del título profesional [cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, II, 15.ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, pág. 632]. Sin embargo, tal doctrina constitucional se vio enormemente matizada, como explica la STS, núm. 1490/2001, de 24 de julio, Sala 2.ª, rec. cas. 3204/1999, Ponente: Conde-Pumpido Tourón, a partir de la STC 278/2000, de 27 de noviembre, que desestimó el recurso de amparo interpuesto contra una condena por delitos de estafa y falso testimonio, fundado en la supuesta obligatoriedad del planteamiento previo de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil, de la que dependía la concurrencia de un elemento básico del tipo delictivo de estafa. En esta resolución, como explica el TS, se destaca acertadamente que «normalmente carece de relevancia constitucional la posibilidad de que puedan producirse resultados contradictorios entre órganos judiciales de distintos órdenes, cuando la contradicción es consecuencia de los distintos criterios informadores del reparto de competencia que ha llevado a cabo el legislador».

Añadiendo el Tribunal Constitucional, con carácter general, que «en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente».

Es decir que el propio Tribunal Constitucional admite: a) que no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de una cuestión prejudicial; b), que corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones; c) que a lo que está obligado el Tribunal penal es a respetar el pronunciamiento previo del orden jurisdiccional genuinamente competente, cuando la cuestión ya esté resuelta por éste.

Concluyendo el Tribunal Constitucional en dicha resolución (STC 278/2000, de 27 de noviembre, fundamento jurídico séptimo, «in fine») que cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española».

<sup>18</sup> Críticamente contra esta autosuficiencia de la jurisdicción penal y lo que ella puede implicar en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, MORCILLO, J. (2007): *Teoría y práctica...*, cit., págs. 487-489.

<sup>19</sup> SAP de Sevilla, núm. 193/2000, de 18 de septiembre, rec. apelación 4369/2000, Ponente: De Paúl Velasco: «...como bien apunta la Magistrada "a quo", la configuración del delito de prevaricación determina que si puede existir alguna duda razonable acerca de la conformidad a Derecho de la resolución dictada que deba ser dirimida por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo tal situación de auténtica prejudicialidad deberá acarrear, no la suspensión del proceso penal, sino su conclusión por auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, al estar ausente el decisivo elemento típico de arbitrariedad de la resolución; mientras que, por el contrario, cuando dicha arbitrariedad sea apreciable con la seguridad exigible en vía penal, por ello mismo no será precisa la previa decisión del orden contencioso-administrativo sobre la legalidad o ilegalidad de la resolución para determinar la culpabilidad o inocencia del imputado, y el órgano judicial penal podrá pronunciarse al respecto, conforme a los artículos 3 de la Ley de Enjuiciamiento y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, adquiriendo entonces la pretendida prejudicialidad devolutiva el carácter de un mero efugio tendente a retardar la acción de la justicia penal o a vaciar materialmente de competencia a sus órganos. En el primer sentido expuesto puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994, y en el segundo la de 20 de enero de 1996».

es evidente que la sentencia condenatoria penal carecerá de trascendencia alguna con respecto a la sentencia contencioso-administrativa que anuló ya el acto administrativo objeto de la prevaricación, sentencia que se encontrará pertrechada por los efectos de la cosa juzgada y que, *in extremis*, sólo podría ser objeto de un recurso extraordinario de revisión si se dan los presupuestos exigibles para su planteamiento.

V. Los problemas que se suscitan en todos estos casos es que la anulación del acto administrativo por parte de la jurisdicción contencioso-administrativo ha podido producirse por una causa que no es de estricta nulidad, sino de anulabilidad. Con independencia de que, como anticipamos, en la práctica los efectos de una y otra hayan terminado por aproximarse, lo cierto es que el acto administrativo ha podido ser anulado por desviación de poder y, sin embargo, haya servido para desvelar ahora elementos que conformen una condena penal por prevaricación administrativa. No es infrecuente en este sentido encontrarnos con sentencias del orden contencioso-administrativo que, anulando el acto por desviación de poder, dejan caer como *obiter dicta* la posibilidad de que el acto administrativo pudiera ser, a su vez, expresión de una prevaricación administrativa. No obstante, si el razonamiento no pasa de ahí, esto es, si ni los demandantes ni el juez contencioso-administrativo excitaron la intervención de la jurisdicción penal mediante el pertinente planteamiento de la cuestión prejudicial penal, el mismo acto terminará siendo visto de dos formas diferentes según cuál sea la jurisdicción que lo observe: para el orden contencioso-administrativo será un acto incurso en desviación de poder y para el juez penal, en cambio, el dictado de dicho acto obedecerá y servirá de base para condenar por la comisión de un delito de prevaricación administrativa. Una distinta mirada que tendrá mucho que ver con el celo que se haya mostrado en la vía contencioso-administrativa a la hora de desentrañar si el acto objeto del recurso presentaba indicios suficientes para determinar que su dictado encerraba la realización de un delito de prevaricación administrativa<sup>20</sup>

VI. Ante esta situación, la cuestión que inmediatamente aflora es la siguiente: ¿desviación de poder y prevaricación administrativa pueden devenir en algunos casos categorías intercambiables? ¿existen diferencias conceptuales nítidas entre una y otra? Las interrogantes planteadas son importantes, puesto que, como ya dijimos, la LPAC parece partir de la premisa de que las diferencias entre desviación de poder y prevaricación son claras, reservando, por tanto, distintas consecuencias jurídicas para los actos administrativos según estén inmersos en prevaricación administrativa o se hallen afectados por desviación de poder.

En lo que concierne a la desviación de poder, tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa tienen trazadas unas líneas conceptuales claras. Para nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, la desviación de poder implica, como se sabe, los siguientes requisitos:

- a) En la desviación de poder se incurre tanto si se persigue un fin público como un fin privado, ya que, como nos recuerda el art. 70.2 LJCA, lo relevante es que se ejercite una potestad administrativa para un fin distinto del fijado por el ordenamiento jurídico para dicha potestad.
- b) Aunque se produzca con mayor frecuencia en el ejercicio de potestades discrecionales, en principio nada obsta a que se dé también con ocasión del ejercicio de potestades regladas.
- c) Puede concurrir con otros vicios del acto o constituir, por el contrario, el único vicio que el acto administrativo presente; sin embargo, en el primer caso, aquellos otros vicios de invalidez deben ser examinados antes que el de la desviación de poder.
- d) Probar la desviación de poder es una carga que incumbe a quien la alega.
- e) Por último, como probar plenamente la desviación de poder no es tarea fácil, la jurisprudencia contencioso-administrativa admite los indicios y las presunciones como medios de prueba, siempre que el empleo de éstos lleven al juez a la razonable convicción de que en el acto administrativo objeto de control existe una desviación de poder<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> En cualquier caso, no hay que perder de vista lo que dispone el art. 40.1 LEC, cuya supletoriedad con respecto a la LJCA ya ha quedado destacada más atrás: «Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal».

<sup>21</sup> A los requisitos indicados en el texto, que son los que más asiduamente se citan como doctrina jurisprudencial, MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, III, 4.ª ed., Madrid: BOE, pág. 280 añade, con base en las SSTs de 5 de octubre de 1983 y de 3 de febrero de 1984, la posibilidad de que la desviación de poder pueda consistir «tanto en un hacer activo como en la deliberada pasividad cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva».

Por otro lado, en lo que respecta al delito de prevaricación administrativa, regulado en el art. 404 CP<sup>22</sup>, la jurisprudencia penal también tiene sentados unos rasgos muy nítidos.

- a) Tanto el concepto de funcionario como el de autoridad pública se interpretan en un sentido amplio, comprensivo de cualquier forma de participación en el ejercicio de funciones públicas, independientemente de cuál sea el modo de elección o selección de este personal; su forma de retribución; la naturaleza estatutaria o laboral de la relación jurídica que lo vincule con la Administración, o el carácter permanente o temporal de dicha relación<sup>23</sup>.
- b) La jurisprudencia penal relaciona el concepto de resolución administrativa con toda aquella resolución –dictada en asunto competencia de la Administración– que posea en sí misma un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la Administración<sup>24</sup>. Tal conceptualización excluye, en principio, los denominados actos políticos del Gobierno, así como la gran mayoría de los actos de trámite que se vierten durante el procedimiento administrativo. De todos modos, hay que recordar que para determinados actos de trámite, como los informes, el CP prevé la existencia de tipos específicos<sup>25</sup>.
- c) Asimismo, pese a sus iniciales reticencias al respecto<sup>26</sup>, la jurisprudencia penal ha terminado por admitir la comisión por omisión del delito de prevaricación administrativa para aquellos casos es-

---

Asimismo, precisa que la jurisprudencia del Tribunal Supremo acepta también que la desviación de poder «pueda producirse con ocasión del ejercicio de potestades no decisorias, sino puramente procedimentales o de trámite» [op. cit. pág. 282]

<sup>22</sup> Dice este precepto: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo, se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años».

<sup>23</sup> Hay que recordar que, junto al autor del delito de prevaricación –que tiene que ser siempre una autoridad o funcionario público en ese sentido lato que se expresa en el texto–, la jurisprudencia admite la figura del *extraneus* como inductor o cooperador. En este sentido, para que un *extraneus* pueda devenir inductor, es preciso, según la jurisprudencia penal, que: a) la inducción se ejerza sobre alguien que no está resuelto a delinquir previamente; b) la incitación sea intensa y adecuada; c) se induzca a la comisión de un delito determinado y a un autor concreto; y d) el inducido realice el delito. Por otra parte, para que un *extraneus* pueda ser considerado cooperador de un delito de prevaricación administrativo es necesario que: a) se colabore con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *condictio sine qua non*); b) se colabore mediante la aportación de algo que no es fácil de obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos); y c) cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio de hecho). A todo ello, como afirma la SAP de Málaga, núm. 17/2017, de 20 de enero, proc. 10/2012, Ponente: Criado Gómez, «habría que añadir que debe concurrir en el partícipe *extraneus* el elemento intencional del tipo, en este caso, la colaboración para el dictado de una resolución injusta y arbitraria».

<sup>24</sup> Como dice la SAP de Asturias, núm. 271/1998, de 21 de mayo, proc. Abreviado 40/1996, Ponente: Donapetry Camacho: «no es solo el acto administrativo realizado por escrito que recibe tal denominación expresa, sino también todo acto positivo (...) generalmente escrito, pero también puede ser verbal (STS 7 de noviembre de 1986), dictado o realizado, o que debería dictarse o realizarse en un expediente administrativo en el que se resuelve o se decide algo (que no sea repetición de algo anterior o pura ejecución de una resolución superior), algo que tiene repercusión para otros o produce efectos para otras personas (pues un acto inocuo sin ninguna trascendencia para otros carece de relevancia jurídica)».

<sup>25</sup> De todos modos, hay que reconocer con GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (1997): *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 96, que si el acto de trámite posee carácter decisorio entraría claramente dentro del tipo. Por lo demás, como se dice en el texto, en relación con los informes se prevén tipos específicos en materia de ordenación territorial y urbanismo: «La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código, y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses» (art. 320.1). También en materia de patrimonio histórico: «La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses» (art. 322.1). Finalmente, asimismo se contempla un tipo penal específico en materia de industria: «La autoridad o funcionario pública que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses».

Además de lo expuesto, sí podría castigarse como prevaricación administrativa la falta de informes o trámites preceptivos, pues, como señala GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (1997): *op. cit.*, pág. 90, «no se trata de un comportamiento omisivo, sino claramente positivo o activo, pues sí se dicta una resolución expresa, eso sí, omitiendo exigencias procedimentales básicas. Y justamente su ausencia convierte a la resolución en arbitraria».

<sup>26</sup> Este «giro jurisprudencial» del que da noticia la STS de 27 de diciembre de 1995, Sala 2.ª, Rec. 36/95, Ponente: Bacigalupo Zapater, fue finalmente reconocido por el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 30 de junio de 1997. Aunque en esta breve colaboración no podamos entrar con profundidad en el tema, hay que recordar que este Acuerdo vino fundamentalmente moti-

peciales en los que es imperativo para el funcionario dictar la resolución y la omisión tiene efectos equivalentes a una denegación (STS de 27 de diciembre de 1995), o «bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea preciso legalmente dictar una resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos» (ATS de 10 de abril de 2018)<sup>27</sup>.

- d) El art. 404 CP remarca además el carácter doloso del tipo («a sabiendas»), esto es, el autor tiene plena conciencia de que está dictando una resolución con total apartamiento del derecho. La injusticia y la arbitrariedad en la que incurre la resolución constituyen, por consiguiente, rasgos fundamentales a la hora de decantar cuándo estamos ante la comisión de un delito de prevaricación administrativa. La jurisprudencia penal suele ser bastante rotunda al respecto valiéndose del empleo de expresiones muy contundentes reveladoras de ese choque frontal con el ordenamiento jurídico: resolución que se presenta como «contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico»; resolución cuyo ajuste a la legalidad no es «sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación jurídica»; o, en suma, resolución «falta de una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor». En alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha apelado incluso a la «cultura general» como crisol mediante el que cualquier persona, aunque carezca de especiales conocimientos jurídicos, puede constatar por sí misma la existencia de una resolución administrativa arbitraria e injusta<sup>28</sup>. La falta absoluta de competencia en la autoridad o funcionario que dicta la resolución; la

vado por la redacción primitiva de la Ley 30/1992, que, como se recordará, consideraba actos presuntos tanto a los que se producían en virtud del silencio positivo como a los que resultaban de un silencio negativo, que podían ser considerados como una desestimación presunta, esto es, como un acto administrativo denegatorio. Sin embargo, tal situación, según nos consta, cambió radicalmente con la modificación de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (y que sustancialmente sigue en este punto la Ley 39/2015, de 1 de octubre), puesto que, a partir de ese momento, sólo el silencio positivo provocaba un verdadero y genuino acto administrativo, quedando relegado, en cambio, el silencio negativo a una mera ficción de acto que abre las vías del recurso administrativo y/o jurisdiccional. Por tanto, esta matización es importante, en la medida en que el silencio negativo ya no es expresión de una resolución denegatoria y no podría hacer los efectos de ésta a la hora de constituir una comisión omisiva del delito de prevaricación. Incluso antes de que se operase la modificación legislativa de la Ley 30/1992, esta conclusión era también la mantenida por algunos penalistas como GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (1997): *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, quien, en contra de lo sostenido por otro sector de la doctrina penal (OCTAVIO DE TOLEDO, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, entre otros), entendió que ni el silencio positivo, ni el negativo podían servir de base para una incriminación por delito de prevaricación administrativa. El silencio negativo porque «es una ficción procesal para facultar el acceso a la vía judicial y a la vía revisora de la propia Administración, pero nunca resuelve, siempre se recurre contra la presunta denegación» (pág. 87). Y el silencio positivo, porque «nunca puede crear derechos contrarios a la ley o inexistentes» (*ibidem*). De modo que, concluye GONZÁLEZ CUSSAC, «resolución expresa se contraponen a resolución presunta. Es decir, para evitar la paralización de la función pública se presupone una resolución, pero ésta no existe todavía, es una mera hipótesis, una ficción jurídica. Todavía no se ha decidido en un sentido o en otro, de ahí que no se exonere a la Administración de resolver expresamente (...) Y desde luego no parece aconsejable castigar penalmente una conducta con el solo apoyo de una ficción (...) Castigar por una resolución presunta, además de inadmisibles en un Derecho Penal actual, sería prácticamente imposible: piénsese, por ejemplo, en la masificación de determinadas Administraciones Públicas» (pág. 89).

<sup>27</sup> El Auto del TS de 10 de abril de 2018, Sala 2.ª, rec. cas. 20573/2017, Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, ECLI: ES: TS: 2018: 3708A, citado en texto, además de relatar toda la doctrina jurisprudencial sobre la comisión por omisión del delito de prevaricación administrativa, hace relación de algunos ejemplos en que las sentencias del TS han admitido su existencia: Alcalde que no convoca Pleno para debatir una moción de censura; Alcalde que, por enemistad con un vecino, se niega a darle el certificado de empadronamiento solicitado por éste; Alcalde que se niega a convocar una comisión de investigación y darle datos a un concejal. Sin embargo, en el caso contemplado por el referido Auto, no se advierte prevaricación en la actitud del Alcalde que se negaba sistemáticamente a las peticiones del Interventor de dotar de mayores medios materiales y técnicos a los servicios de auditoría. Sí existe, en cambio, prevaricación administrativa, para la SAP de Palencia 41/2000, de 12 de junio, rec. apelación 44/2000, Ponente: Coullaut Ariño, en la negativa a otorgar escritura pública por parte de la Alcaldesa, negativa basada en errores banales y opiniones no formalizadas de algunos asesores y particulares que le expresan que el expediente de enajenación es nulo. Para el órgano jurisdiccional, hay que estar a la presunción de validez del acto de enajenación, presunción que no ha sido desvirtuada por la estimación de recurso alguno y que, en consecuencia, obliga a la práctica de la correspondiente escritura pública.

Sí es posible apreciar también comisión por omisión de delito de prevaricación administrativa en aquellos casos de disciplina urbanística en los que, apreciada por los servicios de inspección una situación de irregularidad urbanística (realización obra sin licencia o realización de obra que conculca manifiestamente los términos de la licencia otorgada), no se decreta inmediatamente la suspensión cautelar de las mismas por parte del Alcalde; inactividad con la que contribuye a la consolidación de derechos (STS 82/2017, de 13 de febrero, Sala 2.ª, rec. cas. 729/2016, Ponente: Conde-Pumpido Tourón).

<sup>28</sup> STS 257/2005, de 28 de febrero, Sala 2.ª, rec. cas. 1304/2004, Ponente: Andrés Ibáñez. En esta sentencia de lo que se trata es de un delito de prevaricación continuada del Director de Un Concello, quien en régimen de dedicación no exclusiva, propuso al Pleno la aprobación de una Base de Ejecución presupuestaria mediante la cual pasaba a cobrar 15.000 pesetas/diarias por concepto de asistencia al Ayuntamiento y a las Comisiones, o sea todos los días del mes. Señala en este sentido el TS que «los datos relativos a retribuciones, según la categoría de la dedicación, son, puede decirse, de cultura general, tratándose de personas instruidas que tengan alguna relación, en este caso, con la Administración Local. Y, en segundo término, porque es imposible que el acusado, como

carencia en el acto de los requisitos formales indispensables a su propio contenido sustancial<sup>29</sup>; la omisión del procedimiento legalmente establecido o la falta de respeto a las normas esenciales del mismo constituyen, según la jurisprudencia penal, indicios que, cuando se siguen «a sabiendas» de que se está dictando una resolución con total apartamiento del derecho, dan lugar a la realización del delito de prevaricación administrativa<sup>30</sup>.

**VII.** Los rasgos diferenciadores de la desviación de poder y del delito de prevaricación administrativa parecen, por tanto, nítidos y sus consecuencias jurídicas en materia de invalidez son, como también nos consta, muy diferentes. Sin embargo, ya anticipamos que no es infrecuente que, en ocasiones, ambas instituciones se entrecrucen, dando lugar a resultados tan aparentemente contradictorios como que en el ámbito contencioso-administrativo se anule el acto por desviación de poder, y que posteriormente, la jurisdicción penal condene a los autores de la resolución anulada por prevaricación administrativa. Esta aparente antinomia puede derivar bien de la receptividad que el juez contencioso-administrativo muestre a la hora de suspender el proceso contencioso-administrativo para suscitar una cuestión prejudicial penal de carácter devolutivo; bien de que los hechos castigados como delito de prevaricación no guarden en realidad incidencia directa y decisiva con el objeto del proceso contencioso-administrativo, haciendo, por tanto, completamente innecesario que el juez contencioso-administrativo paralice aquel proceso para esperar un pronunciamiento al respecto de la jurisdicción penal.

Esto último es lo que acontece, por ejemplo, en el caso examinado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, núm. 129/2000, de 11 de febrero. La Alcaldesa de un municipio catalán había firmado directamente un contrato laboral para cubrir la plaza de Gerente. Celebradas elecciones municipales, la nueva Corporación nacida de las urnas modifica la relación de puestos de trabajo y declara lesivo el contrato, postulando la anulación de éste ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pretensión que es desestimada por el TSJ, puesto que, según éste, lo que se tenía que haber declarado lesivo debió ser el acuerdo que autorizaba la firma del contrato, pero no éste (que es una simple ejecución de aquél). Sin embargo, no es esto último lo que ahora nos interesa, sino la rotundidad con la que el TSJ deniega la solicitud de que se plantee una prejudicial penal, pese a que el otorgamiento del contrato se hizo –según la Corporación municipal recurrente– incurriendo la Alcaldesa otorgante en un delito de prevaricación administrativa:

«...al respecto ha de señalarse que el propio art. 10.2 LOPJ priva de efecto suspensivo cuando se puede prescindir de la cuestión prejudicial penal para la debida decisión (o no condiciona directamente su contenido) del asunto que se plantea en otro orden jurisdiccional (en este caso, el contencioso-administrativo) y ello es lo que ocurre en el presente caso, ya que la eventual condena penal por prevaricación de la Alcaldesa supondría, de un lado, que la sentencia penal contendría un juicio de ilegalidad jurídico-administrativa del acto para el solo efecto de la represión, según dispone el art. 3 de la LECrim, juicio que carecería de fuerza de cosa juzgada ante los Tribunales contencioso-administrativos, y de otro, un pronunciamiento añadido sobre la concurrencia de dolo específico para la comisión de ese delito».

---

cualquier aspirante a la Dirección, antes de plantearse esta opción, no hubiese realizado un estudio –por demás fácil– de las posibles alternativas en materia de retribuciones para saber a qué atenerse. Materia en la que, como demuestra el grado de sofisticación de los acuerdos obtenidos del Pleno, ha demostrado moverse con destreza y desde luego con interesada eficacia. Es por lo que a tenor de estas circunstancias, la ausencia de objeciones de parte de los sucesivos secretarios y de la Consejería no pueden tener el efecto neutralizador o sanatorio de la objetividad de la injusticia que pretende el recurrente».

<sup>29</sup> SAP de Asturias 271/1998, de 21 de mayo, proc. Abreviado 40/96, Ponente: Donapetry Camacho.

<sup>30</sup> No obstante, no siempre que existe falta de procedimiento o se sigue otro procedimiento, podemos hablar de la existencia de un delito de prevaricación, pues es necesario confrontar si se dan o no los otros rasgos que definen lo injusto y arbitrario. Por ejemplo, la STS 181/2012, de 15 de marzo, Sala 2.ª, rec. cas. 672/2011, Ponente: Colmenero Menéndez de Lúcar, ECLI: ES: TS: 2012: 1605, entiende que no hay falta de procedimiento a efectos penales cuando un Ayuntamiento ha seguido –sin omitir ninguno de sus trámites esenciales– el procedimiento de la permuta en lugar del de la enajenación, puesto que había decisiones jurisprudenciales y legislaciones de otras Comunidades Autónomas que avalaban la legitimidad de la permuta de cosa futura.

Por el contrario, existe, en cambio, falta de procedimiento en el supuesto contemplado por la STS 629/2013, de 19 de julio, Sala 2.ª, rec. cas. 261/2013, Ponente: Andrés Ibáñez, ECLI: ES: TS: 2013: 4108: un grupo de vecinos había solicitado al Alcalde que se habilitasen zonas de aparcamiento en su barriada. Dictando simplemente un Bando (por tanto, sin pliego de condiciones, ni instrumento de parecida índole), que justifica en razones de urgencia (que no solo no quedan constatadas en el expediente, sino que además resultan desmentidas por actos posteriores), el Alcalde lanza una oferta de compra de terrenos para destinarlos a aquel fin, y, desoyendo los informes de la Arquitecta y del Secretario sobre el elevado coste económico de los mismos en relación con los precios de mercado, adquiere los terrenos del Sr. A, con quien además ya había establecido conversaciones iniciales antes de dictar el Bando.

La incidencia directa y decisiva de la conducta prevaricadora sobre el objeto del proceso seguido ante la jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, el factor determinante para que el Tribunal contencioso decida plantear o no una cuestión prejudicial penal de carácter devolutivo. Si se plantea y la jurisdicción penal aprecia la existencia del delito, no se producirán disonancias en cuanto a los resultados entre lo fallado por una y otra jurisdicción, ya que, en principio, el Tribunal Contencioso-administrativo declarará la nulidad del acto administrativo por ser constitutivo de delito o dictarse como consecuencia de él. Al margen de esta incidencia directa, ni siquiera el hecho que, por ejemplo, la Administración ejerza sus potestades disciplinarias para sancionar a uno y no a todos los funcionarios que cometen la misma infracción disciplinaria constituirá un factor determinante para plantear la prejudicial penal, ya que tal circunstancia carece completamente de relevancia a la hora de decidir sobre la legalidad de la sanción disciplinaria impuesta<sup>31</sup>.

Junto a este extremo, que, como hemos visto, tiene que ver con la relación de inferencia directa existente entre el objeto del proceso contencioso-administrativo y el delito de prevaricación administrativa declarable por la jurisdicción penal, se dan también casos en los que, aun habiendo claros indicios sobre la existencia de tal inferencia, el juez contencioso-administrativo opta por no plantear prejudicial penal y por resolver el procedimiento anulando el acto por desviación de poder. Un paradigma de tal proceder lo representa la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso, núm. 82/2006, de 1 de junio: por los recurrentes se había alegado indistintamente prevaricación administrativa y desviación de poder en la actuación arbitraria del Alcalde que, al margen de lo previsto en las Bases de una Convocatoria de Oposiciones, sin ostentar –según éstas– competencia para ello, y sin seguir procedimiento alguno, anuló el primer ejercicio del proceso selectivo al contar con indicios de que uno o varios miembros de la comisión de selección podrían haber facilitado las preguntas a un concreto opositor. El TSJ declara la nulidad del acto por falta de competencia del Alcalde, por carencia de procedimiento y ¡por mediar desviación de poder en la actuación del Alcalde!<sup>32</sup>.

Lo más paradójico es que en ocasiones, el Tribunal Contencioso-Administrativo llega a reconocer incluso en que se está ante «un abuso de derecho y una manifiesta desviación de poder determinante de arbitrariedad y rayana, incluso, en la prevaricación»<sup>33</sup>. Pese a ello, no plantea cuestión prejudicial penal devolutiva, y anula el acto por desviación de poder, cierto que dándole efectos equiparables a los que se producen mediante la nulidad<sup>34</sup>. Ahora bien, si el Tribunal Contencioso-Administrativo tiene tan clara la concurrencia de un delito de prevaricación en el dictado del acto anulado, ¿porqué no suscita la correspondiente cuestión prejudicial penal para apreciar la nulidad del acto ex. art. 47.1 d) LPAC? ¿Es que, pese a poseer la desviación de poder y la prevaricación administrativa rasgos diferenciadores aparentemente tan nítidos, a la postre éstos se diluyen en la práctica y ambas figuras terminan por mistificarse?

Si se observan la desviación de poder y la prevaricación administrativa con algún detenimiento, se constata que, en principio, y de conformidad con los indicios que ha destacado la jurisprudencia penal, el acto prevaricador ofrece síntomas externos de invalidez que son constatables por cualquier aplicador del Derecho. La apelación, que en alguna sentencia penal se hace a que un hombre de cultura general y sin par-

<sup>31</sup> Este es el caso analizado por la STSJ de Galicia, núm. 446/2010, de 21 de abril, Sala de lo Contencioso, rec. apelación 133/2009, Ponente: Fernández Dotu, ECLI: ES: TSJGAL: 2010: 3599, En ésta, un funcionario a quien se había sancionado disciplinariamente por incumplir la normativa de incompatibilidades pide al TSJ que suspenda el proceso contencioso-administrativo hasta tanto se resuelven las diligencias previas planteadas contra las autoridades autoras del acto recurrido a las que se les imputan uno o varios delitos de prevaricación por omisión por no abrir expediente disciplinario a varios funcionarios que también están incumpliendo la citada normativa, «extremo éste que (según el TSJ), de prosperar, en nada afectaría, ni indirectamente a la cuestión que se debate en el presente pleito que versa sobre una concreta sanción impuesta al recurrente».

<sup>32</sup> También sucede así en la SJCA núm. 6 de Bilbao, núm. 62/2013, de 24 de mayo, rec. 150/2012, Ponente: Martínez Navas, ECLI: ES: JCA: 2013: 777. El recurrente impugna una serie de comisiones de servicio que se habían dado a una ertzainza para que estuviese bajo la jefatura de su esposo y obtuviese ventajas económicas. Alega conjuntamente prevaricación administrativa y desviación de poder. El Juzgado anula por esta última, aunque dándole a la anulabilidad efectos muy semejantes a la nulidad, ya que condena a la ertzainza beneficiada por las comisiones de servicio anuladas a devolver todos los haberes percibidos en razón de su irregular situación administrativa.

<sup>33</sup> STSJ de Galicia, núm. 90/2018, de 28 de febrero, Sala de lo Contencioso, rec. 286/2017, Ponente: López González, ECLI: ES: TSJGAL: 2018: 789.

<sup>34</sup> «Por más que la Administración sanitaria trate desesperadamente, en su escrito de apelación, de tergiversar la contrastada realidad de los hechos reseñados, no logra su torticero propósito. Más aún, con esa aviesa actitud, lo que hace es reafirmar la convicción judicial que, ya en la instancia, llevó a la Juzgadora a que a apreciar la existencia de una clara desviación de poder. La tesis de la parte demandada de que la reincorporación de la titular de la plaza determina el cese anticipado de quien le sustituye en la misma, resultaría acogible si no fuese porque aquella no se reincorpora voluntariamente, sino forzada por la Administración con el objeto de impedir, por esa anómala vía, la continuación de la sustitución (...) Y tal actuación por parte del SERGAS implica una evidente y censurable fraude de ley en cuanto se ampara en el texto de una norma para alcanzar un fin contrario al ordenamiento jurídico, un abuso de derecho y una manifiesta desviación de poder determinante de arbitrariedad y rayana incluso en la prevaricación».

ticulares conocimientos jurídicos puede constatar fácilmente la existencia de una conducta prevaricadora, denota cómo el acto administrativo incurso en prevaricación busca de propósito un resultado injusto y arbitrario, tan grosera y palmariamente contrario a Derecho que su consecución hiere los sentidos de cualquier ciudadano medio. Además, este resultado injusto –que constituye el dolo específico propio de la comisión de este delito– se hace acompañar, al igual que las enfermedades, de indicios, que son, en realidad, síntomas externos que nos dan noticia y advierten sobre la magnitud del torcimiento del Derecho que el acto administrativo persigue: en unos casos, quien dicta la resolución carece de competencia para dictarla; otras veces, el acto se dicta sin seguir procedimiento alguno o siguiendo unos trámites que solo pueden calificarse como esperpentos del procedimiento que debiera haberse seguido, etc.

Frente a ello, la enfermedad que padece el acto administrativo incurso en desviación de poder es más recóndita, puesto que no ofrece síntomas externos. Externamente, quien lo dicta tiene competencia; se ha seguido el procedimiento marcado legalmente; e, incluso, en ocasiones, el fin nuevo que se busca para el acto dictado no es intrínsecamente injusto desde un punto de vista substantivo. Es verdad que es contrario a Derecho en la medida en que tuerce o desvía la finalidad típica de una potestad para hacerle desempeñar otra distinta. Otra distinta que, como sabemos, no necesariamente se dirige a la satisfacción de un interés privado, sino a la preservación de un interés público, en muchos casos carente *hic en nunc* de otro instrumentos o técnicas capaces de preservarlo<sup>35</sup>. Por ello, para juzgar la desviación de poder no podemos quedarnos en los síntomas o en los análisis externos del acto en cuestión, sino que hay que penetrar en sus *interna corporis* para verificar, a través de su motivación y de los datos contenidos en el propio expediente, la finalidad con la que el acto se dictó<sup>36</sup>. Una finalidad, que insisto, no tiene porqué buscar necesariamente el logro de un interés privado ni de un interés injusto o arbitrario, sino que puede ser el logro de otro interés público a costa de forzar o de torcer la finalidad típica de la potestad administrativa – que sirve de cobertura al acto dictado.

Desviación de poder y prevaricación administrativa mantienen, por tanto, diferencias sustanciales entre ellas; diferencias que justifican el distinto tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensa a una y otra. Por tanto, la aproximación o mistificación entre ambas figuras sólo podría producirse con respecto a aquellos casos en que el chequeo de los *interna corporis* del acto dictado por la Administración pusiese de manifiesto que, pese a la normalidad exterior del acto, e incluso pese a su ajuste formal a la legalidad substantiva, el objetivo perseguido al dictarlo no ha sido otro que el de alcanzar un resultado arbitrario e injusto en contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico y sin que resulte posible efectuar una hermenéutica mínimamente razonable que permita descifrar una voluntad distinta de la nuda arbitrariedad de su autor<sup>37</sup>. Muy frecuentemente, estaremos ante uno de estos supuestos cuando la potestad se use para alcanzar un fin privado que resulte manifiestamente irreconciliable e incompatible con el interés público<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Podrían traerse aquí a colación los célebres casos en los que ante la falta de previsión expresión en la legislación de orden público, los entonces Gobernadores Civiles utilizaron las potestades derivadas del Código de Circulación para sancionar las «tractoras» auspiciadas por los agricultores [sobre este caso, véase LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2017): *Derecho Administrativo. Conceptos fundamentales, fuentes y organización* (dir. por M. Rebollo Puig y D. Vera Jurado y coordinado por M. Rebollo Puig), 3.ª ed. Madrid: Tecnos, pág. 158]. Como dijo al respecto la STS de 11 de febrero de 1993, Sala 3.ª, rec. 9731/1990, Ponente: Sánchez Andrade y Sal, «la Administración ha utilizado la potestad sancionadora de que le inviste el Código de la Circulación para fines ajenos a los que dicho texto protege, imponiendo las multas recurridas a unos hechos que constituían expresión del derecho de manifestación. En razón de ello, las multas impuestas conforme al Real Decreto 142/1978 que son objeto del presente proceso, no corresponden a los hechos sancionados, que –debemos repetirlo– constituían expresión del derecho de manifestación, y, en su caso, debieron ser castigados aplicando la legislación de orden público. Esta falta de relación directa entre la norma en que las sanciones se basan (el Código de la Circulación) y los hechos sancionados y el consiguiente uso indebido que la Administración ha hecho de su potestad sancionadora, determinan la nulidad de tales sanciones, y, por consecuencia, de los acuerdos en cuya virtud se impusieron, como ha declarado la sentencia impugnada, por lo que, en definitiva, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por el señor Abogado del Estado» (después, ha reproducido esta doctrina la STSJ de Galicia 188/2002, de 1 de febrero, rec. 6627/1998).

<sup>36</sup> Creo que expresa muy bien esta idea FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2018): *Sistema de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid: Thomson-Civitas, pág. 637 en la definición que proporciona de desviación de poder: «La desviación de poder debe intervenir de forma subsidiaria para hacer frente a *actos administrativos exteriormente acordes con las reglas de competencia y de procedimiento, e, incluso, con las del derecho material aplicado*, pero que internamente supone una contravención del sentido teleológico de la actividad administrativa desarrollada».

<sup>37</sup> El ATS de 29 de enero de 2016, Sala de lo Penal, causa especial 20810/2015, Ponente: Maza Martín, ECLI: ES: TS: 2016: 515A, considera precisamente que la firma por parte de un Senador de una serie de anuncios de colaboración con distintos medios de comunicación sin atenerse a la legislación de contratos no puede entenderse como desviación delictiva del ordenamiento jurídico al existir discrepancias interpretativas acerca de la naturaleza jurídica de estos convenios.

<sup>38</sup> Pensemos, por ejemplo, que, al amparo del art. 137.4 g) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, un Ayuntamiento decidiese poner fin a la situación de condominio que tiene con un propietario privado sobre una finca, vendiendo a este último su

Incompatibilidad manifiesta con el interés público que podría verificarse asimismo en relación con aquellos supuestos en que el interés público perseguido por el acto dictado no solo es distinto del típico, propio de la potestad administrativa concernida, sino que en sus resultados se aproxima a la prevaricación administrativa en que el interés público alcanzado, pero no querido por la potestad ejercida, se logra a costa de enmascarar mediante dicho acto los mimbres y elementos de otro u otros actos que serían los que, en puridad, servirían para conseguir la decisión arbitraria e injusta realmente perseguida. Por ello, con respecto a estos últimos supuestos, no es infrecuente que en el acto aparentemente incurrido en desviación de poder afloran algunos de aquellos síntomas externos que singularizan el delito de prevaricación, bien porque con el mismo se anticipe la arbitrariedad que posteriormente se completará a través de otro acto y del que el acto dictado supone una preparación<sup>39</sup>; bien porque se trate de evitar –en claro fraude de Ley– la consecución de ciertos derechos o ventajas reconocidas legalmente a los administrados<sup>40</sup>. Unimos a ello, en línea con quienes admiten que la desviación de poder pueda producirse con ocasión también de omisiones administrativas con respecto al deber de resolver que tiene en todo caso la Administración, la posibilidad de que esta modalidad de desviación de poder se tornase en prevaricación administrativa cuando la falta de respuesta administrativa a las solicitudes instadas, se integrase dentro de un plan preconcebido por las autoridades o funcionarios, a quienes competiría resolver, para impedir que el administrado opte a los beneficios o ventajas que pudieran proporcionarle otro acto administrativo del que aquél constituye presupuesto necesario.

Ahora bien, en estos casos reseñados en los que el entrecruzamiento entre la desviación de poder y la prevaricación administrativa son tan intensos, lo que el juez contencioso-administrativo debe dilucidar es si, por la incidencia que tales conductas tengan sobre el objeto principal del proceso contencioso que ante él este suscitado, se dan o no los presupuestos legales necesarios para el pertinente planteamiento de la cuestión prejudicial devolutiva de cara a que el juez penal esclarezca si hay o no delito de prevaricación. Dándose tales circunstancias, resolver el proceso contencioso-administrativo sobre la base de la desviación de poder contribuye poco a la delimitación de esta figura con respecto a la del delito de prevaricación administrativa<sup>41</sup>.

---

cuota proindiviso. Externamente, el acto de enajenación es impecable jurídicamente: hay competencia para hacerlo y el procedimiento de adjudicación directa seguido está permitido por la Ley para tales casos. Sin embargo, el análisis de los *interna corporis* del acto de enajenación pone de relieve que ni existía un interés público que justificase la enajenación (puesto que incluso los frutos que, en razón de su participación, percibía la Administración eran cuantiosos), ni la finalidad perseguida era asumible jurídicamente, ya que la situación de condominio se daba con un familiar del Alcalde, que de esta forma se hacía con la plena propiedad de la finca y se veía favorecido además con una recalificación urbanística que el Ayuntamiento había auspiciado sobre dichos terrenos.

<sup>39</sup> Como el caso contemplado por la STSJPV, núm. 201/2015, de 22 de abril, Sala de lo Contencioso, rec. Apelación 570/2013, Ponente: Alberdi Larizgoitia, ECLI: ES: TSJPV: 2015: 1182. En la litis, la Orden recurrida de 24 de septiembre de 2010, mediante la que se dispone el cese del recurrente como secretario de alto cargo, lo que pretende en realidad es anticipar –eliminando los derechos preferentes que el recurrente tendría– la previsión de la inmediata supresión del puesto de trabajo llevada a cabo mediante Decreto de 26 de octubre de 2010. Como señala el TSJ: «Pues bien, a juicio de la Sala, siendo el cese de fecha 24 de septiembre de 2010 y produciéndose la amortización del puesto por el Decreto 272/2010, de 26 de octubre (BOPV de 12-11-2010,) no cabe establecer la necesaria relación de causa efecto, tal y como postula la Administración, ya que establecerla con el único fundamento de que en el momento del cese ya se estaba estudiando la modificación de la RPT que contemplaba su supresión, y de que la supresión fuera adoptaba un mes más tarde, carece de rigor, toda vez que, si a tenor del art. 50.2 LFPV, es intrínseca al nombramiento por el sistema de libre designación, la discrecionalidad del cese, nada impedía el cese adoptado el 24 de septiembre de 2010, y no cabe presumir que su verdadero fundamento fuera la necesidad de amortizar el puesto, ya que ello entraña presumir la mala fe de quien lo adoptó, atribuyéndole sin razón válida alguna la voluntad de impedir que el funcionario así cesado tuviera el derecho preferente del art. 51.2. LFPV, lo que raya no ya en la desviación de poder sino en la prevaricación, y ello sin aportar una prueba de suficiente entidad que lo acredite, más allá de la proximidad en el tiempo de la supresión de puesto».

<sup>40</sup> Un ejemplo al respecto nos lo suministra la antes citada STSJ de Galicia 90/2018, de 28 de febrero. En ella, el TSJ, desestimando el recurso de apelación planteado por la Administración, confirma la decisión del Juez contencioso, que había estimado el recurso presentado por D.<sup>a</sup> Ariadna contra la Resolución del Servicio Gallego de Salud por la que se acordaba el cese de la actora en la plaza que venía cubriendo mediante contrato de sustitución. Dicho contrato de sustitución, que tenía efectos desde el día 1 de agosto de 2016, lo era para sustituir a D.<sup>a</sup> Maribel, la cual había solicitado una comisión de servicios concedida el 14 de julio de 2016 por un período de seis meses y a la que se incorporaría el 1 de septiembre de 2016, puesto que el mes de agosto lo disfrutaría de vacaciones. Sin embargo, a primeros de agosto, hallándose ya D.<sup>a</sup> Ariadna cubriendo la sustitución y con el fin de que no pudiese continuar sustituyendo a D.<sup>a</sup> Maribel cuando ésta se incorporase a su nuevo destino, se le obliga a D.<sup>a</sup> Maribel a reincorporarse durante el mes de agosto difiriendo sus vacaciones para otro momento. Por consiguiente, mediante la resolución recurrida de 23 de agosto de 2016 se le notifica a D.<sup>a</sup> Ariadna el cese anticipado en su contrato de sustitución.

<sup>41</sup> Sin olvidar además que, conforme a lo previsto por el art. 40.1 LEC, hay una obligación legal al respecto, como destaca MORCILLO, J. (2007): *Teoría y práctica...*, cit., pág. 292; obligación afirmada por nuestra jurisprudencia, como el ATS de 22 de mayo de 1996, que la citada autora reproduce en nota 281: «...la apreciación de la existencia de una cuestión prejudicial penal es un problema de los denominados de orden público procesal, que tiene carácter imperativo o ineludible para el órgano jurisdiccional y que este debe estimar de oficio, aunque no haya sido alegada por las partes».



## Incompetencia manifiesta y usurpación de funciones

Alberto Picón Arranz (España)  
Universidad de Valladolid  
albicon11@gmail.com

### NOTA BIOGRÁFICA

Alberto Picón Arranz, Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid (2010). Actualmente Personal Investigador Predoctoral y Profesor Asociado del Área de Derecho Administrativo en la Universidad de Valladolid.

---

### RESUMEN

La interpretación restrictiva inherente a las causas de nulidad de pleno derecho reduce los supuestos encuadrables en el vicio de incompetencia a los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente en el ámbito interno de las Administraciones Públicas. Los supuestos de usurpación de funciones no encajarían en esta causa de nulidad. Únicamente serán actos nulos de pleno derecho si son constitutivos de delito, de lo contrario estaremos ante actos meramente anulables.

### PALABRAS CLAVE

Incompetencia; invalidez; nulidad de pleno derecho; infracción penal.

---

### ABSTRACT

The specific restrictive interpretation of nullity cases reduces the cases of manifest incompetence to acts dictated by an incompetent body within the Public Administrations. The assumptions of usurpation of functions would not fit into this cause of nullity. They will only be null if they constitute a criminal offence, otherwise we will be faced with acts that can only be annulled.

### KEYWORDS

Incompetence; invalidity; nullity; criminal offence.

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA: EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR ANTONOMASIA. III. EL VICIO DE INCOMPETENCIA: FUNDAMENTO DE SU VINCULACIÓN HISTÓRICA CON LA NULIDAD DE PLENO DERECHO. IV. INVASIÓN COMPETENCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ESFERA PROPIA DE OTRO PODER DEL ESTADO. V. USURPACIÓN DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS POR UNA PERSONA PRIVADA. VI. CONCLUSIONES. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación trae causa en la celebración del VI Seminario “La reforma del Estado: El régimen de la invalidez en el ámbito del derecho administrativo”, que tuvo lugar en el Instituto Nacional de Administración Pública el día 10 de octubre de 2018.

Nuestro sistema jurídico-administrativo reconoce dos grados de invalidez en función de la gravedad del vicio y de su afección al orden público. En primer lugar, los supuestos de ilegalidad más flagrantes y manifiestos se calificarán como nulos de pleno derecho y se encuentran tasados en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En segundo lugar, el resto de infracciones del ordenamiento jurídico con efectos invalidantes, serán meramente anulables.

El análisis de las diferencias de régimen jurídico entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad bien darían para otro artículo, baste decir por el momento, como quedó sobradamente demostrado en el Seminario, que la ausencia de plazos, en principio, para declarar un acto como nulo de pleno derecho genera una gran inseguridad jurídica. Para evitarlo, es importante identificar qué supuestos son encuadrables entre los tasados en el artículo 47.1. Esta identificación se deberá hacer teniendo en cuenta que la categoría de la nulidad de pleno derecho merece siempre una interpretación restrictiva y tiene carácter excepcional.

En esta comunicación trataremos de concretar algunos de los supuestos encuadrables en el artículo 47.1.b), relativo al vicio de incompetencia manifiesta. El vicio de incompetencia es el que goza de mayor tradición dentro de los vicios de nulidad de pleno derecho<sup>1</sup> y, en numerosas ocasiones, se utiliza la incompetencia como «cajón de sastre» al que se reconducen supuestos que, o bien son meramente anulables o bien su nulidad de pleno derecho queda encuadrada en otra de las causas enumeradas en el citado artículo 47.

## II. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA: EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR ANTONOMASIA

Recurrimos a la histórica definición de D’ALESSIO quien define la competencia como «la medida de la potestad conferida a cada órgano»<sup>2</sup>. La importancia de la competencia radica en que esa atribución de potestad a cada órgano se realiza mediante el derecho objetivo que, en último término, responde al interés público. Este concepto ha sido asumido por la doctrina española, como ejemplo traemos a colación la definición de competencia del profesor GARCÍA-TREVIJANO, que entiende la competencia como el «conjunto de facultades, de poderes, de atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás»<sup>3</sup>. En definitiva, la competencia es una habilitación al órgano para que pueda actuar válidamente en la esfera jurídica. Completaríamos esta definición añadiendo que los poderes de un órgano de la Administración le son atribuidos siempre por una norma en función de los fines que el órgano tenga asignados<sup>4</sup>.

En consecuencia, la competencia es el presupuesto habilitante, previo y necesario para que un órgano de la Administración Pública pueda actuar válidamente<sup>5</sup>. Y también este carácter previo y habilitante es el que confiere a la competencia la naturaleza de elemento esencial del acto administrativo, sin el cual, puede llegar a calificarse como nulo de pleno derecho.

Es más, pese a que la competencia en sentido estricto es la que debe ostentar el órgano administrativo actuante, la idea de la competencia sirve de sustrato, de mayor o menor manera, a todos los elementos subjetivos del acto administrativo, lo cual no quiere decir que la ausencia o defecto en cualquier elemento subjetivo del acto pueda dar lugar a un vicio de nulidad de pleno derecho.

<sup>1</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1972): *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, pág. 317 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1970): *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, pág. 260.

<sup>2</sup> D’ALESSIO, F. (1932): *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano, Volume Primo*, Torino: Editrice Torinese, pág. 230, «la misura della potestà spettante a ciascun ufficio».

<sup>3</sup> GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1957): *Principios Jurídicos de la organización administrativa*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, pág. 186.

<sup>4</sup> En este sentido, cfr. BOQUERA OLIVER, J. M. (1986): *Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas, pág. 246 y GONZÁLEZ NAVARRRO, F. (1994): *Derecho Administrativo Español. Tomo II*, Pamplona: Eunsa, pág. 319.

<sup>5</sup> Cfr. BELADÍEZ ROJO, M. & NIETO, A. (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons, pág. 116.

Nos estamos refiriendo en este momento a las atribuciones en sentido amplio como presupuesto habilitador necesario para dar validez a la actuación de un poder público, más allá de la competencia en sentido estricto que es propia de cada órgano administrativo y a la que alude el artículo 47.1.b).

### III. EL VICIO DE INCOMPETENCIA: FUNDAMENTO DE SU VINCULACIÓN HISTÓRICA CON LA NULIDAD DE PLENO DERECHO

El vicio de incompetencia surge en el seno del derecho administrativo francés, en concreto, en el curso por exceso de poder. Más correctamente podríamos decir que es el propio vicio de incompetencia el que da origen al recurso por exceso de poder. La propia literalidad de la expresión «exceso de poder» es significativa, pues denota que la Administración se ha extralimitado en sus funciones, es decir, ha salido de su competencia.

Significativo en este sentido es el pensamiento de HAURIUO acerca del vicio de incompetencia, que califica como el primero y el más grave de todos los vicios en que puede incurrir el acto administrativo. Mientras que el resto de vicios, –lo que el profesor denomina vicios de invalidez o ilegalidad– están dentro de los límites de la actuación de la Administración, el vicio de incompetencia se encuentra fuera de sus límites de acción<sup>6</sup>. Por ello, entre todos los vicios del acto, la incompetencia es el más pernicioso para el sistema, pues supone una violación de las normas más elementales que reparten –y en consecuencia limitan– el poder de los entes públicos.

En definitiva, la competencia es el primer y fundamental presupuesto de una correcta actividad administrativa<sup>7</sup>. Consecuencia de lo anterior es su carácter irrenunciable<sup>8</sup>. Entender la competencia como el reparto de atribuciones entre los poderes públicos eleva su posición a una cuestión de orden público<sup>9</sup>. La trascendencia de su vulneración podrá llevar, en los casos de máxima gravedad, a la nulidad de pleno derecho de la actuación que se trate.

El derecho administrativo español determina que sólo serán nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados por órgano «*manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*»<sup>10</sup>. El legislador entiende la competencia como un concepto predicable exclusivamente del órgano administrativo, sin embargo, no es difícil encontrar en la doctrina o en la jurisprudencia interpretaciones extensivas de este supuesto de nulidad. Así, se llegan a incluir las invasiones competenciales de la Administración en la esfera propia de otros poderes del Estado o la usurpación de competencias administrativas por una persona privada.

Pese a que la idea de incompetencia sobrevuela a las hipótesis planteadas, éstas no encajan en el artículo 47.1.b), pues éste no ofrece dudas en que se está refiriendo exclusivamente a los supuestos de incompetencia orgánica.

Si algo caracteriza a la categoría de la nulidad de pleno derecho es su interpretación restrictiva, pues supone un estado de inseguridad jurídica nada recomendable en Derecho. Sin embargo, en lo que al vicio de incompetencia se refiere, parece que no se está cumpliendo esta regla. No queremos decir con esto que no podamos estar ante supuestos de nulidad de pleno derecho cuando la Administración invade competencias del Poder Judicial o del Legislativo, o cuando un particular usurpa funciones públicas, pues su gravedad salta a la vista, pero quizás puedan incluirse en otro de los supuestos tasados en el artículo 47.

Examinaremos a continuación ambas hipótesis determinando, en primer lugar, si estamos ante supuestos de nulidad de pleno derecho y, en caso afirmativo, donde pueden encajar dentro del esquema que nos ofrece el legislador en el artículo 47.1.

<sup>6</sup> Cfr. HAURIUO M. (1943): *Précis Elementarie Droit Administratif*, ed. 5.ª, París, pág. 255.

<sup>7</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1970): *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, pág. 270.

<sup>8</sup> Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1994): *Derecho Administrativo Español. Tomo II*, Pamplona: Eunsa, pág. 320.

<sup>9</sup> En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015): *Curso de Derecho administrativo I*, Ed. 17.ª, Cizur Menor: Civitas, pág. 680.

<sup>10</sup> Respecto de la incompetencia por razón de jerarquía o de grado, doctrina y jurisprudencia parecen estar de acuerdo en que cuando la distancia jerárquica sea insalvable o cuando la norma que atribuye la competencia al órgano lo haga de manera expresa, exclusiva e indelegable, estamos ante actos nulos de pleno derecho encuadrables dentro de la incompetencia por razón de la materia. En este sentido, cfr. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994): “Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos” en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Barcelona: Bosch, pág. 263, BELADÍEZ ROJO, M. (1994): “La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación”, en *RAP*, núm. 133, pág. 173.

#### IV. INVASIÓN COMPETENCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ESFERA PROPIA DE OTRO PODER DEL ESTADO

Aunque el legislador en el artículo 47.1.b) sólo se refiere a los supuestos de incompetencia del órgano administrativo, parece obvio que en un Estado de Derecho no hay mayor vicio de incompetencia que aquél en que la propia Administración invade competencias del poder legislativo o del poder judicial<sup>11</sup>.

Desde este punto de vista, la competencia encarna la función del reparto de poder entre los poderes del Estado. Es garantía, por tanto, de la división de poderes. Pocas situaciones pueden imaginarse *más contrarias al orden público que poner en jaque la división de poderes, principio básico del Estado de Derecho*.

En consecuencia, cualquier acto de la Administración Pública que invada las competencias o funciones propias de otro poder del Estado debe ser calificado como nulo de pleno derecho<sup>12</sup>. Sin embargo, el legislador no está pensando en estos supuestos cuando configura el contenido del vicio de incompetencia manifiesta, pues está pensando exclusivamente en la distribución competencial que tiene lugar en el seno interno de las Administraciones Públicas.

Justificada la gravedad de estos supuestos y su afección al orden público, el siguiente paso es encontrar una causa de nulidad de pleno derecho donde encajen estas conductas. A estos efectos nos es útil acudir al Código Penal, que tipifica la usurpación de funciones en el artículo 506 como «*la autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución*» y en el artículo 508 como «*la autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente*». En definitiva, se califica como delictiva la conducta del funcionario público que, sin competencia para ello, ejerza competencias judiciales o legislativas.

Si las hipótesis de invasión competencial de la Administración en la esfera propia del poder legislativo o del poder judicial son tipificadas como delito en nuestro Código Penal, esto nos ofrece una solución para que los actos administrativos dictados como consecuencia de esa invasión competencial sean nulos de pleno derecho. En efecto, dentro de las causas tasadas de nulidad del artículo 47.1, en su apartado d) se incluyen los actos «*que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta*».

Por lo tanto, si para incluir estos supuestos dentro de la incompetencia manifiesta deberíamos realizar una interpretación flexible del artículo 47.1.b), lo cual es contrario al carácter restrictivo de las causas de nulidad, acudiendo a la nulidad de los actos constitutivos de infracción penal o consecuencia de ésta encajamos de manera menos forzada estos actos dentro de los calificables como nulos de pleno derecho.

#### V. USURPACIÓN DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS POR UNA PERSONA PRIVADA

Parece complicado, en abstracto, imaginar una usurpación de funciones administrativas por una persona privada que termine con la emisión de un acto administrativo por el particular. En principio, el acto administrativo requiere ser dictado por la Administración Pública. En el supuesto que tratamos, si un particular dictase un acto administrativo, no tendría tal condición y, en consecuencia, no cabe plantearse si es válido o inválido, pues sería inexistente<sup>13</sup>.

Pero, si en una circunstancia excepcional, una persona privada sin habilitación de ningún tipo dictase un acto administrativo con una mínima apariencia de tal<sup>14</sup>, la gravedad de la conducta está fuera de toda duda y la doctrina coincide en que estaríamos también ante un acto nulo de pleno derecho. La argumentación radica

<sup>11</sup> En este sentido, cfr. GARCÍA LUENGO, J. (2002): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas, pág. 187, exponiendo como ejemplo de incompetencia de este tipo que el Ministerio de Administraciones Públicas imponga una sanción disciplinaria a un empleado de las Cortes Generales. Igualmente, el mismo autor, cfr. GARCÍA LUENGO, J., (2016): *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la ley 39/2015*, Ed. 1.ª, Madrid: lustel, pág. 36, poniendo como ejemplo el acto de una Comunidad Autónoma que pretende imponer una sanción disciplinaria a un juez.

<sup>12</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015): *Curso de Derecho administrativo I*, ed. 17.ª, Cizur Menor: Civitas, pág. 681, donde se afirma que «la falta de potestad es el supuesto máximo de incompetencia, el más grave y manifiesto de todos», TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., (1994): «Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos» en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Barcelona: Bosch, pág. 266.

<sup>13</sup> Cfr. GARRIDO FALLA, F. (1956): *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, pág. 216.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pág. 220. Es absolutamente necesaria esa apariencia de validez que pueda inducir a error a terceros, pues sino estaríamos ante una «falta absoluta de acto administrativo».

en que las normas atributivas de competencia exigen el ejercicio de potestades públicas a los poderes públicos. No puede un particular, sin más, ejercitar potestades públicas pues invadiría una esfera jurídica que no le corresponde pues no tiene la condición de poder público. Esta circunstancia es, en todo caso, grave y atenta contra el orden público. Sin embargo, al igual que ocurría en el supuesto analizado más arriba, la nulidad por incompetencia manifiesta no incluye este tipo de conductas, pues se limita al ámbito interno de las Administraciones Públicas.

Exactamente igual que en el supuesto anterior, acudir al *Código Penal* nos da una solución satisfactoria para incluir este tipo de actos entre los calificables como nulos de pleno derecho. Concretamente, el artículo 402 del Código Penal tipifica como delito la usurpación de funciones públicas por los particulares, concretamente «*el que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial*».

Mediante un razonamiento análogo al llevado a cabo anteriormente, los supuestos de usurpación de competencias administrativas por particulares, pueden reconducirse a la categoría de la nulidad de pleno derecho vía artículo 47.1.d). La tipificación de estas conductas como delictivas ofrece una solución más natural para calificar este tipo de actos como nulos de pleno derecho sin necesidad de interpretar extensivamente el supuesto de la incompetencia manifiesta.

Fuera de los supuestos encuadrables dentro del delito de usurpación de funciones públicas, entendemos que los defectos que puedan concurrir en el titular del órgano administrativo no podrán, en principio, determinar la nulidad de pleno derecho de sus actos.

Especialmente llamativos son los supuestos relativos a la invalidez de los actos emanados de funcionarios cuyo nombramiento ha expirado por el transcurso del plazo normativamente previsto para el desempeño de sus atribuciones.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1067/2017, de 16 de junio (FD 3) calificó de nula de pleno derecho una liquidación tributaria llevada a cabo por el Jefe de la Inspección Territorial de Barcelona el 27 de noviembre de 2009, cuando sus funciones –encomendadas por la Agencia Tributaria de Catalunya mediante la figura del encargo de servicios–, habían cesado pues había expirado el plazo el 2 de julio de 2008.

La solución que ofrece la citada Sentencia no ofrece dudas, pues equipara estos supuestos a los de usurpación de funciones públicas por persona privada, entendiendo que constituyen el «*supuesto más grave de nulidad de pleno derecho, pues la actuación del funcionario sin nombramiento carecía de validez alguna, por manifiesta y grave incompetencia material del funcionario, en tanto que lleva a cabo unas atribuciones y competencias que le resultaban ajenas y extrañas*». En un supuesto análogo, la STS 1093/2017, de 20 de junio (FD 5) llega incluso a la conclusión de que se trata de un «*grosero vicio de legalidad que arrastra consigo la inexistencia jurídica de los actos dictados, pues se trata de una actividad desplegada al margen de la Administración*».

Como venimos argumentando, la causa de nulidad de incompetencia manifiesta no incluye este tipo de supuestos de hecho relativos a particulares que ejercen funciones públicas, pues sólo hace referencia a actos dictados por órganos administrativos manifiestamente incompetentes, y en estos supuestos el órgano es competente al margen de que pueda haber irregularidades en su titular.

En conclusión, salvo que estemos ante un supuesto de delito de usurpación de funciones públicas reconducible a la nulidad vía artículo 47.1.d) –que podría plantearse en este caso concreto dado que ha pasado casi un año y medio desde el cese del funcionario en su cargo–, los actos se podrán calificar, a lo sumo, como anulables. Para ello, tendremos que estar a las circunstancias del caso concreto, pues no es lo mismo que el funcionario haya dejado de ser competente por un día o por un año<sup>15</sup>. Tampoco es lo mismo que estemos ante un acto reglado o discrecional. Y, por último, tampoco podemos dar el mismo trato a un acto cuyo contenido se ajusta a la legalidad plenamente o, por el contrario, está repleto de vulneraciones normativas de fondo<sup>16</sup>.

La cuestión no ofrece tanta claridad como pretende demostrar el Tribunal Supremo. No podemos concluir que el funcionario ejerce funciones completamente «*ajenas y extrañas*».

<sup>15</sup> No compartimos el fallo de la STS 8055/2005, de 3 de noviembre, (FD 3), que declara la nulidad por incompetencia manifiesta de un acto dictado el 5 de julio por una autoridad que había cesado en su cargo el 2 de julio del mismo año sin aludir en ningún momento a la mala fe, sino simplemente a que no se trata de un error material.

<sup>16</sup> GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1986): *Los actos administrativos*, Fuenlabrada: Civitas, pág. 392, entiende que sólo cabrá la nulidad de pleno derecho si el tiempo esté previsto como «esencialísimo», sino estaríamos ante simple anulabilidad e incluso ante un vicio no invalidante si su trascendencia es mínima.

Rechazamos, en definitiva, que estemos ante una situación equiparable a la usurpación de funciones públicas, y consideramos que los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y economía procesal deben jugar un papel importante a la hora de plantearse la invalidez de este tipo de actos. Descartada la nulidad de pleno derecho, la calificación de estos actos como anulables deberá valorarse en cada caso concreto. Parece que un acto dictado por un funcionario de buena fe, cuyo nombramiento ha expirado el día anterior y que consiste en el otorgamiento de una licencia tras la comprobación de una serie de requisitos tasados y reglados por la ley que efectivamente cumple el solicitante no debe ser nulo de pleno derecho en ningún caso.

## VI. CONCLUSIONES

1. El vicio de incompetencia manifiesta es uno de los vicios de nulidad de pleno derecho del acto administrativo con mayor recorrido histórico e importancia. Actualmente, el legislador reconoce como nulos de pleno derecho los actos «*dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*».

2. Tal y como configura el legislador este supuesto de nulidad de pleno derecho, los supuestos encuadrables en él se reducen a supuestos de incompetencia manifiesta, grave y en el ámbito interno de la Administración Pública. Pese a esto, doctrina y jurisprudencia incluyen extensivamente entre los supuestos de nulidad de pleno derecho por incompetencia manifiesta actos de la Administración que supongan invasión competencial en la esfera de otros poderes del estado (legislativo o judicial) y actos administrativos dictados por particulares mediante usurpación de funciones públicas.

3. El carácter restrictivo inherente a la categoría de la nulidad de pleno derecho nos hace replantearnos los supuestos encuadrables en el vicio de incompetencia manifiesta. Pese a que la invasión competencial de otros poderes del Estado por la Administración y la usurpación de funciones públicas por el particular son supuestos muy graves y dignos de ser calificados como nulos de pleno derecho, consideramos que la vía técnicamente más correcta no es la de la incompetencia manifiesta, sino la de los actos «*que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta*» del artículo 47.1.d), ya que nuestro Código Penal tipifica estas conductas como delictivas.

4. La usurpación de funciones públicas no es una situación aplicable a la del funcionario cuyo nombramiento ha expirado por el transcurso del plazo normativamente previsto para el desempeño de sus atribuciones. Pese a que encontramos Sentencias del Tribunal Supremo que califican estos actos como nulos de pleno derecho por incompetencia manifiesta por razón de la materia, entendemos que no pueden ser constitutivos de nulidad de pleno derecho, pues ni se encuadran en supuestos de incompetencia orgánica de la Administración, ni en supuestos calificables como delito de usurpación de funciones públicas. A lo sumo, podrán ser actos anulables valorando las circunstancias del caso concreto: confianza generada en los terceros destinatarios, plazo transcurrido desde la expiración del nombramiento, que estemos ante un acto reglado o discrecional o que el contenido del acto sea o no acorde a la legalidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELADÍEZ ROJO, M. & NIETO, A. (1994): *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid: Marcial Pons.
- BELADÍEZ ROJO, M. "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación", en *RAP*, núm. 133, págs. 155-187.
- BOQUERA OLIVER, J. M. (1986): *Derecho Administrativo I*, Madrid: Civitas.
- D'ALESSIO, F. (1932): *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, Volume Primo, Torino: Editrice Torinese.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1970): *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015): *Curso de Derecho administrativo I*, ed. 17.<sup>a</sup>, Cizur Menor: Civitas.
- GARCÍA LUENGO, J. (2002): *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA LUENGO, J., (2016): *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sobre el artículo 48.2 de la ley 39/2015*, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid: Iustel.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1957): *Principios Jurídicos de la organización administrativa*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. (1986): *Los actos administrativos*, Fuenlabrada: Civitas.

- GARRIDO FALLA, F. (1956): *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- GIANNINI, M. S. (1959): “Atto amministrativo” en *Encyclopedia del diritto*, IV, Milano: Giuffré.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1994): *Derecho Administrativo Español*. Tomo II, Pamplona: Eunsa.
- HAURIOU, M. (1943): *Précis Elementaire Droit Administratif*, 5.ª ed., Paris: Recueil Sirey.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1972): *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (1994): “Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos” en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Barcelona: Bosch.



## Autores

### Authors

#### **TOMÁS CANO CAMPOS (ESPAÑA)**

Tomás Cano Campos es catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Sus líneas de investigación se centran en la invalidez de los actos y de las normas, las sanciones administrativas, los contratos públicos y el tráfico, la responsabilidad patrimonial, los transportes y la movilidad.

#### **FERNANDO LÓPEZ RAMÓN (ESPAÑA)**

Fernando López Ramón es catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza y preside la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Profesor invitado en varias universidades europeas y latinoamericanas, cuenta con 7 sexenios de investigación, coordina el Observatorio de Políticas Ambientales y es autor de diversas publicaciones, particularmente en materia de medio ambiente, urbanismo, bienes públicos y defensa nacional.

#### **ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL (ESPAÑA)**

Doctor en Derecho por la Universidad de La Laguna, Premio Extraordinario de Doctorado. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Entre sus líneas de investigación se encuentran el régimen de las infraestructuras, los servicios de interés económico general y el Derecho urbanístico, materia en la que es Investigador Principal del Proyecto de la Agencia Estatal de Investigación *Nuevo Derecho Urbanístico* (DER-2017-84387-P).

#### **SILVIA DÍEZ SASTRE (ESPAÑA)**

Silvia Díez Sastre es Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid. Es directora del Centro de Investigación sobre la Justicia Administrativa y del Máster en Contratación Pública Local del Instituto de Derecho Local de la misma Universidad. Sus líneas de investigación actuales se centran en la contratación pública, la justicia administrativa, el Derecho local y la metodología jurídica.

#### **JESÚS FUENTETAJA PASTOR (ESPAÑA)**

Catedrático de Derecho Administrativo (UNED). Sus principales líneas de investigación son el Derecho Administrativo Europeo (*Derecho Administrativo Europeo*, 3.ª ed. Thomson-Civitas, 2016; *La Administración europea. La ejecución del Derecho y las Políticas de la Unión*, Civitas, 2007) y el Derecho de la Función Pública [*Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas, 2018; *Derecho de la Función Pública* (junto a R. Parada), Civitas, 2017].

### **ANA MARÍA BECERRA GÓMEZ (PERÚ)**

Ana María Becerra Gómez es Abogada por la Universidad de Piura (Perú) y Máster en Estudios Jurídicos Avanzados por la Universidad de Valladolid (España). Profesora ordinaria auxiliar de Derecho administrativo en la Universidad de Piura (Perú). Actualmente es doctoranda en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Valladolid (España) con beca otorgada por la Fundación Carolina desarrollando su investigación sobre la revisión de oficio en el Derecho administrativo español.

### **ANTONIO DAVID BERNING PRIETO (ESPAÑA)**

Licenciado en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide (2010), Máster Universitario en Derechos Fundamentales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (2012), Máster Universitario en Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Pablo de Olavide (2014), beneficiario de FPU en el periodo 2014-2018, actualmente Colaborador en el Área de Derecho Administrativo (Departamento de Derecho Público) de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide, centra sus líneas de investigación fundamentalmente en administración electrónica.

### **PATRICIA CALVO LÓPEZ (ESPAÑA)**

Licenciada en Derecho con la especialidad en Derecho Público y Premio Extraordinario en el Máster de Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas, ambos títulos otorgados por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctoranda en Derecho, Área de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela. Abogada en ejercicio.

### **JUAN CALVO VÉRGEZ (ESPAÑA)**

Juan Calvo Vérguez es Profesor Titular de Universidad, contando con acreditación de ANECA a Catedrático de Universidad. Algunas de sus principales líneas de investigación son las relativas a la aplicación del principio de reserva de ley en materia tributaria, la financiación autonómica y local, el control presupuestario de los Entes públicos, el régimen fiscal de las entidades financieras o la recapitalización de las entidades bancarias, por citar las más relevantes.

### **ÁLVARO ROBERTO DELGADO LARA (CHILE)**

Profesor de Derecho Administrativo. Doctorando en Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba. Magister en Derecho LLM, mención Derecho Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

### **MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ (ESPAÑA)**

Doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba con Premio Extraordinario. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba. Como principales líneas de investigación desarrolla las siguientes: Administración y Derechos Fundamentales; Organización Administrativa; Derecho Administrativo económico; Derecho urbanístico; y Contratación Pública.

### **ALBERTO PICÓN ARRANZ (ESPAÑA)**

Alberto Picón Arranz, Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid (2010). Actualmente Personal Investigador Predoctoral y Profesor Asociado del Área de Derecho Administrativo en la Universidad de Valladolid.