

Observaciones relativas a la teoría de la invalidez de los actos administrativos en España e Italia¹

di Alberto Picón Arranz

Sumario: 1. Introducción. – 2. Aclaraciones conceptuales. – 2.1. Ilegalidad. – 2.2. Invalidez. – 2.3. Anulación. – 2.4. Eficacia. – 3. La inexistencia como categoría extrajurídica. – 4. La nulidad y la anulabilidad como únicas categorías invalidantes del acto administrativo. – 4.1. *El elemento diferenciador entre nulidad y anulabilidad*. – 5. *Conclusiones*.

1. *Introducción*

Dentro del derecho administrativo encontramos numerosas materias que, a consecuencia de su indeterminación, ofrecen múltiples interpretaciones y se presentan idóneas para el debate doctrinal. Ahora bien, si tuviésemos que destacar un tema entre todos aquellos que generan debate en el derecho administrativo, a buen seguro, éste sería el de la invalidez del acto administrativo.

Dos son, a nuestro juicio, las razones han contribuido a que la invalidez del acto administrativo se haya convertido en una de las materias más discutidas y discutibles tanto a nivel nacional -España e Italia no son una excepción- como a nivel internacional donde, en el caso de la Unión Europea, todavía no existe una norma básica reguladora del procedimiento ni del acto administrativo:

En primer lugar, nos enfrentamos a un debate doctrinal que abarca varios siglos de historia jurídica. En efecto, la teoría de la invalidez de los actos jurídicos tiene su origen en el derecho romano y, antes de irrumpir en el derecho público, ha sido -y sigue siendo- foco de debate y discusión en la esfera del derecho privado. Consecuencia de lo anterior, la importación, en muchos casos errónea, de categorías del derecho privado al derecho público sin ninguna matización ni adaptación, ha provocado que en numerosas ocasiones se produzcan incongruencias o situaciones difíciles de explicar de manera lógica².

Al margen de lo anterior, contribuye enormemente a la indeterminación que envuelve a la teoría de la invalidez del acto administrativo la frecuente confusión -no solo en la doctrina, sino también en los legisladores- entre el campo del

¹ Este artículo ha sido elaborado durante mi estancia de investigación en la Università Degli Studi Di Napoli Federico II. Quisiera expresar desde aquí mi agradecimiento al Departamento de Derecho Administrativo de dicha Universidad por su acogida y por la puesta a disposición de todos sus medios para la realización de este trabajo. Especialmente, quisiera agradecer a la Prof. Dra. SILVIA TUCCILLO su hospitalidad y su generosidad, tanto a nivel profesional como personal.

² S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 11.

“deber ser” y el campo del “ser”. Esto da lugar a que categorías jurídicas como la invalidez o la eficacia se vean envueltas en un esquema dogmático que, lejos de solucionar los problemas que presenta la práctica jurídico-administrativa, los multiplica.

España e Italia no escapan al debate generado en torno a la invalidez de los actos administrativos. Pese a la proximidad entre los sistemas jurídicos español e italiano, no pasan desapercibidas pequeñas diferencias en el ámbito de la invalidez de los actos que han motivado la realización de este trabajo. Ambos sistemas jurídico-administrativos reconocen en sus respectivas leyes de procedimiento dos grados en los vicios de invalidez de los actos administrativos: la categoría de la nulidad para supuestos tasados y la categoría de la anulabilidad como regla general aplicable a los actos inválidos.

Así, el artículo 21-septies de la legge n. 241/1990, de 7 de agosto, de procedimiento administrativo italiana determina que “*è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*”.

Por su parte, la ley española, manteniendo también el sistema *numerus clausus* de los supuestos de nulidad, en su artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, determina que serán nulos los actos administrativos que “*lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, los dictados por órgano manifestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los que tengan un contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, y cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley*”.

Al mismo tiempo, ambas leyes reconocen la categoría de la anulabilidad como regla general, el artículo 21-octies de la citada ley italiana determina que “*È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza*” y el artículo 48 de su homóloga española reconoce la anulabilidad de “*los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*”.

La existencia del binomio nulidad-anulabilidad como dos grados dentro de los vicios de invalidez de los actos administrativos, si bien en España ha existido desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en Italia no ha tenido lugar hasta el año 2005, que mediante la legge n. 5/2005 se modificó la ya citada legge n. 241/1990 incluyendo el término “*nullità*” equivalente a la categoría de la nulidad de pleno derecho de la ley española. Ahora bien,

ambas legislaciones tipifican los actos calificables como nulos o anulables, pero, a diferencia de la norma reguladora del procedimiento administrativo alemán³, guardan silencio sobre el régimen de la eficacia de los actos inválidos⁴.

Con este caldo de cultivo, y desde una doble perspectiva española e italiana, a lo largo de este artículo trataremos, en primer lugar, de realizar las aclaraciones conceptuales necesarias de categorías como la legalidad, la invalidez, la anulación o la eficacia. Posteriormente, nos centraremos en la categoría de la invalidez para analizar tanto la nulidad como la anulabilidad, así como el concepto de inexistencia. Todo este análisis se hará teniendo en cuenta la especial naturaleza jurídica que presenta el acto administrativo para tratar de contribuir, modestamente, a dar algo de claridad en una materia tan controvertida.

2. *Aclaraciones conceptuales*

Ilegalidad, invalidez, anulación, ineficacia, inexistencia, nulidad o anulabilidad son los términos más utilizados por la doctrina a la hora de calificar los actos jurídicos no conformes, en mayor o menor medida, con el ordenamiento jurídico. La precisión terminológica es, pues, un pilar fundamental a la hora de la construcción de cualquier sistema jurídico. En este momento trataremos de clarificar el contenido de cada categoría jurídica, así como diferenciarla de los conceptos afines. A partir de aquí, resultará un poco más sencillo dar más coherencia y operatividad al sistema de invalidez de los actos administrativos.

2.1. *Ilegalidad*

El término ilegalidad en múltiples ocasiones es utilizado por la doctrina como sinónimo de injusto o ilícito. Admitiendo que en el lenguaje coloquial existe cierta identificación entre ilegalidad e ilicitud, e incluso que ambos términos se pueden llegar a identificar, creemos que el término más preciso y que mejor se ajusta a la teoría de la invalidez es el de ilegalidad.

Ilegalidad que se define en su sentido más propio y más jurídico como la situación que implica un desajuste o no correspondencia entre el acto o conducta y el Derecho. En consecuencia, un acto administrativo es ilegal cuando existe una discordancia entre éste y el ordenamiento jurídico-administrativo⁵. No

³ El artículo 43.3 de la Ley alemana de procedimiento administrativo determina textualmente que “un acto administrativo nulo no produce efectos jurídicos”.

⁴ A. CORPACI, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 674.

⁵ A. NIETO, *Estudio Preliminar* en M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 10.

requiere la ilegalidad ningún juicio ni ninguna interpretación, basta constatar que objetivamente no hay correspondencia entre el acto y la norma jurídica.

La primera consecuencia que se desprende del concepto de ilegalidad es que es condición necesaria para la invalidez, pero no única. Es decir, todos los actos inválidos son ilegales, pero no todos los actos ilegales son inválidos. En otras palabras, todos los actos que infringen el ordenamiento jurídico son ilegales, pero no tienen por qué ser inválidos⁶. Operarían como dos círculos concéntricos dónde el círculo más grande es la ilegalidad y dentro de él está el de la invalidez. Aunque será en el apartado siguiente donde nos centremos en el concepto de invalidez, sí creemos necesario en este punto referirnos a esa zona de los círculos concéntricos en la que el acto jurídico es ilegal pero no inválido.

Es lugar común en el derecho administrativo español e italiano reconocer actos administrativos ilegales -normalmente cuestiones formales, procedimentales o de plazo- que, sin embargo, se van a considerar actos válidos⁷. Consideramos que el fundamento de la permisividad de estas ilegalidades por los legisladores es triple:

En primer lugar, la escasa trascendencia e importancia de la ilegalidad⁸. Buena muestra de ello la dan los propios legisladores. Por un lado, el legislador español reconoce la irregularidad no invalidante sólo en los casos en que la ilegalidad no impida al acto “*alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*” o, en el supuesto de actuaciones fuera de plazo, si la naturaleza de éste lo impone. Por otro lado, la ley de procedimiento italiana reconoce las ilegalidades no invalidantes relacionadas con el procedimiento o la forma de los actos administrativos siempre que, en el caso de haber cumplido la legalidad, el contenido dispositivo del acto no hubiera podido ser distinto del efectivamente adoptado por la Administración.

En segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, de la interpretación de los supuestos de irregularidades no invalidantes se colige que la forma tiene un valor instrumental⁹ para el derecho y que será muy excepcional encontrar una infracción formal que implique invalidez del acto siempre y cuando no afecte al contenido material del acto administrativo.

Por último, resulta capital para entender la figura de la ilegalidad no invalidante la función estabilizadora del acto administrativo¹⁰ según la cual en determinados supuestos el principio de legalidad -ajustar la actuación administrativa a la norma- puede ceder en aras de otros principios. En efecto, el principio de lega-

⁶ J. M., BOQUERA OLIVER, *Grados de ilegalidad del acto administrativo* en *RAP*, n. 100-102, 1983, 1003.

⁷ Véanse el artículo 48.2 y 48.3 de la Ley de procedimiento administrativo española y el artículo 21-octies, número 2 de la ley de procedimiento italiana.

⁸ P. CARNEVALE, *Validità* (voce), in CASSESE S., (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Volume VI, Milano, 2006, 6150.

⁹ R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. 21ª, Madrid, 2014, 111.

¹⁰ T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 183.

lidad en sentido estricto en ocasiones cederá ante principios como la seguridad jurídica o la economía procesal, para conseguir así una actuación administrativa más eficaz y, en definitiva, más satisfactoria del interés general.

2.2. Invalidez

Acabamos de definir la ilegalidad como la constatación objetiva de una discordancia entre el acto y la norma. Además, hemos aludido al ejemplo de los círculos concéntricos para concluir que todos los actos inválidos son actos ilegales, pero no todos los actos ilegales son actos inválidos -irregularidades no invalidantes-. Por todo ello, para llegar a un concepto de invalidez trataremos, en primer lugar, de destacar las características comunes existentes entre ilegalidad e invalidez para, en segundo lugar, centrarnos en las diferencias entre ambos conceptos y poder así concluir una definición de este concepto tan, a priori, ambiguo.

Empecemos pues por destacar en este momento dos rasgos comunes entre ilegalidad e invalidez que no impedirán, como demostraremos a continuación, que estemos ante conceptos diferentes:

La primera de estas características comunes es la necesidad de que haya una contradicción entre el acto y la norma. Tanto el acto ilegal como el acto inválido no se ajustan a los requisitos previstos por la normativa que da cobertura a ese acto jurídico. Ambos conceptos son conceptos relacionales por deducirse del contraste entre dos elementos, en este caso, norma y acto¹¹.

La segunda característica común a estos conceptos radica en que ambos operan en un plano teórico y estático. El acto y la norma funcionan como puntos de referencia estáticos¹² y son los únicos elementos que entran en juego en este punto para poder concluir que un acto es ilegal y también inválido.

Avanzando ya hacia las diferencias entre estos dos grandes conceptos, la ilegalidad se puede deducir de una simple superposición del acto en la norma que lo fundamenta, es decir, la calificación de un acto como ilegal es una deducción prácticamente automática. Sin embargo, la ilegalidad es “*conditio sine qua non*” para la invalidez, pero no es suficiente. La invalidez supone dar un paso más, no se deduce automáticamente, sino que requiere una calificación o valoración¹³. Para que un acto jurídico no tenga validez es necesario, en todo caso, que un agente jurídico califique el acto como acto inválido¹⁴.

¹¹ *Ibidem*, 165.

¹² J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 155.

¹³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti?*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, p. 229, S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 22.

¹⁴ Traemos a colación las palabras de A. NIETO, *Estudio Preliminar* en M. BELADÍEZ ROJO, *Validez*

Por consiguiente, sin perder la perspectiva de que el ordenamiento jurídico está interesado en su propio cumplimiento y protección, la calificación de un acto como inválido supone un paso más hacia su ineficacia, pero no el definitivo, puesto que nos seguimos moviendo en un plano puramente teórico. Precisamente por este carácter teórico de la invalidez, hasta que ésta no se declare formalmente por los cauces procesales oportunos el acto inválido seguirá formando parte del ordenamiento jurídico y desplegando efectos.

La segunda diferencia tiene que ver con el fundamento mismo del concepto de invalidez. En el análisis de la ilegalidad hemos hecho referencia a las irregularidades no invalidantes para justificar que el ordenamiento jurídico, en ocasiones, permite que determinados actos no se ajusten al esquema normativo y, sin embargo, los protege como actos válidos y eficaces, y garantiza su conservación.

Es por ello, que la característica propia e identitaria de la invalidez es la desprotección por parte del ordenamiento jurídico del acto inválido. Esa desprotección abre la posibilidad de la impugnación del acto para lograr, si fuera preciso, su expulsión del mundo jurídico. Los actos inválidos, en definitiva, no disfrutan de la tutela del ordenamiento jurídico porque lo contradicen de un modo grave con la falta de algún requisito esencial exigido por la norma jurídica o porque viola un precepto del ordenamiento jurídico¹⁵.

Por todo lo comentado hasta ahora podemos definir la invalidez como una calificación jurídica que tiene lugar, no solo cuando existe un desajuste entre el acto y la norma, sino cuando el ordenamiento jurídico considera que ese desajuste no debe ser protegido¹⁶. *A contrario sensu*, un acto administrativo es válido si su conservación está garantizada por el ordenamiento jurídico¹⁷.

Nos encontramos, por tanto, ante un concepto puramente teórico y desconectado, en principio, de la eficacia que pueden tener los actos administrativos. La invalidez es una valoración o calificación que recibe el acto que, no solo es contrario a la norma, sino que además esa contradicción tiene una relevancia que provoca que el sistema jurídico no vaya a protegerlo y permita su expulsión.

Es por ello que, como analizaremos más adelante, la nulidad y la anulabilidad no dejan de ser conceptos jurídicos que se integran en el concepto de invalidez como técnicas de graduación de los vicios del acto. La nulidad comprenderá los supuestos de vulneraciones del ordenamiento jurídico más graves y por ello tendrá carácter excepcional, y la anulabilidad operará como la calificación normal que recibirá el acto inválido.

y eficacia de los actos administrativos, Madrid, 1994, 11: “En definitiva, pues, nos encontramos ante dos juicios sucesivos: un juicio de ilegalidad, primero, que es el resultado de una constatación; y un segundo y posterior juicio de invalidez, que es el resultado de una valoración (o calificación) jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad”.

¹⁵ V. S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, Cizur Menor, 2006, 39.

¹⁶ M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 54.

¹⁷ R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2017, 2/50.

2.3. Anulación

Antes de entrar a analizar la ineficacia para cerrar el círculo de conceptos básicos nos detendremos en el concepto de “anulación”. No es fácil encontrar un análisis independiente de este concepto en relación con la teoría de la invalidez de los actos jurídicos, pero creemos que puede ayudar a comprender y conectar de un modo más sistemático la invalidez con la ineficacia.

A nuestro juicio, el concepto “anulación” es un concepto de carácter estrictamente procesal y se presenta como elemento necesario para poder lograr que un acto inválido -sea nulo de pleno derecho o sea anulable- sea expulsado del ordenamiento jurídico¹⁸ y, en consecuencia, deje de producir efectos¹⁹.

Si venimos proclamando el carácter estático y teórico de la invalidez, la principal función de la categoría de la anulación es, aportar el componente dinámico que será el responsable de atraer al mundo empírico lo que formaba parte exclusivamente del mundo teórico. El paso del deber ser (invalidez teórica) al ser (ineficacia práctica) no puede llevarse a cabo sin el impulso del elemento dinámico²⁰ (anulación) que será, en todo caso, una resolución de una autoridad administrativa o judicial declarativa de la invalidez del acto. La anulación supone la prueba definitiva de la total independencia entre validez y eficacia. Mientras el acto no sea declarado inválido, éste va a seguir produciendo efectos²¹.

Con las notas identificadoras dadas hasta ahora sobre el concepto anulación, podemos definir ésta como el acto jurídico-público -administrativo o judicial- que declara con carácter imperativo y *erga omnes* la invalidez originaria del acto²² como presupuesto necesario para su expulsión del mundo jurídico. Este pronunciamiento declarará, mediante un acto de la autoridad competente, una realidad jurídica anterior a la impugnación del acto.

En relación con la eficacia del acto declarado inválido, parece claro que, desde el momento de su declaración por la autoridad competente, éste va a dejar de producir efectos. En relación con los efectos que ya ha producido, si nos ceñimos al principio estricto de legalidad, lo lógico será que se eliminen

¹⁸ S. VASTA, *Convalida e vizìj sostanzjali: una ipotesi ricostruttiva*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2014, 957.

¹⁹ A. CORPACI, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 680.

²⁰ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, pp. 155 y 162 y M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 58.

²¹ Así lo reconocía ya el maestro alemán O. MAYER, *Tratado de Derecho Administrativo Alemán, Tomo I*, (traducción del francés *Le droit administratif allemand*, por H. HEREDIA y E. KROTOSCHIN), Buenos Aires, 1949, p. 131 y 132: “Hasta que se anule es menester reconocerle efectos... La invalidez no es más que un motivo para declarar la ineficacia: no es en sí misma la ineficacia”.

²² T. CANO CAMPOS, *Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general en Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Valencia, 2017, 1919.

para conseguir así reestablecer el orden jurídico viciado por el acto inválido. Sin embargo, la práctica jurídica nos muestra diariamente que la realidad dista mucho de ser así. Y esto se debe a que los efectos producidos por el acto inválido son protegidos en ocasiones por el ordenamiento jurídico en virtud de principios generales del derecho como la buena fe, la confianza legítima, los derechos adquiridos, la seguridad jurídica o la continuidad de los servicios públicos, entre otros. Por supuesto, todos estos principios están incluidos en la legalidad, pero no una legalidad estricta referente a la adecuación de los actos con la norma sino de una legalidad amplia y más compleja que será la que entra en juego a la hora de declarar esa invalidez²³. En definitiva, la autoridad administrativa o judicial tendrá que valorar caso por caso los efectos producidos por el acto inválido a la luz de los principios citados y decidir sobre la revocación de los efectos producidos o su mantenimiento.

2.4. *Eficacia*

Por último, en nuestro afán de clarificar los conceptos propios de la teoría de la invalidez aterrizamos en el más controvertido de todos ellos, la eficacia. O, mejor dicho, la ineficacia, que no adquiere tanta importancia si se analiza de forma aislada, pero que constituye el centro del debate cuando entra en con la invalidez. La confusión histórica²⁴ acerca de estos conceptos es, tal vez, el principal motivo por el cual las doctrinas española e italiana se han preocupado especialmente por la creación de una teoría invalidez de los actos administrativos que intentara aclarar el panorama. Y esto porque de la relación entre la validez y la eficacia depende toda la operatividad de la teoría de la invalidez, puesto que supone el tránsito del deber ser al ser o, dicho de otro modo, del mundo teórico al mundo empírico.

Como todo lo relativo a la teoría de la invalidez de los actos, la confusión entre invalidez e ineficacia también trae causa en el derecho privado²⁵. En la teoría del negocio jurídico, la doctrina no ha terminado de diferenciar el plano del deber ser y el del ser de forma categórica, e incluso ha considerado la nulidad o anulabilidad como regímenes de ineficacia y no de invalidez.

Sin embargo, ha sido en el campo del derecho administrativo donde más

²³ T. CANO CAMPOS, *El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse*, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid, 2017, 63.

²⁴ Buena prueba de esta confusión y de la importancia que tiene la distinción entre invalidez e ineficacia para la ciencia jurídica la encontramos en la obra de uno de los grandes maestros de la ciencia jurídica que ya afrontaba esta problemática a sabiendas de su trascendencia. Vid. H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducido al castellano por E. GARCÍA MÁYNEZ), México DF, 1979, pp. 34, 141 y 143.

²⁵ V. CERULLI IRELLI, *Invalidità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 205.

esfuerzos se han venido haciendo para tratar de distinguir estas figuras precisamente porque la trascendencia práctica y la peculiaridad del acto administrativo así lo han exigido²⁶.

La necesidad de distinguir invalidez de ineficacia se presenta como una cuestión capital, puesto que nadie puede negar que, en ocasiones, un acto administrativo válido es totalmente ineficaz y viceversa, un acto inválido produce efectos jurídicos. Ejemplos de la primera situación son los supuestos de eficacia demorada, la suspensión de un acto, el acto dictado pero no notificado o la pérdida de su eficacia por circunstancias sobrevenidas. Y un ejemplo de acto inválido pero eficaz lo constituye la técnica de la convalidación por la cual se protegen efectos creados por un acto inválido²⁷. En efecto, la convalidación no remedia la invalidez, sino que bloquea la posibilidad de discutir los efectos generados por un acto inválido. Consideramos que la convalidación debe entenderse desde una doble perspectiva: hacia el futuro, consiste en el dictado de un nuevo acto válido que sustituye al anterior corrigiendo sus vicios de invalidez, y hacia el pasado, como una técnica consolidadora de la eficacia producida por un acto originariamente inválido. El carácter originario y estático de la invalidez hace imposible que un acto inválido pueda convertirse posteriormente en válido.

Resulta evidente que validez y eficacia operan en diferentes planos y, sin embargo, la confusión histórica entre ambas es igual de evidente. Parece que el origen de la confusión se encuentra en el ideal jurídico de que el negocio inválido no debe ser eficaz, y de esta afirmación se pasa a que el negocio inválido es ineficaz con lo cual, ambos conceptos han quedado erróneamente identificados el uno con el otro²⁸. El inocente equívoco entre el ser y el deber ser ha sembrado un panorama lleno de incoherencias que obligan a la doctrina a trabajar en deshacer el caos en que ha vivido la teoría de la invalidez. El acto inválido debería ser eficaz, pero la realidad nos indica que, dada la presunción de validez de los actos, el acto inválido produce efectos jurídicos²⁹.

Consecuencia de lo anterior, la eficacia o ineficacia de un acto es una reali-

²⁶ M. S. GIANNINI, "Atto amministrativo" en *Encyclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 191. "La validità del provvedimento amministrativo sta su piano diverso da quello dell'efficacia: l'invalidità non produce inefficacia, sino a che non è dichiarata da un'autorità a ciò competente" y "Ma se nessuno dichiarerà l'invalidità, il provvedimento invalido seguirà a restare efficace, sino a che non sopravvenga un fatto giuridico estintivo".

²⁷ C. CHINCHILLA MARÍN, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1989, 371, quien considera la convalidación como "una técnica en virtud de la cual el ordenamiento jurídico potencia la conservación del acto, prevaleciendo el criterio de la eficacia sobre el de la hipotética invalidez".

²⁸ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 160.

²⁹ G. MORBIDELLI, *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, p. 663, S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 17, G. CORSO, *Validità (voce)* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, 97.

dad empírica³⁰, y por ello constatable con la mera comprobación de si un acto ha modificado el mundo jurídico o fáctico -eficacia- o no -ineficacia. Si la eficacia es un dato empírico, debemos plantearnos cuál es su fundamento. Como venimos diciendo, es independiente de la validez, por lo que debemos descartar que el presupuesto de la eficacia es la validez del acto. En nuestra opinión, el presupuesto de la eficacia es la perfección del acto³¹, es decir, la existencia del mismo con la apariencia mínima³² para acogerse a la presunción de validez -que no tiene por qué ser validez- de los actos administrativos. No quiere decir que todos los actos desde su perfección produzcan efectos, pues no existirían la perfección y la eficacia como conceptos diferentes, sino que, desde el momento de la perfección, el acto está capacitado para producir efectos, independientemente de su validez. Así lo establece el artículo 39.1 de la Ley española de procedimiento administrativo cuando reconoce que “*los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten*” y los artículos 21.bis, 21.ter y 21.quater de la ley de procedimiento italiana referidos también a la eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Podríamos definir la eficacia como los efectos producidos por el contenido de un acto jurídico que provoca una modificación del mundo jurídico o de los hechos³³. Por el contrario, la ineficacia es la no producción de efectos de un acto jurídico en el mundo jurídico o fáctico. Reconociendo la simplicidad de las definiciones creemos, en cambio, que están cargadas de corrección y trataremos de desarrollar el concepto de ineficacia ciñéndonos a su carácter práctico.

Precisamente por su carácter empírico no podemos estar de acuerdo con la idea que defiende parte de la doctrina española e italiana³⁴, según la cual el acto

³⁰ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, p. 159, M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 58.

³¹ T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 175.

³² Esa “apariencia mínima” a que nos referimos parece que es a lo que se refiere M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013, 291, cuando considera que la eficacia del acto depende del “*giudizio di riconoscimento operato dai suoi destinatarî*”. En nuestra opinión, no hace falta recurrir a conceptos tan abstractos, basta con acudir al legislador que reconoce la presunción de validez y eficacia de los actos administrativos por emanar éstos de un poder del Estado como es la Administración Pública.

³³ T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 171.

³⁴ En España, identifican la nulidad con la ineficacia, entre otros, J. GARCÍA LUENGO, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, 2002, pp. 249 y ss. y R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Cizur Menor, 2006, pp. 121 y 122, “*lo que sucede con los actos nulos, en donde la nulidad implica la ineficacia*”. Ambos autores, quizá por una traducción demasiado literal del derecho administrativo alemán, identifican la ineficacia lo que jurídicamente no es exigible, lo cual es simplemente la definición de invalidez. Pero que un acto inválido produce efectos de hecho y modifica la realidad jurídica es indiscutible y hace evidente que invalidez e ineficacia son conceptos que operan en planos diversos como venimos demostrando.

ineficaz se identifica con el que no es exigible jurídicamente o no tiene la fuerza jurídica de obligar. Si hemos definido el acto inválido como una calificación que implica su desprotección por parte del ordenamiento jurídico, no podemos definir el acto ineficaz como aquel inexigible jurídicamente. La identidad entre una y otra definición es evidente e implica volver a caer en el error de identificar invalidez e ineficacia.

Decir que el acto nulo no produce efectos jurídicos constituye una afirmación radicalmente falsa puesto que la nulidad -también la anulabilidad- es un grado de invalidez, como veremos más adelante. En efecto, el acto nulo deberá, potencialmente, acarrear la ineficacia, pero eso no es equivalente a decir que implica la ineficacia. Si esto fuera así, no sería necesaria una declaración formal de invalidez por la autoridad competente para poder hacer efectiva la ausencia de efectos. El acto nulo puede ser exigible y producir efectos³⁵. Estamos ante la ya denunciada confusión del plano del “deber ser” con el plano del “ser”.

La conexión entre ambos conceptos tiene lugar considerando la ineficacia como una sanción frente a un acto declarado inválido. Por lo tanto, la conexión entre la invalidez y la ineficacia requiere inevitablemente de una previa anulación del acto por la autoridad competente³⁶. En otras palabras, la ineficacia sólo es consecuencia de la invalidez cuando ésta sea declarada por la autoridad administrativa o judicial y el ordenamiento jurídico tenga previsto como sanción esa ineficacia del acto inválido. La anulación se convierte pues, en el nexo jurídico entre invalidez e ineficacia.

La ineficacia de un acto administrativo como sanción derivada de la previa declaración de su invalidez puede operar en dos momentos diferentes:

Cuando el acto declarado inválido aún no ha producido efectos, en cuyo caso la sanción de ineficacia opera como equivalente a la inexigibilidad jurídica del acto. Al ser expulsado el acto inválido del ordenamiento jurídico su contenido ya no es posible llevarlo a la práctica y ya no goza de la presunción de validez ni de la posibilidad de producir efectos.

Cuando el acto declarado inválido ya haya producido efectos. En este caso el contenido de la sanción de ineficacia exige la destrucción a posteriori de los efectos producidos por un acto presuntamente válido. El acto inválido no debería haber producido efectos, pero los ha producido amparándose en la presunción de validez y, por ello, el ordenamiento jurídico, en ocasiones, exige su destrucción pues en teoría no debería haberlos producido³⁷.

En el mismo sentido, en Italia, E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 2017, 12/22.

³⁵ V. CERULLI IRELLI, *Invalidità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 210.

³⁶ M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 56.

³⁷ V. S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, Cizur Menor, 2006, p. 43, T. CANO

En resumen, la conexión entre las categorías de invalidez e ineficacia sólo tiene sentido mediante la declaración formal de invalidez del acto (anulación) por la autoridad competente, en cuyo caso, puede conllevar la ineficacia para adecuar el “ser” al “deber ser” al que aspira el ordenamiento jurídico.

3. *La inexistencia como categoría extrajurídica*

Puede llamar la atención que, a estas alturas del artículo, todavía no haya aparecido el concepto “inexistencia”, sin embargo, hemos reservado este epígrafe para tratar una categoría jurídica que, tanto en España como en Italia, consideramos que es la principal fuente de confusión en la teoría de la invalidez de los actos jurídicos. Como trataremos de explicar a continuación, a nuestro modo de ver, la categoría de la inexistencia sólo tiene sentido en el ámbito de la teoría de la invalidez de los actos administrativos si se asimila por completo a la de nulidad de pleno derecho.

El concepto de inexistencia tiene su origen en la doctrina civilista francesa para buscar una salida a las vulneraciones más groseras y flagrantes de la ley que, sin embargo, no estuviesen previstas taxativamente en la misma³⁸. La inexistencia en el derecho privado -y por extensión- en el derecho público se presenta como un concepto metafísico y de contenido negativo. Lo que no es, no puede considerarse válido o inválido, simplemente permanece fuera de la esfera jurídica por lo que se mueve en un plano diferente -y previo- al de la invalidez. Parece complicado poder sancionar con la ineficacia algo que no existe. Este sería, en nuestra opinión, el único concepto de inexistencia defendible. Una inexistencia que no afecta al derecho, sino que es de carácter estrictamente material.

Ya en el derecho administrativo, la doctrina francesa acude a la figura de la inexistencia para superar dos obstáculos que se presentaron en la teoría de la invalidez del acto administrativo cuando éste presentaba vicios especialmente evidentes y graves. En primer lugar, el vencimiento de los plazos para interponer recursos contra actos administrativos irregulares y, en segundo lugar, la separación entre la jurisdicción civil y la contenciosa³⁹.

CAMPOS, *El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse*, en *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Madrid, 2017, 80 y 81.

³⁸ Con la publicación del Código Civil francés se planteó si el matrimonio entre personas del mismo sexo podría considerarse válido o no. Siendo rigurosos, no podría considerarse matrimonio nulo puesto que, según la regla “*pas de nullité sans texte*” no se contemplaba en dicho Código el matrimonio entre personas del mismo sexo. La solución que se acordó fue acudir precisamente a la categoría de inexistencia. Por extensión, se consideró útil la figura de la inexistencia para aquellos negocios jurídicos que carecieran de los requisitos esenciales. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 464.

³⁹ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 257.

El sistema francés plantea la inexistencia cuando el acto o negocio carece de alguno de ellos y no de todos. En este caso habrá una existencia defectuosa o una apariencia de acto o negocio del que podrá predicarse su invalidez y, en consecuencia, su ineficacia. Esta inexistencia sí tendrá un carácter jurídico, pero, a nuestro juicio, el concepto de inexistencia pierde su funcionalidad, pues hay existencia, aunque sea defectuosa. Por consiguiente, la inexistencia jurídica parece absolutamente inseparable de la categoría de nulidad -como respuesta a los vicios de mayor gravedad-, dejando la teoría de la invalidez con la clasificación gradual bipartita nulidad-anulabilidad.

Precisamente en esto está pensando el legislador italiano cuando dice “*e nullo il provvedimento che manda degli elementi essenziali*”. Este tipo de nulidad, que la doctrina ha tenido a bien en llamar “*nullità strutturale*”⁴⁰ sólo puede ser operativa si existe una mínima apariencia de acto -aunque incompleto-, pues de lo contrario, el acto no existiría y sobre lo que no existe no podemos plantearnos si es válido o inválido⁴¹.

No faltan voces en la doctrina española que reconocen la necesidad del concepto inexistencia, por ejemplo, para el único supuesto en que un acto administrativo carezca de requisitos elementales u obvios y, sin embargo, la norma no prevea la sanción de nulidad de forma expresa⁴². Otros autores creen que el concepto inexistencia es útil cuando faltan sólo alguno o algunos de los elementos esenciales del acto administrativo, pues en este caso hay una apariencia de acto administrativo y desplegará las consecuencias de un acto administrativo válido mientras no se declare lo contrario⁴³.

Consideramos que nada tiene que aportar la inexistencia al acto que ni siquiera tiene apariencia de acto administrativo, pues es absolutamente irrelevante para el derecho. Tampoco creemos que sea positivo reservar esta categoría a los actos que carecen de sus elementos esenciales. Esta idea es defendible desde el punto de vista teórico, pero a la hora de trasladarla a la práctica pronto nos damos cuenta de que este tipo de inexistencia no se separa en nada de la nulidad de pleno derecho⁴⁴. Se fundamenta en la gravedad de la infracción del acto y requeriría

⁴⁰ G. MORBIDELLI, *Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 668. El profesor identifica esta nulidad por falta de los elementos esenciales como “*nullità-inesistenza*”.

⁴¹ Interesante planteamiento del profesor M. A. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1949, 125, quien considera que la única forma de invalidez de los actos administrativos es la anulabilidad, puesto que un acto privado de sus elementos esenciales no es un acto administrativo porque no alcanza los niveles mínimos de apariencia de acto administrativo. Quizás este planteamiento pierde fuerza con la reforma del legislador italiano en 2005, quien ya introduce, junto con la anulabilidad, la categoría de la nulidad de pleno derecho.

⁴² E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, 2015, 657.

⁴³ J. M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 1993, 83 y ss.

⁴⁴ S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 27.

*de una decisión judicial para poner fin a su presunción de validez y despliegue de efectos jurídicos. Por lo tanto, no parece aconsejable, por coherencia y sistemática jurídica, mantener dos categorías que solo tienen de diferente el nombre, puesto que su régimen jurídico es idéntico*⁴⁵.

Solamente podría justificar su utilidad la inexistencia desde el punto de vista material, es decir, cuando estemos ante la evidencia de que no hay acto administrativo. En definitiva, en situaciones límite, mínimas y del todo marginales⁴⁶. Por lo tanto, la utilidad del concepto pasa por ser absolutamente extrajurídico y empírico. En el momento que existe apariencia de acto, por mínima que sea, debemos considerarlo existente.

En conclusión, el fundamento de este planteamiento trae causa en el principio de presunción de validez de los actos administrativos que permite su eficacia independientemente de su validez o invalidez. Su mera apariencia es suficiente para desplegar eficacia, y será en todo caso necesario una declaración judicial para cesar sus efectos. Para las ilegalidades más graves el ordenamiento prevé la categoría excepcional de la nulidad de pleno derecho, para el resto la anulabilidad, y para las de escasa trascendencia, la irregularidad no invalidante. En este esquema, no tiene sentido añadir la categoría de inexistencia, pues no haría sino duplicar innecesariamente la función que cumple la nulidad de pleno derecho⁴⁷.

4. *La nulidad y la anulabilidad como únicas categorías invalidantes del acto administrativo*

Una vez descartada la inexistencia por su, a nuestro juicio, escasísima funcionalidad, aterrizamos por fin en los dos grandes conceptos a través de los cuales los legisladores español e italiano han vertebrado los vicios de invalidez de los actos administrativos: la nulidad y la anulabilidad. Consideramos que tanto nulidad como anulabilidad son categorías procedimentales con regímenes jurídicos diversos que supondrán el cauce formal previsto por el legislador para declarar la invalidez del acto y lograr así su ineficacia. Por lo tanto, antes de entrar en el análisis de estos conceptos debemos diferenciarlos de la invalidez y la ineficacia.

⁴⁵ R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ed. 21ª, Madrid, 2014, pp. 100 y 101 y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 205.

⁴⁶ V. CERULLI IRELLI, *Invaldità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 205 y G. MORBIDELLI, *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 661 quien considera que La inexistencia queda relegada a supuestos marginales de "finalità scolastiche" o "ioci cause" o, simplemente, a supuestos en los que el acto administrativo es materialmente inexistente.

⁴⁷ En parecidos términos se pronuncia D. PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo. Procedimento e processo*, Milano, 2015, 37. Quien solamente defiende la categoría de inexistencia para casos "di scuola o macroscopici" donde podría tener un sentido la distinción entre inexistencia y nulidad.

La invalidez como calificación de una disconformidad entre el acto y el ordenamiento jurídico es una categoría jurídica unitaria que no admite graduaciones. Sin embargo, la ciencia jurídica ha creado técnicas procedimentales⁴⁸ para lograr la declaración formal de invalidez por parte de la autoridad competente en función del vicio invalidante presente en cada caso. La nulidad y la anulabilidad son, pues, técnicas procedimentales para obtener la invalidez de un acto. Por todo ello, podemos concluir que no existen grados de invalidez, sino grados de vicios de invalidez.

Exactamente igual, la ineficacia se configura como otra categoría unitaria que no admite graduaciones, puesto que se identifica con la no producción de efectos jurídicos. Lo que se busca con la declaración de invalidez, ya sea por la vía de la nulidad de pleno derecho o por la vía de la anulabilidad, es la expulsión del acto del ordenamiento jurídico para lograr así su ineficacia.

Ha sido, sin duda, en el campo del derecho privado donde nulidad y anulabilidad se han presentado como categorías antagónicas entre sí que se identifican como un “modo de ser” del acto jurídico y cuyos regímenes jurídicos son radicalmente opuestos. Sin embargo, en el campo del derecho administrativo, no han faltado opiniones contrarias a esta concepción de la nulidad y la anulabilidad. No consisten en “modos de ser” intrínsecos al acto administrativo inválido, sino que son mecanismos procesales que permiten a quien esté legitimado solicitar la anulación del acto y la eliminación de sus efectos⁴⁹.

A nuestro parecer, parece aconsejable olvidar la concepción material⁵⁰ de la nulidad o de la anulabilidad pues, si éstas fuesen un “modo de ser” del acto, éste no podría producir efectos y, sin embargo, los produce mientras no sea declarada su invalidez. Nulidad y anulabilidad se configuran en la teoría de la invalidez como técnicas procesales al servicio del interesado -el particular o la propia Administración- para eliminar sus efectos.

4.1. *El elemento diferenciador entre nulidad y anulabilidad*

Pese a que identificamos la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad como técnicas procedimentales, no podemos obviar que sus diferentes regímenes

⁴⁸ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 169, M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 58 y T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 209.

⁴⁹ El pionero en esta novedosa y acertada concepción de la nulidad fue el profesor francés R. JAPIOT, *Des nullités en matière des actes juridiques: essai d'une théorie nouvelle*, París, 1909. Afirma que “la nullité n'est point une manière d'être de l'acte” o “la nullité n'est pas in actu” 285, configurando la nulidad como un “droit de critique” concluyendo que “la nullité se traduit toujours par une attaque dirigée contre les conséquences d'un acte”, 298.

⁵⁰ J. M. HERNÁNDEZ GALILEA, *La nueva regulación de la nulidad procesal: El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Capellades, 1995, 39.

jurídico-procesales traen causa en un motivo material o de fondo. En efecto, son diferentes los vicios que el legislador considera que deben dar lugar a la nulidad del acto de los que acarrear anulabilidad. Precisamente del diverso contenido de los vicios puede deducirse el elemento diferenciador entre ambas categorías y, en consecuencia, de sus regímenes jurídicos. Antes de entrar a analizar esta cuestión, debemos reconocer el papel fundamental que en este momento juega el legislador pues, a fin de cuentas, él va a tener la última palabra en el momento de decidir qué vicios se encuadran en la nulidad y cuáles en la anulabilidad. Sin embargo, consideramos imprescindible reconocer denominadores comunes que identifiquen los supuestos de nulidad en contraposición a los de anulabilidad, independientemente de que éstos dependan de una voluntad legislativa que operará por motivos de oportunidad⁵¹. A nuestro juicio son tres los factores delimitadores fundamentales entre los vicios de nulidad y los de anulabilidad⁵²:

Es lugar común en la doctrina, tanto italiana como española, colocar como el primer criterio diferenciador entre los vicios de nulidad y los de anulabilidad el concepto de gravedad⁵³. Pese a que se trata de un concepto valorativo e intan-

⁵¹ Interesante reflexión en este punto nos ofrece F. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, 314, pues considera que la diferencia entre los vicios de nulidad y de anulabilidad es una diferencia de grado y se basa en puntos de vista de oportunidad, otorgando importancia a las consideraciones de política jurídica para la efectiva distinción de las categorías en cada momento.

⁵² Pese a su origen en el derecho privado a raíz de los elementos esenciales del negocio jurídico, en derecho administrativo no han faltado adeptos, mayormente en la doctrina italiana donde destacamos por su importancia la figura de G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 1958, 302 y ss., que ha considerado que el criterio delimitador entre la nulidad y anulabilidad es la ausencia de requisitos esenciales o no en el acto o negocio jurídico. Se nos hace complicado aceptar esta “esencialidad” como factor diferencial puesto que definimos más arriba el acto inválido como aquel que contradice de forma grave el ordenamiento jurídico por violar alguna de sus normas o por carecer de algún requisito esencial exigido por éste. Si definimos así el acto inválido, en coherencia con nuestra construcción, la ausencia de un requisito esencial podrá determinar la invalidez tanto por vía de la nulidad de pleno derecho como por vía de la anulabilidad. Este criterio diferenciador, lejos de solucionar la cuestión que estamos tratando la complica aún más pues la determinación de qué elementos se consideran esenciales en el acto o el negocio jurídico no es una cuestión pacífica y añadiría aún mas abstracción e indeterminación al asunto. Así lo entienden también, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti?* in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 261, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, 220.

⁵³ Entre la doctrina española, destacamos J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 270, J. M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 1993, p. 114, T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, 210, E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, 2015, 680 o J. F. ALENZA GARCÍA, *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Cizur Menor, 2017, 53.

Igualmente, entre la doctrina italiana, N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amministrativo*, TAR, 2004, 2766, S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi*

gible, nadie pone en duda que las causas de nulidad aglutinan las más graves violaciones del ordenamiento jurídico-administrativo, mientras que las menos graves constituirán simples vicios de anulabilidad. Como consecuencia de ello, la categoría de la nulidad de pleno derecho es tasada y tiene carácter excepcional, mientras que la anulabilidad, por el contrario, supondrá la regla general cuando el acto sea contrario al ordenamiento jurídico. Ahora bien, siendo la gravedad un concepto indeterminado y difícil de concretar, se configura como imprescindible para delimitar la nulidad de la anulabilidad, pero no es suficiente. Habrá que complementarlo con otros para tratar de afinar al máximo el tan ansiado criterio delimitador⁵⁴.

Conscientes de que la gravedad no es suficiente por sí misma para delimitar los vicios de nulidad de los de anulabilidad -pues en la práctica podemos encontrar violaciones verdaderamente graves que, sin embargo, constituyen supuestos de anulabilidad- debemos añadir a la gravedad otro concepto jurídico indeterminado, pero igualmente útil para fundamentar los vicios de nulidad. Así, la doctrina mayoritaria entiende que un vicio de nulidad debe constituir un atentado contra el orden público⁵⁵.

Pese a asumir que se trata de un concepto jurídico indeterminado, debemos acotar lo máximo posible este concepto pues, siendo indeterminado, no debe ser infinito. Partimos de una definición reciente de orden público proveniente de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo español que entiende el orden público como “el conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico” y, añade, “valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico”⁵⁶. En definitiva, el acto nulo, además de constituir una violación normativa, requiere también una violación de los principios inspiradores del sistema que atribuyen a la Administración Pública su poder de actuación⁵⁷.

Por lo tanto, a la gravedad del vicio como factor diferencial cuantitativo hemos de sumar la afección al orden público como elemento cualitativo que debe reunir, en nuestra opinión, dos exigencias fundamentales:

En primer lugar, el concepto de orden público exige que los intereses en

sul'attività consensuale, Napoli, 2009, 27.

⁵⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 270, considera que “las divergencias surgen en el momento de materializar dogmáticamente esta diversa gravedad”.

⁵⁵ V. CERULLI IRELLI, *Invaldità ed inesistenza degli atti amministrativi e delle leggi (prime osservazioni)*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2015, 209, entendiendo el orden público como “los principios jurídicos y éticos fundamentales”.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de enero de 2018, FD 5, (rec. 98/2017).

⁵⁷ R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2017, 12/50.

juego sean de carácter general, es decir, que traspasen la frontera de los intereses particulares para amenazar el interés general⁵⁸. Conscientes de que el interés general es otro concepto jurídico indeterminado consideramos que, en este punto, basta considerar que el vicio del acto afecte más allá de los meros intereses individuales de sus destinatarios para poder considerarlo de orden público⁵⁹.

Y, en segundo lugar, el orden público exige que los intereses en juego excedan de la esfera de disponibilidad jurídica del individuo⁶⁰. Lo individualmente disponible nunca podrá ser objeto de nulidad de pleno derecho pues permanece en el ámbito de la libertad individual. Sin embargo, determinados vicios o infracciones no pueden quedar a la voluntad de disposición del individuo por constituir las bases de nuestro sistema jurídico. La nulidad de pleno derecho exige una afectación al orden jurídico constituido como pilar del sistema.

La gravedad del vicio, su afectación al interés general en contraposición a los intereses particulares en juego y que la materia vulnerada exceda de la esfera jurídica de lo individualmente disponible por considerarse básica para el funcionamiento armónico del sistema jurídico constituyen la terna de requisitos necesarios para calificar un vicio como nulo de pleno derecho⁶¹.

Por último, consideramos que los vicios que acarrearán nulidad de pleno derecho están relacionados con el contenido del acto o con el fondo de la decisión y no tanto con sus aspectos formales. Aun así, no podemos obviar que existen vicios de nulidad ajenos al contenido del acto, como son la ausencia de procedimiento -vicio formal- y el vicio de incompetencia -vicio subjetivo-. Matizaremos a continuación el alcance de estos vicios cuya operatividad está, en la mayoría de los supuestos, conectada con la corrección del contenido del acto.

En relación con el vicio procedimental, especialmente ilustrativo es el caso italiano. En efecto, el artículo 21-octies de la legge n. 241/1990, de 7 de agosto, confirma esta idea, pues sólo prevé la anulabilidad del acto -nunca la nulidad de pleno derecho- por un vicio procedimental cuando su contenido hubiera podido ser diverso de haberse respetado el procedimiento⁶².

⁵⁸ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, 222.

⁵⁹ A. CORPACI, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 682.

⁶⁰ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, 223 y 224.

⁶¹ Más allá llega E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 2017, 5/22, quien considera que la institución de la nulidad está prevista, no tanto para salvaguardar la relación entre la Administración y los administrados, sino para salvaguardar y garantizar la corrección de la actividad misma de la Administración Pública como poder del Estado.

⁶² El artículo 21-octies.2 de la legge n. 241/1990, de 7 de agosto, de procedimiento administrativa italiana determina que “non e’annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

En el caso español, pese a reconocer el legislador la ausencia total y absoluta de procedimiento como motivo de nulidad, es prácticamente imposible encontrar en la jurisprudencia una declaración de nulidad de un acto administrativo basado exclusivamente en un vicio de procedimiento si su contenido hubiera permanecido idéntico de haberse respetado escrupulosamente las formas. Esta solución parece la más acertada si se atiende a los principios de economía procesal y seguridad jurídica, entre otros.

Además, por si esto fuera poco, tanto en el sistema español como en el italiano, los vicios formales de escasa transcendencia no tienen ni tan siquiera eficacia anulatoria, constituyendo las ya citadas irregularidades no invalidantes⁶³. Esta realidad tiene su causa en el carácter instrumental de la forma al servicio de la corrección del contenido del acto⁶⁴.

Algo parecido ocurre con el vicio de incompetencia absoluta, causa histórica de nulidad por antonomasia tanto en derecho español -incompetencia manifiesta- como en derecho italiano -difetto assoluto di attribuzione-. La competencia debe entenderse como un requisito previo⁶⁵ constituido por la atribución de funciones, la habilitación legal y la potestad conferida a un sujeto de la Administración para que actúe cuando concurren los elementos de hecho previstos en la norma⁶⁶. La competencia se identifica, por tanto, con el elemento subjetivo del acto administrativo, por consiguiente, el vicio de incompetencia no es un vicio de carácter formal, sino subjetivo. Sin embargo, por idénticas razones a las aducidas en el vicio de procedimiento, no es sencillo encontrar pronunciamientos administrativos o judiciales que declaren la nulidad de un acto por haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente si su contenido se ajusta plenamente a la legalidad objetiva.

En definitiva, el fundamento de la nulidad será siempre salvaguardar la corrección del contenido final del acto administrativo. Sólo se preocupará de aspectos formales, en tanto en cuanto éstos pueda incidir de forma directa en la decisión propia de la Administración y, en consecuencia, pueda suponer una merma en los derechos de los administrados.

⁶³ S. TUCCILLO, *L'invalidità del provvedimento e i riflessi sull'attività consensuale*, Napoli, 2009, 44. Analizando el artículo 21.octies de la ley de procedimiento italiana referida a los vicios de anulabilidad e irregularidades no invalidantes considera que dichos vicios tienen como fundamento el principio de irrelevancia -irregularidades no invalidantes- o violaciones normativas relativas a la forma o al procedimiento administrativo.

⁶⁴ Interesante reflexión realiza al respecto la profesora M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, 117, para quien “*la forma, como tantas veces se ha dicho, tiene un valor meramente instrumental, en sí misma carece de valor. Por ello sólo es necesaria cuando resulte imprescindible para asegurar la consecución de una determinada finalidad*”.

⁶⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor, 2015, 680 a 683.

⁶⁶ Es gráfica la definición italiana de incompetencia absoluta o “*difetto assoluto di attribuzione*” que equivale a “*l'ipotesi in cui l'Amministrazione assume di esercitare un potere che, in realtà, nessuna norma le attribuisce*”. Vid. Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 noviembre 2015, n. 5228 o TAR, Sez. I, Potenza, 6 julio 2017, n. 475.

Son precisamente estas diferencias entre los vicios de nulidad y de anulabilidad -gravedad, afección al orden público y repercusión en el contenido del acto- las que provocan que el régimen jurídico-procesal de la nulidad y la anulabilidad varíe. Debemos mantener al margen el histórico antagonismo nulidad-anulabilidad que nos proporcionó el derecho privado⁶⁷ ya que, como hemos visto, la nulidad o la anulabilidad no son un modo de ser del acto, sino técnicas procesales al servicio de la correcta actuación de la Administración Pública.

Estas diferencias provocan que el régimen procesal de la nulidad sea más ventajoso o privilegiado para lograr la expulsión del acto jurídico que el régimen procesal del acto anulable que, contraviniendo igualmente el ordenamiento jurídico, esta contravención no pondrá en jaque sus principios o instituciones esenciales. Este régimen procesal privilegiado se materializa, tanto en el derecho administrativo español como en el italiano, principalmente, en la posibilidad de enjuiciamiento de oficio por la propia Administración de los actos nulos⁶⁸. Además, se amplía la legitimación para solicitar la revisión del acto nulo respecto del anulable, se reconoce la imprescriptibilidad de la acción de nulidad⁶⁹ frente a la prescriptibilidad de la acción de anulabilidad y, por último, se configura un régimen privilegiado de suspensión de la eficacia del acto nulo impugnado que no existe para el acto meramente anulable.

El motivo de la diferenciación de las técnicas es, como venimos afirmando, la naturaleza del vicio. En los vicios que dan lugar a la nulidad primará la legalidad sobre la seguridad jurídica, mientras que en los vicios de anulabilidad primará la seguridad jurídica sobre la legalidad.

Sin entrar en el análisis del régimen jurídico-procesal de la nulidad y la anulabilidad en España e Italia, pues bien daría para otro artículo, queremos enfatizar la idea de que el uso de una u otra técnica procesal dependerá de la naturaleza del vicio, pero no implicará consecuencias empíricas diferentes. Son dos técnicas al servicio de la legalidad de la actuación administrativa y ambas tienen por objetivo lograr expulsar del mundo jurídico los actos que la vulneren y destruir sus efectos siempre que, ponderando los intereses en juego, no sea más gravoso eliminarlos que mantenerlos.

⁶⁷ Según el derecho privado, la nulidad se caracteriza por ser ineficaz “*ab initio*” y con efectos “*ex tunc*”, opera “*ipso iure*” y con efectos “*erga omnes*”. Además, los actos nulos no son en ningún caso convalidables y la acción para hacer valer la nulidad es imprescriptible. En este sentido, véase G. MORBIDELLI, *Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Rivista Diritto Pubblico*, n. 2, 2015, 659. De la anulabilidad, por el contrario, se predica su ineficacia desde el momento en que es declarada, es una ineficacia “*ex nunc*” y con efectos “*inter partes*”. En cuanto a la acción tiene un plazo de prescripción, pasado el cual ya no se puede hacer valer la invalidez del acto. Por último, los actos anulables se consideran siempre convalidables. Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de Pleno Derecho de los Actos Administrativos (contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público)*, Madrid, 1972, 89 y 90.

⁶⁸ Se realiza un estudio pormenorizado de la revisión de oficio de los actos administrativos en J. F. ALENZA GARCÍA, *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Cizur Menor, 2017, *in totum*.

⁶⁹ *Ibidem*, 83.

Como conclusión traemos a colación una reflexión del jurista francés LUZTESCO que, tratando de restar importancia a las diferencias entre nulidad y anulabilidad, establecía que “no debe creerse que las dos sanciones estén tan separadas una de otra. Y al respecto, basta mencionar que ambas tienen por fin alcanzar el mismo resultado: la destrucción completa y retroactiva de las consecuencias jurídicas estructuradas en las cláusulas del contrato, a excepción de las situaciones adquiridas que de alguna manera hagan inoperante la acción”⁷⁰.

5. Conclusiones

Primera.- La teoría de la invalidez de los actos administrativos es una materia que se presenta idónea para el debate doctrinal dadas los múltiples puntos de vista sobre los que puede ser abordada y la abstracción de sus categorías. En nuestra opinión, la primera idea fundamental de la que debe partir esta teoría es de una absoluta independencia entre validez y eficacia. Es decir, de la admisión de que no solo el acto anulable, sino también el acto nulo, pese a su invalidez va a producir efectos jurídicos por la presunción de validez y eficacia de la que gozan los actos administrativos tanto en España como en Italia. En otras palabras, diferenciar entre el “deber ser” y el “ser”.

Segunda.- Consideramos que la categoría de la inexistencia debe mantenerse al margen en la teoría de la invalidez de los actos administrativos. Si bien históricamente ha podido ser útil en los sistemas jurídico-administrativos que no reconocían la nulidad junto a la anulabilidad como técnicas invalidantes, hoy, tanto en España como en Italia, las leyes de procedimiento reconocen expresamente la categoría de la nulidad. En definitiva, la categoría de la inexistencia no tendría sentido como categoría autónoma, y sólo podría tenerlo si se equipara totalmente a la de la nulidad.

Tercera.- La nulidad y la anulabilidad consideramos que deben entenderse como técnicas procesales al servicio de la legalidad de la actuación de la Administración Pública. Tanto el sistema español como el italiano optan por dos técnicas en función de la gravedad y de la afección o no al orden público. Para las infracciones más graves, de forma excepcional y tasada, se prevé la categoría de la nulidad, y la anulabilidad queda como técnica residual para todas aquellas infracciones con trascendencia invalidante. Por ello, la nulidad tiene un régimen procesal más ventajoso -mayor plazo de impugnación y posibilidad de revisión de oficio- para lograr la expulsión y remoción de los efectos de los actos nulos.

⁷⁰ G. LUZTESCO, *Teoría y práctica de las nulidades*, (traducción por M. ROMERO SÁNCHEZ y J. LÓPEZ DE LA CERDA, México, 1978, 240.

Abstract

Observations concerning the theory of invalidity of administrative acts in Spain and Italy

by Alberto Picón Arranz

The theory of the invalidity of administrative acts is one of the subjects that generates most debate among the specialized doctrine. Throughout this article we will try, analyzing the Spanish and Italian doctrine, to defend a theory of invalidity that starts from the absolute separation between validity and efficacy. We will analyze the term “non-existence” by considering its real meaning at present and, we will end with an analysis of the two invalidating categories contemplated by the Spanish and Italian legislators: nullity and annullability.